

Von Professor Dr. Volker Rieble, München

Die Betriebsratsvergütung*



Betriebsräte werden vielfach „besonders“ bezahlt. „Co-Management“ und „Augenhöhe“ spiegeln sich in der Vergütung. Betriebsratszulagen sind keine Seltenheit, mitunter wird die Vergütung sogar nach dem „Hay-System“ der Stellenbewertung am Entgelt des Ansprechpartners bemessen. Der VW-Betriebsrat „Dr.“ Volkert (Ehrenpromotion durch die TU Braunschweig wegen „innovativer Amtsführung“) wurde gar wie ein Markenvorstand bezahlt. Mit dem Ehrenamtsprinzip des BetrVG hat das nichts zu tun. In der Vergangenheit freilich drohten keine Sanktionen für den Verstoß. Das ist nun anders: Steuerfahnder und Staatsanwälte ahnden Betriebsverfassungsunrecht – weil das Unwerturteil des BetrVG ausstrahlt!

I. Betriebsratsamt als unentgeltliches (!) Ehrenamt

1. Grundsatz

In der Betriebsverfassung gilt – anders als für die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerbank – das strikte Ehrenamtsprinzip des § 37 I BetrVG: Die Mitglieder des Betriebsrats führen ihr Amt *unentgeltlich* und als *Ehrenamt*. Damit sollen innere Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Betriebsratsmitglieds gewährleistet werden. Es soll nicht aus der Belegschaft herausgelöst und zum bevorzugten Betriebsfunktionär werden. Nur so könne die Repräsentation der Belegschaft durch den unabhängigen Betriebsrat funktionieren und dieser seine Integrationsaufgabe erfüllen¹. Das Ehrenamtsprinzip ist alt. Schon 1920 war es in § 35 BRG fixiert; das RAG erkannte als Zweck „Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Stellung des Betriebsratsmitgliedes“ und leitete hieraus eine strenge Handhabung der Unentgeltlichkeit ab².

Für die Mitglieder des Europäischen und des SE-Betriebsrats gilt nichts anderes; § 40 I EBRG und § 42 SEBG verweisen für die deutschen Arbeitnehmervertreter auf das deutsche Ehrenamtsprinzip.

2. Keine Amtsvergütung

Dem Betriebsratsmitglied darf *für die Wahrnehmung seines Amtes keine Vergütung* zufließen, auch nicht in mittelbarer oder verdeckter Form. Selbst Betriebsratszulagen, die für konkrete Mehrbelastungen oder erhöhte Anforderungen gewährt werden, sind unzulässig³. Damit würde das Betriebsratsamt zum entgeltlichen Amt – eben dies verbietet § 37 BetrVG.

Wie ein Betriebsratsmitglied zu „vergüten“ ist, regelt § 37 II BetrVG: durch *Arbeitsbefreiung ohne Minderung des Arbeitsentgelts*. Damit zielt die Norm in erster Linie auf die teilfreigestellten Betriebsratsmitglieder, greift aber auch für die nach § 38 BetrVG vollständig von der Arbeitspflicht befreiten. Betriebsratsmitglieder werden so bezahlt, als hätten sie gearbeitet⁴.

Zu vergüten ist ausschließlich die fiktive Arbeitsleistung als Arbeitnehmer, niemals die „Amtstätigkeit“ als Betriebsrat. Unzulässig sind alle Vergütungssysteme, die Betriebsratsmitgliedern und insbesondere herausgehobenen Funktionsträgern Vergütungen und Nebenleistungen (Firmenwagen) nach *Maßgabe der Vergütung ihres Gesprächspartners auf Arbeitgeberseite* zuordnen. Selbst wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat jenseits des BetrVG als „Co-Manager“ sehen und werten will, bleibt er doch im unentgeltlichen Ehrenamt und darf nicht als Führungskraft bezahlt werden. *Bezahlung nach „Augenhöhe“ ist unzulässig.*

3. Betriebsratsvergütung nach dem „Entgeltausfallprinzip“

a) *Hypothetische Arbeitsleistung*. Nach dem Entgeltausfallprinzip hat das Betriebsratsmitglied *Anspruch auf das Arbeitsentgelt*, das es erzielt haben würde, wenn es gearbeitet hätte. Das Entgeltausfallprinzip blickt in die Zukunft, und stellt die Frage, was der Arbeitnehmer hypothetischerweise verdient hätte, wenn er vertragsgemäß gearbeitet hätte⁵. Damit soll „nach unten“ verhindert werden, dass das Ehrenamt zu Einkommenseinbußen führt, was sich nachteilig auf die Bereitschaft zur Übernahme eines Betriebsratsamts auswirkt. Deswegen muss der Arbeitnehmer alle Vergütungsbestandteile erhalten, die er ohne Freistellung erreicht hätte⁶. Der Entgeltfortzahlungsanspruch resultiert nicht aus § 37 II BetrVG, sondern allein aus dem Arbeitsvertrag i. V. mit § 611 I BGB⁷: Kraft Gesetzes tritt die Betriebsratsstätigkeit an die Stelle der regulären Arbeitsleistung.

b) *Einzurechnende Gehaltspositionen*. Neben dem Grundgehalt müssen sämtliche *Nebenbezüge*, vor allem Zuschläge und Zulagen eingerechnet werden⁸. Abzustellen ist auf die bisherige durchschnittliche Arbeitsleistung des Betriebsratsmitglieds. Würde auf den letzten vor Amtsantritt gezahlten Arbeitslohn abgestellt, griffe man einen zufälligen Leistungsbemessungspunkt heraus, der möglicherweise deutlich über oder unter der durchschnittlichen Leistung liegt⁹.

Um eine Benachteiligung zu vermeiden, müssen auch *allgemeine Zuwendungen* des Arbeitgebers, wie Weihnachtsgratifikationen, Urlaubsentgelt, Anwesenheitsprämien oder vermögenswirksame Leistungen an die Betriebsratsmitglieder fortgezahlt werden¹⁰. Hierher rechnen sämtliche *Sachbezüge*, wie die Weiterüberlassung eines *Dienstwagens* zur privaten Nutzung, auch wenn der PKW in der Freistellung nicht mehr wie vorher zu dienstlichen Zwecken genutzt werden kann¹¹.

Schließlich sind auch *erfolgsabhängige Entgeltkomponenten* – Tantiemen, Provisionen, Zielvereinbarungsprämien etc. – nach Maßgabe des virtuellen, simulierten Erfolges des konkreten Arbeitnehmers weiterzuzahlen. Dabei ist die bisherige Erfolgskurve aus der Zeit vor Amtsantritt für die Amtführungszeit fortzuschreiben. Das bereitet Schwierigkeiten, weswegen zu erwägen ist, den objektivierten Vergleichsmaßstab des § 37 IV 1 BetrVG (sogleich d) hierher zu übertragen.

* Günter Wiese zu Ehren. Seine immensen wissenschaftlichen Leistungen sind bekannt. Mir hat er stets wegen seines akademischen Stils gerade im Umgang mit mir als jungem Nachfolger imponiert.

1 BAG (20. 10. 1993), NZA 1997, 1242 = AP Nr. 123 zu § 37 BetrVG 1972 m. Anm. Schiefer = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 136; Richardi/Thüsing, BetrVG, 10. Aufl. (2006), § 37 Rdnr. 2.

2 RAG, Urt. v. 8. 2. 1928 – RAG 66/27 – Benschl. 2, 36, 38.

3 Fitting, BetrVG, 23. Aufl. (2006), § 78 Rdnr. 14.

4 BAG, NZA 1997, 1242 = AP Nr. 123 zu § 37 BetrVG 1972 m. Anm. Schiefer = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 136; Farthmann, in: Festschr. f. Stahlhacke, 1995, S. 115.

5 Westhoff, NZA 1986 Beil. 3, 25 (26). Farthmann (o. Fußn. 4), S. 115 (120).

6 BAG (16. 8. 1995), NZA 1996, 552 = AP TVG § 1 Tarifverträge Luft-hansa = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 128.

7 Weber, GK-BetrVG, 8. Aufl. (2005), § 37 Rdnr. 54 m. w. Nachw.

8 St. Rspr., etwa BAG (5. 4. 2000), NZA 2000, 1174 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 131 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 141.

9 Statt aller Richardi/Thüsing (o. Fußn. 1), § 37 Rdnr. 31.

10 BAG (21. 4. 1983), AP Nr. 43 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 79.

11 BAG (23. 6. 2004), NZA 2004, 1287 = AP Nr. 139 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 2001 Nr. 2.

c) *Entfallende Aufwandsentschädigungen.* Hingegen dürfen Leistungen, die einen konkreten, wegen der Freistellung nicht mehr vorhandenen Mehraufwand abdecken, nicht mehr gewährt werden. Damit entfallen alle Beträge, die nicht für die Arbeit selbst, sondern als Ersatz für tatsächlich anfallende Aufwendungen gezahlt werden. Hierzu gehören etwa Wegegelder oder Beköstigungszulagen – auch wenn sie als Pauschalen gezahlt werden. Entscheidend ist, ob die Leistung ihrem Zweck nach Mehraufwand kompensiert oder eigenständige Vergütungsfunktion hat¹². Das ist dieselbe Abgrenzung wie nach § 4 I a EFZG.

d) *Hypothetische berufliche Entwicklung.* Vor allem für langjährig freigestellte Betriebsräte, die sich „hauptberuflich“ engagieren, sich deshalb in ihrer eigentlichen Arbeitstätigkeit nicht mehr weiterentwickeln, sorgen §§ 37 IV und V, 38 III BetrVG für eine „fiktive Berufsentwicklung“ mit entsprechender Entgeltentwicklung¹³. Während das Entgeltausfallprinzip „nur“ die Arbeitsleistung und Entgelt des Betriebsratsmitgliedes simuliert, geht es hier um die hypothetische berufliche Entwicklung – auch über viele Jahre. „An sich“ müsste deswegen auf das hypothetische Arbeitsverhalten, Leistungsstärken und –schwächen, hypothetische Qualifizierung abgestellt werden. „Leistungen“ als Betriebsratsmitglied dürfen gerade nicht bewertet werden. Diese Simulation ist über längere Zeiträume letztlich unmöglich¹⁴.

Während das Schadensrecht den Problemen der Differenzhypothese mit einem richterlichen Schätzungsrecht begegnet (§§ 286, 287 ZPO), schreibt das BetrVG einen objektivierte Vergleichsmaßstab vor: die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer¹⁵. Sie darf niemals zu „Sonderbeförderungen“ des Betriebsratsmitgliedes führen; zu Grunde zu legen ist ein *typischer Normalverlauf*, und niemals eine Sonderkarriere¹⁶. In gar keinem Fall dürfen Leistungen als Betriebsrat für die Vergleichbarkeit herangezogen werden.

Die Vergleichsgruppe der – persönlich bestimmten – ähnlich qualifizierten Arbeitnehmer mit ähnlichen Tätigkeiten¹⁷ muss zum Zeitpunkt des ersten Amtsantritts bestimmt werden, also als der Arbeitnehmer noch voll berufstätig gewesen ist¹⁸. Problematisch ist die ex-post-Auswahl der Vergleichsgruppe; wenig angreifbar hingegen ist die Bestimmung der Vergleichsgruppe ex ante, möglichst veröffentlicht¹⁹.

4. Keine Flucht in § 40 BetrVG

Leistungen an Betriebsratsmitglieder können auch nach § 40 BetrVG erbracht werden – aber nur zum Ausgleich amtsbezogener Sonderaufwendungen, die tatsächlich angefallen sind. Das können Reisekosten sein, aber auch im Amt erlittene Schäden. So kann einem Reise-Betriebsrat ein Dienstwagen zustehen, aber ausschließlich als „Arbeitsmittel“. Ein Recht zur Privatnutzung ist davon nicht gedeckt, das wäre eine verdeckte Vergütung.

5. Keine Pauschalen!

In der Praxis finden sich Betriebsratszulagen, die als „Pauschalen“ getarnt sind. Indes ist die Pauschalierung kein *Königsweg*²⁰. Die versäumte berufliche Entwicklung lässt sich von vornherein nicht pauschalieren – schon weil Beruf und Qualifizierung der Betriebsratsmitglieder ganz unterschiedlich sind. Auch § 40 BetrVG erlaubt keinen pauschalen Aufwandsersatz, sondern lediglich einen individuellen oder kollektiven *Vorschuss* nach § 669 BGB (Betriebsratsbudget), der notwendig konkret abzurechnen ist – mit einem Einzelnachweis der Ausgaben²¹. Davon abgesehen darf die Pauschale nur an die typischen und erwartbaren Auslagen des jeweiligen Betriebsratsmitgliedes anknüpfen, muss also in der Höhe angemessen sein²² (vgl. § 309 Nr. 5 BGB für Schadenspauschalen).

Eine „Generalpauschale“ für alle Betriebsratsmitglieder ist unzulässig. Wird dem Betriebsrat oder einem Mitglied ein Budget zur freien Verfügung überlassen, bedeutet schon die freie Verfügbarkeit ohne konkrete Abrechnung als solche einen unzulässigen vergütungsähnlichen Vorteil.

6. Begünstigungsverbot

Der Entgeltschutz für Betriebsräte ist einerseits Mindestarbeitsbedingung, andererseits über das Ehrenamtsprinzip zugleich Höchstarbeitsbedingung. Das schreibt § 78 S. 2 BetrVG mit seinem fundamentalen *Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot* fest²³, das in 119 I Nr. 3 BetrVG (unten II. 1) strafbewehrt ist. § 78 S. 2 BetrVG ist ein strikt *objektiver Tatbestand* und setzt *keine subjektive Willensrichtung* voraus. Es kommt nicht darauf an, ob der „Täter“ vom Betriebsratsmitglied eine bestimmte Amtsausübung erwartet. Deswegen greift § 78 BetrVG weiter als Korruptionstatbestände wie §§ 299 ff, 331 StGB, die eine Verknüpfung von Vorteilsgewährung mit der Amts- oder Geschäftsführung verlangen („do ut des“, Unrechtsvereinbarung), wobei auch das „Anfüttern“ zur Klimapflege genügt²⁴. Auf der anderen Seite wird das spezielle Korruptionsunrecht weder vom Begünstigungsverbot noch vom Straftatbestand des § 119 I Nr. 3 BetrVG überhaupt erfasst.

Die Norm nennt keinen *Adressaten*. Betriebspraktisch ist zwar in erster Linie an den Arbeitgeber gedacht; doch gilt das Verbot der Begünstigung oder Benachteiligung für *jedermann*, also auch für andere Arbeitnehmer, insbesondere Mitglieder anderer Betriebsverfassungsorgane oder für betriebsfremde Dritte, wie Gewerkschaften oder Kunden und Lieferanten. Dem Betriebsratsmitglied selbst ist die Entgegennahme der begünstigenden Leistung nicht verboten.

7. Verboten sind ...

- Jede Vergütung für das Betriebsratsamt selbst, insbesondere die Bezahlung nach „Augenhöhe“ oder mit Blick auf amtsbezogene Qualifikation, Sitzungsgelder und „Amtszulagen“, Vergütungen des Einigungsstellenbeisitzers entgegen § 76 II 1 BetrVG
- Jede das hypothetische Arbeitsentgelt übersteigende Vergütung, auch: Höhergruppierungen für Betriebsratsmitglieder („Meister“);
- Aufwandsentschädigungen ohne Abrechnung und Nachweis konkreter Aufwendungen;
- Beförderungen auf Grund der Betriebsratsstätigkeit, Zuweisung höher vergüteter Beschäftigung; überhaupt jede „Sonderkarriere“²⁵

- 12 BAG, NZA 2000, 1174 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 131 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 141. Weiter *Richardi/Thüsing* (o. Fußn. 1), § 37 Rdnr.31; *Farthmann* (o. Fußn. 4), 1995, S. 115 (1209).
- 13 Dazu BT-Dr VI/2729, S. 23; *Hemmecke*, RdA 1986, 241.
- 14 *Farthmann* (o. Fußn. 4), S. 115 (121); auch *Fischer*, NZA 2007, 484 (485).
- 15 *Farthmann* (o. Fußn. 4), S. 115 (120).
- 16 BAG (17. 8. 2005), NZA 2006, 448 = AP Nr. 142 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 2001 Nr. 5; BAG (13. 11. 1987), NZA 1988, 403 = AP Nr. 61 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 88.
- 17 BAG (19. 1. 2005), BeckRS 2005, 30 349 201 = AuA 2005, 436 mit Anm. *Werner Holtkamp*; *Hennecke*, RdA 1986, 242; *Kuhn/Blanken*, AiB 1997, 320.
- 18 BAG, NZA 1988, 403 = AP Nr. 61 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 88.
- 19 *Holtkamp*, AuA 2005, 436 (437); *Fischer*, NZA 2007, 484 (485): transparentes Vergütungssystem.
- 20 So aber *Kehrmann*, in: *Festschr. f. Wlotzke*, 1996, S. 357 ff.
- 21 BAG (29. 4. 1975), AP Nr. 9 zu § 40 BetrVG 1972 = EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 22 = DB 1975, 1708; *Richardi/Thüsing* (o. Fußn. 1), § 40 Rdnr. 43.
- 22 BAG (9. 11. 1955), NJW 1956, 158 = AP Nr. 1 zu Art IX KRG Nr. 22 Betriebsrätegesetz = SAE 1956, 66.
- 23 Ebenso § 42 Nr. 3 EBRG und § 44 Nr. 3 SEBG.
- 24 Vgl. *Schönkel/Schröder/Heine*, StGB, 27. Aufl. (2006), § 331 Rdnr. 1 b, 7, 26.
- 25 Allerdings bleibt es mit Blick auf die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG notwendig zulässig, dass ein erfahrenes Betriebsratsmitglied in die Personalarbeit wechselt. Das BetrVG kann die Berufswahlfreiheit nicht einschränken.

- Freistellungen von der Arbeitsleistung, die nicht durch die Betriebsratsstätigkeit bedingt sind; auch: „nachlaufende“ freiwillige Freistellungen für nicht wieder gewählte oder nicht mehr freigestellte Betriebsratsmitglieder; sonstige bezahlte Freizeit über § 37 III BetrVG hinaus;
- Bevorzugung von Betriebsratsmitgliedern bei Nebenleistungen (Arbeitsgeberdarlehen, Werkswohnungen, Personaleinkauf, Firmenwagen zu Privatnutzung);
- Vorteilsgewährung an Angehörige des Betriebsratsmitglieds;
- schließlich: Ressourcen für die Gewerkschaftsarbeit des Betriebsratsmitglieds.

II. Rechtsfolgen

1. Unzureichender Filzschutz im BetrVG

Das BetrVG tut nur ehrenhaft. Verstöße gegen das Begünstigungsverbot könnten geahndet werden. Vor allem der leistende Arbeitgeber begeht einen groben Verstoß gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten, weshalb er auf Antrag des Betriebsrats (!) oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft Sanktionen nach § 23 III BetrVG gewärtigen muss. Dass auch das begünstigte Betriebsratsmitglied selbst mit der Entgegennahme seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten i. S. von § 23 I BetrVG verletze²⁶, ist begründungsbedürftig. Adressat des Begünstigungsverbotes ist gerade nicht das betroffene Betriebsratsmitglied ist. Auch bleibt das bloße Nehmen nach § 119 I Nr. 3 BetrVG straffrei. Eine sonstige Pflicht, keine Sondervergütungen entgegenzunehmen, ist im Gesetz aber nicht enthalten.

Betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen greifen indes nicht: Mit Arbeitgeber und Betriebsrat sind gerade die „Übeltäter“ betroffen, die in ihren Interessen übereinstimmen. Die gewerkschaftliche Aufsichtsfunktion in der Betriebsverfassung hilft nicht weiter, weil Betriebsrat und Gewerkschaft typischerweise eng verflochten sind, der Betriebsrat als Gremium vielfach von der Mehrheitsgewerkschaft dominiert wird und in deren Sinne agiert²⁷. Antragsrechte von Minderheitsgewerkschaften beschneidet das BAG, indem es für den betriebsverfassungsrechtlichen Gewerkschaftsbegriff Tariffähigkeit (nicht aber Tarifzuständigkeit) fordert. Der 1. Senat arbeitet insofern nicht nur methodisch unzureichend; er begünstigt den Betriebsverfassungsfalz²⁸. Im betriebsverfassungsrechtlichen System herrscht eine starke Interessenverflechtung, die weder Garant für eine rechtmäßige Handhabung des Ehrenamtsprinzips ist, noch garantieren kann, dass Verstöße mit Sanktionen belegt werden. Publikumswirksame Ausnahmefälle sind AUB/Siemens und VW/Volkert: Im ersten Fall wurde die IGM aktiv, weil es gegen eine konkurrierende Organisation ging. Im zweiten Fall sorgten erotische Eskapaden für entsprechenden Öffentlichkeitsdruck; die eigentlich anstößige Betriebsratsbezahlung des Herrn Volkert mit etwa 300 000 Euro im Jahr gab nicht den Ausschlag. So hat auch das LG Braunschweig bei der Verurteilung des Dr. Peter Hartz²⁹ betriebsverfassungsrechtlich nicht klar gesehen und die VW-Praxis der Betriebsrats-Vergütungsfestsetzung durch eine paritätische Kommission durchgewunken³⁰: Jene 113 000 Euro überstiegen die pekuniären Entwicklungsmöglichkeiten eines Schmiedes in der Automobilindustrie erheblich. Insofern darf man prognostizieren, dass Nachfassen bei VW sich lohnt.

Die Strafbarkeit nach § 119 I Nr. 3 BetrVG³¹ ist wegen des Strafantragserfordernisses in II gleichfalls nicht ernst gemeint. Antragsberechtigt sind auch hier nur wieder die Verfilzten³². Außerdem: Strafflos bleibt das nehmende Betriebsratsmitglied im Rahmen „notwendiger Teilnahme“. Sobald das Betriebsratsmitglied mehr tut, insbesondere den Arbeitgeber zu einer verbotenen Leistung auffordert (um eine Entgelterhöhung bittet), macht sich das Betriebsratsmitglied

strafbar – wegen Anstiftung oder Beihilfe des Haupttäters über §§ 26, 27 StGB³³.

2. Zivilrechtliche Folgen

Etwaige Vergütungsabreden auch kollektiver Art sind von vornherein nichtig, § 134 BGB i. V. mit §§ 37, 78 BetrVG als Verbotsgesetz³⁴. Die faktische Handhabung führt nicht zu einer betrieblichen Übung³⁵. Für die Zukunft hat das Betriebsratsmitglied also keinerlei Ansprüche auf eine eigenständige Vergütung. Für die Vergangenheit ist nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln, die Zahlungen und Leistungen erfolgten rechtsgrundlos. § 817 S. 2 BGB schließt die Kondiktion nicht aus, weil damit die verbotswidrige Begünstigung für die Vergangenheit aufrechterhalten bleibt³⁶. Das muss auch für § 814 BGB gelten, wenn der Arbeitgeber gewusst hat, dass er die Sondervergütung nicht schuldet. Allerdings schließen tarifliche und sonstige Ausschlussfristen die Rückforderung aus – soweit sie Entgeltüberzahlungen des Arbeitgebers allgemein erfassen.

III. Steuerrechtliche Folge: Betriebsausgabenabzugsverbot

1. § 4 V Nr. 10 EStG

Der eigentliche Fallstrick eines professionalisierten Vergütungssystems für Betriebsräte findet sich im Steuerrecht. Durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 (BGBl I 1999 402, 403) ist die steuerliche Abziehbarkeit für Schmier- und Bestechungsgelder in § 4 V Nr. 10 S. 1 EStG neu geregelt worden: Rechtswidrige Zuwendungen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen, dürfen nicht als Betriebsausgabe geltend gemacht werden. Zuwendungen an Betriebsräte, die über das Entgeltausfallprinzip hinausgehen, erfüllen objektiv den Straftatbestand des § 119 I Nr. 3 BetrVG und sind rechtswidrig. Für das steuerrechtliche Abzugsverbot des § 4 V Nr. 10 S. 1 EStG kommt es weder auf den subjektiven Tatbestand des § 119 I Nr. 3 BetrVG an, noch auf das Strafantragserfordernis. Das heißt: Arbeitgeber, die Gelder für strafbare Betriebsratsbegünstigungen als Betriebsausgaben steuermindernd in Ansatz bringen, machen den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige Angaben und sind damit wegen Steuerhinterziehung nach § 370 I Nr. 1 AO strafbar³⁷. Für diesen Tatbestand ist ein eigener Vorsatz erforderlich; Eventualvorsatz reicht. Begünstigte Betriebsratsmitglieder machen sich der Beihilfe gem. § 369 II AO i. V. mit den allgemeinen Vorschriften des StGB strafbar, wenn sie die Steuerminderung

26 So LAG München, Beschl. v. 15. 11. 1977 – 5 TaBV 34/77, DB 1978, 894 = BB 1979, 732 – allerdings in einem obiter dictum, weil dem Betriebsratsmitglied zudem andere Pflichtverletzungen zur Last fielen; Weber, GK-BetrV (o. Fußn. 7), § 37 Rdnr. 16.

27 Böschel/Grimberg, in: Festschr. f. Däubler, 1999, S. 355 (359) (dort . Fußn. 22); Behrens, WSI-Mitt. 2005, 329. Weiter Rieble, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche – Jahrbuch 2006/I, S. 41 (43 ff.).

28 Näher Rieble, RdA 2008, Heft 1; Anm. zu BAG (19. 9. 2006), NZA 2007, 518 = NJW 2007, 1018.

29 Auch hier Ehrenpromotion.

30 LG Braunschweig, Urt. v. 2. 2. 2007 – 6 Kls 48/06, CCZ 2008, Heft 1, 34 m. Anm. Rieble.

31 Für den EBR greift § 44 I 1 Nr. 2 i. V. mit § 42 Nr. 3 EBRG; für den SE-Betriebsrat § 45 II Nr. 3 i. V. mit § 44 Nr. 3 SEBG.

32 Fischer, BB 2007, 997 f.

33 Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758 (767 f.) m. w. Nachw.; zu großzügig: Schlösser, NStZ 2007, 562.

34 Weber, GK-BetrVG, § 37 Rdnr. 15 m. w. Nachw.

35 BAG, Urt. v. 12. 11. 1997 – 7 AZR 563/93 unveröff.

36 Weber, GK-BetrVG, § 37 Rdnr. 15 m. w. Nachw. auch zur Gegenmeinung.

37 Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758 (768).

durch den Arbeitgeber unterstützen, insbesondere wenn sie Belege über die Zuwendung ausstellen³⁸.

2. Aber: diffuse Verwaltungsanweisungen

Etwas kompliziert wird das durch zugehörige Verwaltungsanweisungen: Hinweis 24 des Amtlichen Einkommensteuer-Handbuchs 2001 nannte für das Abzugsverbot „Tatbestände des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts im Sinne des § 4 V 1 Nr. 10 EStG sind z. B.: ... § 119 I Nr. 1 BetrVG (Vorteilsgewährung in Bezug auf Betriebsratswahlen)³⁹. § 119 I Nr. 3 BetrVG – um den es hier geht – fehlt. In einer Verwaltungsanweisung des BMF vom 10. 10. 2002⁴⁰ wird aus der beispielhaften, also offenen Tatbestandsliste „eine zurzeit abschließende Aufzählung der in Betracht kommenden Tatbestände des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts. Etwaige künftige gesetzliche Ergänzungen (insbesondere als Folge der Umsetzung weiterer internationaler Rechtsinstrumente) sind zu beachten.“ Im neuen Einkommensteuer-Handbuch 2006 ist unter Hinweis 4.14 die unveränderte Tatbestandsliste wieder als Beispielaufzählung genannt. So ist unklar, ob es nun bei einer offenen oder geschlossenen Beispielsliste bleibt.

Nun kann die Steuerverwaltung durch Verwaltungsanweisung selbstredend weder Strafnormen noch Betriebsausgabenabzugsverbote aussetzen. Sie kann aber einen Vertrauensschutz für die Rechtsanwendung begründen, der nicht nur steuerrechtlich, sondern auch auf das akzessorische Steuerstrafrecht durchschlägt. Steuern, die auf Grund solchen Vertrauensschutzes entgegen der objektiven Rechtslage nicht festgesetzt werden dürfen, sind auch nicht hinterzogen. Indes beschränkt der *BFH* zu Recht den Vertrauensschutz solch norminterpretierender Verwaltungsanweisungen, die die gleichmäßige Auslegung und Anwendung des Rechts sichern sollen. Diese können gerade keine einer Rechtsverordnung vergleichbare Bindung aller Rechtsanwender noch eine Bindung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben herbeiführen. Eine von den Gerichten zu beachtende Selbstbindung der Verwaltung besteht lediglich ausnahmsweise in dem Bereich der ihr vom Gesetz eingeräumten Entscheidungsfreiheit; also im Bereich des Ermessens, der Billigkeit (z. B. bei Änderung der Rechtsprechung) und der Typisierung oder Pauschalierung⁴¹. Beim Abzugsverbot des § 4 V 1 Nr. 10 EStG geht es aber um „nackte“ Rechtsanwendung, wenn auch in Vollzug einer Blankettnorm. Der Rechtsanwender hat festzustellen, ob eine Zuwendung einen Straftatbestand erfüllt – hier die Betriebsrats-Begünstigung nach § 119 I Nr. 3 BetrVG – und sodann das hieraus unmittelbar folgende Betriebsausgabenabzugsverbot zu beachten. Ermessens-, Beurteilungs- oder Billigkeitsspielräume der Verwaltung bestehen nicht. Damit scheidet ein steuerrechtlicher Vertrauensschutz von vornherein aus. Den betroffenen Unternehmen droht also Betriebsprüfung und Steuernachforderung.

Die insofern unwirksame Verwaltungsanweisung kann aber den Vorsatz für die Steuerhinterziehung des § 370 AO ausschließen. Dabei ist nach der „opus pistorum“-Entscheidung des *BGH*⁴² schon der hypothetische Inhalt einer hypothetischen Rechtsauskunft schuldaußschließend; es kommt nicht darauf an, ob der Beschuldigte tatsächlich eine solche Auskunft eingeholt hat. Das – ungerechtfertigte – Vertrauen auf die Verwaltungsanweisung des BMF vermag die strafrechtliche Ahndung derzeit auszuschließen. Komplizierte rechtliche Erwägungen zur Reichweite des steuerrechtlichen Vertrauensschutzes in Verwaltungsanweisungen dürfen dem Steuerpflichtigen nicht abverlangt werden.

Indes: Steuerstrafrechtlich ist der Steuerpflichtige gehalten, sich über all jene Sachverhaltsfragen schon dann zu erklären, deren steuerrechtliche Relevanz objektiv zweifelhaft ist –

weil er nach § 90 I 2 AO „die für die Besteuerung erheblichen Tatsachen vollständig und wahrheitsgemäß offenzulegen“ hat⁴³. Wenn der Umstand, dass „höhere Finanzbehörden“ das tatsächliche aber steuerrechtswidrige Geschäftsgeschehen des Steuerpflichtigen kennen und dulden, für sich allein nicht zur Straflosigkeit der gegenüber dem Veranlagungsfinanzamt begangenen Tat führen kann⁴⁴, dann muss dasselbe auch für objektiv fehlerhafte oder zweifelhafte, jedenfalls aber nach dem eben Gesagten vertrauensschutzlosen Verwaltungsanweisungen der obersten Finanzbehörde gelten. Eben dies hat der *BFH* – ebenfalls für verdeckte Parteispenden – bereits klar gesagt⁴⁵.

Der Vorsatz kann sich also bereits daraus ergeben, dass das Unternehmen weiß, dass Betriebsräte „zu gut“ bezahlt werden, dies in der Steuererklärung nicht angibt und damit der Finanzverwaltung die Prüfung des Betriebsausgabenabzugsverbots erschwert. Je stärker infolge des Volkert-Falles die Betriebsratsbegünstigung mit ihren Folgen diskutiert wird, desto eher wird auch ein unmittelbarer Hinterziehungsvorsatz plausibel.

Die eigentliche Bedeutung dieser steuerrechtlichen Seite liegt in der Ermittlungstätigkeit: Bei Betriebsprüfungen wird künftig vermehrt die Betriebsratsbezahlung unter die Lupe genommen werden. Auf den Filzschutz durch das BetrVG ist kein Verlass mehr.

IV. Strafrecht: Untreue ... als Korruptionsschutz

Ein zweiter Straftatbestand ist seit dem „Mannesmann“-Urteil des *BGH*⁴⁶ als Begleittat zu Korruptionsdelikten in das Blickfeld der Ermittlungsbehörden gerückt: Der *Untreuetatbestand des § 266 StGB* verbietet Zuwendungen *ohne zulässige Rechtsgrundlage* und ohne Gegenwert für das Unternehmen. Praktisch wird das gerade für Betriebsratsvergütungen⁴⁷, wie insbesondere die Verurteilung von *Peter Hartz* durch das *LG Braunschweig* – wegen Untreue durch Zahlungen an den Gesamtbetriebsratsvorsitzenden *Volkert*⁴⁸.

Dem *LG Braunschweig* ist in der Subsumtion lediglich vorzuhalten, dass – zu Gunsten des Angeklagten *Hartz* – betriebsverfassungsrechtliche Wertungen unzureichend gewürdigt worden sind:

- Schon das Vergütungssystem für Betriebsräte der Volkswagen AG ist schlechthin nichtig. Vorzuwerfen ist also schon jede Überschreitung der Entgeltausfallgrenze und nicht erst die Überbietung des hauseigenen Fütterungssystems für Betriebsräte. Herr *Volkert* hätte ausschließlich nach seiner beruflichen Entwicklung als gelernter Schmied vergütet werden dürfen – mithin schwerlich zu einer von der Kommission bei Volkswagen festgesetzte

38 *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758 (768).

39 Dieser Hinweis ist rechtlich zweifelhaft, weil der Straftatbestand unmittelbar keine Zuwendung pönalisiert, sondern die Beeinflussung der Wahl durch Vorteilsgewährung.

40 BStBl I 2002, 1031 (VV DEU BMF 2002-10-10 IVA 6-S 2145-35/02) – unter juris abrufbar; TextNr. 10.

41 *BFH* (29. 3. 2007), BStBl II 2007 816 = *BFH/NV* 2007, 1750; *BFH* (26. 4. 1995), *BFHE* 178, 4 = BStBl II 1995, 754 und *BFH* (7. 12. 2005), *BFH/NV* 2006, 1097.

42 *BGH* (21. 6. 1990), *BGHSt* 37, 55 = *NJW* 1990, 3026; für diesen Hinweis danke ich RA Dr. *Große Vorholt*.

43 *BGH* (19. 12. 1990), *BGHSt* 37, 266 (284) = *NJW* 1991, 1306 für den unzulässigen Betriebsausgabenabzug verdeckter Parteispenden; dazu *Große Vorholt*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. (2007) Rdnr. 1278; vgl. auch *BFH* (25. 10. 2005), BStBl II 2006 356 = *BFHE* 211, 19.

44 *BGHSt* 37, 266 = *NJW* 1991, 1306.

45 *BFH* (9. 8. 1989), BStBl II 1989, 990 = *BFHE* 158, 31.

46 *BGH* (21. 12. 2005), *NJW* 2006, 522 = *DB* 2006, 323 = *JZ* 2006, 560.

47 *Fischer*, *BB* 2007, 997 (1000).

48 *LG Braunschweig*, *Urt. v. 2. 2. 2007* – 6 Kls 48/06 – *CCZ* 2008, 34 m. Anm. *Rieble*.

Vergütung von 113 639 Euro (schon 1991) führen können.

- Hinsichtlich der Kompensation durch betriebsrätliches Entgegenkommen stellt das Gericht zutreffend darauf ab, dass das Wohlwollen einzelner Betriebsratsmitglieder unbedeutend ist, weil Gremien entscheiden. Nach dieser (kruden) Logik müsste der Arbeitgeber das ganze Gremium oder doch die Mehrheit bestechen, um dem Untreuevorwurf zu entkommen. Indes: Der Betriebsrat ist von vornherein auch auf das Wohl des Betriebes verpflichtet, § 2 I BetrVG. Ein Organmitglied, der den Betriebsrat schmiert, erkaufte sich also ein Wohlwollen, auf das er ohnehin Anspruch hat und dass er notfalls über die Einigungsstelle auch durchsetzen kann. Mithin wird etwas bezahlt, worauf der Arbeitgeber bereits Anspruch hatte. Das ist Untreue⁴⁹.

Unternehmensvertreter, die Betriebsratsmitglieder entgegen §§ 37 I, 78 S. 2, 119 I Nr. 3 BetrVG begünstigen, sind von Strafverfolgung wegen Untreue bedroht. Ein Strafantrag ist nicht erforderlich. Ein eigenes Betriebsratsbudget „zur freien Verfügung“ kann als „schwarze Kassen“ schon für sich den Untreuetatbestand verwirklichen⁵⁰.

V. Fazit

Das Ehrenamtsprinzip ist streng. Es ist geltendes Recht und unabdingbar. Die strafrechtlichen Weiterungen bergen für

eine erhebliche Anzahl deutscher Unternehmen und ihrer Betriebsratsmitglieder ein hohes Strafverfolgungsrisiko, soweit diese eigenständige Systeme zur Betriebsratsvergütung praktizieren. Solange der Gesetzgeber das antiquierte Ehrenamtsprinzip nicht reformiert⁵¹, darf man von Unternehmen und Betriebsräten Rechtstreue fordern.

In der Sache ist das Ehrenamtsprinzip überholt: Der Professionalisierungsgedanke gilt nicht nur in der Unternehmensmitbestimmung; jedenfalls für voll freigestellte Betriebsratsmitglieder in großen Unternehmen muss das Ehrenamtsprinzip durch eine Öffnungsklausel dispositiv gestellt werden.

Selbstredend birgt das Gefahren: Von der unabgemessen hohen Vergütung (*Volkert-Habgier*) bis hin zur Herausbildung einer besonderen Funktionärskaste, die zu sehr an den eigenen Verdienst und zu wenig an die Interessen der Belegschaft denkt. Indes: Diese Gefahren bestehen im Aufsichtsrat nicht anders. Dort hat der Gesetzgeber aber die Gleichstellung der Arbeitnehmervertreter mit den Anteilseignern auch in der Vergütung angeordnet. ■

⁴⁹ Auch schon *Fischer*, BB 2007, 997 (1000).

⁵⁰ *BGH* (18. 10. 2006), *BGHSt* 51, 100 = *NJW* 2007, 1760 = *wistra* 2007, 136 – „Fall Kanther“.

⁵¹ Zu entsprechenden Forderungen die Beiträge von *Franzen* und *Rieble* im 10. Bd. der ZAAR-Schriftenreihe, erscheint demnächst.