

# Betriebsratsbegünstigung

Eine Fallstudie mit Blick auf die Rolle des Anwalts

Timo Kloster\*

## I. Die Autobahn neben dem Dienstweg

Gemäß § 78 S. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) darf ein Mitglied des Betriebsrats, das sein Amt nach § 37 Abs. 1 BetrVG als Ehrenamt führt, wegen seiner Tätigkeit nicht benachteiligt, allerdings ebenso wenig begünstigt werden. Ein Verstoß gegen dieses Verbot ist in § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr bedroht. Diese arbeitsrechtlichen Normen erlangten mit den Affären von VW und Siemens traurige Berühmtheit, als die Käuflichkeit von Betriebsratsmitgliedern von den Stammtischrunden in die Öffentlichkeit durchsickerte. Nicht nur juristische Beachtung fand dabei die unangebracht hohe Vergütung mancher Betriebsräte, ebenso wie vom Arbeitgeber bezahlte luxuriöse Dienstreisen und -wägen („Mit dem Dienstporsche in den Klassenkampf“)<sup>1</sup>. Allerdings fließen nicht nur hier Gelder, auch die Finanzierung von Anwälten stellt einen erheblichen Kostenfaktor der Betriebsratsarbeit dar.<sup>2</sup> Hier steht ein mögliches Einfallstor für Kungelei und Filz in der Betriebsverfassung offen. Weniger gut erkennbar ist dieses freilich deswegen, weil der Arbeitgeber im Grundsatz für Rechtsstreitigkeiten aufzukommen hat. Aber ist nicht jenseits des Geschuldeten eine Begünstigung des Betriebsratsmitglieds durch die Bezahlung des Betriebsratsanwalts denkbar?

Zum besseren Verständnis des Untersuchungsgegenstandes diene ein Fallbeispiel: Q ist Betriebsratsmitglied (im Folgenden: BR-Mitglied) im Betrieb K und darüber hinaus treues Mitglied der Gewerkschaft W. Diese hat in den letzten Monaten Schulungsveranstaltungen für BR-Mitglieder, unter anderem im Betrieb K, durchgeführt, in denen die BR-Mitglieder auf Gewerkschaftsinteressen tarifpolitischer Art „eingeschworen“ wurden. An der Veranstaltung nahmen nur solche BR-Mitglieder teil, die auch Mitglied der W sind. Die Inhalte der Veranstaltung hatten keinen Bezug zur Betriebsratsarbeit.<sup>3</sup> Dabei entstanden nicht ganz unbedeutende Kosten. G, Geschäftsführer des Betriebs K, weigert sich jedoch diese Kosten zu zahlen und verweist darauf, dass die Gewerkschaft die Kosten ihrer „Genossetreffs“ selbst zu tragen habe. Die W hat nun eine clevere Idee: Sie bittet Q einen Anwalt zu beauftragen, damit dieser Q's Schulungskosten gegen den Arbeitgeber einklagt. Die W betont, dass es um das „grundsätzliche Interesse der Gewerkschaft an der Klärung dieser Kostenfrage“ ginge. Um die ohnehin marode Gewerkschaftskasse zu entlasten und, vor allem im Hinblick auf die anstehenden Vorstandswahlen, vor seiner Gewerkschaft gut dazustehen, beauftragt Q einen Anwalt. Gleichzeitig verlangt Q von G die Kosten der Anwaltsbeauftragung ersetzt, er meint hierauf einen Anspruch zu haben. G sieht das anders. Allerdings erkennt er in Q ein eher unternehmensfreundliches Mitglied des Betriebsrats. Er möchte sich

*Kollektiver Rechtsschutz findet im Spannungsfeld konfligierender Interessen statt. Doch wo wirtschaftliche Interessenlagen und Macht ausbalanciert werden, existiert auch Käuflichkeit. Ist eine Begünstigung des Betriebsratsmitglieds durch die „großzügige“ Bezahlung des Betriebsratsanwalts denkbar?*

\*Die dem Aufsatz zu Grunde liegende Arbeit entstand im Rahmen des Schwerpunktseminars „Rechtsberatung und Prozessvertretung im kollektiven Arbeitsrecht“ im Sommersemester 2012 bei Prof. Rieble (LMU München. Der Autor bedankt sich bei ihm für die erneute Durchsicht des Aufsatzes.

1 Hank, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 01.04.2007, Nr. 13, S. 46.

2 Niedenhoff, Die direkten Kosten der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes, Köln 2004, S. 25.

3 In der Praxis sind „gemischte“ Veranstaltungen häufiger anzutreffen. Zum besseren Verständnis ist ein eindeutiges Beispiel gewählt, siehe auch Fn. 31.

Q's günstiges Abstimmungsverhalten bewahren und hat auch ein Interesse daran, dass Q in der Gewerkschaftshierarchie aufsteigt. Er überweist dem Anwalt also „großzügig“ die Kosten seiner Tätigkeit.

Hat G durch diese Zahlung gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot verstoßen und wenn ja, was sind die möglichen arbeits- und strafrechtlichen Konsequenzen?

## II. Das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG

Ausgangspunkt der Überlegung, ob und wann bei der großzügigen Bezahlung eines Betriebsratsanwalts durch den Arbeitgeber eine Begünstigung vorliegen kann, ist das in § 78 S. 2 BetrVG statuierte betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot. Betriebsratsmitglieder dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden, dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Die Vorschrift soll die persönliche und insbesondere die faktische Unabhängigkeit des BR-Mitglieds sichern, damit es sein Amt funktionsgemäß wahrnehmen kann.<sup>4</sup> § 78 S. 2 BetrVG ist somit nicht Privileg, sondern Ausdruck und Reaktion auf typische Gefährdungssituationen, die sich aus einer Interessenvertretung in der Betriebsverfassung ergeben können.<sup>5</sup> Der geschützte Personenkreis ist auf die Mitglieder des Betriebsrats beschränkt, das Organ selbst ist nicht erfasst.<sup>6</sup> Schließlich soll ein Arbeitgeber, der dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 Abs. 1 BetrVG folgt und an das Organ leistet, nicht ständig in der Gefahr schweben, gegen das Begünstigungsverbot zu verstoßen.<sup>7</sup> Allerdings ist über die Besserstellung des Betriebsrats auch eine Begünstigung des Mitglieds denkbar, wenn dieses einen hinreichend konkreten Vorteil erlangt.<sup>8</sup>

### 1. Begriff der Begünstigung

Die Benachteiligung wird als jede tatsächliche, persönliche oder wirtschaftliche Schlechterstellung eines BR-Mitglieds beschrieben,<sup>9</sup> eine entsprechende Definition des Begriffes der Begünstigung fehlt. § 78 S. 2 BetrVG flankiert jedoch das Ehrenamtsprinzip des § 37 BetrVG.<sup>10</sup> Das Betriebsratsamt ist ein Ehrenamt, Mitglieder erhalten keine Amtsbezüge. Vielmehr werden sie bei Freistellung nach dem Entgeltausfallsprinzip so bezahlt, als ob sie in ihrem bisherigen Beruf weitergearbeitet hätten.<sup>11</sup> „Begünstigung“ ist somit kein unbestimmter Rechtsbegriff, sondern aus der Systematik der Betriebsverfassung, vor al-

lem aus dem Ehrenamtsprinzip heraus zu definieren.<sup>12</sup>

Es kommt also nur darauf an, ob ein Funktionsträger besser behandelt wird als er ohne das Amt behandelt worden wäre. Begünstigung ist somit jede Überschreitung der „Ehrenamtslinie“ nach oben. Jede nicht geschuldete Freistellung oder jeder Ersatz der Kosten einer Anwaltsbeauftragung ohne gesetzliche Grundlage kann einen Verstoß darstellen. Erfasst sind sowohl materielle wie auch immaterielle Vorteile.<sup>13</sup> Es ist zudem für das Vorliegen einer Begünstigung unerheblich, ob der zugewandte Vorteil durch einen entsprechenden Vermögensabfluss neutralisiert wird.<sup>14</sup> Es kommt weder auf die Motive des Begünstigenden,<sup>15</sup> noch auf die Absicht der Beeinflussung des Funktionsträgers auf ein bestimmtes Ziel hin an.<sup>16</sup> Auch schuldhaftes Handeln ist nicht erforderlich.<sup>17</sup>

### 2. Rechtswidrigkeit

Allerdings entstehen einem BR-Mitglied während seiner Tätigkeit Kosten, die in der ursprünglichen Vergütung nicht enthalten sind. Das können wie im Fallbeispiel die Kosten einer Anwaltsbeauftragung sein. Den Freistellungsanspruch von solchen Kosten regelt § 40 Abs. 1 BetrVG, nach dem der Arbeitgeber die Kosten zu tragen hat, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstanden sind. Was betriebsverfassungsrechtlich erlaubt ist, kann allerdings keinen Verstoß gegen ein Verbot darstellen. Anders gesagt: Der Arbeitgeber darf dem BR-Mitglied nur exakt dasjenige leisten, was das BetrVG vorsieht, andernfalls überschreitet er die Schwelle zur verbotenen Begünstigung.<sup>18</sup> Für die Beantwortung der Frage, ob die Vergütung eines Anwalts eine Begünstigung des BR-Mitglieds darstellen kann, ist somit wesentlich, ob das Mitglied bezüglich der Anwaltskosten einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber besitzt. Im Beispielfall dürfte Q also bezüglich der Anwaltskosten keinen Freistellungsanspruch gegen G haben.

## III. Die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers für Rechtsanwaltskosten

Ob ein Anspruch des BR-Mitglieds auf Freistellung von den Anwaltskosten besteht, bemisst sich in formeller Hinsicht zunächst danach, ob die Beauftragung des Anwalts auf Grundlage eines ordnungsgemäßen Gremiumsbeschlusses erfolgt ist.<sup>19</sup> Es erscheint jedoch fraglich, ob dies auch für den Fall gilt, dass wie im Beispielfall ein einzelnes Mitglied einen Anwalt hinzuzieht.<sup>20</sup> Würde die Erstattungsfähigkeit der An-

4 Künzl, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, 4. Aufl. 2012, § 78 BetrVG Rdn 1.

5 LAG Hessen vom 10.04.2008 – 9 TaBV 236/07, AuR 09, 222.

6 Thüsing, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz Kommentar, 13. Aufl. 2012, § 78 Rdn. 19; Kreuzt, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl., Köln 2010, § 78 Rdn. 18.

7 Rieble, CCZ 2008, 121 (127).

8 Rieble, ZIP 2009, 1593 (1598); Pasewaldt, ZIS 2007, 75 (79).

9 Statt vieler Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 13. Aufl. 2012, § 119 Rdn. 16 m.w.N.

10 Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, Rdn. 39 ff.

11 Schweibert/Buse, NZA 2007, 1080 (1081).

12 Rieble, BB 2009, 1612 (1612).

13 Kreuzt (Fn. 6), § 78 Rdn. 43.

14 Ähnlich: Rieble, BB 2009, 1016 (1018).

15 A.A. Oetker, RdA 1990, 343 (352).

16 Löwisch/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010, § 78 Rdn. 7.

17 LAG Bremen vom 12.08.1982 – 3 TaBV 33/81, AP Nr. 15 zu § 99 BetrVG 1972.

18 Rieble, BB 2009, 1016 (1018).

19 St. Rspr. BAG vom 26.11.1974 – 1 ABR 16/74, EzA § 20 1972 Nr. 7 S. 35; zuletzt BAG vom 18.01.2006 – 7 ABR 25/05, AuA 2007, 697.

20 Vgl. aber Thüsing (Fn. 6), § 40 Rdn. 13, 21; Glock, in: Hess/Schlöchauer/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 40 Rdn. 63, die ohne weitere Anmerkung auf die Hinzuziehung durch das Gremium verweisen.

waltskosten schon von vornherein dadurch ausgeschlossen, dass die übrigen Mitglieder der Mandatierung nicht zustimmen, wäre der Grundsatz der selbstständigen Wahrnehmung des Amtes eine leere Hülle.<sup>21</sup> Es ist unabdingbar, dass ein Mitglied seine Rechte nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzen kann, sondern auch gegenüber dem Betriebsrat selbst.<sup>22</sup> Der Anspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG kann somit im Beispielfall nicht von einem Gremiumsbeschluss abhängig gemacht werden.<sup>23</sup>

In materieller Hinsicht ist entscheidend, ob die Hinzuziehung des Anwalts mit der Amtsausübung des Mitgliedes in unmittelbarem Zusammenhang steht, der Anwalt also zur Geltendmachung von Amtsrechten oder amtsbezogenen Schutzrechten mandatiert wird.<sup>24</sup>

### 1. Betriebsverfassungsrechtlicher Aufgabenbezug

Da das Mitglied sowohl Amtsträger als auch normaler Arbeitnehmer und somit „Träger zweier Hüte“ ist, kommt es darauf an, ob es als betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger Rechte verfolgt oder aber als Nicht-Amtsträger Rechtsbeistand in Anspruch nimmt.<sup>25</sup> So besteht etwa kein Anspruch nach § 40 Abs. 1 BetrVG, wenn ein BR-Mitglied Lohn aus seinem individuellen Arbeitsverhältnis einklagt und die entstandenen Anwaltskosten ersetzt haben möchte. Dies gilt selbst dann, wenn die Klage Bezug zur Amtstätigkeit aufweist, etwa Lohn für betriebsbedingt ausgefallene Arbeitszeit nach §§ 37 Abs. 2 und 6 BetrVG eingeklagt wird.<sup>26</sup> Für den Fall, dass ein BR-Mitglied einen Anwalt hinzuzieht, um die Unwirksamkeit eines Betriebsratsbeschlusses gerichtlich feststellen zu lassen, muss konsequenterweise gelten, dass ein Freistellungsanspruch nur dann besteht, wenn der Beschluss die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung des Mitgliedes als solche berührt.<sup>27</sup> Soll ein Mitglied allerdings wegen einer unzweifelhaft groben Pflichtverletzung aus dem Betriebsrat ausgeschlossen werden, findet eine darauf folgende Anwaltshinzuziehung durch das Mitglied nicht im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben statt. Wer seine Amtspflicht verletzt, handelt nicht innerhalb seiner gesetzlichen

Aufgaben.<sup>28</sup>

Q zieht im Beispielfall den Anwalt für einen Prozess hinzu, der wegen seiner Grundsatzbedeutung im alleinigen Interesse der Gewerkschaft stattfindet. Dass die Durchführung eines solchen Beschlussverfahrens noch als Amtsaufgabe des BR-Mitglieds verstanden werden kann, wird teilweise bejaht. Die Gewerkschaft nehme mit der Forcierung eines solchen Verfahrens lediglich die ihr übertragene Hilfsfunktion im Rahmen der Betriebsverfassung wahr.<sup>29</sup> Richtig ist, dass § 2 Abs. 1 BetrVG das „Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften“ anordnet und Absatz 3 die Tätigkeitsbeschränkung von Gewerkschaften durch das BetrVG ausschließt. Auch kann ein Mitglied in seiner Arbeitnehmerrolle gewerkschaftlich agieren, § 74 Abs. 3 BetrVG. Dies gilt allerdings unter Beachtung der koalitionspolitischen Neutralität nach § 75 BetrVG nicht für die Amtsführung, ein BR-Mitglied darf seine Rechte aus dem BetrVG nicht für die Gewerkschaft nutzen.<sup>30</sup> Genau dies geschieht, wenn ein Verfahren, in dem das Mitglied durch Mandatierung eines Anwalts tätig wird, einzig im Gewerkschaftsinteresse durchgeführt wird.<sup>31</sup> Es stellt einen Missbrauch des Freistellungsanspruchs dar, wenn dieser nur zur finanziellen Entlastung der Gewerkschaften geltend gemacht wird.<sup>32</sup>

Derartige Anwaltskosten hat die Gewerkschaft zu entrichten, denn § 40 BetrVG regelt die Kosten des Betriebsrats, nicht die der Gewerkschaftsbetätigung innerhalb der Betriebsverfassung.<sup>33</sup> Ein Freistellungsanspruch des Q scheidet deswegen im Fallbeispiel schon an der Amtsbezogenheit.

### 2. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

Der Anspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG kann auch dem Grunde oder der Höhe nach ausscheiden, wenn die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch das BR-Mitglied nicht erforderlich und verhältnismäßig ist.<sup>34</sup> Eine Freistellungspflicht besteht beispielsweise dann nicht, wenn die Rechtsverfolgung von vornherein aussichtslos erscheint<sup>35</sup> oder das BR-

21 BAG vom 03.04.1979 – 6 ABR 64/76, EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 45 m.w. N.

22 BAG vom 14.10.1982 – 6 ABR 37/79, AP Nr. 19 zu § 40 BetrVG 1972.

23 Anderes gilt, wenn der Betriebsrats als Gremium den Anwalt mandatiert, siehe zuletzt BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382.

24 BAG vom 18.01.1989 – 7 ABR 89/87, AP Nr. 28 zu § 40 BetrVG 1972.

25 Glock (Fn. 20), § 40 Rdn. 50.

26 BAG vom 14.10.1982 – 6 ABR 37/79, AP Nr. 19 zu § 40 BetrVG 1972, m. Anm. Otto.

27 Das Kontrollrecht folgt daraus, dass jedes BR-Mitglied sein Amt in eigener Verantwortung und in Kenntnis seiner Kompetenzen führen muss, vgl. BAG vom 21.11. 1978 – 6 ABR 10/77, AP Nr. 35 zu § 37 BetrVG 1972. Damit ist aber notwendigerweise verbunden, dass das BR-Mitglied berechtigt ist, die erforderlichen gerichtlichen Verfahren zur Kontrolle von BR-Beschlüssen einzuleiten, wenn ernsthafte Zweifel an ihrer Rechtswirksamkeit bestehen, BAG vom 03.04.1979 – 6 ABR 64/76, DB 1979, 2091 (2092).

28 BAG vom 19.04.1989 – 7 ABR 6/88, EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 62; Blomeyer, Die Finanzierung der Mitbestimmung durch den Arbeitgeber, in: Steinmann/Gäfigen/Blomeyer (Hrsg.), Die Kosten der Mitbestimmung, Zürich 1981, S. 87; Gesagtes gilt freilich nicht, wenn der Vorwurf ernsthaft bestritten werden kann und eine rechtliche Würdigung nicht ohne weiteres eine grobe Pflichtverletzung ergibt. In diesen Fällen besteht ein Anspruch auf Freistellung.

29 Thüsing (Fn. 6), § 40 Rdn. 22.

30 Rieble, CCZ 2008, 121 (126).

31 Häufig sind Schulungen für die Tätigkeit eines BR-Mitglieds nur zum Teil erforderlich („gemischte“ Veranstaltungen). Dies ist dann der Fall, wenn die unterschiedlichen Schulungsthemen so klar voneinander abgegrenzt sind, dass ein zeitweiser Besuch möglich und sinnvoll ist. Ist eine Aufteilung der Schulungsveranstaltung praktisch nicht möglich, entscheidet über die Erforderlichkeit der Gesamtschulung, ob die erforderlichen Themen mit mehr als 50 % überwiegen, vgl. BAG vom 04.06.2003 – 7 ABR 42/02, NZA 2003, 1284. Wenn die „Schulungs“veranstaltung jedoch wie im Beispielfall gänzlich im Gewerkschaftsinteresse abgehalten wird, ist auch die gerichtliche Geltendmachung der Kosten nicht Amtsaufgabe des Mitgliedes.

32 Glock (Fn. 20), § 40 Rdn. 26.

33 Rieble, BB 2009, 1016 (1018).

34 BAG vom 28.05.1976 – 1 AZR 116/74, AP Nr. 24 zu § 37 BetrVG 1972.

35 Zusammenfassend Ehrlich/Hofß, NZA 1996, 1075 (1077).

Mitglied den Anwalt nur hinzuzieht, um mutwillig Kosten zu verursachen und den Betriebsablauf zu behindern.<sup>36</sup> Auch sind Anwaltskosten, die in ihrer Höhe den vorgesehenen Satz des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes oder das marktübliche Honorar übersteigen, grundsätzlich unverhältnismäßig und somit nicht nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu erstatten.<sup>37</sup> Anwaltskosten sind jedoch nicht bereits deswegen „nicht erforderlich“, weil auch eine gerichtliche Vertretung durch einen Gewerkschaftssekretär möglich wäre. Die gegenteilige Auffassung würde das Wahlrecht des BR-Mitglieds aus § 11 ArbGG aushöhlen.<sup>38</sup>

Der Arbeitgeber ist somit verpflichtet diejenigen Kosten zu tragen, die ex ante betrachtet im Zeitpunkt der Verursachung für erforderlich und verhältnismäßig gehalten werden dürfen.<sup>39</sup> Handelt ein BR-Mitglied außerhalb seines Aufgabenbereichs, ist die Hinzuziehung eines Anwaltes – unerheblich ob zur Vertretung, Beratung oder Schulung – nicht erforderlich oder sind die entstehenden Kosten unverhältnismäßig, entfällt insoweit der Kostenfreistellungsanspruch. Aufgrund der „Betriebsverfassungsakzessorietät“ des § 78 S. 2 BetrVG ist eine Begünstigung des BR-Mitglieds, im obigen Fall des Q, denkbar.

#### **IV. Die Begünstigung bei fehlendem Freistellungsanspruch aus § 40 Abs. 1 BetrVG**

Wie einleitend festgestellt, ist § 78 S. 2 BetrVG nur bei der Begünstigung eines einzelnen Mitglieds einschlägig, nicht bei der des Gremiums. Worin aber genau liegt die Begünstigung bei der großzügigen Zahlung von Anwaltsgebühren?

##### **1. Unmittelbare Begünstigung durch Zahlung der Anwaltskosten**

Erstattet der Arbeitgeber die Kosten direkt an ein BR-Mitglied, so ist dies ein unmittelbarer materieller Vorteil, der, soweit für die Leistung keine Rechtsgrundlage besteht, eine Begünstigung darstellt, wenn die Leistung aufgrund des Amtes des Mitglieds erfolgt. Ob dieser Leistung ein äquivalenter Vermögensabfluss durch Anwaltskosten gegenübersteht, ist unerheblich.<sup>40</sup>

##### **2. Mittelbare Begünstigung durch Zahlung der Anwaltskosten**

Problematisch wird es, wenn der Arbeitgeber, wie im Beispielfall, direkt an den Anwalt leistet. Da im Verhältnis zum Mitglied die direkte Leistung vom Anwalt und nicht vom Arbeitgeber kommt, ist nur ein mittelbarer Vorteil des BR-Mitglieds denkbar. Die Drittbegünstigung ist von § 78 S. 2 nicht erfasst.<sup>41</sup> Ein mittelbarer Vorteil kann hier einzig in der Kostenfreistellung ohne Rechtsgrundlage gesehen werden. Dadurch, dass der Arbeitgeber rechtsgrundlos die

Anwaltsrechnung für das Mitglied begleicht, wird dieses „über das Eck“ begünstigt.

Nun kann man argumentieren, eine Leistung an den Anwalt stelle nur dann eine mittelbare Begünstigung dar, wenn dieser einen Anspruch gegen das Mitglied auf Zahlung der Anwaltskosten hat. Andernfalls würde der Arbeitgeber das Mitglied nicht von Kosten freistellen. Die Ansicht fußt auf der Erkenntnis, dass der Betriebsrat nur innerhalb seiner betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse teilrechtsfähig und teilvermögensfähig ist, also in gegebener Konstellation nur soweit, wie er sich im Rahmen des § 40 Abs. 1 BetrVG bewegt.<sup>42</sup> Bewegt sich der Betriebsrat außerhalb seiner Befugnisse, handelt er nicht rechtswirksam. Der von ihm beauftragte Anwalt bleibt – soweit kein Freistellungsanspruch besteht – „auf seinen Kosten sitzen“.<sup>43</sup> Stellt eine Zahlung an den Anwalt aber überhaupt einen Vorteil dar, wenn dem Mitglied ohnehin keine Anwaltskosten entstehen? Zur Beantwortung dieser Frage muss der Vertragsschluss und die etwaige Haftung des BR-Mitglieds gegenüber dem Anwalt näher beleuchtet werden.

##### *a) Anwaltsbeauftragung durch den Arbeitgeber*

Vertragspartner des Anwalts kann der Arbeitgeber sein. Dabei handelt es sich um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß § 328 Abs. 1 BGB, soweit sich das Mitglied innerhalb seines Aufgabenbereichs bewegt.<sup>44</sup> Ist dies nicht der Fall, so handelt es sich um ein dem unechten Vertrag zu Gunsten Dritter ähnliches Konstrukt. Der Rechtsanwalt soll mit befreiender Wirkung an das Mitglied leisten, fordern kann dieses die Leistung aber mangels Rechtsfähigkeit außerhalb seines Wirkungskreises nicht. Hierbei fließt die Bezahlung direkt vom Arbeitgeber an den Anwalt. Dennoch erhält das BR-Mitglied aus der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Anwalt einen faktischen Vorteil, namentlich die anwaltliche Dienstleistung – die, ähnlich wie ein Dienstwagen, als eine Art Sachbezug gesehen werden kann – obwohl es hierauf keinen Anspruch hat.

##### *b) Anwaltsbeauftragung durch das Betriebsratsmitglied*

Vertragspartner des Anwalts kann auch das einzelne Mitglied sein. Schließt dieses den Vertrag in eigenem Namen ab – wovon auszugehen ist, wenn es eigenmächtig Verträge abschließt<sup>45</sup> – handelt es, soweit die sonstigen Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 BetrVG auch hinsichtlich seiner mit der Amtstätigkeit zusammenhängenden Individualrechte nicht gegeben sind, außerhalb seines Aufgabenbereichs. Das Vertragsverhältnis richtet sich demnach nach den allgemeinen schuldrechtlichen Normen und das

36 BAG vom 28.08.1991 – 7 ABR 46/90, NZA 1992, 41 (42).

37 Thüsing (Fn. 6), § 40 Rdn. 28.

38 Weber (Fn. 6), § 40 Rdn. 105.

39 BAG vom 18. 4. 1967 – 1 ABR 11/66, AP BetrVG § 39 Nr. 7.

40 Andernfalls könnten BR-Mitglieder das Begünstigungsverbot beispielsweise durch Spenden aushebeln, vgl. dazu auch Rieble, BB 2009, 1016 (1018).

41 Ähnlich Rieble, CCZ 2008, 121 (126).

42 BAG vom 24.10.2001 – 7 ABR 20/00, AP Nr. 71 zu § 40 BetrVG 1972; Rosset, Rechtssubjektivität des Betriebsrats und Haftung seiner Mitglieder, Dissertation, Regensburg 1985, S. 42.

43 Linsenmaier, Non volenti fit iniuria - Beschlussverfahren ohne Betriebsratsbeschluss, in: Kohte/Dörner/Anzinger, Festschrift für Hellmut Wißmann, Arbeitsrecht im sozialen Dialog, München 2005, S. 391.

44 Haas, Anwaltliches Mandatsverhältnis zum Betriebsrat, Dissertation, München 2007, S. 45.

45 BAG vom 24.04.1986 – 6 AZR 607/83, NZA 1987, 100.



Mitglied müsste die Kosten tragen. Entsprechendes gilt für den Vorsitzenden, der im Namen des Betriebsrats, aber ohne dessen Legitimation, einen Vertrag mit dem Anwalt abschließt.<sup>46</sup> Seine Haftung für ein Handeln ohne Vertretungsmacht richtet sich nach § 179 Abs. 1 BGB analog.<sup>47</sup> Zahlt der Arbeitgeber nun die Anwaltskosten, so erhält das BR-Mitglied eine Freistellung von der Haftung, obwohl es darauf keinen Anspruch hat, und insofern einen Vorteil. Hat Q also vorliegend in eigenem Namen einen Anwalt hinzugezogen, so müsste er die Anwaltskosten schon nach schuldrechtlichen Regelungen tragen. Wenn G diese Anwaltskosten großzügig übernimmt, stellt er Q ohne rechtliche Grundlage von einer Haftung frei und begünstigt ihn somit mittelbar. Nun mag man einwenden, dass doch keine Begünstigung des Mitglieds Q, sondern der Gewerkschaft vorliege, da diese von den Kosten freigestellt werde. Jedoch ist nicht gesagt, dass das Mitglied die Anwaltskosten von der Gewerkschaft ersetzt bekäme, diese kann den Anspruch durch Satzung gemäß § 40 BGB ausschließen. Ungeachtet dessen hat ein Mitglied des Betriebsrats ein erhebliches Interesse daran, dass „seine“ Gewerkschaft finanziell gut gestellt ist, eine unternehmensfreundliche Gewerkschaft ist in erster Linie auf Betriebsratsebene nützlich.<sup>48</sup> Eine Erstattung der Anwaltskosten, die materiell der Gewerkschaft zu Gute kommt, erfolgt deswegen zumindest auch im Hinblick auf die Betriebsratstätigkeit.<sup>49</sup> Dem BR-Mitglied werden im Ergebnis Ressourcen für eine Gewerkschaftsarbeit gewährt; eine Kostenübernahme durch den Arbeitgeber bewirkt, dass das Mitglied „bei der Gewerkschaft gut dasteht“ und stellt zusätzlich einen hinreichend konkreten, mittelbaren Vorteil dar.<sup>50</sup>

### c) Anwaltsbeauftragung durch das Betriebsratsgremium

Auch der Betriebsrat kann Vertragspartner des Anwalts werden. Erfolgt die Beauftragung jedoch außerhalb des Freistellungsanspruchs und dennoch in dessen Namen, so handeln die BR-Mitglieder wegen der fehlenden Rechtsgeschäftsfähigkeit für eine nicht existente Person.<sup>51</sup> In analoger Anwendung des § 179 BGB haben die Mitglieder den Anwalt so zu stellen, als wäre der Vertrag mit dem Betriebsrat erfolgreich gewesen.<sup>52</sup> Zwar folgt keine generelle Haftungsprivilegierung des BR-Mitglieds aus §§ 37 Abs. 1, 78 S. 2 und 23 Abs. 1 BetrVG bei fahrlässigem Handeln, da das Haftungsrisiko des handelnden Mitglieds bereits dadurch hinreichend reduziert ist, dass die Frage, wann und in welchem Umfang die Hinzuziehung eines Anwalts erforderlich ist, aus der ex-ante-Sicht zu beurteilen ist.<sup>53</sup> Eine Haftung des Mitgliedes

ist jedoch analog § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, wenn der Anwalt Kenntnis von der kompetenzüberschreitenden Beauftragung hatte oder diesbezüglich grob fahrlässig war.<sup>54</sup> Schließlich wären die Mitglieder auch berechtigt, dem Anspruch des Anwalts im Wege der Aufrechnung einen eigenen Schadensersatzanspruch entgegenzuhalten, der aus einer Verletzung der Berufspflicht des Anwalts resultieren könnte. Dieser ist verpflichtet, die Mitglieder erschöpfend über die Grenzen ihrer Befugnisse aufzuklären. Unterlässt er dies schuldhaft, macht er sich schadensersatzpflichtig.<sup>55</sup>

Nach Gesagtem würde die Freistellung des Gremiums von Anwaltskosten nur in sehr speziellen Konstellationen eine Begünstigung darstellen, wenn das einzelne Mitglied mittelbar über die Zahlung von seiner Haftung freigestellt wird. Dies betrifft gerade den Betriebsratsvorsitzenden. Allerdings ist zu beachten, dass ein Vorteil des BR-Mitglieds auch immaterieller Natur sein kann. So stellt schon die „Freistellung“ von möglicherweise auf das Mitglied zukommenden Anwaltskosten einen Vorteil dar, da dieses insofern kein Risiko trägt, in die Haftung genommen zu werden. Dies wird klarer, wenn man die Situation des BR-Mitglieds mit einem normalen Arbeitnehmer vergleicht: Diesem ist eine Freistellung von Anwaltskosten nach § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG sowohl formell wie materiell von vornherein versagt.<sup>56</sup> Das BR-Mitglied erhält wie im Beispielfall etwa die Möglichkeit, risikofrei Prozesse für die Gewerkschaft führen und sich somit vor dieser in „gutes Licht“ rücken zu können. Das ist ebenso wie eine günstige Tätigkeitsbezeichnung<sup>57</sup> oder das Geschenk an einen Angehörigen<sup>58</sup> eine Begünstigung des BR-Mitglieds. Somit ist die Kostenübernahme des Anwalts auch ohne reale „Durchgriffshaftung“ eine mittelbare, immaterielle Begünstigung des Mitglieds. Diese Begünstigung muss auch hinreichend konkret auf das Mitglied bezogen sein, die Gremiumsbegünstigung ist nicht verboten. So wird beispielsweise die Gewährung eines nicht erforderlichen neuen PCs für das Gremium solange keine Begünstigung darstellen, wie diese Leistung nicht konkret mit einem Mitglied verknüpft ist, etwa weil dieses den PC alleinig nutzt. Übertragen auf den Anwalt ist somit der hinreichend konkrete Zusammenhang nur gegeben, wenn die Leistungserbringung des Anwalts auch individuell mit dem Mitglied verknüpft ist; wenn eine Beratung oder Schulung es etwa auch persönlich betrifft.<sup>59</sup>

### 3. Kausalzusammenhang

Abschließend ist der Kausalzusammenhang der Norm zu beleuchten: Die Begünstigung muss wegen der Amtstätigkeit gewährt werden.<sup>60</sup> Indizwirkung entfaltet hierbei die Ungleichbehandlung der Funktionsträger gegenüber ande-

46 BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382.

47 Haas (Fn. 44), S. 86.

48 Rieble, BB 2009, 1016 (1018).

49 Schemmel/Slowinski, BB 2009, 830 (832).

50 Rieble, BB 2009, 1016 (1018).

51 Haas (Fn. 44), S. 89; BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382.

52 In diese Richtung *Schilken*, in: Staudinger BGB, Buch 1: Allgemeiner Teil 5, 2010, § 179 Rdn. 23.

53 BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11, GWR 2013, 31; a.A. Haas (Fn. 44), S. 90.

54 Ebd., S. 91; BGH vom 25.10.2012 – III ZR 266/11, NZA 2012, 1382.

55 BGH vom 07.02.2002 – I ZR 304/99, NJW 2002, 1413 (1413).

56 BAG vom 30.06.1993 – 7 ABR 45/92, NZA 1994, 284.

57 LAG Sachsen vom 27.08.2008 – 2 Sa 752/07, n.v.

58 *Worzalla* (Fn. 20), § 78 Rdn. 24; *Rieble CCZ* 2008, 121 (125).

59 In diese Richtung *Pasewaldt*, ZIS 2007, 75 (80).

60 BAG vom 11.12.1991 – 7 AZR 75/91, NZA 1993, 909 (910).

ren Arbeitnehmern.<sup>61</sup> Ergibt ein Vergleich mit den übrigen Arbeitnehmern im Betrieb, dass nur BR-Mitglieder betroffen sind, so besteht eine tatsächliche Vermutung für die Kausalität, die der Arbeitgeber durch Gegenbeweis entkräften muss.<sup>62</sup> Da im Beispielsfall G nicht allen Arbeitnehmern Anwaltskosten erstattet, sondern nur dem Q, ist auch der Kausalzusammenhang erfüllt. G hat somit gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot verstoßen.

### V. Sinn und Zweck einer „großzügigen“ Bezahlung

Es hat sich gezeigt, dass die großzügige Bezahlung eines Anwalts in bestimmten Konstellationen eine Begünstigung nach § 78 S. 2 BetrVG darstellt. Allerdings drängt sich die Frage auf, warum der Arbeitgeber überhaupt ein Interesse daran haben sollte, überobligatorische Zahlungen zu leisten. Anders als bei der generösen Übernahme von teuren „Dienstreisen“, mit denen sich der Arbeitgeber das „Wohlwollen“ der Funktionsträger erkaufte, leuchtet bei der begünstigenden Vergütung des Anwalts nicht direkt ein, wie der Arbeitgeber aus einer Verstärkung der juristischen Schlagkraft des BR-Mitglieds Vorteile ziehen will.

#### 1. Unterstützung einzelner Rechtsvorhaben gegen das Gremium

Der Arbeitgeber kann aus einer Ausrichtung der Tätigkeit einzelner Funktionsträger Nutzen ziehen, indem er deren Verhalten in Ausübung ihres Amtes eigennützig und damit funktionswidrig beeinflusst.<sup>63</sup> So kann ein Mitglied beispielsweise durch ein entsprechendes Angebot der Anwaltskostenübernahme im Falle der Uneindeutigkeit eines Verfahrensausgangs „vergleichswillig“ gemacht werden. Der Arbeitgeber kann sogar Betriebsratsbeschlüsse blockieren, indem er das Vorgehen eines einzelnen Mitglieds mit anwaltlicher Unterstützung gegen das Gremium finanziert. In diesem Fall verwendet der Arbeitgeber das Mitglied als Instrument gegen den Betriebsrat, da jenes das Verfahren ohne die Sicherheit, die Anwaltskosten ersetzt zu bekommen, häufig nicht eingeleitet hätte. Auch kann der Arbeitgeber die Chancen eines BR-Mitglieds, das ein günstiges Abstimmungsverhalten aufweist, in einem Ausschlussverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG entscheidend verbessern, indem er einen Anwalt finanziert.

#### 2. Gewerkschaftsbestechung

Ein weiterer Bereich, in dem die Begünstigung eines Funktionsträgers durch Bezahlung des Anwalts für den Arbeitgeber sinnvoll sein kann, ist das verworrene Interessengeflecht zwischen Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft. So besteht in einem Beschlussverfahren, das wie im Beispielsfall ein BR-Mitglied nicht in eigenem Interesse, sondern nur auf Veranlassung der Gewerkschaft hin inszeniert, grundsätzlich bei der Hinzuziehung eines Anwalts kein Freistellungsanspruch. Nun besteht auf Arbeitgeber-

seite durchaus Interesse, Gewerkschaften zur Pflege der Arbeitsbeziehungen Vorteile zu gewähren, um diese „unternehmensfreundlich“ aufzubauen. Werden für die Gewerkschaft wichtige Grundsatzprozesse geführt und kommt der Arbeitgeber für die dadurch entstehenden Anwaltskosten auf, so fließt dieser Vorteil über das BR-Mitglied an die Gewerkschaft weiter. Bezweckt ist folglich die moderate Förderung gewerkschaftlicher Interessen und die Pflege der koalitionspolitischen Landschaft.<sup>64</sup> Dahinter steht oft die Hoffnung nach einem Gefälligkeitsarbeitsvertrag.

#### 3. „Schmierer“ des Anwalts

Der Arbeitgeber kann den Anwalt auch großzügig bezahlen, damit dieser auf einen für den Betriebsrat ungünstigen Vergleich hinwirkt. Dies ist insbesondere in Verfahren vor Einigungsstellen denkbar, eine überhöhte Bezahlung kann eine Begünstigung des Anwalts als betriebsfremdes Mitglied der Stelle darstellen.<sup>65</sup> Es handelt sich dabei allerdings um eine Benachteiligung des Mitglieds nach § 78 S. 2 BetrVG bzw. eine Störung des Betriebsrats nach § 78 S. 1 BetrVG. Die Erfolgsaussichten eines solchen Plans sind auf den ersten Blick gering. Zum einen ist der Ruf eines Anwalts als unabhängiger Vertreter fremder Interessen existentiell für diesen, zum anderen würde er sich i.V.m. § 43a Abs. 4 BRAO des qualifizierten Parteiverrats nach § 356 Abs. 2 StGB strafbar machen.<sup>66</sup> Für ihn ist das Vorhaben somit zumindest in der Theorie höchst unattraktiv. In der Praxis allerdings ist die Höhe der Vergütung rechtlich nicht im Detail festgelegt.<sup>67</sup> „Großzügig“ bemessene Stundenhonorare für Betriebsratsanwälte sind üblich, um die Konfliktlösung bei Interessenausgleich und Sozialplan zu beschleunigen.<sup>68</sup>

Das praktisch relevanteste, weil rentabelste, Interesse an der Bezahlung von Anwaltskosten dürfte jedoch zusammengefasst das Wohlwollen der Gewerkschaft sein, das sich der Arbeitgeber über den „Umweg“ der Betriebsratsbegünstigung erkaufte.

### VI. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Begünstigungsverbot

Liegt ein Verstoß gegen das Begünstigungsverbot vor, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Aus einem Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG resultiert die Unwirksamkeit aller hierauf gerichteten Vereinbarungen nach § 134 BGB, was zivilrechtliche Rückforderungsansprüche zur Folge haben kann. Interessanter sind indes mögliche arbeits- und strafrechtliche Konsequenzen.

64 Rieble, BB 2009, 1016 (1020).

65 LAG München vom 11.01.1991 – 2 TaBV 57/90, LAGE § 76a BetrVG 1972 Nr. 1.

66 BAG vom 25.08.2004 – 7 ABR 60/03, NJW 2005, 921.

67 An sich sieht § 76a Abs. 4 BetrVG vor, dass die Honorarhöhe durch eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales geregelt wird, von dieser Verordnungsermächtigung wurde bislang jedoch kein Gebrauch gemacht.

68 Dies bestätigten Rechtsanwälte verschiedener Münchener Großkanzleien; Rechtsanwaltskammer und DGB-Rechtsschutz äußerten sich hierzu nicht.

61 Kutsch, Schutz des Betriebsrats und seiner Mitglieder, Dissertation, Mannheim 1993, S. 78.

62 BAG vom 22.02.1979 – 2 AZR 115/78, DB 1979, 1659.

63 Buschmann (Fn. 9), § 78 Rdn. 25.

## 1. Strafrechtliche Konsequenzen

Nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist die Begünstigung eines BR-Mitglieds um seiner Tätigkeit willen mit Strafe bedroht. § 119 Abs. 1 Nr. 3 flankiert § 78 S. 2 BetrVG, der Begriff der Begünstigung ist der gleiche. Dennoch hat die Vorschrift keine große Bedeutung für die Bekämpfung des Betriebsverfassungsfilz erlangt. Der Grund ist in Absatz 2 zu finden: § 119 BetrVG ist ein absolutes Strafantragsdelikt. Antragsberechtigt sind praktisch nur der Betriebsrat, der Unternehmer oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft, also gerade die Verfilzten. Ein eigenes Antragsrecht der Arbeitnehmer ist nicht vorgesehen. § 119 BetrVG ist somit eine sinnwidrige Regelungslücke zu attestieren; das BetrVG soll die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb gewährleisten, diese aber haben keinerlei Einfluss auf die Einleitung eines Verfahrens gegen Verdächtige. Dies läuft dem Zweck der Strafnorm zuwider.<sup>69</sup> § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist folglich ein stumpfes Schwert. Praktisch relevanter sind Straftatbestände aus dem StGB, die Untreue und die Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Zu denken ist insbesondere an die Strafbarkeit des Arbeitgebers nach § 266 StGB<sup>70</sup> und des BR-Mitglieds nach § 266 i.V.m. § 26 oder § 27 StGB.<sup>71</sup> Wird das Mitglied durch die Freistellung von Kosten dergestalt beeinflusst, dass es diesen Entscheidungsspielraum sachwidrig nutzt und dafür einen vermögenswerten Vorteil vom Anwalt erlangt, macht es sich – wenn es diesen Vorteil annimmt<sup>72</sup> – zudem nach § 299 Abs. 1 StGB strafbar.<sup>73</sup> Zu denken ist ebenfalls an eine Strafbarkeit der Beteiligten nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO i.V.m. § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 1 EStG.<sup>74</sup>

## 2. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

De lege ferenda sollte § 23 Abs. 1 und 3 BetrVG grobe Pflichtverstöße sanktionieren, de lege lata sind jedoch wieder die Verfilzten die Antragsberechtigten. Die Arbeitnehmer haben keine Möglichkeit, einen Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG gegen den Arbeitgeber durchzusetzen und auch § 23 Abs. 1 BetrVG läuft wegen der Antragsbefugnis bei kollusivem Zusammenwirken leer.<sup>75</sup> Eine außerordentliche Kündigung des begünstigten BR-Mitglieds nach § 626 BGB i.V.m. § 103 BetrVG scheidet zumeist, weil § 626 Abs. 2 BGB eine unmittelbare Wissenszurechnung for-

dert, die kündigungsberechtigte Person jedoch regelmäßig längere Kenntnis von den Vorgängen hatte.<sup>76</sup>

Das Arbeitsrecht versagt somit beim Schutz der Belegschaft gegen Korruption. Den letztlich durch käufliche Interessenvertreter geschädigten Arbeitnehmern<sup>77</sup> wird kein effektives Instrument an die Hand gegeben, sich hiergegen zu wehren. Zähne zeigt das Rechtssystem lediglich in Form der Vermögensdelikte, des Betriebsausgabenabzugsverbotes und der damit verbundenen Steuerhinterziehung.

## VII. Unberechtigte Sorglosigkeit in einem antiquierten System

Die großzügige Bezahlung des Anwalts stellt eine – gegebenenfalls mittelbare – Begünstigung des BR-Mitglieds dar, wenn dieses keinen Anspruch auf Freistellung von den Anwaltskosten hat. Dies kann zwar arbeits- und strafrechtliche Folgen nach sich ziehen, jedoch sind diese nicht geeignet, dem einvernehmlichen Rechtsbruch der Akteure Einhalt zu gebieten; das BetrVG ist systematisch korruptionsanfällig. Die Praxis ist sich indes kaum eines Problems bewusst.<sup>78</sup> Rechtspolitisch ist eine klare Korrektur wünschenswert. Nahe liegend scheint eine Neuregelung der Antragsbefugnisse in § 23 und § 119 BetrVG. Auch ist vom antiquierten Ehrenamtsprinzip loszulassen und eine Vergütung der BR-Mitglieder als „Co-Manager“<sup>79</sup> auf Augenhöhe durch dispositive Ausgestaltung der §§ 37 bis 41 BetrVG zu ermöglichen. Denn wo „professionelle“ Betriebsräte eine Entlohnung weit unterhalb der Dotierung mittlerer Führungskräfte erhalten, ist der Korruption die Tür geöffnet.<sup>80</sup> Nicht die Leistung als solche ist problematisch, sondern die Verschleierung und fehlende öffentliche Kontrolle.<sup>81</sup> Durch Verzicht auf die formale Unentgeltlichkeit kann deren Zweck, die innere Unabhängigkeit, effizienter erreicht werden.<sup>82</sup> Transparenz kann hier mehr leisten als strafrechtliche Überregulierung, dennoch ist durch Änderung des Antragsrechts für eine Ausschöpfung des Rahmens zu sorgen.<sup>83</sup> Allerdings gilt: Bis die Gesetzeslage eine andere ist, muss von Arbeitgebern, Betriebsräten und Gewerkschaften Rechtstreue gefordert werden.

76 Fischer, BB 2007, 997 (998).

77 Ein Schaden kann insbesondere daraus resultieren, dass der Betriebsrat nach dem BetrVG zu massiven Eingriffen in die Einzelarbeitsverhältnisse befugt ist. Er kann beispielsweise über § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Arbeitszeit der Mitarbeiter und damit zugleich ihr Einkommen reduzieren. Auch kann er den Kündigungsschutz einzelner Arbeitnehmer entwerfen, indem er mit dem Arbeitgeber einen Interessenausgleich mit Namensliste vereinbart. So gesehen kann eine „gekaufte“ Interessenvertretung zum Verlust der Existenzgrundlage führen.

78 Dies bestätigten Rechtsanwälte verschiedener Münchener Großkanzleien.

79 Dazu Niemayer/Rapp, AiB 2001, 473 (473).

80 In diese Richtung Franzen, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung, ZAAR-Schriftenreihe, Band 10, 2008, S. 65, nach dem „unter Umständen berechnete Vergütungserwartungen in die Illegalität gedrängt werden“.

81 Farthmann, Der gerechte Betriebsratslohn, in: Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung: Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke, Berlin 1995, 115 (116).

82 Ebenso Franzen (Fn. 80), S. 57.

83 So auch Fischer, NZA 2007, 448 (485).

69 Rütters, NJW 2007, 195 (197).

70 BGH vom 17.09.2009 – 5 StR 521/08, BB 2010, 580; BGH vom 13.09.2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88; für die Bejahung einer Strafbarkeit ist ein Vermögensnachteil auf Unternehmensseite erforderlich. Um einen solchen festzustellen, sind die wirtschaftlichen Vorteile, welche das Unternehmen aufgrund der Begünstigung erzielt, in betriebswirtschaftlicher Hinsicht zu bewerten und mit den vom Unternehmen geleisteten Zahlungen zu saldieren, vgl. insgesamt dazu BVerfG vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, NStZ 2010, 626.

71 Fischer, BB 2007, 997 (999) m.w.N.

72 Ebert-Weidenfeller, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Kapitel 3 Rdn. 16.

73 Ebenso wie der Anwalt nach § 299 II StGB.

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

75 Eher theoretisch ist die Antragsberechtigung eines Viertels der Belegschaft, die gemäß § 23 Abs. 1 BetrVG nötig wäre, um ein korruptes BR-Mitglied „loszuwerden“.