

### WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

**Professor Dr. Frank Arloth,**

Amtschef des Bayerischen  
Staatsministeriums der Justiz

**Andrea Czarnecki,** Group General  
Counsel Continental AG

**Professor Dr. Markus Gehrlein,**  
Richter am Bundesgerichtshof a. D.

**Karin E. Geissl,** Rechtsanwältin,  
Attorney at Law, Freshfields Bruckhaus  
Deringer

**Dr. Peter Gladbach,**  
Rechtsanwalt, AUDI AG

**Professor Dr. Christian Heinrich,**  
Katholische Universität, Ingolstadt

**Dr. Uta Karen Klawitter,**  
General Counsel AUDI AG

**Professor Dr. Thomas Klindt,**  
Rechtsanwalt, Noerr

**Nora Klug, LL.M.,**  
General Counsel Robert Bosch GmbH

**Professor Dr. Rolf-Dieter Mönning,**  
Rechtsanwalt, Mönning Feser Partner

**Professor Dr. Dr. h.c. Hanns Prütting,**  
Universität zu Köln

**Professor Dr. Jens M. Schmittmann,**  
Rechtsanwalt, FOM Hochschule, Essen

**Dr. Stefan Schröcker,**  
Leiter Recht, Produktion und Vertrieb,  
BMW AG

**Dr. Reinhard Siegert,** Rechtsanwalt,  
Heuking Kühn Lüer Wojtek

**Dr. Martin Wagener,**  
Rechtsanwalt

### SCHRIFTFLEITUNG

**Dr. Nicholas Schoch,** Rechtsanwalt,  
Freshfields Bruckhaus Deringer

### STÄNDIGE MITARBEITER

Dr. Charlotte Harms, Paul Harenberg,  
Camillo v. Haugwitz

- Andrea Czarnecki, Group General Counsel der Continental AG
- 93 **Mit einer Transformation des Denkens den Fortschritt gestalten**  
Dr. Frederic Geber, LL.M. (Exeter)
- 94 **11 Fragen zur Digitalgesetzgebung der EU aus Sicht der Automobil-  
branche**  
Matthias Götz, LL.M. (Cambridge)
- 98 **Data Act-Entwurf und Ansprüche auf den Zugang zu Fahrzeugdaten**  
Thomas Kahl und Sophia-Marie Kling
- 104 **Connected Vehicle Services und der Digital Services Act**  
Dr. Andreas Schuler
- 111 **Vernetzte Fahrzeuge und Telekommunikationsdienste – eine kritische  
Würdigung der Einschätzung der Bundesnetzagentur**  
Dr. Thomas Ermer und Dr. Hendrik Schultzky
- 116 **Massenverfahren als rechtspolitische Herausforderung**  
Dr. Manuela Martin und Alexander Reif
- 123 **Disruption in Automotive Supply Chains – Durchsetzung und Abwehr von  
Preiserhöhungsansprüchen**  
Dr. Reinhard Siegert
- 129 **Was bringt die 11. GWB-Novelle? – ein Zwischenstand**  
Dr. Till Naruisch, LL.M. (Dundee) und Manuel Poncza
- 132 **Product Compliance: Anforderungen an das Beschwerdemanagement  
von Herstellern von Kraftfahrzeugen nach Art. 13 Abs. 7 der Verordnung  
(EU) 2018/858**  
Dr. Thomas Volland, LL.M., Marie Sofie Karle und Epistimi Oikonomopoulou
- 137 **Green and Powerful?**  
Dr. Sebastian Steuer, M.Sc., LL.M. (Harvard)
- 144 **Umweltkommunikation in der Automobilwirtschaft**  
Kristin Grubic, LL.M. (Compliance) und Andreas Buchberger, LL.M.
- 152 **Rechtssichere und compliance-konforme Gestaltung der unternehmens-  
übergreifenden Zusammenarbeit in der agilen Softwareentwicklung am  
Beispiel des Industriestandards SAFE<sup>®</sup>**  
Tobias André und Sebastian Lutz-Bachmann
- 164 **EU-Typgenehmigungsrecht und deliktische Direkthaftung von Fahrzeu-  
herstellern**  
Isabel Hexel
- 171 **Betriebsratsvergütungen auf dem (strafrechtlichen) Prüfstand – BGH hebt  
Freisprüche von VW Managern auf**  
Dr. Charlotte Harms
- 174 **Die neue EU-Batterieverordnung und ihr Potenzial für die Elektrofahr-  
zeugregulierung**

lich auf die unionsgerichtliche Anerkennung des Bereicherungsverbots in Rn. 94 des Urteils rekurriert.<sup>68</sup>

#### IV. Rezeption und Ausblick

Im unmittelbaren Nachgang zu der hier besprochenen Entscheidung haben mit dem BGH<sup>69</sup> und dem Österreichischen OGH<sup>70</sup> bereits zwei mitgliedstaatliche Höchstgerichte die Gelegenheit ergriffen, ihre Deutung der unionsgerichtlichen Vorgaben im Wege „höchstrichterlicher Leitlinien“<sup>71</sup> zu erläutern. Sie sind bei der Bestimmung des ersatzfähigen Schadens über die unionsgerichtlich vorgegebenen Standards hinausgegangen und lassen für einen unionsrechtlich fundierten Ersatzanspruch als Schaden bereits eine regulatorische „Unsicherheit“ ausreichen,<sup>72</sup> die aus dem bloßen Vorliegen einer illegalen Abschaltvorrichtung hergeleitet wird. Auf den Hinzutritt eines greifbaren „Schadens“ (Rn. 84) kommt es in dieser Perspektive nicht mehr an. Regulatorischer Bezugspunkt der Haftung ist dabei nicht mehr die „Gültigkeit“ der Übereinstimmungsbescheinigung (s. aber Art. 26 RL 2007/46/EG, § 27 Abs. 1 S. 1 EG-FGV und oben II.1.), sondern ihre (bloße) inhaltliche Richtigkeit.<sup>73</sup> Während der OGH hinsichtlich des Schadensumfangs sogar eine Naturalrestitution vorsieht,<sup>74</sup> hat der BGH den unionsrechtlich angeleiteten und in § 823 Abs. 2 BGB vertorteten Anspruch auf Ersatz des „Vertrauensschadens“ auf Rechtsfolgenebene mit Hinweis auf Verhältnismäßigkeitsabwägungen zweifach begrenzt<sup>75</sup> und unter den Vorbehalt des Vorteilsausgleichs gestellt.<sup>76</sup>

Davon, dass die nationalen Gerichte nun „zwangsläufig“<sup>77</sup> Schadensersatzansprüche zusprechen müssen, kann jedenfalls einstweilen keine Rede sein.<sup>78</sup> Wie oben (II.) in Auschnitten aufgezeigt, gilt es unverändert eine Vielzahl von Hürden zu überwinden, die von der Frage der Passivlegitimation über Sonderfragen zur Beschaffenheit des Fahrzeugs oder des Vertragstyps, des Verschuldens bis hin zum Vor-

teilsausgleich oder Verjährungsaspekten reichen. Insoweit mag das Urteil des EuGH die vom BGH für das nationale Recht seit 2020 bereits gelegten Karten in Teilen neu gemischt und die Diskussion um die zivilrechtliche Herstellerhaftung partiell unter „neue Vorzeichen“<sup>79</sup> gestellt haben. Die vielerorts erhoffte Klarheit bringt es indessen nicht.<sup>80</sup> Ein Ende der zivilrechtlichen Auseinandersetzungen um die deliktische Haftung von Fahrzeugherstellern ist damit unverändert nicht in Sicht.<sup>81</sup> Was bleibt, ist eine nicht unerhebliche Systemverschiebung im Kompetenzgefüge zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten und eine subjektiv-verbraucherbezogene Aufladung objektiven Marktzulassungsrechts.<sup>82</sup> Ob letztere dauerhaft auf den Fahrzeugsektor beschränkt bleiben wird oder auf das allgemeine Produktregulierungsrecht übergreift, bleibt abzuwarten.

68 BGH, Urt. v. 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2270, Rn. 80.

69 BGH, Urt. v. 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023 ff.

70 ÖstOGH, Urt. v. 25.4.2023 – 100b2/23 a, BeckRS 2023, 9749.

71 Vgl. zum BGH-Revisionsverfahren VIa ZR 335/21 die BGH-PM Nr. 104/2022 v. 1.7.2022, abgedr. in: BB 2023, 852.

72 Vgl. o. Fn. 31.

73 BGH, Urt. v. 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2265, Rn. 42.

74 ÖstOGH, Urt. v. 25.4.2023 – 100b2/23 a, BeckRS 2023, 9749, Rn. 35.

75 BGH, Urt. v. 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2262, Rn. 25 f. (Beschränkung auf Geldersatz), 2269, Rn. 75 (Beschränkung des Geldersatzes auf maximal 15 Prozent des Kaufpreises).

76 O. Fn. 68.

77 So ein Klägeranwalt in Reaktion auf das Urteil, zit. nach Börsenzeitung Nr. 57 v. 22.3.2023, S. 10.

78 Müller, BB 2023, 851, 852.

79 Gsell/Mehring, NJW 2023, 1099.

80 Zurlinden, ZfPC 2023, 137; Schneider, LTZ 2023, 158, 159.

81 So auch Gsell/Mehring, NJW 2023, 1099, 1103, Rn. 17; Vuattour-Bock, RIW 2023, 279, 281; Weidemann, NVwZ 2023, 809, 812; Reccius, Börsenzeitung Nr. 57 v. 22.3.2023, S. 2.

82 Vgl. Wagner, NJW 2023, 1761, 1764, Rn. 13; Müller, BB 2023, 1795, 1801.

Isabel Hexel\*

## Betriebsratsvergütungen auf dem (strafrechtlichen) Prüfstand – BGH hebt Freisprüche von VW Managern auf

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22

Die Betriebsratsvergütung wird für Geschäftsführer und Vorstände zum echten Compliance-Risiko. Die Gefahr sich hierbei der Untreue strafbar zu machen, ist so hoch wie nie. Mit Entscheidung vom 10.1.2023 (6 StR 133/22) bestätigte der 6. Strafsenat des BGH, dass der Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB auch dann erfüllt sein kann, wenn entgegen des betriebsverfassungsrechtlichen Begünstigungsverbot überhöhte Vergütungen und Sonderzahlungen an Betriebsratsmitglieder gezahlt werden. Dabei entschied der BGH über eine im Kern arbeitsrechtliche Frage und verschärfte die seit Jahren vom BAG angelegten Maßstäbe bei der Berechnung der Betriebsratsvergütung. Letztere fußt auf dem Betriebsverfassungsgesetz, das zwar schon seit langem in der juristischen Kommentarliteratur dafür kritisiert wird,

Arbeitgebern keine eindeutigen Vorgaben für die Betriebsratsvergütung an die Hand zu geben. Allerdings werden von den Arbeitsgerichten hypothetische Karrieren von Betriebsratsmitgliedern zur Begründung der Vergütungshöhe akzeptiert, was vom BGH nun kassiert wurde. Es wird aber noch absurder: Um dem Untreuevorwurf zu entgehen, sah sich der VW-Konzern seit dem BGH-Urteil laut Presseangaben veranlasst, ca. 80 der rund 250 Arbeitnehmervertreter im Konzern die Gehälter zu kürzen. Die betroffenen Amtsträger klagten daraufhin vor den zuständigen Arbeitsgerichten auf Zahlung und erhielten in erster Instanz Recht, da die Arbeitsgerichte aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit

\* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. III.

nicht an die vom BGH aufgestellten Grundsätze gebunden sind und diese zudem für unzutreffend erachteten. Dieser Beitrag erklärt die Hintergründe des ganzen Debakels um die Frage der richtigen Betriebsratsvergütung.

## I. Worum ging es?

Den Angeklagten wird vorgeworfen als Vorstand bzw. Personalleiter vier freigestellten Betriebsratsmitgliedern unzulässig hohe Arbeitsentgelte auf Managementniveau gewährt und sich der Untreue nach § 266 StGB strafbar gemacht zu haben. Die Angeklagten waren für die Bemessung der Betriebsratsvergütungen zuständig. Sie gehörten als Vertreter der Unternehmensseite einer seit 1991 bestehenden „Kommission Betriebsratsvergütung“ an. Die von der Kommission getroffenen Entscheidungen setzten die Angeklagten durch Schreiben an die betroffenen Betriebsratsmitglieder um, denen sie neben erhöhten Monatsentgelten auch freiwillige Bonuszahlungen gewährten, die die Zahlungen an die betriebsverfassungsrechtlich zutreffenden Vergleichsgruppen erheblich überstiegen. Hierdurch entstand dem Unternehmen ein Schaden von mehr als 4,5 Mio. Euro.

## II. Verfahrensgang

Das LG Braunschweig (Az. 16 KLS 85/19) hat die Angeklagten am 28.9.2021 vom Vorwurf der Untreue freigesprochen, obwohl es den objektiven Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB als erfüllt ansah. Nach Auffassung des Gerichts unterlagen die Angeklagten aber einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 StGB. Sie seien irrig der Überzeugung gewesen pflichtgemäß und gesetzeskonform zu handeln.

Der 6. Senat des BGH hat das Urteil des LG Braunschweig nunmehr aufgehoben. Wie auch die Vorinstanz sah der 6. Senat den Untreuetatbestand gemäß § 266 StGB bei einem Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot als erfüllt an. Gleichwohl begegne die Entscheidung des LG Braunschweigs durchgreifenden rechtlichen und sachlichen Bedenken. So genügten weder die Feststellungen zu den objektiven Voraussetzungen des Untreuetatbestands noch die Beweiswürdigung zum Vorsatz bzgl. drei der vier Angeklagten den Anforderungen. Insbesondere lasse sich dem Urteil nicht entnehmen, nach welchen Kriterien sich bei dem betroffenen Unternehmen die Vergütung bzw. Eingruppierung in Entgeltgruppen bestimme und welche Maßstäbe bei der Gewährung und der Bemessung der Höhe von Bonuszahlungen zugrunde gelegt worden seien. Der BGH hat das Verfahren aus diesen Gründen zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Wirtschaftskammer des LG Braunschweig zurückverwiesen.

## III. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BGH

Ein Betriebsratsmitglied darf nach § 78 S. 2 BetrVG aufgrund der Übernahme eines Betriebsratsamtes weder begünstigt noch benachteiligt werden. Sowohl Vorstände einer AG als auch Prokuristen haben eine Vermögensbetreuungspflicht, die sie verletzen, wenn sie unter Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 S. 2 BetrVG) einem Mitglied des Betriebsrats ein überhöhtes Arbeitsentgelt gewähren. Eine solche begünstigende Verfügung führt zu einem verbotenen Vermögensabfluss und ist nach § 134 BGB nichtig. Sie überschreitet die in § 93 Abs. 1

AktG normierten und auch in der Prokura angelegten äußersten Grenzen des (unternehmerischen) Ermessens und verletzt eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Vermögen. Liegt ein solcher Verstoß vor, so ist nach Auffassung des BGH unerheblich, ob dieser evident oder gravierend ist. Auch ist das Einverständnis des Vermögensinhabers irrelevant.

In Bezug auf die Vergütungsberechnung hat der BGH ausdrücklich die von der Vorinstanz angelegten Maßstäbe für einen Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG bestätigt. Die gesetzliche Regelung des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG, wonach das einem Betriebsrat zu zahlende Arbeitsentgelt nach der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung zu bemessen ist, schließt eine Bewertung der Betriebsratstätigkeit für Vergütungszwecke aus. Das gilt auch für im Betriebsratsamt erworbene Qualifikationen, soweit sie nicht im Zusammenhang mit der bisherigen Arbeitstätigkeit des Amtsträgers stehen. Denn die Betriebsratstätigkeit ist unentgeltlich auszuüben, was verbietet, auf die hypothetische Gehaltsentwicklung des Betriebsrats bei einer Sonderkarriere abzustellen. Umstände wie, dass ein Betriebsratsmitglied mit Vorständen und Managern „auf Augenhöhe verhandelt“ und in seiner Amtsfunktion komplexe Aufgaben wahrgenommen habe oder in „unternehmerische Entscheidungskomplexe eingebunden“ war, in der Zusammenarbeit vergütungsrelevante Leistungen gezeigt oder nach der Amtsübernahme die unternehmensinterne Managementprüfung bestanden habe, müssen daher nach Auffassung des BGH unberücksichtigt bleiben. Denn diese Maßstäbe knüpfen alle in unzulässiger Weise an die Bewertung der Betriebsratstätigkeit als solcher an.

Mit dem Amtsträger vergleichbar ist nur, wer im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt hat und dafür in gleicher Weise wie der Amtsträger fachlich und persönlich qualifiziert war. Üblich ist eine Entwicklung, wenn die überwiegende Anzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine solche typischerweise bei normaler betrieblicher und personeller Entwicklung genommen hat. Diese Regeln gelten auch für Beförderungen. Ein Aufstieg ist insbesondere nur dann betriebsüblich, wenn auch die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen erreicht hat. Die Zahlung einer darüberhinausgehenden Vergütung an den Amtsträger setzt nach Ansicht des BGH voraus, dass der Betriebsrat nur in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position aufgestiegen ist.

Über diese Maßstäbe hinaus gewährte Vergütungen verstießen gegen das Begünstigungsverbot aus § 78 S. 2 BetrVG.

## IV. Rechtliche Würdigung der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH ist sowohl aus strafrechtlicher als auch aus arbeitsrechtlicher Sicht interessant und folgenreich für die Praxis.

### 1. Würdigung aus strafrechtlicher Sicht

Der BGH hat klargestellt, dass für die Verwirklichung des Untreuetatbestandes gemäß § 266 StGB lediglich ein einfacher Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht ausreichend ist und bejahte einen solchen bei Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG. Ein hierdurch verursachter Vermögensnachteil gelte auch dann nicht als kompensiert, wenn durch die Zahlungen die vertrauensvolle Zusammenarbeit zum Wohle

des Unternehmens gefördert worden sein sollte. Obgleich dies in einer Linie mit der bisherigen Untreue-Rechtsprechung liegt<sup>1</sup>, ist es durchaus kritisch zu bewerten, jeglichen betriebsverfassungsrechtlichen Verstoß als Grundlage für strafrechtliche Sanktionierung ausreichen zu lassen. Im Wesen des Untreuetatbestands liegt die Notwendigkeit einer externen Regelung zur Vermögensbetreuung, an die angeknüpft werden kann. Die betriebsverfassungsrechtlichen Normen des §§ 78 S. 2, 37 Abs. 4 BetrVG wurden jedoch ohne das Sinnbild des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes sowie des ultima ratio-Prinzips geschaffen. Nichtsdestotrotz soll nach Ansicht des BGH jeder Verstoß mit der Härte des Strafrechts geahndet werden müssen.

Dies erscheint schon aufgrund der allgemein gehaltenen Formulierung des § 78 Satz 2 BetrVG nicht sachgerecht. Indem der BGH einen einfachen Verstoß ausreichen lässt, verschwimmen die Grenzen zwischen Betriebsverfassungsrecht und Strafrecht. Gegen eine derartige Anwendung spricht auch § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, mit dem die Benachteiligung oder Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern unter Strafe gestellt wird, zu deren Verfolgung es aber eines Antrags eines Arbeitnehmergremiums gemäß § 119 Abs. 2 BetrVG bedarf. Eine mit der Begünstigung Hand in Hand gehende, jedoch keinen Strafantrag erfordernde Untreuestrafbarkeit entspricht somit weder dem Sinn und Zweck noch der Systematik der Norm. Um das Betriebsverfassungsrecht und das Strafrecht miteinander in Einklang bringen zu können, sollte daher in diesen Fällen eine erhebliche Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht gefordert werden.

## 2. Würdigung aus arbeitsrechtlicher Sicht

Gemäß § 37 Abs. 1 BetrVG führen Betriebsratsmitglieder ihr Ehrenamt unentgeltlich. Daraus ergibt sich, dass sich die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern nicht an der Betriebsrats Tätigkeit als solche bemessen darf. Aufgrund der erforderlichen Unabhängigkeit des Betriebsratsamtes darf das Betriebsratsmitglied weder begünstigt noch benachteiligt werden. Auf diesem Grundsatz bauen die §§ 37 Abs. 2, Abs. 4, 78 Satz 2 BetrVG auf.

Was der BGH jedoch verkennt ist, dass § 37 Abs. 4 BetrVG hinsichtlich der Vergütungshöhe eine Konkretisierungsnorm des Benachteiligungsverbot gemäß § 78 Satz 2 BetrVG und keine abschließende Regelung für die Bemessung der Vergütungshöhe freigestellter Betriebsratsmitglieder ist.<sup>2</sup> Zu unterscheiden ist zwischen dem Anspruch auf „Mindestvergütung“ anhand festzulegender Vergleichsgruppen bei der Amtsübernahme gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG sowie dem Anspruch auf Gleichbehandlung nach § 78 Satz 2 BetrVG, der sich gerade nicht auf die Vergleichsgruppenvergütung beschränken lässt. Stattdessen hat sich der BGH in seiner Begründung auf § 37 Abs. 4 BetrVG als Regel versteift und die unterschiedlichen Richtungen der Normen sowie deren Historie nicht ausreichend gewürdigt.

Dabei wurde § 37 Abs. 4 BetrVG vom Gesetzgeber nur als „Mindestvergütung“ konzipiert. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, wonach die Vergütung des Betriebsratsmitglieds „nicht geringer“ als die der Vergleichspersonen sein darf. Eine höhere Vergütung schließt der Wortlaut dagegen nicht aus. Auch die Gesetzeshistorie zeigt, dass die in § 37 Abs. 4 BetrVG vorgesehene Vergleichsgruppe nicht der Begrenzung der Vergütung diene, sondern nur die Mindestvergütung sichern sollte.

Entsprechend haben bisher auch die Arbeitsgerichte Braunschweig und Emden, die sich mit den Vergütungskürzungen der VW-Betriebsräte auseinandersetzen hatten, ausgeführt, dass Anknüpfungspunkt für eine (hypothetische) Beförderung zwar einerseits nach § 78 Satz 2 BetrVG nicht die Betriebsrats Tätigkeit als solche sein darf. Eine Berücksichtigung der im Betriebsratsamt erworbenen Qualifikationen sei dagegen aber bei Einschlägigkeit der Qualifikationen für eine potentielle Beförderungsstelle nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, soll eine unzulässige Benachteiligung gemäß § 78 Satz 2 BetrVG vermieden werden. Dieser Aspekt findet jedoch vom BGH in der streitgegenständlichen Entscheidung vom 10.1.2023 keinerlei Berücksichtigung. Dabei steht auch ein Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG bei einer Benachteiligung des Amtsträgers gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG unter Strafe.

Stattdessen stellt der BGH in seiner Entscheidung sogar explizit klar, dass auch Qualifikationen, die gerade durch die Betriebsrats Tätigkeit erworben wurden, keine Berücksichtigung im Rahmen der Vergütungshöhe finden dürfen. Darunter fielen im konkreten Fall das Bestehen der unternehmenseigenen Managementprüfung, das Verhandeln mit Managern und Vorständen auf Augenhöhe und sogar der Erhalt konkreter Angebote zum Wechsel in Managementpositionen. Damit nimmt der BGH eine eindeutige Position ein, die arbeitsgerichtlich bis dato nicht geklärt war und auch in der Literatur stark umstritten ist. Individuelle Weiterbildung, Arbeitsleistung, Arbeitsvolumen und übernommene Verantwortung als Betriebsratsmitglied spiegeln sich so aber als erworbene Fähigkeiten des Betriebsratsmitglieds in keiner Weise im Entgelt wider, wenn die Vergleichsgrundlage stets an die ursprüngliche Tätigkeit zum Zeitpunkt der erstmaligen Amtsaufnahme gefesselt bleibt. Ob solch eine restriktive Betrachtung bei langjährigen Betriebsratsmitgliedern noch sachgerecht ist, ist jedoch mehr als fraglich. Insoweit wird aufgrund der divergierenden Ansichten der Arbeits- und Strafgerichte der Gesetzgeber gefordert sein, hier zeitnah für mehr Klarheit zu sorgen. Leidtragende bleiben in der Zwischenzeit gleichwohl die Unternehmen, die aufgrund der jüngsten BGH-Entscheidung gut daran tun, ihre Grundsätze bei der Berechnung der Betriebsratsvergütung jedenfalls einer eingehenden Kontrolle zu unterziehen.

## V. Folgen für die Praxis

Die Folgen der Entscheidung des BGH sind weitreichend. Um sich gegen einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot gemäß § 78 Satz 2 BetrVG abzusichern, dürfte bei den meisten Unternehmen dringendes Handeln geboten sein. Daher sind die Vergütungen der Betriebsratsmitglieder auch für die Vergangenheit zu überprüfen. Denn der BGH hat deutlich klargestellt, dass die Hürden eines Verstoßes gegen das Begünstigungsverbot hin zu einer strafbaren Untreue gemäß § 266 StGB niedrig anzusetzen sind. Selbst wenn die ersten arbeitsgerichtlichen Entscheidungen entgegen des BGH die Berücksichtigung hypothetischer Sonderkarrieren von Betriebsratsmitgliedern für zulässig erachten, wird es u. U. Jahre dauern, bis sich das BAG – wenn überhaupt – dazu äußern kann. Bis dahin ist die strafrechtlich drohende Sanktion aber das schärfere Schwert, so dass sich die Unternehmen im

1 BGH, Urt. v. 12.10.2016 – 5 StR 134/15, NJW 2017, 589,579.

2 BAG, Urt. v. 10.11.2015 – 3 AZR 574/14, NZA 2016, 576.

Rahmen der Berechnung der Betriebsratsvergütung an den vom BGH aufgestellten Grundsätzen zu orientieren haben.

Sollten Unternehmen zu dem Schluss kommen, dass überhöhte Vergütungen gezahlt wurden, die nicht mit den vom BGH aufgestellten Maßstäben in Einklang zu bringen sind, ist insbesondere die Frage nach Vergütungskürzungen und auch Rückforderungen aufzuwerfen. Entsprechend geleistete Zahlungen haben die Betriebsratsmitglieder ohne rechtlichen Grund erlangt, da die Vereinbarungen/Bewilligungen der Zahlungen aufgrund des Verbotscharakters von § 78 S. 2 BetrVG gemäß § 134 BGB nichtig sind.<sup>3</sup> Im Ergebnis sind bereicherungsrechtliche Rückforderungen nach § 812 BGB möglich. Eine Rückforderung ist auch nicht gemäß § 817 Satz 2 BGB wegen beidseitigem Verstoß ausgeschlossen. Denn Sinn und Zweck des Verbots ist gerade die Verhinderung der Begünstigung. Soweit man § 817 Satz 2 BGB anwenden würde, würde gerade der rechtswidrige Zustand perpetuiert, weswegen eine einschränkende Auslegung der Norm nach Ansicht des BAG geboten ist.<sup>4</sup> Ferner ist zu berücksichtigen, dass ein Verzicht auf die Rückforderung wiederum als Verstoß gegen das Begünstigungsverbot gemäß § 78 Satz 2 BetrVG zu bewerten sein könnte. Insoweit bleibt den Unternehmen im Streitfall nur die klageweise Geltendmachung etwaiger Rückforderungsansprüche, um nicht Gefahr zu laufen, auch diesbezüglich gemäß § 266 StGB strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden. Dies birgt zwar gleichsam die Gefahr, dass die vorgenommenen Gehaltskürzungen bzw. Rückzah-

lungsansprüche arbeitsrechtlich wieder kassiert werden. Dennoch ist aufgrund der rechtlichen Unsicherheit aktuell keine andere Herangehensweise zu empfehlen.

Dies zeigt gerade in Anbetracht der drohenden Strafen für verantwortliche Vorstände, Geschäftsführer oder Prokuristen wie dringend der Gesetzgeber hier aufgefordert ist, für mehr Rechtsklarheit zu sorgen. Die derzeitigen rechtlichen Regelungen reichen nicht aus, um Betriebsratsvergütungen rechtssicher und ohne Sorge bestimmen zu können. Dies gilt im Übrigen nicht nur mit Blick auf vollständig freigestellte Betriebsratsmitglieder. Denn auch bei nicht oder nur teilweise freigestellten Betriebsratsmitgliedern existieren aktuell noch viele ungeklärte Rechtsfragen wie z. B. im Rahmen der Bestimmung einer variablen leistungsbezogenen Vergütung oder der Dienstwagenüberlassung. Bis dahin sollten Unternehmen aber trotz des zu erwartenden hohen Aufwandes gerade bei langjährigen Betriebsratsmitgliedern regelmäßig eine Überprüfung der Betriebsratsvergütung durchführen. Bei neu in den Betriebsrat gewählten Betriebsratsmitgliedern ist direkt auf eine saubere Dokumentation zu Position, Qualifikation und Fähigkeiten sowie identifizierten vergleichbaren Arbeitnehmern zu achten. Dies ist Teil eines funktionierenden Compliance Management Systems.

3 BAG, Ur. v. 29.8.2018 – 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253, 256.

4 BAG, Ur. v. 8.11.2017 – 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528, 532.

# What's New Regulatory

RAin Dr. Charlotte Harms, Berlin\*

## Die neue EU-Batterieverordnung und ihr Potenzial für die Elektrofahrzeugregulierung

### 1. Einleitung

Am 28.7.2023 hat die EU die neue Batterieverordnung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.<sup>1</sup> Die Verordnung steht im Kontext des sog. „europäischen Grünen Deals“,<sup>2</sup> der neuen Wachstumsstrategie der EU, nach der die EU-Wirtschaft ressourceneffizient werden und ab dem Jahr 2050 auf das Freisetzen von Netto-Treibhausgasemissionen verzichten soll.<sup>3</sup> Instrument zur Klimaregulierung im Automotive Sektor ist bislang die Vorgabe von Flottengrenzwerten wie z. B. die Flottengrenzwerte für Pkw und leichte Nutzfahrzeuge in der VO (EU) 2019/631.<sup>4</sup> Diese Flottengrenzwerte sollen in den nächsten Jahren für bestimmte Fahrzeuggruppen weiter abgesenkt<sup>5</sup> und ab 2027 durch einen neuen, separaten EU-Emissionshandel für den Straßenverkehr flankiert werden.<sup>6</sup> Bereits die geplante Änderung der Flottengrenzwertverordnung führt zu einem fak-

\* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. III.

1 VO (EU) 2023/1542 vom 12.7.2023 über Batterien und Altbatterien, zur Änderung der Richtlinie 2008/98/EG und der VO (EU) 2019/1020 und zur Aufhebung der Richtlinie 2006/66/EG (im Folgenden: Batterieverordnung).

2 Vgl. Erwägungsgrund 1 Batterieverordnung.

3 Vgl. dazu Mitteilung der EU-Kommission vom 11.12.2019, COM(2019) 640 final und VO (EU) 2021/1119.

4 VO (EU) 2019/631 vom 17.4.2019 zur Festsetzung von CO<sub>2</sub>-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 443/2009 und (EU) Nr. 510/2011; zum Vorschlag neuer CO<sub>2</sub>-Emissionsnormen für schwere Nutzfahrzeuge vgl. Vorschlag der EU-Kommission vom 14.2.2023, COM(2023) 88 final.

5 Vgl. dazu VO (EU) 2023/851 vom 19.4.2023 zur Änderung der VO (EU) 2019/631 im Hinblick auf eine Verschärfung der CO<sub>2</sub>-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge im Einklang mit den ehrgeizigeren Klimazielen der Union.

6 Vgl. dazu Mitteilung der EU-Kommission vom 14.7.2021, COM(2021) 551 final.