



Arbeitsstrafrecht im Umbruch

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 13

Arbeitsstrafrecht im Umbruch

5. Ludwigsburger Rechtsgespräch



ZAAR Verlag München 2009

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2009 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847

ISBN 978-3-939671-06-0

Vorwort

Das Arbeitsstrafrecht soll sich traditionell um eine Verstärkung des Arbeitnehmerschutzes kümmern: Strafbar machen sich Arbeitgeber und ihre verantwortlichen Führungskräfte, wenn sie elementare Schutzvorschriften, etwa im Arbeitsschutz, ignorieren. Nach den Skandalen bei VW oder Siemens hat sich eine neue Diskussionslage ergeben: Auch die Arbeitnehmerseite steht neuerdings unter Anklage. So klagen Staatsanwaltschaften Arbeitnehmervertreter an (Volkert und Schelsky) und es wird nach Korruption im Gefüge der Sozialpartnerschaft gefragt. Gewerkschaften stellen in kollektiven Konflikten Strafanzeige – etwa wegen Gewerkschaftsbestechung (PIN-Group/Gewerkschaft der neuen Brief- und Zustelldienste). Ein Betriebsrat wird wegen Korruption verfolgt, weil er eine Versicherung als Träger der betrieblichen Altersversorgung gegen Geld installiert (Märkl/Nürnberger Versicherung).

Das könnten Vorzeichen einer „Verstrafrechtlichung“ des Arbeitsrechts sein: Sanktioniert der strafende Staat die elementare Verletzung arbeitsrechtlicher Grundregeln im Umgang der kollektiven Akteure, dann wandelt sich die Funktion des Arbeitsstrafrechts: vom Arbeitnehmerschutz zur umfassenden Rechtstreue. Damit droht eine Ausweitung strafrechtlicher Verfolgung parallel zum Wirtschaftsstrafrecht, das mit seinem Untreuetatbestand auch in das Arbeitsstrafrecht hineinragt, wie die Verurteilungen im Fall Volkert/Hartz deutlich machen. Arbeitsstrafrecht könnte zum Wirtschaftsstrafrecht des Arbeitsmarktes werden.

Das wirft erhebliche Folgefragen auf. Bisher wurde das kollektive Arbeitsrecht von beiden Seiten vielfach als rechtsfreier Raum gesehen, in dem die freie Einigung zur sozialpartnerschaftlichen Konfliktlösung führt und das kaum effektive Sanktionen für Regelverletzung bereit hält. Darf tatsächlich alles „verhandelbar“ sein und „ge-dealt“ werden? Gibt es rechtliche Grenzen für die kollektive Interessenwahrnehmung? Und droht gar eine „Kriminalisierung“ kollektiver Interessenwahrnehmung, wie das früher für das Streikrecht befürchtet worden ist?

Die Tagung geht dieser aktuellen Entwicklung nach und sucht eine Antwort zwischen Rechtstreue und Sanktionsbedürfnis einerseits

und den Funktionsvoraussetzungen arbeitsrechtlicher Konfliktlösung andererseits.

München, Mai 2009

Professor Dr. Volker Rieble

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Inhaltsübersicht	Seite
Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	11
§ 1 Begrüßung durch Hermann Reichold	15
§ 2 Arbeitsstrafrecht als Wirtschaftsstrafrecht?	17
A. Referat Volker Rieble	18
I. Die Frage	18
II. Disparates Arbeitsstrafrecht	21
III. Wohin treibt das Arbeitsstrafrecht?	38
B. Diskussion	42
§ 3 Untreue als Auffangtatbestand – auch im Arbeitsstrafrecht?	49
A. Referat Joachim Vogel	50
I. „Untreue“ – „Arbeitsstrafrecht“ – „Auffangtatbestand“	50
II. Untreue in der aktuellen rechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Debatte	55
III. Aktuelle Fälle zur arbeitsrechtlichen Untreue: Volkswagen, Siebens – AUB	58
IV. Systematik der arbeitsstrafrechtlichen Untreue: Individualarbeitsverhältnis, Betrieb, Kollektiv	66
V. Prävention und Kontrolle untreu strafrechtlicher Risiken	69

B. Diskussion	70
§ 4 Arbeitnehmer als Mittäter und Mitwisser im klassischen Wirtschaftsstrafrecht	75
A. Referat Hinrich de Vries	76
I. Arbeitgeber-, Arbeitnehmer- und Unternehmenskriminalität	76
II. Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts	79
III. Privatisierung der Ermittlungen	81
IV. Unternehmenskriminalität und Organisationsdelikte	85
V. Informanten- und Selbstbelastungsschutz	86
VI. Fazit	94
B. Diskussion	95
§ 5 Vermögensbetreuungspflicht von Betriebsräten gegenüber Arbeitnehmern?	99
A. Referat Thomas Lobinger	101
I. Einführung	101
II. Die Vermögensbetreuungspflicht als Kern des Untreue-Straftatbestands	104
III. Die Pflichtenlage des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern im Spiegel des § 266 StGB	108
IV. Ausblick	123
B. Diskussion	126
§ 6 Der betriebsratsgeführte Arbeitskampf zwischen Strafrecht und der Verteidigung kollektiver Arbeitnehmerinteressen	137
A. Referat André Große Vorholt	138
I. Vorbemerkung und Fallkonstellation	138
II. Rechtliche Vorüberlegungen	140
III. Vorstrafrechtliche Bewertung	141
IV. Strafrechtliche Bewertung	143
V. Ausblick	150

VI. Rechte der beteiligten Aktionäre	150
B. Diskussion	152
§ 7 Aus dem Schlusswort von Abbo Junker	155
Diskussionsteilnehmer	157
Sachregister	159

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz, Absätze	BaFin.....	Bundesanstalt für Finanzdienstleis- tungsaufsicht
a.D.	außer Dienst	BAG.....	Bundesarbeitsge- richt
AEntG.....	Arbeitnehmer- Entsendegesetz	BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeits- gerichts
a.F.	alte Fassung	BayObLG.....	Bayerisches Obers- tes Landesgericht
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesell- schaft (Zeitschrift)	BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz	Bd.....	Band, Bände
ALR	Allgemeines Land- recht	BDiG	Bundesdisziplinar- gericht
Alt.....	Alternative	BDSG	Bundesdaten- schutzgesetz
AO	Abgabenordnung	BegrRegE	Begründung zum Regierungsentwurf
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis (Entschei- dungssammlung)	BeschFG	Beschäftigungs- förderungsgesetz
ArbG	Arbeitsgericht	BetrVG	Betriebsverfas- sungsgesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsge- setz	BGB.....	Bürgerliches Ge- setzbuch
AR-Blattei.....	Arbeitsrechts- Blattei (Loseblatt- sammlung)	BGBL.....	Bundesgesetzblatt
Art.	Artikel	BGH	Bundesgerichtshof
AsylVfG	Asylverfahrensge- setz	BGHSt	Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Straf- sachen
AT.....	Außertariflicher Angestellter	BGHZ	Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Zivil- sachen
AufenthaltsG ..	Aufenthaltsgesetz	BUrlG	Bundes- urlaubsgesetz
AUB	Arbeitsgemein- schaft Unabhängi- ger Betriebsange- höriger	BVerfG	Bundesverfas- sungsgericht
Aufl.....	Auflage		
AÜG.....	Arbeitnehmerüber- lassungsgesetz		
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)		

BVerfGE.....	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift	GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)	GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
dens.....	denselben	HGB.....	Handelsgesetzbuch
ders.	derselbe	HRRS.....	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund	Hrsg.	Herausgeber
dies.....	dieselbe, dieselben	IG.....	Industriegewerkschaft
DRiZ.....	Deutsche Richterzeitung	InsO	Insolvenzordnung
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte	InsORegE	Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung
EG	Europäische Gemeinschaft	JArbSchG.....	Jugendarbeitsschutzgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
EStG.....	Einkommensteuergesetz	JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
etc.	et cetera	JuS.....	Juristische Schulung (Zeitschrift)
EU	Europäische Union	JZ.....	Juristenzeitung
EuGH	Europäischer Gerichtshof	KSchG.....	Kündigungsschutzgesetz
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift	LAG.....	Landesarbeitsgericht
EWR.....	Europäischer Wirtschaftsraum	LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
EzA.....	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht	LG	Landgericht
f., ff.....	folgende	lit.	litera
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung	MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Fn.....	Fußnote, Fußnoten	Mio.	Million/Millionen
GA	General-Anzeiger (Zeitung)	MitbestG.....	Mitbestimmungsgesetz
GewO	Gewerbeordnung		
GG.....	Grundgesetz		

MRK.....	Europäische Menschenrechtskonvention	Rn.....	Randnummer, Randnummern
MSchrKrim.....	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (Zeitschrift)	Rz.	Randziffer, Randziffern
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	S.	siehe; Seite, Seiten
Nr.	Nummer, Nummern	SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht	Schwarzarbeitsbekämpfungsg.....	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
NStZ-RR.....	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport	scil.....	nämlich
NVwZ-RR.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport	SE.....	Societas Europaea
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	SEBG.....	SE-Beteiligungsgesetz
NZA-RR.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport	SEC	Securities and Exchange Commission
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht	SGB	Sozialgesetzbuch
OLG	Oberlandesgericht	Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)	StGB	Strafgesetzbuch
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)	StPO	Strafprozessordnung
RG	Reichsgericht	StraFo	Strafverteidiger Forum (Zeitschrift)
RGewO	Reichsgewerbeordnung	StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
RGSt.....	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen	SZ.....	Süddeutsche Zeitung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	TVG.....	Tarifvertragsgesetz
		usw.....	und so weiter
		UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
		ver.di.....	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
		vgl.	vergleiche
		VW	Volkswagen

wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
WiStrG	Wirtschaftsstrafge- setz	ZPO	Zivilprozessord- nung
WM	Wertpapier- Mitteilungen (Zeit- schrift)	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
WRV	Weimarer Reichs- verfassung	ZStW	Zeitschrift für die gesamte Straf- rechtswissenschaft
ZAAR	Zentrum für Ar- beitsbeziehungen und Arbeitsrecht	ZTR	Zeitschrift für Ta- rifrecht
ZfA	Zeitschrift für Ar- beitsrecht		
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- recht		

§ 1 Begrüßung durch Hermann Reichold*

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich darf Sie heute zum 5. Ludwigsburger Rechtsgespräch begrüßen, das in Kooperation zwischen dem ZAAR und dem Tübinger Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht zu einem eher ungewöhnlichen Thema abgehalten wird: Das Arbeitsstrafrecht war bisher allgemein als Randmaterie eingestuft worden, das eine wissenschaftliche Betrachtung mangels Praxisrelevanz kaum zu verdienen scheint. Der hier in Ludwigsburg derzeit noch wabernde Nebel sollte uns auch nicht auf den völlig abwegigen Gedanken bringen, wir hätten es im Arbeitsrecht beim Umgang mit den Akteuren des kollektiven Arbeitsrechts, das heißt den Tarif- und Betriebspartnern, mit einer potenziell kriminellen Bandenbildung zu tun, die ihr Unwesen nach Art eines Wallace-Krimis treiben. Vielmehr soll ein „Umbruch“ thematisiert werden, der wenig zu tun hat mit dem rechtsgeschichtlichen Ursprung des Arbeitsrechts, der Kriminalisierung von Gewerkschaften im 19. Jahrhundert, der auch nicht viel zu tun hat mit dem traditionellen Ziel des Arbeitsstrafrechts, den Arbeitnehmerschutz mit repressiven Mitteln gegen den Arbeitgeber sicherzustellen, sondern der mit in den letzten Jahren öffentlich gewordenen Missbräuchen einer um „Klimaverbesserung“ bemühten Sozialpartnerschaft innerhalb wie außerhalb des Unternehmens zu tun hat, die weder Kosten noch Mühen scheut. So fragen wir uns: Waren die Korruptionsskandale bei VW und bei Siemens nur die Spitze eines Eisbergs? Werden Betriebsräte regelmäßig weit über die gesetzlich gebotene Ehrenamtlichkeit hinaus in einer Weise begünstigt, die ihre Mitwirkungsrechte im Rahmen der Betriebsverfassung zum „käuflichen“ Objekt verkommen lassen?

Wie die Rechtspraxis die Effizienz des Arbeitsstrafrechts beurteilt, lässt sich einem Interview entnehmen, das in der FAZ vom 24./25.11. 2007 nachzulesen war. Dort äußerte ein Rechtsanwalt auf die Frage nach dem rechtlichen Risiko der Begünstigung von Betriebsräten: „In der Tat ist die Gefahr für das Image größer als die juristischen Risiken. Die Staatsanwaltschaft erfährt selten von Begünstigungsfällen, Verurteilungen wegen Begünstigung gibt es bislang praktisch keine. Das BetrVG enthält zwar

* Professor Dr. Hermann Reichold ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

auch Straftatbestände, aber hier kann der Staatsanwalt nur auf Antrag tätig werden. Und an dem Antrag haben in der Regel weder der Arbeitgeber noch die Gewerkschaft oder der Betriebsrat ein Interesse...“.

- 3 Seit nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch Betriebsräte oder Arbeitnehmer sich als potenzielle „Täter“ präsentieren, stellt sich faktisch und rechtsdogmatisch die Frage nach einer neuen Funktion des Arbeitsstrafrechts. Auch wenn man versucht sein könnte, der Sozialpartnerschaft zuliebe alle aufgedeckten Missbräuche unter den Tisch zu kehren, muss doch die Frage gestellt werden dürfen, ob es nicht – auch dank der aktuellen „Compliance“-Diskussionen – einer Rückbesinnung auf (rechtlich längst vorgegebene) Maßstäbe „ehrbaren“ betrieblichen Handelns bedarf, die im Zweifel durch effektive strafrechtliche Sanktionen auch durchgesetzt werden können. Es kann zwar nicht im Sinne einer aufgeklärten Unternehmensphilosophie liegen, das Arbeitsrecht einer „Verstrafrechtlichung“ fahrlässig auszusetzen, doch bedarf es zumindest einer halbwegs durchsichtigen und nachvollziehbaren Schrankenziehung durch das Strafrecht, notfalls auch durch § 266 StGB.
- 4 Dazu freue ich mich heute, neben dem „*spiritus rector*“ zu diesem Thema, Herrn Kollegen *Volker Rieble* vom ZAAR der Universität München, als Referenten auch meinen strafrechtlichen Fakultätskollegen *Joachim Vogel* begrüßen zu können, einem der besten Sachkenner des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland. Ich freue mich auf Ihre Vorträge und wünsche Ihnen und uns allen einen fruchtbaren Tagungsverlauf.

§ 2 Arbeitsstrafrecht als Wirtschaftsstrafrecht?

Rn.

A. Referat Volker Rieble	1
I. Die Frage	1
II. Disparates Arbeitsstrafrecht	11
1. Nur historisch zu begreifen: Sicherung des Vertragsge- horsams	11
2. Zentral: Individualschutz	14
a. Einseitig arbeitnehmerschützende Grundrichtung des Arbeitsstrafrechts	14
b. Selten: Entgeltsschutz	23
c. Mitunter: individueller Arbeitgeberschutz	24
d. Kein kollektives Rechtsgut	40
3. Echtes Arbeitsmarktstrafrecht	43
a. Außenwirtschaftrechtliche Flankierung des Ar- beitsmarktes	43
b. „Subventionsbetrug“ durch Leistungsmissbrauch	45
c. Kein effektiver Korruptionsschutz	47
4. Strafrechtliche Sicherung des kollektiven Arbeits- rechts?	52
a. Betriebsverfassung und § 119 BetrVG	52
b. Strafrechtsfreie Tarifzone?	59
c. Unausgelotete Untreue	66
III. Wohin treibt das Arbeitsstrafrecht?	68
B. Diskussion	82

A. Referat Volker Rieble*

I. Die Frage

- 1 In das Arbeitsstrafrecht kommt Bewegung – in Deutschland vor allem durch die Fälle Volkert/Hartz und AUB/Schelsky. Bedeutungslose Straftatbestände wie die Betriebsratsbegünstigung finden praktische Anerkennung. Die Untreue wird für Arbeitsmarkt Vorgänge aktiviert. Das löst ein Nachdenken darüber aus, inwieweit arbeitsrechtliche Regeln strafrechtlicher Flankierung bedürfen.
- 2 Solche Belebung und Neuausrichtung des eher langweiligen traditionellen Arbeitsstrafrechts wirft zahlreiche neue Fragen auf – vor allem diejenige, ob das Arbeitsstrafrecht eine dem Wirtschaftsstrafrecht vergleichbare Funktion – der wirtschaftsspezifischen Verhaltenslenkung zur Sicherung überindividueller Regeln oder Rechtsgüter – erlangen kann. Genauer ist also zu fragen: Was ist und wozu dient das Arbeitsstrafrecht und was hat es mit dem Wirtschaftsstrafrecht gemein? Die daran anschließende zweite Frage muß folgenabschätzend danach fragen, ob das Arbeitsrecht mit seinen „Besonderheiten“ unter Strafdrohung noch gut funktioniert.
- 3 Untersuchungen zu diesem Fragenkreis gibt es kaum: Manche rechnen dem Wirtschaftsstrafrecht ohnehin alle „Begleitgebiete“ hinzu, die Straftaten im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Betätigung erfassen – also das Verbraucherschutz- oder das Umweltstrafrecht¹ und mithin auch das Arbeitsstrafrecht. Auch derjenige, der den „Marktbezug“ des Wirtschaftsstrafrechts betont, wird das Arbeitsstrafrecht begreifen als dasjenige „Teilgebiet des Wirtschaftsstrafrechts, das alle spezifisch arbeitsmarktbezogenen Straf- und Bußgeldbestimmungen erfasst“.²
- 4 Solche bereichsbezogene Betrachtung ist ohne Aussagegehalt. Das zeigt die Äußerung, das Arbeitsstrafrecht sei als „eine aus den Bedürfnissen der Praxis erwachsene Querschnittsdisziplin zu charakterisieren, die gleichsam unter dem Brennglas straf- und bußgeldrechtlicher Kategorien vor allem die Probleme der (Lohn-) Steuerhinterziehung, der Beitragsvorenthaltung ...“ (es folgt eine lange Aufzählung) „systematisch bündelt und handhabbar macht. Da die arbeitsstrafrechtlichen Delikte in konstruktiver Hinsicht durch zahlreiche Ähnlichkeiten verbunden sind und auch in der

* Professor Dr. Volker Rieble ist Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) und Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der LMU.

1 Achenbach, Zur Entwicklung des Wirtschaftsrechts in Deutschland seit dem späten 19. Jahrhundert, JURA 2007, 342, 343.

2 Ignor/Rixen, Grundprobleme und gegenwärtige Tendenzen des Arbeitsstrafrechts, NSTZ 2002, 510.

praktischen Anwendung vielfach aufeinander aufbauen, empfiehlt sich eine integrierte Betrachtung, die von der ungeteilten Lebenswirklichkeit her – dem durch Sanktionsdrohungen regulierten Arbeitsmarkt – für juristische Orientierung sorgt.“³

Juristische Orientierung fängt mit der Methode an. Wirtschaftsstrafrecht darf man mit seinem Nestor *Tiedemann* als strafrechtliche Flankierung des öffentlichen und privaten Wirtschaftsrechts mit seinen überindividuellen Rechtsgütern und Rechtsregeln ansehen⁴. Wirtschaftsstrafrecht schützt also den durch die Marktordnung verfaßten „Wettbewerb“ und die Interventionen des Staates sowie das für jede Wirtschaftsordnung konstitutive Vertrauen der Marktteilnehmer in die Normdurchsetzung.

Normativ ist das Wirtschaftsstrafrecht geprägt durch das schmale Wirtschaftsstrafgesetz, das 1949 die Nachkriegsbewirtschaftung durch Versorgungssicherstellungsgesetze und Preisregeln flankierte⁵ und mit der *Erhardschen* Marktwirtschaft 1954 umgestellt werden mußte. Hinzu kommen die beiden Reformgesetze zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976 und 1986⁶, die gezielt den Tätern im weißen Kragen an denselben wollten⁷.

Für Arbeitsstrafrecht war hier kaum Platz – mit merkwürdigen Friktionen: § 5 WiStrG sanktioniert die Mietpreisüberhöhung als Vorstufe zum Mietwucher des § 291 Abs. 1 Nr. 1 StGB schon ab einer Überschreitung des ortsüblichen Mietzinses um 20 %. Für den Lohnwucher des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB gibt es keine entsprechende Flankierung – und zwar nicht einmal für jenen Sonderfall des Berufsbildungsgesetzes, der für Auszubildende eine „angemessene Ausbildungsvergütung“ vorschreibt.

Eine leichte normative Zurechnung bedeutet die verfahrensrechtliche Zuständigkeit für Wirtschaftsstrafsachen des § 74c GVG. Dort immerhin rechnet dessen Abs. 1 Nr. 6 auch arbeitsstrafrechtliche Normen ein – wie den Lohnwucher, § 266a StGB sowie die Tatbestände aus AÜG, SGB III und dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz. Inwieweit die Zuständigkeitsvoraussetzung „soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind“ das Arbeitsleben einbezieht, ist nicht recht klar.

3 *Ignor/Rixen*, NStZ 2002, 510.

4 *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Allgemeiner Teil (AT), 2004, Rn. 39 ff.

5 Dazu *Dähn*, Das Wirtschaftsstrafgesetz und das Preisstrafrecht, in: *Baumann/Dähn* (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, 1972, S. 56ff.

6 Erstes und Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.7. 1976, BGBl. I 1976, S. 2034 und vom 15.5. 1986, BGBl. I, 1986, S. 781.

7 Dazu *Achenbach*, Ordnungsfaktor Wirtschaftsstrafrecht, Strafverteidiger 2008, 324 f.

- 9 Der Begriff des Arbeitsstrafrechts ist alt⁸ – 1928 beschäftigte sich der 35. Deutsche Juristentag mit dem Thema „Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft“ – vor allem vor Ausbeutung; Gutachter war kein geringerer als *Hugo Sinzheimer*. Eben hieran knüpft eine Untersuchung von *Lampe* in der Festschrift Maurach 1972 an – mit der Forderung nicht nur das tote Kapitalvermögen, sondern auch das lebendige Arbeitsvermögen (also: Humankapital wie man heute unwörtlich sagt) strafrechtlich zu schützen. So bleiben Themen aktuell. Bezeichnend ist, daß die „Arbeitskraft“ als ausdrücklich genanntes Schutzgut nurmehr in älteren Regelungen wie § 21 Mutterschutzgesetz und § 58 Abs. 5 JArbSchG⁹ auftaucht; das moderne Arbeitsschutzgesetz verzichtet darauf (dessen § 26 schützt Leben und Gesundheit). Der Gesetzgeber konzentriert sich auf den – allerdings weit verstandenen – Gesundheitsschutz.
- 10 Das Arbeitsstrafrecht hat dieselben Diskussionen erlebt wie das Wirtschaftsstrafrecht – einerseits die Forderung nach Entpönalisierung und Effektivierung der außerstrafrechtlichen Normdurchsetzung vor allem durch *Herschel*¹⁰, andererseits die Forderung nach schärferem Strafrechtsschutz, um der Rechtsignoranz zu begegnen, etwa durch den Bundesarbeitsrichter *Reinecke*¹¹. Inzwischen ist die Diskussion abgeebbt. Der Gesetzgeber schafft neue Akzente – vor allem mit der Verschärfung des § 266a StGB, mit dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und dem AEntG – ohne ein dogmatisches Konzept oder gar ein System des Arbeitsstrafrechts. Die Praxis muß mit diesen Schwächen des genuinen Arbeitsstrafrechts leben – und zugleich Wechselwirkungen mit allgemeinen Straftatbeständen erfassen. So spielen in den beiden wichtigen Verfahren Hartz/Volkert und AUB/Schelsky nicht betriebsverfassungsrechtliche Strafnormen die Hauptrolle – schon wegen des läppischen Strafrahmens von bis zu einem Jahr. Vielmehr „spielt die Musik“ einmal im Untreuetatbestand und zum anderen bei der Steuerhinterziehung, weil das im Zuge der Korruptionsbekämpfung geschaffene Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG erstaunliche arbeitsstrafrechtliche Nebenwirkungen zeitigt.

8 Zur Entwicklung *Hahn*, Arbeitsstrafrecht, 1991, S. 21 ff.

9 Dazu *Schoden*, Jugendarbeitsschutzgesetz, 5. Aufl. 2004, § 58 Rn. 9.

10 *Herschel*, Entpönalisierung des Arbeitsrechts, Festschrift Lange, 1976, S. 477 ff.; hierfür auch *Hahn* (Fn. 8), S. 301 ff.

11 *Reinecke*, Die Rolle des Strafrechts bei der Durchsetzung des Arbeitsrechts, AuR 1997, 139 ff.

II. Disparates Arbeitsstrafrecht

1. Nur historisch zu begreifen: Sicherung des Vertragsgehorams

Daß die Arbeitspflicht nur schwer durchzusetzen ist, hat im Allgemeinen Landrecht die Kriminalstrafe für Arbeitsvertragsbruch (II 8 § 359 ALR: drei Tage Gefängnis bei Wasser und Brot) nach sich gezogen¹²; schon die Reichsgewerbeordnung hat stattdessen eine gesetzliche Privatstrafe vorgesehen, und auch dieser § 125 GewO ist inzwischen gefallen, so daß der Arbeitgeber die Arbeitspflicht nurmehr mit einer Vertragsstrafe durchsetzen kann. Der letzte Straftatbestand zur Sicherung der Vertragstreue des Arbeitnehmers – die Übertretung des „Weglaufens mit der Heuer“ fiel 1974.

Immerhin kennt das Seearbeitsrecht noch den Straftatbestand des § 115 Seemannsgesetz – Nichtbefolgung dienstlicher Anordnungen und dadurch bewirkte Gefährdung von Menschen, Schiff oder Ladung.

Flankierende Sanktionstatbestände – vor allem das Bewirtungsverbot insbesondere an „Blauen“ Montagen (II 8 § 363 ALR), das später noch als Verbot der Lohnzahlung in Gaststätten in der Gewerbeordnung zu finden war (§ 115a GewO a.F.), dürfen der historischen Betrachtung überlassen bleiben.

2. Zentral: Individualschutz

a. Einseitig arbeitnehmerschützende Grundrichtung des Arbeitsstrafrechts

Arbeitsstrafrecht dient – wie das Arbeitsrecht – in allererster Linie dem Schutz des Arbeitnehmers und zwar vor dem Arbeitgeber. Dabei steht der Arbeitsschutz – also der Schutz von Leib und Leben des Arbeitnehmers – im Vordergrund, inzwischen modernisiert und ergänzt um den Persönlichkeitsschutz unter Einschluß des Datenschutzes.

Dahinter steht eine ganz eigene, dem Wirtschaftsstrafrecht eher fremde Funktionalität – nämlich das Rechtsschutzdefizit im Arbeitsrecht: Das Arbeitsrecht schützt den Arbeitnehmer – gerade vor seinem Arbeitgeber. Der arbeitsrechtliche Schutz verschafft dem Arbeitnehmer als Vertragspartner Individualrechte, die er grundsätzlich selbst durchsetzen muß – vor allem im Klagewege, mitunter auch durch ein Zurückbehaltungsrecht, etwa bei fehlenden Arbeitsschutzvorkehrungen.

¹² Dazu *Hahn* (Fn. 8), S. 23 f.

- 16 Schon der selbstbewußte und gut informierte Arbeitnehmer „neigt“ im bestehenden und funktionierenden Arbeitsverhältnis nicht dazu, seinen Arbeitgeber mit Klagen zu erfreuen; Rechtsverstöße werden vielfach hingenommen, um das funktionierende Rechtsverhältnis nicht zu belasten. Die persönliche Komponente der Arbeitsleistung läßt den Arbeitnehmer – außerhalb des öffentlichen Dienstes – vollkommen zu Recht befürchten, mit rechtlichen Vorhaltungen, gar förmlichen Beschwerden als Querulant zu gelten oder doch jedenfalls das persönliche Grundvertrauen zu beschädigen. Das behindert den beruflichen Aufstieg und kann sogar zur wechselseitigen Entfremdung und schließlich zur Lösung führen.
- 17 Erst recht hat der „drangsalierte“ Arbeitnehmer – zumal wenn er mäßig intelligent oder spracharm ist oder sich in einer Zwangslage befindet – Anlaß, im bestehenden Arbeitsverhältnis auf Rechtsschutz zu verzichten. Gerade wenn er auf das Arbeitsverhältnis angewiesen ist, wird er keine Spirale der Auseinandersetzung auslösen wollen, an deren Ende – Kündigungsschutz hin oder her – typischerweise doch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses steht.
- 18 Ich will zur Illustration nur ein kleines persönliches Erlebnis schildern. Als ich noch in Freiburg Assistent gewesen bin, habe ich an einem Donnerstag Abend im Kaufhaus gegen 19.30 Uhr ein blasses Mädchen Ware räumen sehen – auf Nachfrage sagte sie, daß sie seit 7.00 Uhr in der Früh mit nur einer zwanzigminütigen Pause gearbeitet habe – und daß sie 17 Jahre alt sei. Das ist für den Arbeitsrechtler deutlich zu lang, weil nicht nur die nach dem Arbeitszeitgesetz absolute tägliche Höchstarbeitszeit von zehn Stunden überschritten war, weil die vorgeschriebene Mindestpause nicht gewährt worden war und weil sogar der deutlich schärfere Jugendarbeitsschutz mit einer strikten achteinhalbstündigen Maximalarbeitszeit und seinen verlängerten Ruhepausen von 60 Minuten verletzt worden ist. Wer erwartet von einer solchen Arbeitnehmerin, daß sie gegen ihren Arbeitgeber vorgeht? Ich habe den Betrieb bei der Gewerbeaufsicht angezeigt.
- 19 Gerade wegen dieser Eigenart setzt das Arbeitsrecht auf Schutz durch Dritte und nachgerade durch den Staat als Garanten der Arbeitsrechtsordnung. Große Teile des Arbeitsrechts sind öffentlich-rechtlich ausgestaltet und begründen arbeitspolizeiliche Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Staat – die dieser qua Gewerbeaufsicht kontrolliert und durchsetzt. Sanktioniert werden Verstöße vor allem als Ordnungswidrigkeiten. Ganz selten greifen bei „beharrlichen“ Verstößen oder im Fall einer konkreten Gefährdung spezielle Strafvorschriften – wie insbesondere § 26 Arbeitsschutzgesetz. Das entspricht der rechtspolitischen Forderung *Sinz-*

heimers, der den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis strafbewehren will¹³.

Dabei fällt sogleich der eher läppische Strafraum solcher Tatbestände auf, der typischerweise ein Jahr Freiheitsstrafe als Obergrenze auswirft. Selbst die vorsätzliche Gefährdung von Arbeitskraft oder Gesundheit der (werdenden) Mutter – von der Leibesfrucht ist nicht die Rede – ist in § 21 Abs. 3 Mutterschutzgesetz nur mit diesem Strafmaß bedroht. 20

Verfolgungseifer der Staatsanwälte können solche Bagatelltatbestände nicht auslösen. Gesundheit und Leben der Arbeitnehmer werden strafrechtlich durch scharfe Straftatbestände nur dann geschützt, wenn auch die Allgemeinheit betroffen ist. Man denke an die Baugeschädigung des § 319 StGB, die nicht nur Passanten, sondern gerade auch die auf dem Bau Beschäftigten schützt¹⁴ – und früher als Vorschrift des Bauarbeiterschutzes verstanden worden ist¹⁵. 21

Scharfen Strafrechtsschutz gewährleisten auch hier nur allgemeine Strafvorschriften, also Tötungs- und Körperverletzungsdelikte sowie besondere Gefährdungsdelikte. Wird ein Arbeitnehmer getötet oder verletzt, ist vielfach das Strafrecht die einzig ernsthafte Sanktion. Denn für Fahrlässigkeit wird der Arbeitgeber von der Unfallversicherung enthaftet. Eine zivilrechtliche Schadenshaftung setzt gleich doppelten Vorsatz voraus: von der Pflicht-/Rechtsgutverletzung und dem angerichteten Schaden. Daß das Strafrecht hinreichend leistungsfähig ist, zeigt die unproblematische Einarbeitung des sogenannten Mobbing in den Körperverletzungstatbestand¹⁶. Eben diese Tauglichkeit des allgemeinen Körperverletzungstatbestands hat *Sinzheimer* bereits 1928 betont¹⁷. 22

b. Selten: Entgeltschutz

Entgeltschutz im Sinne eines Ausbeutungsschutzes¹⁸ gewährt der Lohnwuchertatbestand des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Er bereitet den Strafgerich- 23

13 *Sinzheimer*, Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft, in: Verhandlungen zum 35. Deutschen Juristentag, 1928, S. 361, 374 ff.

14 Dazu *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil (BT), 2006, Rn. 549; *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 319 Rn. 6; *Lackner/Kühl*, StGB, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 319 Rn. 1.

15 *Klee*, Das Geldstrafengesetz vom 21. Dezember 1921 und seine Bedeutung für das Arbeitsrecht, NZfA 1922, Sp. 346; auch dazu *Sinzheimer* (Fn. 13), S. 366 f.

16 Etwa OLG Celle 17.3. 2008 – 1 Ws 105/08, NJW 2008, 2202; ausführlich *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz – Strafbarkeitsrisiko oder Strafbarkeitslücke, 2006, S. 78 ff.

17 *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 364 ff.

18 *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 388 ff.

ten dogmatische Probleme, die zugleich das Standardproblem akzessorischer Straftatbestände aufzeigen. Ein Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat gemeint, der Lohnwuchertatbestand könne sich schon aus einer Abweichung des Lohnsatzes vom branchentypischen Tarifvertrag ergeben¹⁹. Den Arbeitsrechtler erstaunt das, weil der normale Tarifvertrag nicht für alle Arbeitsverhältnisse einer Branche gilt und auch nicht stets marktprägend wirkt. Der Wuchertatbestand kann aber in Übereinstimmung mit dem Zivilrecht nur die Vertragsungerechtigkeit gegenüber den marktüblichen Verhältnissen aufgreifen²⁰. Der Strafsenat geht also offenbar von einer umfassenden Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen aus – die das Tarifrecht nicht kennt. Diesem Fehlurteil ist freilich schon *Radbruch* erlegen und wurde von *Sinzheimer* entsprechend korrigiert²¹.

- 24 Ein – zu Recht, weil polit-symbolisch bramarbasierender – weithin unbekannter Sonderwuchertatbestand findet sich in § 233 StGB. Als „Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft“ wird mit gegenüber dem Wuchertatbestand erstaunlich hoher Strafe von bis zu zehn Jahren auch derjenige bestraft, der eine Beschäftigung zu Arbeitsbedingungen im auffälligen Mißverhältnis gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern bringt. Diese Merkwürdigkeit läßt sich allenfalls dadurch mildern, daß die Nähe zur eben dort bestraften Sklaverei, Leibeigenschaft oder Schuldknechtschaft zu einer Qualifizierung führt. Außerdem muß eine auslandsaufenthaltstypische Hilflosigkeit oder Zwangslage ausgenutzt worden sein.
- 25 Sonderfall des strafrechtlichen Entgeltsschutzes ist der Mindestlohnverstoß nach § 5 AEntG; diese Ordnungswidrigkeit schützt weniger den einzelnen Arbeitnehmer als vielmehr das Entgeltgefüge. Darauf ist zurückzukommen.
- 26 Ein zweites Problem wird selten bedacht: Der Lohnwucher bestraft die Vertragsungerechtigkeit, also daß der Arbeitsvertrag ein unangemessen niedriges Entgelt vorsieht. Von diesem Vertragsunrecht zu scheiden ist die konkrete Bezahlung des Arbeitnehmers: Wer dem Arbeitnehmer weniger

19 BGH 22.4. 1997 – 1 StR 701/96, BGHSt 43, 53 = Eza § 302a StGB Nr. 1 = AP Nr. 52 zu § 138 BGB = NZA 1997, 1167; zustimmend OLG Köln 28.3. 2003 – 1 Zs 120/03-19/03, NStZ-RR 2003, 212; *Reinecke*, in seiner Anmerkung zu BGH 22.4. 1997, AuR 1997, 453 ff.; *Peter*, Rechtsschutz für „Niedriglöhner“ durch Mindestlohn, AuR 1999, 289, 293; *Löw*, Lohnwucher – Unangemessene Entgeltvereinbarungen und ihre Folgen, MDR 2004, 734; kritisch *Bernsmann*, Zu den Folgen einer willkürlichen Zuständigkeitsbegründung im Strafprozeß und zum Lohnwucher, Anmerkung zu BGH 22.4. 1977, JZ 1998, 629, 631 ff.

20 BayObLG 31.8. 1984 – Rreg. 4 St 112/84, NJW 1985, 873 = wistra 1985, 36 = JR 1985, 166; *Stree/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 14), § 291 Rn. 18; *Fischer*, StGB, 56. Aufl. 2009, § 291 Rn. 19.

21 Vgl. *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 390 f. in Fn. 73.

zahlt, als er schuldet, begeht keinen Wucher. Die Realerfüllung ist strafrechtlich auch dann nicht geschützt, wenn der Arbeitnehmer in Not gerät; Arbeitslohn ist kein Unterhalt im Sinne von § 170 StGB. Nur wenn der Arbeitgeber von vornherein nicht vorhat, den Arbeitnehmer schuldentsprechend zu bezahlen, schützt der Betrugstatbestand²².

Insofern ist einmal darauf hinzuweisen, daß das Arbeitsrecht der Gewerbeordnung früher die sogenannte Realerfüllung gegen einzelne Mißbrauchsformen explizit sicherte²³ – auch und gerade mit Sanktionsnormen. Davon ist nur das Kreditierungsverbot des § 107 Abs. 2 GewO geblieben – und ohne überschießende Sanktion.

Deutlich wird diese Diskrepanz für den Fall, daß staatliche Mindestlöhne nicht bezahlt werden. Hier sind drei unterschiedliche Reaktionen zu verzeichnen:

- Das klassische Tarifvertragsrecht legt die Durchsetzung tariflicher Entgelte und damit auch des allgemeinverbindlichen Entgelttarifvertrags ausschließlich in die Hände des betroffenen Arbeitnehmers. Dabei kann er die Durchsetzungshilfe seiner Gewerkschaft nutzen; diese hat aber keine eigene Rechtsstellung, kann insbesondere nicht im Wege der Prozeßstandschaft vorgehen. Die Nichterfüllung bleibt zunächst reines Vertragsunrecht²⁴. 29
- Mindestentgelte nach dem Heimarbeitsgesetz und dem derzeit in Modernisierung befindlichen Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen werden von den Ländern im Wege der Prozeßstandschaft durchgesetzt. Eigenständige Sanktionen für die Nichterfüllung sind nicht vorgesehen. 30
- Neu dagegen ist das AEntG. Dessen § 5 erklärt es zur Ordnungswidrigkeit, wenn geschuldete Mindestarbeitsbedingungen aus nach diesem Gesetz für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen nicht gewährt, also auch wenn Mindestentgelte nicht gezahlt werden. Das Bußgeld ist beeindruckend: bis zu 500.000 €. 31

Man sieht also zuerst: Es gibt einen Trend zur Verschärfung des Entgelt-schutzes. Dieser aber ist freilich auf den Zufall beschränkt, daß eine Branche unter das AEntG fällt; außerhalb von dessen Anwendungsbereich bleibt die Nichterfüllung zwingender Mindestentgelte sanktionslos – womöglich ein Verstoß gegen Art. 3 GG. 32

22 Dazu *Tiedemann*, BT (Fn. 14), Rn. 545; *Lampe*, Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft, Festschrift Maurach, 1972, S. 375 ff., 389.

23 Dazu *Minnameier*, Gewerberechtliche Entgeltvorschriften im modernen Arbeitsrecht, 2001.

24 Gegen jede Sanktion *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 390; dazu noch *Hahn* (Fn. 8), S. 327.

- 33 Diese Entgeltsicherungsfunktion fällt freilich etwas hinter § 266a StGB zurück. Seitdem diese Norm die Nichtzahlung des vom Arbeitgeber geschuldeten Sozialversicherungsbeitrags auf den gesamten Beitrag erstreckt hat – und zugleich das Sozialversicherungsrecht klarstellt, daß die Beitragsschuld schon bei Entstehung der objektiven Entgeltschuld akzessorisch mitentsteht (und nicht wie im Steuerrecht erst an den Zahlungszufluß anknüpft) – geht phänotypisch jede Entgeltunterzahlung mit einer Straftat nach § 266a StGB einher. Denn kein Arbeitgeber führt „vorsorglich“ Sozialversicherungsbeiträge auf ein fiktives höheres Entgelt ab als dasjenige, das er dem Arbeitnehmer in der Entgeltabrechnung als geschuldet zuerkennt. Damit aber läuft jede straflose Entgeltverkürzung gegenüber Arbeitnehmern auf eine strafbare Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen hinaus. Vorsatz ist vorausgesetzt; Eventualvorsatz ist freilich leicht zu bejahen.

c. Mitunter: individueller Arbeitgeberschutz

- 34 Daß Arbeitsstrafrecht vor allem „Arbeitgeberstrafrecht“ ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch der Arbeitgeber strafrechtlich schutzbedürftig ist. Der Sonderstrafatbestand des § 17 UWG schützt Geschäftsgeheimnisse vor dem Geheimnisverrat durch Arbeitnehmer – aber nur soweit dieser zu Zwecken des Wettbewerbs geschieht. Effektiv ist das nicht – Geheimnisverrat ist schwer nachweisbar, die tatbestandlichen Anforderungen an die Geheimhaltungsbedürftigkeit sind groß und das Strafmaß des § 17 UWG ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren nicht gerade üppig. Die Vorschrift wirkt strafrechtlich kaum – sie ist zivilrechtlich als Anspruchsgrundlage für wettbewerbliche Unterlassungsklagen von Bedeutung²⁵. Kommt es doch einmal zu einer der seltenen Verurteilungen, sind die Strafen zahm – selbst für die Geheimnishehler als treibende Kraft. So wurde das Verleiten eines Mitarbeiters zur Herausgabe von 100.000 Adressen mit 80 Tagessätzen²⁶ geahndet; das dürfen Nachahmungstäter als Ansporn empfinden. Strenger sind die Bayern; das viel zu früh verschiedene Bayerische Oberste hat die Verurteilung zu 150 Tagessätzen wegen eines einzigen ausgespähten Anzeigenauftrags über eine Gebrauchtwagenofferte gebilligt²⁷.
- 35 Der Sonderschweigetatbestand für Betriebsräte in § 120 BetrVG ist nicht nur wegen seines auf ein Jahr verringerten Strafmaßes wirkungslos. Er verlangt zudem noch vom Arbeitgeber, daß dieser die geheimhaltungsbedürftige Tatsache ausdrücklich als solche bezeichnet hat. Weil die Tat ab-

25 Dazu *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, § 17 Rn. 63 ff.

26 OLG Karlsruhe 6.5. 2002 – 2 Ss 208/02, RDV 2003, 246.

27 BayObLG 25.9. 2000 – 4 St RR 114/2000, NStZ 2001, 202 = wistra 2001, 73 = ZIP 2000, 2177.

solutes Antragsdelikt ist, kommt es praktisch zu keiner Strafverfolgung: Ein Arbeitgeber, der seinen Betriebsrat anzeigt, darf mit Machtrepresionen in Mitbestimmungsfragen rechnen.

Ein vor allem kriminologisch zu bearbeitendes Feld sind Eigentums- und Vermögensdelikte zu Lasten der Arbeitgeber. Sonderstraftatbestände braucht es nicht. Diebstahl, Unterschlagung, Betrug und Untreue reichen aus. Wer die Praxis kennt, weiß, daß das Unrechtsbewußtsein bei Arbeitnehmern nicht groß ist. Viele halten sich für berechtigt, den als unzureichend empfundenen Lohn „aufzubessern“. Im produzierenden Gewerbe verschwindet viel – bis zum Werkzeugsatz im Wert von 10.000 €. Jeder Insolvenzverwalter weiß, daß er die Betriebsmittel schnell sichern muß – sonst beginnt die Insolvenz mit massenhafter Selbstbedienung. 36

Strafrechtliche Ahndung und – soweit für mich ersichtlich – auch die kriminologische Durchdringung ist selten. Vielfach wollen die Arbeitgeber ein Strafverfahren und die damit verbundene Öffentlichkeit vermeiden. Der Zwang zu *Compliance*²⁸ kann diese Haltung mittelfristig ändern – weil das Übergehen von Straftaten im Betrieb als *compliance*-widrige Duldung und Ermutigung verstanden wird. Der Versuch, über Kündigung und Schadensersatz zu sanktionieren, scheitert mitunter an Arbeitsgerichten, die Verständnis für Straftäter haben. Wenn eine deutsche Arbeitsrichterin den Spind eines Arbeitnehmers nicht als Gewahrsamsexklave ansieht, weswegen der Arbeitnehmer dort angesammelte Arbeitsmaterialien, Arbeitskleidung und Pflegemittel im Wert von 900 € sich „nicht zum eigenen betriebsfremden Gebrauch zueignen wollte“, mithin also keine Unterschlagung vorliege und deswegen die fristlose Kündigung scheitere²⁹, so darf das erschrecken. 37

Auf der anderen Seite berichten Praktiker, daß Strafanzeigen gegen Arbeitnehmer, vor allem wegen kleinerer Eigentumsdelikte, aber auch wegen des häufiger werdenden Eingehungsbetrugs – vor allem durch Vorlage gefälschter Zeugnisse – selten verfolgt werden. 38

Das gilt gerade für den Entgeltbetrug, bei dem der Arbeitnehmer entweder seine Abwesenheit im Betrieb verschweigt (und Fremdstempeln läßt) oder eine kurze Erkrankung oder einen Arzt- oder Behördenbesuch vortäuscht, um ohne Arbeitsleistung Entgelt zu erhalten, das ihm nicht zusteht. Das kann man – wie mir Staatsanwälte sagten – als Bagatelldelikt auffassen. In der Summe werden erhebliche volkswirtschaftliche Schäden verursacht. 39

28 Dazu *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, Corporate Compliance – Grundlagen und Umsetzung, BB-Special 5/2008, 1 ff.

29 ArbG Stuttgart 5.1. 2006 – 25 Ca 4010/05.

d. Kein kollektives Rechtsgut

- 40 Man kann mit *Tiedemann* jede zentral individualschützende Norm dadurch dem Wirtschaftsstrafrecht zuschlagen, daß die Summe des Einzelschutzes als kollektives Rechtsgut begriffen wird. So meint *Tiedemann*, das Arbeitssicherheitsstrafrecht schütze nicht nur den einzelnen Arbeitnehmer, sondern gerade auch die Arbeitssicherheit als überindividuelles Rechtsgut³⁰.
- 41 Das ist eine zunächst nur begriffliche Einordnung. Selbstredend läßt sich aus der Summe der geschützten Einzelinteressen ein kollektives Gesamtinteresse formulieren. Nur folgt daraus gerade kein eigenständiges Schutzgut, das eines eigenen Strafrechtsschutzes würdig wäre.
- 42 Vielmehr bedarf es hierfür einer besonderen „überschießenden“ Schutztendenz, die ein spezifisches Schutz- und Verfolgungsbedürfnis auslöst. Solche kollektiven Rechtsgüter lassen sich mit dem Ansatz von *Hefendehl*³¹ durchaus punktuell feststellen. Der Lohnwucher etwa schützt nicht nur den Einzelnen vor unzureichendem Arbeitsentgelt und vor Machtmißbrauch; er will gerade auch Marktexzesse nach unten begrenzen³². Entgegen *Hefendehl*³³ hat er also durchaus eine kollektive Dimension. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen ist für Markt und Wettbewerb ebenfalls kollektiv konstitutiv. Nur Geschäftsgeheimnisse schützen Wettbewerbsvorsprünge durch Innovation und Anstrengung. Mit deren Vertraulichkeit wird also auch der Wettbewerb geschützt. Eben deshalb steht § 17 auch im UWG.

3. Echtes Arbeitsmarktstrafrecht

a. Außenwirtschaftrechtliche Flankierung des Arbeitsmarktes

- 43 Ausländer dürfen in Deutschland nicht ohne weiteres arbeiten. Sie bedürfen – wenn sie weder aus der EU noch aus dem EWR stammen – nicht nur eines Aufenthaltstitels zum Schutz der inländischen Beschäftigungsstruktur; sie dürfen darüber hinaus auch den inländischen Arbeitskräften keinen Unterbietungswettbewerb machen. Diese Vorgaben – inzwischen im Aufenthaltsgesetz geregelt – waren immer schon strafbewehrt.

30 *Tiedemann*, BT (Fn. 14), Rn. 535.

31 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, insbesondere S. 252 ff.

32 Zur Bedeutung des Sozialwuchers im Rahmen des § 291 StGB vgl. LG Darmstadt 25.5. 1973 – 22 KL2 6/72, NJW 1975, 549; *Fischer* (Fn. 20), § 291 Rn. 1.

33 *Hefendehl* (Fn. 31), S. 277.

Mittlerweise ist der Straftatbestand in die §§ 10 und 11 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes gewandert³⁴. Strafbar ist danach die Beschäftigung eines Ausländers ohne die erforderliche Erlaubnis *und* zu schlechteren Bedingungen als sie Inländern gewährt wird (§ 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III, §§ 4 Abs. 3, 39 Abs. 2, 41 Aufenthaltsg). Zwar wird immer wieder betont, die Vorschriften schützen die Ausländer vor Ausbeutung³⁵. Das wird durch ständige Wiederholung nicht richtig. Wie das AEntG schützen die §§ 10, 11 Schwarzarbeitsbekämpfungsg die inländischen Arbeitnehmer vor solcher Unterbietungskonkurrenz, die ihre Arbeitsbedingungen unter Druck setzen und ihre Arbeitsplätze gefährden könnte³⁶.

b. „Subventionsbetrug“ durch Leistungsmissbrauch

Ein § 264 StGB vergleichbarer Straftatbestand ist § 9 des Schwarzarbeitsbekämpfungsg³⁷. Das Erschleichen von Sozialleistungen unter gleichzeitigem Marktauftritt als Dienst- oder Werkunternehmer zweckentfremdet die Hilfe zum Lebensunterhalt als (unzulässige) Subvention. Dieser Leistungsmissbrauch verzerrt die Wettbewerbsbedingungen, weil der solchermaßen „Subventionierte“ die Zuwendung zur Unterbietung seiner redlichen Konkurrenten nutzen kann.

Merkwürdigerweise werden Arbeitnehmer, die zugleich Sozialleistungen beziehen und am Arbeitsmarkt „verbilligt“ auftreten, von der Norm nicht erfaßt. Der Arbeitnehmerstatus wird so zur Schutzbehauptung.

c. Kein effektiver Korruptionsschutz

§ 299 StGB sorgt – nach einigen Regelverschärfungen – inzwischen für einen effektiven Korruptionsschutz auf dem vom UWG erfaßten Markt für Güter und Dienstleistungen – im Interesse eines unverfälschten und unlauteren Wettbewerbs, wie die vormalige Stellung der Norm als § 12 UWG belegt.

Für den Arbeitsmarkt taugt die Norm eben deshalb nicht. Wie ich anderenorts³⁸ eingehend dargetan habe, verlangt die Vorschrift auf der Passivseite der Bestechung ein Unternehmen (geschäftlichen Betrieb), weswegen

34 Eingehend hierzu *Brenner*, Die strafrechtliche Bekämpfung der Schwarzarbeit unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte, 2008, S. 200 ff.; zu vorherigen Regelungszuständen etwa *Reinecke*, AuR 1997, 139, 141.

35 *Brenner* (Fn. 34), S. 201; *Fehn*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, §§ 10, 11 Rn. 4; *Boxleitner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kapitel 17 Rn. 32.

36 Insoweit zutreffend *Boxleitner*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Fn. 35), Kapitel 17 Rn. 32.

37 Dazu *Brenner* (Fn. 34), S. 181 ff.

38 *Rieble*, Gewerkschaftsbestechung?, CCZ 2008, 121, 122 ff.

die Bestechung von Gewerkschaften und anderen Arbeitnehmervereinigungen wie der AUB nach dieser Vorschrift nicht strafbar sein kann. Sie verlangt überdies eine Unrechtsvereinbarung über die Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen – also auf den vom UWG erfaßten Markt. Weder die Betätigung einer Arbeitnehmervereinigung noch des Betriebsrats sind solche Leistungen. Das UWG kann hier nicht gelten. Besonders mißlich: Sogar die echte Arbeitsmarktbestechung eines Personalverantwortlichen für Einstellung oder Beförderung bleibt nach dieser Vorschrift straflos – weil der Arbeitnehmerwettbewerb auf dem Arbeitsmarkt nicht dem UWG unterfällt³⁹. Das ist mißlich, aber nur vom Gesetzgeber zu ändern.

- 49 „An den Rändern“ zwischen Arbeitsmarkt und Gütermarkt kann die Vorschrift gleichwohl wirken. Das betrifft erstens Gütermarktentscheidungen, an denen Betriebsratsmitglieder faktisch mitwirken, so im Fall Iveco Magirus/Märkl: Hier hatte der seinerzeitige Betriebsratsvorsitzende von der Nürnberger Versicherung einen erklecklichen Betrag dafür erhalten, daß er die Versicherung als Träger der betrieblichen Altersversorgung installierte⁴⁰. Der Vertragsschluß zwischen Arbeitgeber und Versicherung unterfällt dem Versicherungsmarkt, damit dem UWG – kein Arbeitsmarktprivileg.
- 50 Ein großer Graubereich tut sich bei den Schulungen für Betriebsräte nach § 37 Abs. 6 und 7 BetrVG auf. Hier verdienen Gewerkschaften – trotz einem vom Bundesarbeitsgericht postulierten Gewinnverbot⁴¹ – Geld und dementsprechend gibt es Einflußnahmen auf die Schulungsvergabe – vom opulenten Beiprogramm bis hin zum echten „Kickback“. Betriebsratsschulungen sind gewiß dem allgemeinen Dienstleistungsmarkt zuzuordnen; hier herrscht Wettbewerb auch im Verhältnis zu privaten Schulungsunternehmen. Die eigentliche Frage lautet indes: Wer übt ökonomisch und wettbewerblich die „Schulungsnachfrage“ aus – der Betriebsrat oder der Arbeitgeber? Im ersten Fall scheidet die strafbare korruptive Nachfragebeeinflussung aus – weil der Betriebsrat kein Unternehmen im funktionalen Sinne ist.
- 51 Mit Schwierigkeiten können auch gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien rechnen, vor allem im Bereich der Altersversorgung. Soweit die Unternehmen nicht zwangsweise durch den Tarifvertrag (und dessen Allgemeinverbindlicherklärung) angeschlossen sind, sondern wettbewerblich

39 Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 430; Rieble/Klebeck, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758, 768.

40 <http://www.swp.de/Aktuell/Nachrichten/3605882/screen>.

41 Vgl. BAG 31.10. 1972 – 1 ABR 7/72, BAGE 24, 459 = AP Nr. 2 zu § 40 BetrVG 1972 = DB 1973, 528; BAG 30.3. 1994 – 7 ABR 45/93, BAGE 76, 214 = AP Nr. 42 zu § 40 BetrVG 1972 = NZA 1995, 382.

che Entscheidungsspielräume bestehen⁴², agieren solche gemeinsamen Einrichtungen als Unternehmen im Wettbewerb. § 299 StGB ist eröffnet.

4. Strafrechtliche Sicherung des kollektiven Arbeitsrechts?

a. Betriebsverfassung und § 119 BetrVG

§ 119 BetrVG ist eine imponierende Strafvorschrift, die kaum Strafurteile, 52
aber dafür viele Seiten wissenschaftlicher Diskussion hervorbringt. Neuerdings wird die Vorschrift interessant, vor allem nach der Verurteilung von *Hartz* und *Volkert*. In der Tat ermöglicht die Norm mit ihren drei Tatbeständen eine gewisse Sicherung der Mitbestimmungsordnung des Betriebsverfassungsgesetzes.

Vorab anzumerken ist, daß im Bundespersonalvertretungsgesetz eine entsprechende Strafvorschrift fehlt – offenbar ist nur die Privatwirtschaft an- 53
fällig. Überdies sind Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bislang nicht geschützt; das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 26 MitbestG ist ohne strafrechtliche Flankierung. Anders immerhin verhält es sich mit der Europäischen Aktiengesellschaft: Die SE ist umfassend – also sowohl hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter im besonderen Verhandlungsgremium, dem SE-Betriebsrat wie im Aufsichts- oder Verwaltungsrat – nach § 45 Abs. 2 Nr. 3 in Verbindung mit § 44 Nr. 3 SEBG geschützt. Das wird die Frage aufwerfen, ob die DGB-Gewerkschaften, allen voran die IG Metall, ihre Praxis der Verpflichtung zur Abführung der Aufsichtsratsantien an die Böckler-Stiftung aufrecht erhalten kann. Denn das ist eine Benachteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gegenüber den Anteilseignervertretern – und also eine Straftat.

Die drei Tatbestandsvarianten sind streng getrennt zu sehen – weil sie an 54
unterschiedliche betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben anknüpfen:

- Einfach zu verstehen mit Blick auf das strenge Ehrenamtsprinzip des BetrVG ist das strafbewehrte Begünstigungsverbot in Abs. 1 Nr. 3. Weil das Gesetz das Ehrenamtsprinzip scharf formuliert, ist jede gesetzlich nicht vorgesehene Vorteilsgewährung an ein einzelnes Betriebsratsmitglied – nicht aber an das Gremium als solches – eine Begünstigung. Jede großzügige Betriebsratsbezahlung⁴³, jede nach dem BetrVG nicht vorgesehene Schulung eines Betriebsratsmitglieds⁴⁴ und jede vom BetrVG nicht gedeckte Freistellung unter

42 Vgl. EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5863 = AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag = EzA Art. 81-82 EG-Vertrag 1999 Nr. 1 = ZIP 2000, 34 für die Reichweite des Kartellrechts; dazu auch *Rieble* (Fn. 39), Rn. 860 ff.

43 Eingehend *Rieble*, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276 ff.

44 BAG 11.8. 1993 – 7 ABR 52/92, AP Nr. 92 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 117 = NZA 1994, 517; LAG Schleswig-Holstein 21.1. 1999 –

Entgeltfortzahlung ist eine Begünstigung. Umgekehrt ist die arbeitsvertragliche Benachteiligung ihrerseits klar gefaßt.

- 55 • Große Probleme bereitet das Behinderungs- und Störungsverbot des Betriebsrats nach Nr. 2. Trotz des Gebots zur vertrauensvollen Zusammenarbeit soll die Betriebsverfassung Konflikte bewältigen. Dementsprechend kommt es vielfach zu Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über die Betriebsratsrechte. Nicht jede Unbotmäßigkeit des Arbeitgebers ist strafbare Behinderung. Das verbietet schon das Rechtsstaatsprinzip⁴⁵. Von einer Behinderung kann man mithin nur sprechen, wenn der Arbeitgeber einen schlechthin unvertretbaren Standpunkt einnimmt. Nur eine solche Engführung des Straftatbestands verhindert zudem, daß die Strafverfolgungsdrohung als Waffe gegen den Arbeitgeber angesehen wird. Das ist keine theoretische Gefahr. Ein aktuell laufendes Ermittlungsverfahren umfaßt insbesondere den Vorwurf, Arbeitgeberbeauftragte hätten bei einer Betriebsversammlung dazwischengerufen und damit die Arbeit des Betriebsrats behindert. Mehr kann ich mit Rücksicht auf das laufende Verfahren nicht sagen. Damit vertritt die Strafanzeige ein verfassungswidriges, ja stalinistisches Verständnis der Meinungs- und Kommunikationsfreiheit. Sinn einer Betriebsversammlung ist der offene Meinungsaustrausch in der Belegschaft und die quasi-demokratische Rückkoppelung des Betriebsrats gegenüber der Belegschaft (§§ 43 Abs. 1 Satz 1, 45 Satz 2 BetrVG). Trappistische Schweigegebote verfehlen diesen Zweck und belegen ein operatives Wahrheitsverständnis. Dasselbe gilt für kritische betriebsöffentliche Meinungsäußerungen des Arbeitgebers. Kritik muß man aushalten können; sie kann schon wegen Art. 5 GG keine strafbare Behinderung sein⁴⁶. Allerdings mußte erst das Bundesverfassungsgericht dem LAG Baden-Württemberg erklären, daß eine vom Arbeitgeber herausgegebene Werkszeitung, in der der Betriebsrat kritisiert wird, nicht verboten werden darf. Das wäre Preszensur⁴⁷. Die Nichterfüllung von Informationspflichten schließlich ist nach § 121 BetrVG „nur eine Ordnungswidrigkeit“; mithin kann

4 TaBV 29/98, NZA-RR 2000, 336; *Kreutz*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 8. Aufl. 2005, § 78 Rn. 65.

45 Dazu *Hunold*, „Rechtfertigungsdruck“ auf den Betriebsrat als Behinderung der Betriebsratsarbeit?, BB 1999, 1492 ff.

46 Dazu *Rieble*, Betriebsratswahlwerbung durch den Arbeitgeber?, ZfA 2003, 283, 302 ff.; *Hunold*, BB 1999, 1495; *Bengelsdorf*, Anmerkung zu BAG 19.7. 1995, EzA § 43 BetrVG 1972 Nr. 3.

47 BVerfG 8.10. 1996 – 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28 = EzA Art. 5 GG Nr. 23 = AP Nr. 3 zu Art. 5 Abs. 1 GG Pressefreiheit = NJW 1997, 386.

eine solche Erschwerung der Betriebsratstätigkeit noch keine strafbare Behinderung sein.

- Schwieriger noch ist der Tatbestand der Beeinflussung der Betriebsratswahl in Nr. 1 – durch Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung von Vorteilen. Diese Vorschrift läßt sich – wie das Urteil gegen *Schelsky* und andere zeigt, sehr weit begreifen.⁴⁸ Richtig ist das gleichwohl nicht. Zuerst flankiert die Norm den Wahlschutz des § 20 Abs. 1 und 2 BetrVG. Nur ein Verhalten, das gegen diese betriebsverfassungsrechtlichen Verbote verstößt, ist überhaupt mit Strafe bedroht⁴⁹. Gerade für den Beeinflussungstatbestand ist Vorsicht geboten: Da die Norm an jedermann adressiert ist, wäre jeder Wahlhelfer, jede Gewerkschaft, die ihre Liste unterstützt, sogleich im Dunstkreis des Strafbannes. Ohne dies hier allzusehr zu vertiefen⁵⁰ führt das letztlich – und in Übereinstimmung mit dem ausdifferenzierteren Wahlstrafrecht im StGB, welches *Dannecker* für eine systemische Analyse des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG fruchtbar gemacht hat – dazu, daß nur die unmittelbare Beeinflussung der aktiven Stimmabgabe oder der passiven Kandidatur strafbar sein kann⁵¹. Vorteilsgewährung entspricht der Wählerbestechung in § 108b Abs. 1 StGB; Nachteilsandrohung der Wählernötigung in § 108 StGB⁵². Daß Betriebsratswahlen im übrigen strafrechtlich schärfer geschützt sein sollen als demokratische Wahlen und solche in den Sozialversicherungen (§ 108d StGB), ist kaum zu begründen.

Die zentrale Schwäche der Vorschrift ist, neben ihrem unzureichenden Strafmaß von maximal einem Jahr, vor allem die Ausgestaltung als absolutes Antragsdelikt nach § 119 Abs. 2 BetrVG (wie früher §§ 12, 22 UWG). Antragsberechtigt sind „nur“ Arbeitgeber, Betriebsrat und die im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Soweit es um den Mitbestimmungsfilz der Betriebsratsbegünstigung geht, entscheiden also Täter und Interessierte⁵³. Denn die Gewerkschaft ist vielfach jene, auf deren Liste die Betriebsratsmehrheit gewählt worden ist. Indem das BAG die Anforderungen an den betriebsverfassungsrechtlichen Gewerkschaftsbegriff für diese Überwachungsrechte „hochschraubt“ und Tariffähigkeit verlangt, macht es dieses Kontrollinstrument ineffektiv. Anders gewendet: Das Bundesar-

48 LG Nürnberg 24.11. 2008 – 3 KLS 501/s 1777/08.

49 *Dannecker*, Der strafrechtliche Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und ihrer Mitglieder, Festschrift Gitter, 1995, S. 167, 178.

50 Dazu schon *Rieble*, ZfA 2003, 283, 288 ff.

51 *Dannecker*, Festschrift Gitter, 1995, S. 167, 180; ebenso *Rieble*, ZfA 2003, 283, 290; *ders.*, CCZ 2008, 121, 127. Ähnlich *Sax*, Die Strafbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, 1975, S. 169 und 179 f.

52 Vgl. *Sax* (Fn. 50), S. 164 ff.

53 *Rieble*, CCZ 2008, 121, 125 f.

beitsgericht schützt den Mitbestimmungsfilz⁵⁴. Zu Strafanträgen wegen Nr. 3 kommt es mithin nur dann, wenn die Konkurrenz verwickelt ist (also: IG Metall und ver.di gegen AUB), oder wenn, wie im Fall *Volkert*, das Medieninteresse zu groß ist. Aber auch in den Fällen der Nr. 1 und 2 kommt es nur selten zu Strafverfahren – weil die Sanktion zu gering ausfällt und Betriebsräte solche Störungen normalerweise mit betrieblichen Gegenstörungen beantworten und regeln. Dieses strenge Strafantragserfordernis steht schließlich der Wertung im Wege, hier gehe es im wirtschaftsstrafrechtlichen Sinn um überindividuelle Rechtsgüter. Sie müßte die Justiz auch von Amts wegen schützen dürfen.

- 58 Allerdings führt das neue Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 1 EStG dazu, daß Kosten, die Unternehmen aus der Betriebsratsbegünstigung oder der Wählerbestechung erwachsen, nicht steuerlich absetzbar sind. Weil die wenigsten Unternehmen über Schwarzgeldkassen verfügen, werden solche Zahlungen ordnungsgemäß verbucht. Das führt in die Strafbarkeit der Steuerhinterziehung nach § 370 AO – und zu den Ermittlungsbefugnissen der Betriebsprüfung und Steuerfahndung⁵⁵.

b. Strafrechtsfreie Tarifzone?

- 59 Daß die Tarifautonomie vom Strafrecht verschont bleibt, ist vor allem einem historischen Mißbrauch des Strafrechts geschuldet. Die Reichsgewerbeordnung sah in § 152 umfassende Koalitionsfreiheit unter Ausschluß des Koalitionszwangs vor. Dies sicherte der Straftatbestand des § 153 RGewO:

„Wer Andere durch Anwendung körperlichen Zwanges, durch Drohungen, durch Ehrverletzung oder durch Verrufserklärung bestimmt oder zu bestimmen versucht, an solchen Verabredungen (§ 152) Theil zu nehmen, oder ihnen Folge zu leisten, oder Andere durch gleiche Mittel hindert oder zu hindern versucht, von solchen Verabredungen zurückzutreten, wird mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft, sofern nach dem allgemeinen Strafgesetz nicht eine höhere Strafe eintritt.“

- 60 Jede sinnvolle Fortentwicklung wurde vereitelt, weil sich der *Staat* seit 1897 *parteilich auf die Arbeitgeberseite* geschlagen und die Vorschriften als Kampfmittel gegen die Gewerkschaftsbewegung eingesetzt hatte. Insbesondere die Strafsenate des RG haben § 153 GewO in nachteilendem Ge-

54 BAG 19.9. 2006 – 1 ABR 53/05, NZA 2007, 518 = EzA Art. 9 GG Nr. 89 = AP Nr. 5 zu § 2 BetrVG 1972 mit kritischer Anmerkung *Rieble*, Betriebsverfassungsrechtlicher Gewerkschaftsbegriff, RdA 2008, 35; *ders.*, NZA 2008, 276, 278.

55 Dazu *Rieble*, NZA 2008, 276, 278 f.

horsam extensiv ausgelegt und den Arbeitskampf kriminalisiert⁵⁶. Der zutreffende Hauptvorwurf lautet: Das RG hat diese Vorschriften ausgedehnt, indem es über die Freiheit des Arbeitnehmers von der Gewerkschaft hinaus die Freiheit des Arbeitgebers vor der Gewerkschaft und dem Streik abgeleitet hat⁵⁷. Vernünftige Erwägungen der Zivilsenate des RG, die die vollständige Rechtslosstellung der Arbeitsmarktkartelle als Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit und die Anerkennung des Tarifvertrags in Art. 159 WRV angesehen haben⁵⁸, kamen zu spät.

Diese „wirkliche Kriminalisierung des Streikrechts“ hat später als Denkfigur letztlich die vernünftigen Ansätze der Weimarer Zeit und der 50er und 60er Jahre erschwert, dem eindeutig unzulässigen Streik (und der Aussperrung) als illegitimer Machtausübung mit den Straftatbeständen von Nötigung und Erpressung zu begegnen. Die Streitschrift *Ostendorfs* über die „Kriminalisierung des Streikrechts“ von 1987 rechtfertigt sogar Betriebsbesetzungen und spricht dem Arbeitgeber das für den Schutz durch § 123 StGB erforderliche Hausrecht ab⁵⁹. 61

Kollektivmacht wird durch unsere Rechtsordnung sinnvoll begrenzt – eine umfassende „Kampfmittelfreiheit“, die kollektive Interessenkonflikte ausschließlich durch Machtaustrag ohne Regeln lösen ließe, wäre einer Rechtsordnung unwürdig. Dementsprechend ist mit vielen Stimmen aus der Literatur⁶⁰ der schlechthin (oder evident) unzulässige Arbeitskampf 62

56 Dazu eingehend *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 54 ff.; *Schröder*, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, 1988, S. 331 ff.; siehe auch *Umbreit*, Fünfundzwanzig Jahre Deutscher Gewerkschaftsbewegung, 1915, S. 123 ff.; *Rieble* (Fn. 39), Rn. 147 ff.

57 RG 6.10. 1890 – 1893/90, RGSt 21, 114; im einzelnen *Schröder* (Fn. 56), S. 337 ff. und schon *von Schicker*, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. 1901, §§ 152 und 153.

58 RG 2.7. 1925 – IV 154/25, RGZ 111, 199; vorausschauend bereits RG 20.1. 1910 – VI 660/08, RGZ 73, 92 ff. für die Wirksamkeit eines Tarifvertrags. Dazu *Hedemann*, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 38 ff., 84 ff.

59 *Ostendorf*, Kriminalisierung des Streikrechts, 1987, Rn. 59 ff., 72 ff.

60 Schon *Nipperdey*, Grenzlinien der Erpressung durch Drohung, 1917, S. 55 ff.; dazu *Löwisch/Krauß*, AR-Blattei SD 170.10 Arbeitskampf und öffentliche Ordnung Rn. 10, 17 f.; *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht Band II, Halbband 2, 7. Auflage 1970, S. 1053; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 14), § 240 Rn. 25; *H. Schröder*, Streik und Strafrecht, BB 1953, 1015 ff.; *Hellenthal*, Zur Rechtswidrigkeit von sogenannten Betriebsbesetzungen, NZA 1987, 52 ff.; *Loritz*, Betriebsbesetzungen – ein rechtswidriges Mittel im Arbeitskampf, DB 1987, 223 f.; *Niese*, Streik und Strafrecht, 1954, S. 17 ff.; zum „Studentenstreik“ als Nötigung BGH 8.10. 1981 – 3 StR 449/81, NJW 1982, 189 = NStZ 1982, 158 = MDR 1982, 157; zu den „Stahlaktionstagen“ als Nötigung BGH 5.5. 1988 – 1 StR 5/88, BGHSt 35,

als widerrechtliche Nötigung und mit Blick auf verfolgte Vermögensziele auch als Erpressung zu unterbinden.

- 63 Zu bedenken ist schließlich, daß Arbeitnehmer vor ihren Koalitionen und Gewerkschaften zu schützen sind. Das betrifft einmal den Eintrittszwang im Rahmen eines – schlechthin unzulässigen – *closed shop*: „Das Arbeitsverhältnis sichert einem Arbeitnehmer die wirtschaftliche Existenz. Diese darf nicht vom Beitritt oder Austritt aus einer Gewerkschaft abhängig gemacht werden.“⁶¹ Die bei Volkswagen geübte Praxis, daß der Betriebsrat mit Zustimmung des Arbeitgebers externe Bewerber „besichtigt“ und diesen klar macht, daß der Betriebsrat der Einstellung nur nach Beitritt zur IG Metall zustimmt⁶² (woraus Organisationsgrade von 97 % resultieren) ist also Nötigung und Erpressung – mit Blick auf die Beiträge als Vermögensvorteil.
- 64 Weithin anerkannt ist auch, daß die Gewerkschaft im Streikfall die Arbeitswilligen überzeugen muß und nicht durch Betriebsblockade von der Arbeit abhalten darf⁶³. Deswegen die bekannte „Drei-Meter-Gasse“! Betriebsblockaden sind insofern also Nötigung der Arbeitswilligen.
- 65 Der vom Gesamtbetriebsratsvorsitzenden *Klemm* im Jahr 2004 gegen die damalige DaimlerChrysler AG veranstaltete betriebliche Arbeitskampf⁶⁴ war wegen der fehlenden gewerkschaftlichen Führung, wegen des fehlenden Tarifziels und wegen Verstoßes gegen das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot des § 74 Abs. 2 BetrVG schlechthin unzulässig. Sein Ziel, der Verzicht auf ein Sanierungsprogramm, hatte Vermögensrelevanz. Die Staatsanwaltschaft hatte ein durch Strafanzeige eingeleitetes Ermittlungs-

270 ff. mit Anmerkung *Müller-Roden*, Rheinhausen im Lichte der Nötigungsrechtsprechung, ZRP 1988, 409 ff.

61 BAG 2.6. 1987 – 1 AZR 651/85, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG mit Anmerkung *Rüthers* = EzA Art. 9 GG Nr. 43 = NZA 1988, 64; weiter EGMR 11.1. 2006 – 52562/99 und andere, *Schmidt-Westphal/Urban*, Besprechung zu EuGH 11.1. 2006, RIW 2006, 378, 381 (Sörensen und Rasmussen/Dänemark); inoffizielle Übersetzung: www.menschenrechte.ac.at/docs/06_1/06_1_04; EuGHMR 13.8. 1981, EuGRZ 1981, 559 (Young, James und Webster); *Scholz*, Unvereinbarkeit des *closed shop* mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, AÖR 106 (1981), 79 ff.; BVerfG 10.1. 1995 – 1 BvF 1/90 und andere, BVerfGE 92, 26 = NZA 1995, 272 = AP Nr. 76 zu Art. 9 GG (Flaggenreister): Recht auf Beitritt zu einer anderen Gewerkschaft.

62 „Götterdämmerung in Wolfsburg“, SZ vom 9./10.7. 2005.

63 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86, AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BAGE 58, 364 = NZA 1988, 846; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 11 Rn. 5 ff.; *Seiter* (Fn. 56), S. 520 ff.

64 SZ vom 15.7. 2004 und 18.7. 2004; FAZ vom 16.7. 2004 und 23.7. 2004.

verfahren gleichwohl verständnisinnig eingestellt⁶⁵; die Generalstaatsanwaltschaft hat dies gehalten: „Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß die Vertretung der Arbeitnehmer grundsätzlich das Recht hatte, gegen die massiven Forderungen des Vorstandes, der den Abbau von mehreren tausend Arbeitsplätzen in Aussicht gestellt hatte, ebenso massive Einwände geltend zu machen. Im Hinblick auf das vom Beschuldigten von Anfang an erklärte Ziel einer Einigung und der Hinnahmehbereitschaft gegenüber finanziellen Einbußen läßt sich jedenfalls nicht begründen, daß der Einsatz von Protestaktionen (Nötigungsmittel) mit dem Ziel, gegen wirtschaftliche Einbußen den Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen zu erreichen (Zweck) als verwerflich anzusehen wäre.“⁶⁶ Das ist der klassische Fernziel-Fehler, mit dem sich alles begründen läßt und der letztlich eine Tarifzensur fordert. Wie würde die Staatsanwaltschaft auf eine unzulässige Angriffsaussperrung reagieren, mit der die Arbeitgeber eine Lohnsenkung durchzusetzen suchen? Mit Verständnis? Und rechtfertigt dieses „gute Motiv“ auch den Eingriff in die Beschäftigungsverhältnisse der Arbeitswilligen?

c. Unausgelotete Untreue

Daß die Untreue eine wirtschaftsstrafrechtliche Wollmilchsau ist, soll hier nicht hinterfragt werden⁶⁷. Sie spielt eine gewisse Rolle auch in den beiden prominenten Arbeitsstrafverfahren: *Hartz* habe Untreue begangen, weil er für *Volkert* Geld in die Hand nahm, obzwar jener für VW nichts bewirkte oder Wohlwollen schon schuldete⁶⁸. Und *Schelsky* habe an der Untreue zu Lasten der Siemens AG mitgewirkt, weil unsaubere Abrechnungen letztlich zu schwarzen Kassen und zur Vereitelung der Finanzkontrolle geführt haben⁶⁹ – ganz unabhängig davon, ob die AUB eine geldwerte Gegenleistung für all die Millionen erbracht hat.

65 Einstellungsverfügung 5.8. 2005 – 140 Js 113356/04 W. Dazu *Große-Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1365 ff. und *ders.*, Krisenmanagement: Umgang mit Straftaten im Unternehmen, in diesem Band, S. 135 ff.

66 Der Generalstaatsanwalt in Stuttgart, Ermittlungsverfahren gegen Erich Klemm 6.10. 2005 – 23 Zs 1634/05.

67 Dazu etwa *Matt*, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-) Recht und Moral, NJW 2005, 389; *Dierlamm*, Untreue – ein Auffangtatbestand?, NSTZ 1997, 534 ff.; *Günther*, Die Untreue im Wirtschaftsrecht, Festschrift Weber, 2004, S. 311 ff.; *Hamm*, Kann der Verstoß gegen Treu und Glauben strafbar sein?, NJW 2005, 1993 ff.

68 LG Braunschweig 2.2. 2007 – 6 KLS 48/06, CCZ 2008, 34 mit Anmerkung *Rieble*; LG Braunschweig 22.2. 2008 – 6 KLS 20/07, juris; *Rieble*, NZA 2008, 276, 279 f.

69 Der Geheime von Siemens muss ins Gefängnis, SZ online vom 24.11. 2008: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/247/448978/text/>. Die Ausfertigung der Entscheidung des LG Nürnberg lag bei Manuskriptschluß noch nicht vor!

- 67 Eine ganz andere und bislang nirgendwo eingehend behandelte Frage ist es, ob die Untreue ihre Auffangfunktion auch im Arbeitsstrafrecht entfalten kann. Dabei geht es um die „Schädigung“ der Arbeitnehmer durch Betriebsrat oder Gewerkschaft. Gerade der Betriebsrat ist nach dem BetrVG zu massiven Eingriffen in die Einzelarbeitsverhältnisse befugt: Er kann insbesondere über das Mitbestimmungsrecht bei Kurzarbeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Arbeitszeit der Mitarbeiter reduzieren – und damit zugleich ihr Einkommen. Mitunter geschieht dies sogar als „Kurzarbeit Null“. Über das Arbeitsverhältnis als Existenzgrundlage „verfügt“ der Betriebsrat, wenn er gemeinsam mit dem Arbeitgeber einen Interessenausgleich mit Namensliste (§ 1 Abs. 5 KSchG) vereinbart und damit den individuellen Kündigungsschutz weithin und unmittelbar entwertet. Die zentrale – sowohl arbeitsrechtlich wie strafrechtlich zu beantwortende – Frage lautet nun, ob diese intensive Rechtsmacht mit einer entsprechenden Vermögensbetreuungspflicht als Amtspflicht im Sinne von § 23 BetrVG korrespondiert. Mit Blick auf die Vorträge der Kollegen *Vogel* und *Lobinger* will ich dies nur anhand eines Beispiels aufwerfen: Vielfach kommen in der Praxis Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zustande, wonach der Arbeitgeber eine Entlassung durchführen darf, der Betriebsrat aber darauf besteht, daß nur Nichtgewerkschafter entlassen werden⁷⁰. Das Zugeständnis der Betriebsratsmitglieder kann auch dadurch erkaufte werden, daß Betriebsräte „besondere Abfindungen“ erhalten. Die Arbeitnehmer dürfen sich verraten und verkauft fühlen. Das LAG Sachsen meint nun gerade erst, daß die durch Begünstigung der Betriebsratsmitglieder zustande gekommene Vereinbarung nicht einmal unwirksam sei – weil die begünstigten Betriebsratsmitglieder nicht mit dem vertragsschließenden Betriebsrat identisch seien⁷¹. Wenn dann nicht einmal das Strafrecht Schutz gewährt, sind die Arbeitnehmer im Stich gelassen.

III. Wohin treibt das Arbeitsstrafrecht?

- 68 Wenn die Eigenart des Wirtschaftsstrafrechts im Schutz kollektiver Rechtsgüter liegt – und hierzu auch Marktregeln (Wettbewerb) und grundlegende rechtliche Institutionen zählen, dann muß das Strafrecht auch fragen, ob die Arbeitsmarktregeln vergleichbar „offensiv“ durchzusetzen sind. Solange und soweit der Gesetzgeber – erwartbar – schweigt, geht es um die Schlagkraft des Kernstrafrechts, namentlich durch Nötigung, Erpressung und Untreue.
- 69 Dafür streitet nicht nur der effektive Schutz des Individuums vor überbordender Kollektivmacht, sondern vor allem die Regel- und Rechtstreue als

70 LAG Köln 29.7. 2004 – 5 Sa 63/04, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 45a.

71 LAG Sachsen 27.8. 2008 – 2 Sa 752/07, juris.

Eigenwert und vertrauensbildende Markt-Funktionsvoraussetzung. Anders gewendet: Der durch *von Ihering* geforderte Kampf ums Recht darf gerade dem Strafrecht abverlangt werden.

Freilich sieht sich ein extensives Arbeitsstrafrecht Einwänden ausgesetzt. 70

- Arbeitsrechtliche Vorfragen und Komplexität:

Die Akzessorietät auch des Arbeitsstrafrechts bedeutet erhebliche Komplexität – nicht anders als im Wirtschaftsstrafrecht. Vermeidbar ist das nur um den Preis des Verzichts auf jeglichen Strafrechtsschutz. Insofern müssen Staatsanwälte Arbeitsrecht und Arbeitsrechtler Strafrecht lernen.

- Abschreckung, Rechtsunsicherheit und erlaubtes Risiko: 71

Marktverhalten reagiert auf Ungewißheiten und Risiken und ist einer systemimmanenten Beanstandungsgefahr ausgesetzt. Strafrechtliche Flankierung einfachen Rechts kann Marktteilnehmer mit so erheblichen Rechtsrisiken belegen, daß erlaubte Verhaltensweisen zu riskant werden – weil das Strafrecht einen Sicherheitsabstand erzwingt.

So führt die strafrechtliche Ahndung unzureichender Entgeltzahlung – sei es unmittelbar über § 5 AEntG, sei es mittelbar über § 266a StGB – dazu, daß sich Ermittlungsbeamte, insbesondere der Finanzkontrolle Schwarzarbeit aber auch Staatsanwälte und Strafrichter, mit feinsinnigen Arbeitsrechts- und Sozialversicherungsrechtsfragen auseinandersetzen müssen. Schon die fälschliche Nichtanwendung eines Tarifvertrags kann zur Unterzahlung führen – auch dann, wenn man sich mit Blick auf feinsinnige Rechtsfragen intensiv streiten kann. So kann der Mindestlohntarif der Gebäudereinigung nur für das Handwerk gelten. Denn nur für das Handwerk sind die tarifschließenden Innungen tarifzuständig. Eine einfache Reinigung „nach Hausfrauenart“ fällt handwerksrechtlich nicht darunter. Aber weiß das die Finanzkontrolle Schwarzarbeit? 72

Sinzheimer meinte deshalb: „Insbesondere muß eine kriminelle Bestrafung tarifwidriger Lohnauszahlung abgelehnt werden. Ein Eingreifen des Strafrichters in die feinnervigen kollektiven Rechtsbeziehungen unserer Zeit könnte nur Schaden stiften. Das kollektive Recht ist autonomes Recht. Es will und soll sich selbst schützen.“⁷² Nun hat sich dieses Verständnis seit seiner Zeit – 1928 – geändert. Heute rufen gerade die Tarifparteien nach Staatshilfe und Staatsschutz auf dem Arbeitsmarkt. Das stolze Bekenntnis zu Eigenständigkeit und Unabhängigkeit von öffentlicher Unterstützung gilt manchen gar als unmoralisch (Ackermann-Effekt). 73

Deswegen ist es grundsätzlich richtig, nicht wegen der „Feinnervigkeit“ auf Strafrechtsschutz zu verzichten. Doch muß das erlaubte Rechtsrisiko 74

72 *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 390.

geschützt werden – durch eine entsprechende Anwendung des § 193 StGB, der einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken enthält. Nicht jede Rechtsanmaßung ist Unrecht⁷³ – das muß auch das Strafrecht akzeptieren.

75 • Kriminalisierung des Arbeitsrechts?

Eng damit zusammen hängt die Warnung vor der „Kriminalisierung“ des Arbeitsrechts oder des Streikrechts. Damit ist wenig gewonnen: Was eindeutig rechtswidrig ist und erhöhten Unrechtsgehalt aufweist, darf bestraft werden. Darin liegt keine Kriminalisierung an sich erlaubten Tuns oder von Bagatellverstößen, sondern lediglich die Durchsetzung der staatlichen Rechtsordnung notfalls mit den Mitteln des Strafrechts.

76 Ich kann deshalb nicht verstehen, wenn *Lampe* 1972 meint, Arbeitsstrafatbestände sollten – auch soweit es um Gesundheitsschutz geht – als Antragsdelikte konzipiert sein, bei denen aber nicht irgend ein „abstrakt gefährdeter Arbeitnehmer“, sondern eine vernünftige Aufsichtsbehörde das Antragsrecht habe⁷⁴. Das ist eine Kollektivismus-typische Vormundschaft gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer und entlarvt letztlich die Vehemenz, mit der der Autor zuvor zum Schutz des Arbeitsvermögens geschrieben hat. Eine Absage hiergegen erteilt etwa § 44 Abs. 2 BDSG, der zwar immerhin Datenschutzstellen zum Strafantrag ermächtigt, aber eben auch den Betroffenen (also den Arbeitnehmer). Ein Strafantragsrecht von Aufsichtsbehörden demonstrierte nur, daß der Gesetzgeber den Staatsanwaltschaften wenig Sachkompetenz zutraut – obzwar diese bei relativen Antragsdelikten durchaus selbst beurteilen dürfen, ob das öffentliche Interesse für die Strafverfolgung streitet.

77 Umgekehrt wird man sagen müssen: Auch das Arbeitsstrafrecht verfolgt keine moralischen Zwecke; es ist kein Opportunitätsinstrument, um mißliebige Marktteilnehmer zu verfolgen; es darf nicht zum Gesinnungsstrafrecht entarten, weswegen äußerste Vorsicht bei der Handhabung von Generalklauseln wie im Nötigungstatbestand geboten ist⁷⁵. Umgekehrt muß das eindeutig rechtswidrige auch ebenso eindeutig unterbunden werden.

78 Auch insoweit ist den Akteuren des Arbeitsrechts – und gerade den Gewerkschaften und Betriebsräten – respektvoll zu begegnen: Nicht die kleinherzige Verfolgung durch eine Strafjustiz, die besser weiß, wie man Arbeitnehmerinteressen verfolgt, ist das Gebot, sondern die kluge Selbstbeschränkung auf harte Fälle mit eklatanten strafwürdigen Rechtsbrüchen.

73 Zur zivilrechtlichen Sicht *Kaiser*, Schadensersatz wegen fahrlässiger Rechtsanmaßung, Festschrift Canaris, 2007, S. 531 ff.

74 *Lampe*, Festschrift Maurach, 1972, S. 383.

75 *Gropp/Sinn*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Münch-KommStGB), Bd. 3, 2003, § 240 Rn. 114.

Das Arbeitsrecht lebt in besonderer Weise von der Kungelei. Kollektivstreitigkeiten werden gedealt, im Kündigungsschutzprozeß wird verglichen. Über allen Kungeleien, die den Arbeitgeber etwas kosten und die nicht vom Unternehmensinhaber selbst gedeckt sind, schwebt das Damoklesschwert der Untreue. Wer als „Gutsverwalter“ einen Straftäter im Kündigungsschutzprozeß um dessen hinreichend bewiesene Straftat abfindet, begeht Untreue⁷⁶. Wer als Angestellter mit dem Betriebsrat eine nach § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksame Betriebsvereinbarung schließt, die den Arbeitgeber zu nicht geschuldeten Leistungen veranlaßt, der veruntreut. Die im kollektiven Arbeitsleben üblichen Machtspiele wird man künftig auch unter dem Aspekt von Nötigung und Erpressung zu sehen haben. Rechtswidrige Kampfmaßnahmen sind also gefährlich. 79

Klee äußert in seiner Analyse des Arbeitsstrafrechts von 1922 zum Schluß: „Aber auch hier muß sich der Kriminalist bewußt bleiben, daß die Gesundung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse in erster Linie nicht von den Mitteln der Strafjustiz, sondern von dem Geiste der Gemeinschaft abhängt, in dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer selbst an diese Aufgabe herangehen.“⁷⁷ Nun darf man dem Arbeitsmarkt und seine Akteure wenig Einsicht zutrauen. 80

Eher mag man die wirtschaftsstrafrechtliche Frage hierher übernehmen, ob nicht andere, bessere Steuerungsmechanismen denkbar sind. Am Ende gilt freilich die Erkenntnis des großen *Franz von Liszt*, der das Strafrecht zur Durchsetzung der Rechtsordnung fordert⁷⁸. Eben der Rechtstreuegedanke – der neuerdings zur Formulierung von Organisationspflichten insbesondere der Unternehmen fruchtbar gemacht wird⁷⁹ – streitet für ein effektives Arbeitsstrafrecht. Der Staat ist Garant der Arbeitsmarktverfassung und muß diese auch durchsetzen – will er nicht das Grundvertrauen in die Marktverfassung gefährden. 81

Deshalb führt kein Weg daran vorbei: Mehr Arbeitsstrafrecht im wirtschaftsstrafrechtlichen Sinne!

76 Vgl. BGH 9.12. 2004 – 4 StR 294/04, NStZ-RR 2002, 83 = wistra 2005, 178 = EzA § 13 AÜG Nr. 17.

77 *Klee*, NZfA 1922, Sp. 350.

78 *von Liszt*, Lehrbuch des Strafrechts, 6. Auflage 1894, S. 65; auf ihn beruft sich *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 375.

79 Dazu *Schneider/Schneider*, Konzern-Compliance als Aufgabe der Konzernleitung, ZIP 2007, 2061 ff.; *Hauschka*, Corporate Compliance – Unternehmensorganisatorische Ansätze zur Erfüllung der Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern, AG 2004, 461 ff.

B. Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 82 Vielen Dank für diesen aus meiner Sicht sehr erhellenden, weil die ganze Bandbreite des Themas erschöpfenden Vortrag. Herr Kollege *Rieble* lässt immer wieder seine intime Kenntnis gewisser, noch nicht aktenkundig gewordener Vorgänge des Arbeitslebens durchblicken. Wir sollten, meine Damen und Herren, gleich die Diskussion anschließen. Ihre Rückfragen zu dem breiten Spektrum lassen sich, so glaube ich, nicht in Fallgruppen strukturieren. Bitte legen Sie einfach los. Die freundlichen Herrschaften mit dem Mikrofon warten darauf, dass Sie sich zu Wort äußern. Ich bitte auch zu berücksichtigen, dass Ihre Äußerungen mitgeschnitten werden und sich in dem Tagungsband wiederfinden. Das soll aber keine Drohung sein.

Hinrich de Vries, Vorsitzender Richter am Landgericht Bonn:

- 83 Ich würde gern fragen, welches Ziel das Arbeitsstrafrecht haben soll, wenn es mehr sein soll als ein Buchdeckel mit dem Titel „Arbeitsstrafrecht“, also nur einen literarischen Zweck haben soll. Zum einen habe ich verstanden, dass es darum geht, auch mit Hilfe des Arbeitsrechts das Rechtsgut zu bestimmen. Zum anderen geht es vielleicht um den systematischen Ansatz, dass man die verschiedenen, weit verstreuten Vorschriften zusammenstellt und systematisiert. Gibt es darüber hinaus etwas, was es rechtfertigt, dass es ein Arbeitsstrafrecht gibt, was der Gesetzgeber so als Titel nicht kennt?

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 84 Herr *de Vries*, wie es immer so ist: Wenn man ein völlig unbeackertes Feld hat, ist dem Wissenschaftler zunächst wichtig, es systematisch zu bestellen. Ich glaube, dass eine wesentliche Erkenntnis in folgender Zweiteilung liegt. Erstens: Es gibt individuelle Rechtsschutzdefizite. Das hat nichts mit einem marktbezogenen oder kollektivbezogenen Wirtschaftsstrafrecht zu tun, sondern kompensiert eine spezielle Durchsetzungsschwäche. Und zweitens: Notwendig ist die Analyse derjenigen Vorschriften, die ein überindividuelles Funktionieren des Systems sicherstellen sollen. Daraus ergeben sich rechtspolitische Folgerungen. So kann man zum Beispiel nicht verstehen, warum bei § 119 BetrVG erstens der Strafraum so gering ist, und zweitens ein absolutes Antragsdelikt vorliegt, bei dem vor allem die

Täter strafantragsberechtigt sind, weswegen es nicht zu Strafanträgen kommt. Wenn dieser Straftatbestand überindividuell das System der Betriebsverfassung schützen soll, darf er kein absolutes Antragsdelikt sein. Bei § 299 StGB hatten wir ja diese Entwicklung auch. Das war früher im UWG auch ein reines Antragsdelikt. Es ist inzwischen ein relatives Antragsdelikt geworden. Das müsste man aus der Erkenntnis, dass ich ein übergeordnetes Rechtsgut schützen will, rechtspolitisch auch für § 119 BetrVG ableiten. Die Schutzgutbestimmung ist ferner sehr wichtig für die Frage, ob ich überhaupt mit strafrechtlichen Sanktionen vorgehen soll und darf, also insbesondere in Bezug auf die Einwände von den Akteuren des Arbeitsrechts gegen eine Kriminalisierung der privatrechtlichen Tätigkeit. Die schwinden natürlich, wenn ich klarmachen kann, es geht hier nicht um den Rechtsungehorsam im Einzelverhältnis ohne nennenswerte gesellschaftliche Auswirkungen, sondern es wird eingegriffen in ein funktionierendes System mit entsprechenden Störungen – wie ich versucht habe, am Lohnwuchertatbestand und auch bei § 5 AEntG deutlich zu machen. Im Ergebnis ist es wahrscheinlich so, dass die Erkenntnisse in erster Linie wissenschaftlich und rechtspolitisch von Bedeutung sind und den Strafrichter bei der konkreten Arbeit nicht sehr beeindrucken. Das mag Sie vielleicht beruhigen. Für mich ist das eher beunruhigend, weil ich festgestellt habe, dass ich eigentlich über dieses Rechtsgebiet vor der Befassung nichts gewusst habe.

Professor Dr. Joachim Vogel, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Als Strafrechtler darf ich anmerken, dass auch das Strafrecht bislang dieses Gebiet ganz wenig beachtet hat. Deswegen ist es außerordentlich verdienstvoll, dass *Volker Rieble* praktisch im Alleingang ein neues Rechtsgebiet zu strukturieren versucht. Ich will zwei Dinge noch einmal unterstreichen und vielleicht ein bisschen zuspitzen. Erstens: Ich glaube, dass Arbeitsstrafrecht arbeitsrechtsakzessorisches oder arbeitsrechtssekundäres Strafrecht ist. Es darf und soll also kein Strafrecht sein, das die arbeitsrechtlichen Wertentscheidungen überspielen kann, sondern muss mindestens sekundär – wenn nicht sogar strikt – akzessorisch sein. Im Vortrag von *Volker Rieble* sind schöne Beispiele im Bereich des § 119 BetrVG genannt worden. Die Arbeitsrechtsakzessorietät scheint mir ein wichtiger Grundansatz, um eine Einheit dieses Begriffs Arbeitsstrafrecht mit praktischen Konsequenzen zu schaffen. Der zweite Punkt ist: Ich finde es ein bisschen zu weitgehend zu sagen, dass Rechtstreue geschützt werden soll. Denn damit wird aus meiner Sicht der klassisch strafrechtliche Grundsatz überspielt, dass nicht jede Rechtsnorm, die nicht befolgt wird, den Einsatz von Strafrecht rechtfertigt. Ich würde zur Diskussion geben, ob wir einen anderen Ansatz wählen, der schon in dem Vortrag enthalten

ist, indem wir ausgehen vom verfassungs- und öffentlich-rechtlichen Grundsatz der Gewährleistungsverantwortung des Staates. Auch wenn der Staat eine Ordnung in privatautonome Hände gibt, kann er sich nicht vollständig aus dieser Ordnung zurückziehen. Er trägt die Gewährleistungsverantwortung, dass sie funktioniert, allerdings nicht umfassend, sondern nur für zentrale und bedeutsame Normen einer privatautonomen Rechtsordnung. Dazu gehört sicherlich der ganze Korruptionsbereich im Arbeitsrecht. Das Korruptionsverbot ist auch im Arbeitsrecht und im Arbeitsmarkt eine Zentralnorm und müsste nicht mit Behelfen wie § 119 BetrVG und § 266 StGB, sondern vielleicht etwas zentraler geschützt werden. Wenn man die Gewährleistungsverantwortung des Staates für Zentralnormen beachtet und das anreicht durch klassische Strafrechtsprinzipien wie den *Ultima ratio*-Gedanken, dann würde man, so glaube ich, zu einer neuen wissenschaftlichen Konzeption kommen, die dieses disparate, über viele Normen verstreute Arbeitsstrafrecht doch zusammenführen kann und möglicherweise – das war ja auch im Wirtschaftsstrafrecht und auch im Umweltstrafrecht so – in einer mittelfristigen rechtspolitischen Perspektive dazu führt, dass wir das Arbeitsstrafrecht stärker als bislang in das StGB überführen, aber bitteschön ziemlich umgestaltend gegenüber dem derzeit unbefriedigenden Rechtszustand.

Volker Rieble:

- 86 Nur eine ganz kurze Erwiderung: Ich stimme fast allem zu, vor allem der Gewährleistungsverantwortung des Staates. Wenn man in Zeiten von *Compliance* den Unternehmern sagt, sie möchten doch bitteschön in ihrem Haus für Ordnung und Rechtstreue sorgen, dann muss der Staat, der ja auf gewisse Weise Veranstalter des Marktsystems ist – indem er Tarifautonomie rechtlich ordnet, Zugangsvoraussetzungen von Gewerkschaften festlegt sowie Arbeitskampfrechte und dergleichen verleiht –, in einem Mindestmaß auf dem von ihm bereiteten Spielfeld als Schiedsrichter für Ordnung sorgen. Ich glaube, da sind wir uns einig. Einen kleinen Widerspruch habe ich nur mit Blick auf die strenge Arbeitsrechtsakzessorität. Das ist sicher richtig bei den klassischen Arbeitsstraftatbeständen. Aber ansonsten können Arbeitsrechtler gerade für die Dinge, die im Arbeitsrecht nicht kodifiziert sind, vieles auch aus dem Strafrecht ziehen. So spielt etwa die Gewährleistung des Hausrechts durch § 123 StGB eine große Rolle bei der Ablehnung von Betriebsbesetzungen in kollektiven Arbeitsauseinandersetzungen. Insoweit gibt es eine Einstrahlung des Strafrechts in das Arbeitsrecht, so dass das Arbeitsstrafrecht keine Einbahnstraße ist.

Professor Dr. Ulrich Falk, Universität Mannheim:

Drei kleine Bemerkungen, die ich machen möchte als herausgeforderter 87
Rechtshistoriker. Herausgefordert durch ein schlechtes Gewissen. Wir haben hier den seltenen Fall, meine Damen und Herren, dass das geltende Recht, das an vorderster Front kämpft, auch auf die Rechtsgeschichte schaut. Der Rechtshistoriker hat ein schlechtes Gewissen, weil ihm wieder einmal bewusst wird, wie viel Rechtsgeschichte versäumt wird, insbesondere auf Feldern wie dem Arbeitsrecht. Ich will drei Punkte ansprechen. Der erste ist der Kampf ums Recht, die Gesindeordnung, die Pönalisierung der Dienstmagd und des Knechts, die *Volker Rieble* angesprochen hat. Da gibt es einen berühmten Vortrag vor der Studiengesellschaft zu Wien, gehalten von *Rudolf von Jhering*. Er hatte damals mit flammenden Worten die konsequente Durchsetzung der Strafvorschriften der Gesindeordnung eingefordert und zwar in einer von ihm wahrgenommenen gesellschaftlichen Krisensituation. Das Bildungs- und Besitzbürgertum war in die Defensive geraten und für ihn schien das Strafrecht eine attraktive Option zu sein. Viel deutlicher finden Sie das bei *Jhering* dann in dessen „Zweck im Recht“, zweiter Band (1883), nach der Gründerkrise, die in mancher Hinsicht dazu herausfordert, strukturelle Parallelen zu erwägen zu einer Krise, in der wir uns gegenwärtig befinden. Für *Jhering* war Strafrecht damals auch eine der attraktiven Optionen, und zwar merkwürdigerweise auch Zensur und merkwürdigerweise auch scharf verstärkte soziale Kontrolle. Ein Thema für sich, ein weites Feld. Der zweite Punkt: Reichsgericht. Die offensichtliche eklatante Differenz zwischen der Rechtsprechung der Zivilsenate und Strafsenate. Man kann sie, wenn ich recht sehe, überhaupt nur verstehen, wenn man es auch justizsoziologisch betrachtet, wenn man die großen Differenzen reflektiert, die damals bei der Rekrutierung in der Höchstgerichtsbarkeit entstanden. Die Strafsenate speisten sich aus der Staatsanwaltschaft und aus den Ministerien, und man sagte damals, so *Adalbert Düringer* in einem recht bekannten Aufsatz in der Deutschen Juristenzeitung – *Düringer* war Reichsgerichtsrat, Zivilsachen –, das seien Fallschirmspringer aus der Staatsanwaltschaft und so würden die Kerle auch denken. Die Zivilsenate seien bestürzt über ein so sachwidriges Vorgehen. Ich kenne kaum einen Fall, in dem sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine so tiefe Kluft aufgetan hat, und über die auch so offen gesprochen wurde. Dritter Punkt, mein letzter: Rechtshistoriker hantieren gern mit ehrwürdigen Begriffen wie Kodifikation. Herr Kollege *Rieble* hat uns ein außerordentlich disparates riesiges Arbeitsfeld vor Augen geführt. „Eine Großbaustelle“, wurde in der einführenden Bemerkung gesagt. Wie soll man dieser Baustelle eigentlich abhelfen? Es springt doch ins Auge, wie viele Wertungswidersprüche, wie viele völlig unreflektierte, allein dem gesetzgeberischen Aktionismus geschuldete Vorschriften sich hier finden. Die traditionelle Antwort wäre: Kodifizie-

ren Sie das. Man antwortet natürlich: um Himmelswillen. Man spielt den Ball dem Gesetzgeber zu. Was wird in Berlin, im Verbund mit Brüssel, daraus? Die Alternative kann doch eigentlich, rechtswissenschaftlich gesprochen, nur sein: Rechtsdogmatik. Die Kernfunktion von Rechtsdogmatik, also Systematisierung, also das Zurückführen auf Prinzipien und Grundbegriffe, das verlangt aber die Einheit eines Gegenstands. Und deswegen finde ich den Beitrag von Herrn *Rieble* so wertvoll und es so wichtig, überhaupt erst bewusst zu machen, dass es einen zu dogmatisierenden Gesamtgegenstand gibt, der dringend der Bearbeitung bedarf.

Peter Mayer, Präsident des Landesarbeitsgerichts München a.D.:

- 88 Zunächst einmal stelle ich mit Befriedigung fest, dass ich in den vielen Jahren unserer Bekanntschaft von Ihnen heute zum ersten Mal, und zwar gleich zweimal, eine Anerkennung des Macht- und Kompetenzgefälles zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gehört habe. Aber das nur als Einleitung. Mir war zunächst nicht klar, warum Sie differenzieren wollen zwischen irgendwelchen kollektiven Rechtsgütern und individuellen Rechtsgütern, die hier geschützt werden sollen. Ich glaube aber die Antwort aus Ihrer Antwort auf die erste Frage herausgehört zu haben. Sie haben etwas zum Arbeitssicherheitsgesetz gesagt und kollektive Güter vermisst. Man kann ja zum Beispiel sagen, je mehr Unfälle passieren, umso höher werden die Beiträge zur Berufsgenossenschaft. Dann haben Sie möglicherweise ein kollektives Gut. Was ich aber absolut wirklich für ungut halten würde: Wenn man sich jetzt in Berlin – die werden das nicht tun, denn die haben anderes zu tun – hinsetzt und ein Arbeitsrechtsstrafbuch verfasst oder ein völlig neues Kapitel im Strafgesetzbuch. Das passt überhaupt nicht zum Arbeitsrecht. Es ist ein an und für sich abgeschlossener Bereich. Da können gewisse Extreme strafbewehrt sein, da können gewisse Dinge Ordnungswidrigkeiten sein, meinerwegen bei Verstößen gegen das Arbeitszeitgesetz, zum Teil sogar strafbewehrt, aber das möge man doch bitteschön dort lassen. Sonst entsteht wirklich der Eindruck, als ob hier ein Wirtschaftsbereich ist, der es dringend nötig hat, unter die Fuchtel des Staatsanwalts gestellt zu werden. Nichts ist unpassender als Staatsanwälte in Firmen. Ich bin daher auch der Meinung, am § 119 BetrVG nichts zu ändern. Wenn weder der Betriebsrat noch der Arbeitgeber noch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft – und das kann der Christliche Gewerkschaftsbund mit einem einzigen Hansel sein – wenn die alle der Meinung sind, es soll nicht bestraft werden, dann soll auch der Staatsanwalt seine Finger draußen lassen.

Professor Dr. Sebastian Krebber, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Die romanischen Rechtsordnungen haben eine lange, ungebrochene Tradition des Arbeitsstrafrechts. Soweit man das von hier aus beurteilen kann, löst das nichts. Es füllt ganze Bücher, es zieht weitere Personen in diese Auseinandersetzung mit hinein. Es zieht letzten Endes einen weiteren Gerichtszweig in die Auseinandersetzung mit hinein. An der Masse dessen, was man dort in den Büchern zum Arbeitsstrafrecht findet, so glaube ich, kann man ganz gut ablesen, dass eben kein einziges Problem durch Arbeitsstrafrecht gelöst wird. Das Arbeitsrecht setzt ja vielleicht auch die Anreize, die hinter den Straftatbeständen stehen. Diese „VW-Geschichten“ sind Ausdruck einer überzogenen Betriebsverfassung. Soll das Arbeitsrecht hier selbst erst einmal seine Hausaufgaben machen, oder ist es überfordert damit? Wir werden uns wahrscheinlich sehr schnell einig in dem Punkt, dass man bei der Betriebsverfassung heruntergehen müsste. Das ist aber politisch nicht durchsetzbar. 89

Dr. Markus H. Ostrop, Verband Südwesttextil, Stuttgart:

Herr *Rieble*, wenn wir dem Gedanken von *Sinzheimer* noch einmal kurz nachhängen, der, wenn ich Sie richtig verstanden habe, das Strafrecht aus dem Kollektivrecht möglichst heraushalten will – das halte ich jedenfalls auch nicht für grundverkehrt – dann stellt sich doch die nächste Frage, ob nicht die Tarifparteien selbst ihrerseits einen Teil der Sanktionsfunktionen übernehmen und möglicherweise den einen oder anderen – ich sage jetzt nicht Straftatbestand, aber Sanktionstatbestand – normieren können. Wie sind denn da die Möglichkeiten und Grenzen der Tarifvertragsparteien, um so etwas im Tarifrecht zu kodifizieren? 90

Volker Rieble:

Das ist in hohem Maße umstritten. Es gibt eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, die den Vorläufer zur Allgemeinverbindlichkeit der Gebäudereinigertarife in Berlin gebilligt hat. Da hat man als gemeinsame Einrichtung eine Tarifdurchsetzungsprüfanstalt geschaffen, die dann über Vertragsstrafen im Sinne von § 339 BGB Tariftreuer geahndet hat. Ich habe große Bedenken, ob diese Form der Durchsetzung noch von § 4 Abs. 2 TVG gedeckt ist, zumal die Vertragsstrafe über die Allgemeinverbindlicherklärung dann eben anders als im Zivilrecht nicht mehr durch Unterwerfung gedeckt ist, sondern eine vom Staat verordnete Privatstrafe ist. Privatstrafen sind unserer Rechtsordnung fremd. Ich hätte auch große Probleme damit, gruppenegoistische Tarifparteien mit der Beurteilung von objektiv strafwürdigem Verhalten zu betrauen. Zu Herrn *Krebber*: Ich 91

sehe die Bedenken völlig ein. Auch bei uns ist es ja so, dass das klassische Arbeitsschutzstrafrecht nicht viel bringt. Man muss vielleicht auch sagen, es sind vielleicht nicht in erster Linie die Straftatbestände, sondern vor allem die Bußgeldtatbestände mit sehr hohen Bußgeldern, die für Disziplin sorgen. Aber Strafrecht ist hier im Sinne eines umfassenderen Sanktionenrechts gemeint. Das Arbeitnehmerentsendegesetz mit einer intensiven Verfolgung durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit scheint ja doch ein bisschen was zu bewirken. Klar, wenn jemand nur 80 Tagessätze für eine Schweinerei aufgebrommt bekommt, dann interessiert ihn das nicht. Das ist völlig irrelevant. Und wenn keine Strafanzeigen kommen, weil Arbeitgeber sich gar nicht trauen, die Diebe in der Belegschaft anzuzeigen, dann hat die Strafjustiz auch nichts zu tun. Die kann dann auch nicht mit Mannschaften in die Betriebe hineingehen. Aber wir können eben im Arbeitsrecht nicht erreichen, dass die Primärrechtsordnung in sich sachgerecht ist und für ordentliche Begrenzungen sorgt. Die Rechtsschutzdefizite haben wir umgekehrt im kollektiven Arbeitsrecht auch zu Lasten des Arbeitgebers. Kein Arbeitgeber traut sich, einen Betriebsrat in seine Schranken zu verweisen, wenn der Arbeitgeber dafür sofort „abgestraft“ wird. Und kein Arbeitgeber traut sich, einmal in einem Tarifabschluss kein Maßregelungsverbot zu gewähren, weil er das ebenfalls teuer bezahlen muss. Wenn Rechtsschutzdefizite bestehen, dann muss ich mir überlegen, ob ich ganz grobe Machtüberschreitungen strafrechtlich begrenzen muss. Und da ist vielleicht das Arbeitsrecht – und das möchte ich auch gegen Herrn *Mayer* sagen – besonders anfällig, weil unser Arbeitsrecht auf beiderseitige Vermachtung und Aufrüstung setzt. Die normale Wirtschaftsordnung setzt auf Wettbewerb und Entmachtung. Im Arbeitsrecht rüsten wir auf, und dass die großen Kollektive dann bei ihrer Machtausübung das eine oder andere Mal, aus welchen Motiven immer, die rechtlichen Grenzen ignorieren, ist kein seltener Tatbestand. Das können sie bislang folgenlos tun. Jedoch darf der Staat nicht zulassen, dass Machtausübung zu Lasten Dritter geschieht. Deswegen fordere ich dazu auf nachzudenken, wie die allgemeinen Straftatbestände, die ja die Schutzgüter Vermögen, rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und dergleichen schon hinreichend flankieren, fruchtbar gemacht werden können, um für ein Mindestmaß an Ordnung zu sorgen.

§ 3 Untreue als Auffangtatbestand – auch im Arbeitsstrafrecht?

Rn.

A. Referat Joachim Vogel	1
I. „Untreue“ – „Arbeitsstrafrecht“ – „Auffangtatbestand“	3
II. Untreue in der aktuellen strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Debatte	9
III. Aktuelle Fälle zur arbeitsstrafrechtlichen Untreue: Volkswagen, Siemens – AUB	13
IV. Systematik der arbeitsstrafrechtlichen Untreue: Individualarbeitsverhältnisse, Betrieb, Kollektiv	26
V. Prävention und Kontrolle untreuestrafrechtlicher Risiken	33
B. Diskussion	34

A. Referat Joachim Vogel*

- 1 Mir ist die Frage gestellt, ob der Untreuetatbestand des § 266 StGB auch im Arbeitsstrafrecht als Auffangtatbestand anzusehen ist. Meine Antwort lautet: Es ist zu erwarten, dass wirtschaftliche Transaktionen, die als sozialschädlich gelten, auch in arbeitsweltlichen und arbeitsrechtlichen Zusammenhängen unter weit stärkeren strafrechtlichen Verfolgungsdruck als bislang kommen. Dabei dürfte § 266 StGB eine hervorgehobene Rolle spielen, insbesondere in Bereichen, die sich zur öffentlichkeitswirksamen Skandalisierung wirklicher oder wahrgenommener Missstände eignen wie paradigmatisch Korruption in der Arbeitswelt. Deshalb dürfte es sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite, sowohl auf Betriebs- als auch auf Verbandsebene geboten sein, Maßnahmen zur Prävention und Kontrolle untreuestrafrechtlicher Risiken zu ergreifen.
- 2 Erlauben Sie mir, alles das in den folgenden Minuten zu erläutern und zu begründen. Dabei möchte ich erstens, in gut deutsch-professoraler Tradition, ein wenig Begriffsklärung betreiben: Was heißt und warum gehört Untreue zum Arbeitsstrafrecht? Was heißt und warum ist Untreue ein Auffangtatbestand? Zweitens möchte ich mit groben, aber hoffentlich ausdrucksvollen Strichen eine Skizze des derzeitigen strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Zustandes des § 266 StGB erstellen. Drittens möchte ich einen Überblick über aktuelle Untreueverfahren in arbeitsweltlichen und arbeitsrechtlichen Zusammenhängen geben, namentlich über die bekannten Fälle VW-Betriebsrat (*Hartz, Volkert, Gebauer*) und Siemens – AUB (*Schelsky, Feldmayer*). Viertens möchte ich die Perspektive phänomenologisch und systematisch erweitern und eine erste Landkarte des zu erwartenden Anwendungsbereichs des Untreuetatbestands im Arbeitsstrafrecht entwerfen. Und fünftens und letztens möchte ich – ohne Herrn Dr. *Große-Vorholt* vorgreifen zu wollen – einige Worte zu Prävention und Kontrolle untreuestrafrechtlicher Risiken sagen.

I. „Untreue“ – „Arbeitsstrafrecht“ – „Auffangtatbestand“

- 3 1. Arbeitsstrafrecht ist kein Gesetzesbegriff. Der Rechtsbegriff ist in der deutschen – im Unterschied zur romanischen¹ – Rechtslehre erst durch das von *Ignor/Rixen* herausgegebene „Handbuch Arbeitsstrafrecht“ ge-

* Professor Dr. Joachim Vogel ist Ordinarius für europäisches Straf- und Strafprozessrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen und im zweiten Hauptamt Richter am Oberlandesgericht Stuttgart. – Vortrag auf dem 5. Ludwigsburger Rechtsgespräch am 14.11. 2008; der Vortragsstil ist beibehalten worden.

1 Vgl. nur *Arroyo Zapatero*, Manual de derecho penal del trabajo, 1988.

bräuchlich geworden². Inhalt und Grenzen des Begriffs sind dementsprechend erst in Anfängen geklärt. Erst recht ungeklärt ist, ob und inwieweit der allgemeine Untreuetatbestand des § 266 StGB zum Arbeitsstrafrecht gehört.

Traditionell wird Arbeitsstrafrecht *formell* als Inbegriff arbeitsrechtlicher – und das heißt arbeitsrechtsakzessorischer – Strafvorschriften³, *materiell* als Arbeits- und Arbeitsmarktschutzstrafrecht⁴ und *täterbezogen* als Arbeitgeberstrafrecht⁵ definiert. Hiernach gehört § 266 StGB nicht zum Arbeitsstrafrecht: Die Vorschrift ist nicht spezifisch arbeitsrechtsakzessorisch; sie dient dem Vermögensschutz und knüpft an die Vermögensbetreuungspflicht des Täters an, der nicht zwingend Arbeitgeber sein muss, sondern durchaus Arbeitnehmer sein kann.

Auch nach den neueren und weitergehenden Definitionen kommt die Untreue nicht wirklich als arbeitsstrafrechtlicher Tatbestand in den Blick. So verstehen *Ignor/Rixen*⁶ unter Arbeitsstrafrecht „die Gesamtheit aller Vorschriften, die Verstöße gegen Grundnormen des sozialstaatlich geordneten Arbeitslebens sanktionieren“ und klammern dabei sowohl Straftaten aus, die zwar an die Unternehmer-, nicht jedoch an die Arbeitgebereigenschaft des Unternehmers anknüpfen, als auch alle nur bei Gelegenheit der Arbeit begangenen Straftaten, unter ihnen die meisten von Arbeitnehmern begangenen Straftaten wie zum Beispiel Diebstahl am Arbeitsplatz⁷. Hiernach dürfte Untreue nicht zum Arbeitsstrafrecht gehören, und konsequenterweise wird § 266 StGB im Handbuch von *Ignor/Rixen* nicht gesondert behandelt. Auch *Achenbach*⁸, der zum Arbeitsstrafrecht alle Delikte zählt, die durch einen inneren Zusammenhang mit den Rollen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers gekennzeichnet sind, will „Allgemeindelikte“ auch dann, wenn sie als „innerbetriebliche Verfehlungen“ begangen werden, nicht zum Arbeitsstrafrecht zählen und behandelt daher die Untreue nicht als „Delikt auf dem Gebiet des Arbeitslebens“. Die Untreue zum Arbeitsstrafrecht zu zählen, ist am ehesten auf der Grundlage der Definition von

-
- 2 *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008. Siehe zuvor die Dissertationen von *Geisseler*, Arbeitsstrafrecht, 1933 und von *Hahn*, Arbeitsstrafrecht, 1992 und nunmehr *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, 2007.
- 3 Vgl. hierzu *Ignor/Rixen* (Fn. 2), § 1 Rn. 1; siehe auch *Greeve*, in: Volk (Hrsg.), Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 27 Rn. 2.
- 4 Vgl. *Ignor/Rixen* (Fn. 2), § 1 Rn. 1 f.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2008, Rn. 535 f.
- 5 *Ignor/Rixen* (Fn. 2), § 1 Rn. 1; *Tiedemann* (Fn. 4), Rn. 534.
- 6 *Ignor/Rixen* (Fn. 2), § 1 Rn. 1 f.
- 7 *Ignor/Rixen* (Fn. 2), § 1 Rn. 12.
- 8 *Achenbach*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Aufl. 2008, Kapitel XII 1 Rn. 2.

*Tiedemann*⁹ möglich, der Arbeitsstrafrecht als „Sonderstrafrecht der im Arbeitsleben wirtschaftlich Tätigen“ versteht und auch den Schutz von im Arbeitsleben bedrohten Individualrechtsgütern durch allgemeine Tatbestände zum Arbeitsstrafrecht zählen will. Unter der einschlägigen Überschrift „Strafschutz von Vermögenswerten“ im Arbeitsstrafrecht werden dann aber nur Lohnwucher und Arbeitsbetrug, nicht auch Untreue behandelt.

- 6 Bei einer Stellungnahme möchte ich daran erinnern, dass für den Rechtsbegriff „Wirtschaftsstrafrecht“ – und soeben hat Herr Kollege *Rieble* über Arbeits- als Wirtschaftsstrafrecht vorgetragen – mindestens drei Definitionen friedlich miteinander koexistieren: Die strafrechtsdogmatische Definition hebt den Schutz überindividueller Rechtsgüter oder Institutionen der Wirtschaft hervor¹⁰; nach der kriminologisch-täterbezogenen Definition ist die gehobene soziale beziehungsweise berufliche Stellung des Täters entscheidend („*white collar crime*“, „*occupational crime*“)¹¹; und nach der kriminalistisch-prozessualen Definition kommt es darauf an, ob die Straftat in komplexen wirtschaftlichen beziehungsweise wirtschaftsrechtlichen Zusammenhängen steht und nur aus deren Kenntnis heraus zutreffend beurteilt werden kann (vgl. § 74c Abs. 1 Nr. 6 GVG)¹². Deshalb hätte ich keine Bedenken, neben eine wie immer auch geartete schutzgutbezogene Definition des Arbeitsstrafrechts, die möglicherweise § 266 StGB nicht erfasst, weitere Definitionen zu stellen, in denen die Tätoreigenschaft, Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zu sein, und die arbeitsweltlichen oder arbeitsrechtlichen Zusammenhänge der Tat betont werden. Dann aber kann Untreue durchaus als arbeitsstrafrechtlicher Straftatbestand angesehen werden, wenn sie von Arbeitgebern beziehungsweise Arbeitnehmern und ihren Vertretern in arbeitsweltlichen oder arbeitsrechtlichen Zusammenhängen begangen wird.
- 7 2. Unter „Auffangtatbestand“ versteht die Strafrechtsdogmatik einen Tatbestand, der nach der Systematik des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers dann – und nur dann – anwendbar sein soll, wenn ein anderer,

9 *Tiedemann*, Besonderer Teil (Fn. 4), Rn. 534.

10 Grundlegend *Lindemann*, Gibt es ein Wirtschaftsstrafrecht?, 1932, S. 12 ff.; *Otto*, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 96 (1984), 349; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2008, § 17 Rn. 2; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, Rn. 45.

11 Grundlegend *Sutherland*, White-Collar-Crime, 1949; *Dannecker*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, 1. Kap. Rn. 6; *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 72.

12 Vgl. *Dannecker* (Fn. 11), 1. Kapitel Rn. 8; *Richter*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 28; *Tiedemann*, Allgemeiner Teil (Fn. 10), Rn. 40.

und in der Regel, aber nicht notwendigerweise, speziellerer Tatbestand unanwendbar ist¹³. So ist – wie der Gesetzgeber 1998 klargestellt hat – Unterschlagung ein Auffangtatbestand im Verhältnis zum Diebstahl¹⁴, und die Rechtsprechung hat lange den Vollrausch als Auffangtatbestand zu den jeweils mit der Rauschtat verwirklichten Tatbeständen angesehen¹⁵. In diesem technischen Sinne ist die verbreitete Rede von der Untreue als „Auffangtatbestand“ insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht nicht zu verstehen. Vielmehr ist gemeint, was *Ransiek* bewusst übertreibend wie folgt umschreibt: „§ 266 StGB passt immer. Insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht ist das die Norm, die ganz unabhängig davon greift, um welche Spezialmaterie es sich auch immer handelt.“¹⁶ In der Tat ist das Spektrum der Sachverhalte, bei denen der pflichtwidrige Umgang mit fremdem Vermögen als Untreue strafbar sein kann, denkbar vielfältig und in denkbar vielfältigen vorstrafrechtlichen Räumen angesiedelt – beispielsweise im Parteienrecht bei illegalen Parteispenden oder illegaler Parteienfinanzierung¹⁷, im Haushaltsrecht bei Haushaltsuntreue¹⁸, im Aktien- und Unternehmensrecht bei übermäßiger Vorstandsvergütung¹⁹ oder übermäßigem

-
- 13 Grundsätzlich zum historischen Kontext und der Rechtsprung des BGH *Löhr*, „In dubio pro reo“ und Wahlfeststellung – BGHSt 23, 203 = JuS 1976, 715; *Otto*, „In dubio pro reo“ und Wahlfeststellung, Festschrift Peters, 1974, S. 373, 379 jeweils mit weiteren Nachweisen.
- 14 BT-Drucksache 13/8587, S. 43.
- 15 BGH 15.10. 1956 – GSSt 2/56, BGHSt 9, 390, 397 f.; BGH 28.6. 1961 – 2 StR 102/61, BGHSt 16, 187, 189; BGH 1.6. 1962 – 4 StR 88/62, BGHSt 17, 333, 334; BGH 18.8. 1983 – 4 StR 142/82, BGHSt 32, 48, 50 f.
- 16 *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634.
- 17 BGH 18.10. 2006 – 2 StR 499/05, BGHSt 51, 100 mit Anmerkung *Fischer*, Der Gefährdungsschaden bei § 266 in der Rechtsprechung des BGH, StraFo 2008, 269; *Nack*, Bedingter Vorsatz beim Gefährdungsschaden – ein doppelter Konjunktiv?, StraFo 2008, 277; *Perron*, Zum Fall Kanther/Weyhrauch – Untreue durch Bildung einer schwarzen Kasse, NStZ 2008, 517; *Ransiek*, Verstecktes Parteivermögen und Untreue, NJW 2007, 1727.
- 18 BGH 4.11. 1997 – 1 StR 273/97, BGHSt 43, 293 mit Anmerkung *Bieneck*, Die Rechtsprechung des BGH zur Haushaltsuntreue – zugleich eine Anmerkung zu BGH wistra 1998, 103, wistra 1998, 249; *Bittmann*, Das BGH-Urteil im sog. „Bugwellenprozeß“ – das Ende der „Haushaltsuntreue“?, NStZ 1998, 495; BGH 8.4. 2003 – 5 StR 448/02, NJW 2003, 2179 mit Anmerkung *Rübenstahl/Wasserburg*, Haushaltsuntreue bei Gewährung von Subventionen – zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 8.4. 2003, NStZ 2004, 521; BGH 14.12. 2000 – 5 StR 123/00, NJW 2001, 2411 mit Anmerkung *Berger*, Zu den Voraussetzungen der Haushaltsuntreue während der Aufbauphase in den neuen Ländern, JR 2002, 118.
- 19 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331 mit Anmerkung *Bernsmann*, Alles Untreue? – Skizzen zu Problemen der Untreue, GA 2007, 219; *Ransiek*,

Sponsoring²⁰, im Bank- und Kreditrecht bei unerlaubt riskanter Kreditvergabe²¹, im Universitäts- und Nebentätigkeitsrecht bei irregulärer Drittmitteleinwerbung²² usw. In derartigen Bereichen kommt es nicht selten vor,

-
- Anerkennungsprämien und Untreue – Das „Mannesmann“-Urteil des BGH, NJW 2006, 814; *Rönnau*, Anmerkung zur Entscheidung des BGH im Fall Mannesmann, NStZ 2006, 218; *Säcker/Bösche*, Vom Gutsherrn zum Gutsverwalter: Wandlungen im Aufsichtsratsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Mannesmann-Urteils, BB 2006, 897; *Vogel/Hocke*, Wirtschaftsstrafrechtliche Anmerkungen zur Mannesmann-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.12. 2005, JZ 2006, 568.
- 20 BGH 6.12. 2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187 mit Anmerkung *Beckemper*, Untreue durch Zuwendung aus dem Vermögen einer Aktiengesellschaft zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport, NStZ 2002, 322, 324; *Sauer*, Zur Strafbarkeit eines Vorstands wegen Untreue auf Grund des Sponsoring eines Sportvereins, wistra 2002, 465; *Schünemann*, Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?, NStZ 2005, 473; vgl. auch *Säcker*, Gesetzliche und satzungsmäßige Grenzen für Spenden und Sponsoringmaßnahmen in der Kapitalgesellschaft, BB 2009, 282, 283.
- 21 Vgl. zu dieser Fallkonstellation – wenn auch im konkreten Fall ablehnend – jüngst BGH 27.6. 2006 – 3 StR 403/05, NStZ-RR 2007, 48. Außerdem: BGH 15.11. 2001 – 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148 mit Anmerkung und Besprechung von *Keller/Sauer*, Zum Unrecht der so genannten Bankenuntreue, wistra 2002, 365; *Klanten*, Strafrechtliche Untreue bei pflichtwidriger Kreditvergabe, DStR 2002, 1190; *Knauer*, Die Strafbarkeit der Bankvorstände für missbräuchliche Kreditgewährung, NStZ 2002, 399; *Kühne*, Kreditvergabe als Untreue durch Bankmitarbeiter, StV 2002, 198; *Marxen/Müller*, Zur Strafbarkeit nach StGB § 266 bei pflichtwidriger Kreditvergabe, EWiR 2002, 307; BGH 6.4. 2000 – 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30 mit Anmerkung und Besprechung *Dierlamm/Links*, Untreue-Pflichtwidrigkeit der Kreditvergabe, NStZ 2000, 655, 656; *Luttermann*, Zu den Voraussetzungen, unter welchen die Vergabe eines Kredits den Tatbestand der Untreue erfüllen kann, ZIP 2000, 1212; *Otto*, Riskante Kreditvergabe durch Banken, JR 2000, 517; BGH 13.2. 2001 – 1 StR 448/00, wistra 2001, 218 mit Anmerkung *Bosch*, Zur Untreue durch vermögensgefährdende Kreditvergabe in Fällen von Scheckreiterei, wistra 2001, 257; siehe ferner *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 232 ff.; *Tiedemann*, Besonderer Teil (Fn. 4), Rn. 383 ff. sowie *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 20 mit weiteren Nachweisen.
- 22 BGH 23.5. 2002 – 1 StR 372/01, NJW 2002, 2801 mit Anmerkung und Besprechung von *Kindhäuser/Goy*, Zur Strafbarkeit ungenehmigter Drittmitteleinwerbung – Zugleich eine Besprechung von BGH – 1 StR 372/01 und BGH – 1 StR 541/01, NStZ 2003, 291; *Kuhlen*, Untreue, Vorteilsnahme und Bestechlichkeit bei Einwerbung universitärer Drittmittel, JR 2003, 231; *Rönnau*, Untreue und Vorteilsnahme durch Einwerbung von Drittmitteln? – BGH NJW 2002, 2801 = JuS 2003, 232; *Tholl*, Zur Strafbarkeit wegen Untreue und Vorteilsan-

dass die vorstrafrechtliche Ordnung selbst gar keine oder nur spezielle und mit geringer Strafe oder Geldbuße bedrohte Straf- und Bußgeldtatbestände kennt – umso überraschender kann es dann für Beschuldigte sein, mit dem Untreuevorwurf konfrontiert zu werden.

Vergleichbare Situationen kann es im Arbeitsstrafrecht geben. Das noch eingehend zu erörternde Musterbeispiel ist die Korruption von Betriebsratsmitgliedern. Sie ist betriebsverfassungswidrig und in speziellen Konstellationen gemäß § 119 BetrVG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht. Dass aber auch eine Untreuestrafbarkeit – gegebenenfalls in einem besonders schweren Fall mit einer Strafdrohung bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe – in Betracht kommen könnte, hat lange Zeit niemand gesehen oder ausgesprochen²³. Hier, aber auch in weiteren Fallgruppen, kann § 266 StGB als arbeitsstrafrechtlicher Auffangtatbestand zur Anwendung kommen.

II. Untreue in der aktuellen strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Debatte

Bevor ich das vertiefe, möchte ich Sie in aller Kürze auf den Stand der aktuellen strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Debatte um § 266 StGB vor dem Hintergrund spektakulärer Untreuestrafverfahren wie in den Fällen Mannesmann/Vodafone²⁴ und Siemens/Enel²⁵ bringen. Im Wesentlichen beteiligen sich drei Lager an der Diskussion:

nahme bei der Drittmittelwerbung an Universitätskliniken, wistra 2003, 181; vgl. auch *Kindhäuser*, in: Nomos Kommentar StGB, 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 115.

23 LG Braunschweig 2.2. 2007 – 6 KLS 48/06, CCZ 2008, 32 mit Anmerkung *Rieble*, Anmerkung zu LG Braunschweig vom 2.2. 2007 – 6 KLS 48/06 – „Hartz“, CCZ 2008, 34; *Fischer*, Korruptionsbekämpfung in der Betriebsverfassung, BB 2007, 997, 1000; *Rieble*, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276, 279; *Schweibert/Buse*, Rechtliche Grenzen der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern – Schattenbosse zwischen „Macht und Ohnmacht“, NZA 2007, 1080, 1086.

24 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 = DB 2006, 323 = JZ 2006, 560 und in der Vorinstanz LG Düsseldorf 22.7. 2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275 = ZIP 2004, 2044 = DB 2004, 2464 = NZG 2004, 1057. Abgeschlossen wurde das Verfahren durch einen Einstellungsbeschluss gemäß § 153a StPO; vgl. nur die Meldung vom 29.11. 2006 auf SPIEGEL-Online: Mannesmann-Verfahren unter Millionen-Auflagen eingestellt, einsehbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,451294,00.html>.

25 BGH 29.8. 2008 – 2 StR 587/07, DB 2008, 2698 = ZIP 2008, 2315 = NJW 2009, 89 = WM 2009, 40 = NStZ 2009, 95 = StV 2009, 21 = wistra 2009, 61.

- 10 1. Die meisten Strafverteidiger und ein Teil der Strafrechtswissenschaft üben heftige Kritik an der „Untreuemode“²⁶ der letzten Jahre. Der Tatbestand habe eine dubiose Vergangenheit, sei verfassungsrechtlich bedenklich unterbestimmt, werde von Staatsanwaltschaften und Strafgerichten überdehnt und zum Mittel von Skandalisierungs- und Neidkampagnen gemacht. Es drohe, dass reine Moralwidrigkeiten, reine Verstöße gegen Treu und Glauben, bestraft würden.
- 11 2. Ein anderer Teil der Strafrechtswissenschaft unterstützt hingegen die extensive Strafrechtspraxis²⁷. § 266 StGB sei eine zwar vielgestaltige, jedoch hinreichend bestimmte Strafvorschrift. Das mit Strafe bedrohte Unrecht – der pflichtwidrig-schädigende Umgang mit treuhänderisch anvertrautem fremden Vermögen – sei ohne jeden Zweifel strafwürdig und in einer komplex-arbeitsteiligen Wirtschafts- und Finanzwelt auch ohne jeden Zweifel strafbedürftig; ja, es sei die Unterbindung der Veruntreuung anvertrauten Vermögens Bedingung der Möglichkeit moderner Wirtschafts-, Kapital- und Finanzmärkte. Dass die Vorschrift ermögliche, strafrechtlich auch und gerade gegen „Große und Mächtige“ vorzugehen, diene sozialer Gerechtigkeit und sei kriminalpolitisch wünschenswert, um den Vorwurf eines „Zweiklassenstrafrechts“²⁸ – die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen – zu entkräften.
- 12 3. Ein drittes Lager, dem ich mich selbst zurechne, ist vermittelnder Auffassung, geht nämlich auf der einen Seite von der prinzipiellen Legitimität des § 266 StGB aus, mahnt aber auf der anderen Seite rechtsstaatliche Restriktionen an und verwahrt sich gegen eine Instrumentalisierung von Untreuestrafverfahren zur öffentlichkeitswirksamen Skandalisierung wirklicher oder vermeintlicher Missstände²⁹. An der derzeitigen Strafrechtspraxis ist eine bedenkliche Neigung zu einer entgrenzenden Auslegung des

26 *Saliger*, Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10; siehe auch die kritischen Stellungnahmen von Strafverteidigerseite bei *Dahs*, § 266 – allzu oft missverstanden, NJW 2002, 272; *Matt*, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-) Recht und Moral, NJW 2005, 389 und *Hamm*, Kann der Verstoß gegen Treu und Glauben strafbar sein?, NJW 2005, 1993.

27 *Schmid*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Fn. 12), § 31 Rn. 5 ff.; *Altwater*, § 266 StGB auch heute noch sinnvoll und notwendig, DRiZ 2004, 134.

28 Instrukтив *Neskovic*, Zweiklassenstrafrecht abschaffen, Pressemitteilung vom 1.10. 2008, einsehbar unter www.pressrelations.de/new/standard/dereferrer.cfm?r=340669.

29 Diesem Lager gehören ebenfalls an *Dahs*, NJW 2002, 272; *Saliger*, Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes – eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermögensnachteils in § 266 StGB, ZStW 112 (2000), 563; *ders.*, HRRS 2006, 10. Ähnlich auch *Matt*, NJW 2005, 389, 390.

§ 266 StGB zu kritisieren: In der „monistischen“ Deutung der Rechtsprechung ist die gesetzliche Differenzierung zwischen Missbrauch- und Treubruchtatbestand letztlich irrelevant und wird der objektive Tatbestand auf die Merkmale der Pflichtverletzung und des dadurch verursachten Vermögensnachteils beschränkt³⁰. Beide Merkmale werden in der Rechtsprechung extensiv interpretiert: Die Pflichtverletzung müsse nicht gravierend sein³¹; für einen Vermögensnachteil genüge die Vermögensgefährdung – bis hinein in die abstrakte Gefährdung, wie das Grundsatzurteil des 3. Strafsenats vom 29.8. 2008 (2 StR 587/07) im Fall Siemens/Enel zeigt, wonach bereits das Führen verdeckter („schwarzer“) Kassen in einem Unternehmen entgegen arbeitsrechtlichen Pflichten eine pflichtwidrige Vermögensschädigung sein soll³². Darüber hinaus zeigen sich in der Rechtsprechung Tendenzen zu einer faktischen Verschmelzung der Tatbestandsmerkmale Pflichtverletzung und Vermögensnachteil³³: Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht kann für sich selbst eine Vermögensgefährdung beinhalten; umgekehrt kann ein Vermögensnachteil als Indiz für eine Pflichtverletzung herangezogen werden. Gegenüber alledem wird mit Recht einer Re-Differenzierung des Untreuetatbestands und seiner Merkmale und deren sinnvoll-restriktiver Handhabung – insbesondere mit den Mitteln der Lehre von der objektiven Zurechnung (unerlaubt riskantes Verhalten, Risikoverwirklichung im Erfolg) – das Wort geredet³⁴. Kriminalpolitisch mahnt die vermittelnde Auffassung und mahne ich Realismus an: Strafverfolgung wegen Untreue ist schon deshalb kein effektives Klassenausgleichs-Instrument, weil sich typische Beschuldigte häufig Strafverteidigung auf hohem oder höchstem Niveau leisten und so vollzogene Freiheitsstrafen vermeiden können; Bewährungsstrafen treffen die typischerweise sozial integrierten Beschuldigten nicht, und selbst hohe

30 Seit BGH 26.7. 1972 – 2 StR 62/72, BGHSt 24, 386 = NJW 1972, 1904 ständige Rechtsprechung, so etwa BGH 13.6. 1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, 244, 250; BGH 22.11. 2005 – 1 StR 571/04, NJW 2006, 453.

31 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 526; ebenso: Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 21), § 266 Rn. 19a; anderer Ansicht noch BGH 15.11. 2001 – 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148, 152 f. = NJW 2002, 1211, 1213 f. und BGH 6.12. 2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187, 197 f. = NJW 2002, 1585, 1587 sowie aus der Literatur: Dierlamm, Neue Entwicklung bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien?, StraFo 2005, 397, 402 f.; Kubiciel, Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NStZ 2005, 353, 357 ff.; Matt, NJW 2005, 389, 390; Wollburg, Unternehmensinteresse bei Vergütungsentscheidungen, ZIP 2004, 646, 656 f.

32 BGH 29.8. 2008 – 2 StR 587/07, NJW 2009, 89, 91.

33 Schönemann, in: Leipziger Kommentar StGB (LK), 11. Aufl., Stand: 1.5. 1998, § 266 Rn. 94; Saliger, ZStW 112 (2000), 563; ders., HRRS 2006, 10, 14; Ransiek, ZStW 116 (2004), 634, 638.

34 So insbesondere Saliger, HRRS 2006, 10, 17 ff.

Geldstrafen fallen für manche Untreuebeschuldigte nicht wirklich ins Gewicht. Im Gegenteil wird bei realistischer Einschätzung zu bedenken sein, dass überambitionierte Strafverfolgung wegen Untreue durchaus geeignet sein kann, Klassenjustizvorurteile zu schüren. Ich erinnere nur an den bekannten Ausgang des Mannesmann/Vodafone-Verfahrens³⁵, das nicht nur in den Feuilletons mit der verbreiteten Justizpraxis verglichen worden ist, Sozialbetrug³⁶ ab fünfstelligen Schadensbeträgen mit zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafen, bei einschlägiger Vorstrafe durchaus auch mit vollzogenen Freiheitsstrafen zu ahnden.

III. Aktuelle Fälle zur arbeitsstrafrechtlichen Untreue: Volkswagen, Siemens – AUB

- 13 Aber wie so oft sind die Stimmen, die zu Besonnenheit und Mäßigung aufrufen, in der Minderheit. Vielmehr ist zu erwarten, dass wirtschaftliche Transaktionen, die als sozialschädlich gelten, auch in arbeitsweltlichen und arbeitsrechtlichen Zusammenhängen unter weit stärkeren strafrechtlichen Verfolgungsdruck als bislang kommen und dass dabei § 266 StGB eine hervorgehobene Rolle spielt, insbesondere in Bereichen, die sich zur öffentlichkeitswirksamen Skandalisierung wirklicher oder wahrgenommener Missstände eignen wie paradigmatisch Korruption in der Arbeitswelt. Welche Mechanismen hier wirken, lässt sich an den bekannten Fällen Volkswagen (*Hartz, Volkert, Gebauer* und andere mehr) und Siemens – AUB (*Schelsky, Feldmayer*) verdeutlichen:
- 14 1. Am 25.6. 2005 berichteten die Medien erstmals über eine Korruptionsaffäre im Volkswagen-Konzern. Zwar ist die strafrechtliche Aufarbeitung noch alles andere als abgeschlossen. Die derzeit vier rechtskräftigen Verurteilungen³⁷ beruhen auf Absprachen und sind dementsprechend weder

35 Siehe oben Fn. 24.

36 Das heißt Betrug im Sinne von § 263 StGB zum Nachteil von Sozialversicherungsträgern.

37 Mit Urteil vom 25.1. 2007 – 6 KLS 48/06 (veröffentlicht in CCZ 2008, 32 mit Anmerkung *Rieble*) hat das Landgericht Braunschweig den ehemaligen VW-Arbeitsdirektor *Peter Hartz* wegen Untreue in einem besonders schweren Fall in Tateinheit mit Begünstigung eines Mitglieds des Betriebsrats zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist; zudem ist eine Gesamtgeldstrafe von 360 Tagessätzen wegen Untreue in weiteren 20 Fällen, davon in zehn Fällen in Tateinheit mit Begünstigung eines Mitglieds des Betriebsrats, verhängt worden. – Mit Urteil vom 14.6. 2007 hat das Amtsgericht Wolfsburg den ehemaligen VW-Betriebsrat und späteren SPD-Bundestagsabgeordneten *Hans-Peter Uhl* wegen Beihilfe zur Untreue in zwei Fällen und falscher Versicherung an Eides statt in fünf Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 280 Tagessätzen verurteilt, vgl. dazu die Pressemitteilung des LG Braunschweig, Urteil gegen Hans-Jürgen Uhl rechtskräftig, ein-

im Tatsächlichen noch im Rechtlichen umfassend. Eher ist eine umfassende Klärung von dem derzeit im Revisionsverfahren anhängigen Verfahren gegen den ehemaligen VW-Gesamtbetriebsratsvorsitzenden *Klaus Volkert* und den ehemaligen VW-Abteilungsleiter *Klaus-Joachim Gebauer* zu erwarten, in dem das Landgericht Braunschweig am 22.2. 2008 ein nicht rechtskräftiges Urteil gefällt hat³⁸, in dem es zentral um tatsächliche und rechtliche Aspekte der Untreue geht.

Das Landgericht hat *Volkert* zum einen wegen Beihilfe zur Untreue verurteilt, begangen in der Zeit von 1994 bis 2004 durch Entgegennahme der von Arbeitsdirektor *Hartz* veranlassten Zahlung von Sonderboni in Höhe von insgesamt knapp 2 Mio. € brutto. Zu den Sonderboni war es nach den Urteilsfeststellungen wie folgt gekommen: Seit dem 1.1. 1991 wurde die Betriebsratsvergütung bei VW durch eine besondere Kommission festgesetzt, der der Arbeitsdirektor, ein weiterer Unternehmensvertreter und zwei Gesamtbetriebsräte angehörten. Bereits diese Kommission hatte das Ausgangsgehalt *Volkerts* von 57.322 € brutto im Jahr 1990 schrittweise

sehbar unter http://www.niedersachsen.de/master/C38110467_L20_Do_I4818522_h1.html. – Mit Strafbefehl vom Sommer 2007 hat das Amtsgericht Wolfsburg den ehemaligen VW-Nutzfahrzeuge-Betriebsratsvorsitzenden *Günter Lenz* wegen tatmehrheitlicher Beihilfe zur Untreue zu einer Gesamtgeldstrafe verurteilt, vgl. dazu die Pressemitteilung des LG Braunschweig vom 10.8. 2007, Strafverfahren gegen Lenz: Strafbefehl rechtskräftig, einsehbar unter http://www.service.niedersachsen.de/master/C39802687_L20_Do_I4818522_h1.html. – Und mit Strafbefehl vom Frühjahr 2008 hat das Amtsgericht Wolfsburg den ehemaligen stellvertretenden VW-Betriebsratsvorsitzenden *Bernd Sudholt* wegen tatmehrheitlicher Beihilfe zur Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt, vgl. Pressemitteilung des LG Braunschweig vom 9.5. 2008, AG Wolfsburg erlässt Strafbefehl gegen Sudholt wegen Untreue in 4 Fällen, einsehbar unter http://www.niedersachsen.de/master/C46977967_L20_Do_I4818522_h1.html.

- 38 LG Braunschweig 22.2. 2008 – 6 KLS 20/07 (nicht veröffentlicht; vgl. aber die Pressemitteilung des LG Braunschweig vom 22.2. 2008, Urteil im Verfahren gegen *Volkert* und *Gebauer*, einsehbar unter http://www.justizportal.niedersachsen.de/master/C45198324_L20_Do_I4818522_h1.html). – *Gebauer* ist wegen Untreue in 40 Fällen, davon in 19 Fällen in Tateinheit mit Begünstigung eines Mitglieds eines Betriebsrats sowie wegen Anstiftung zur Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt worden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist; hiergegen hat *Gebauer* form- und fristgerecht Revision eingelegt. *Volkert* ist wegen Beihilfe zur Untreue sowie wegen Anstiftung zur Untreue in 46 Fällen, dabei in 24 Fällen in Tateinheit mit Anstiftung zur Begünstigung eines Betriebsrats, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt worden; hiergegen haben sowohl *Volkert* als auch die Staatsanwaltschaft form- und fristgerecht Revision eingelegt. Revisionsgericht ist der 5. Strafsenat des BGH.

auf 199.396 € brutto im Jahr 1993 erhöht. Die schwere Unternehmenskrise dieses Jahres half *Volkerts* mit zu überwinden, indem er der Viertagewoche mit Lohnverzicht zustimmte. In der zweiten Jahreshälfte 1994 trat *Volkert* dann an *Hartz* heran und bat um weitere Gehaltserhöhung mit dem Ziel, das Gehaltsniveau eines Vorstandsmitglieds zu erreichen. *Hartz*, der *Volkert* schätzte, ihn als „Co-Manager“ ansah, sich im Interesse von VW das Wohlwollen des Gesamtbetriebsratsvorsitzenden sichern wollte und später mit ihm innovative Projekte wie das Arbeitssicherungsprojekt „5000 x 5000“ anschob, beschloss, der Bitte zu entsprechen. Deshalb veranlasste er alleine – ohne den VW-Vorstand oder die Vergütungskommission zu befassen und ohne deren Wissen oder Billigung – die heimlich erfolgende Zahlung von Sonderboni aus dem Unternehmensvermögen an *Volkert*. So stieg *Volkerts* Gehalt bis auf 692.893 € brutto im Jahr 2002; 2004 erhielt er immerhin noch 577.049 € brutto.

- 16 Zum anderen ist *Volkert* wegen Anstiftung zur Untreue und zur Begünstigung eines Mitglieds des Betriebsrats in zahlreichen Fällen verurteilt, begangen einerseits dadurch, dass *Hartz* auf Veranlassung *Volkerts* dessen Geliebter, der brasilianischen Journalistin *Adriana Barros*, von 2000 bis 2004 insgesamt knapp 400.000 € auf der Grundlage eines nicht ernst gemeinten „Agenturvertrags“ ohne Gegenleistung zukommen ließ, und andererseits durch Abrechnung dienstlich nicht veranlasster Reisen und weiterer dienstfremder Veranstaltungen mit anderen Betriebsräten über insgesamt knapp 1,5 Mio. €. Nach den Urteilsfeststellungen handelte es sich bei vielen dieser Reisen um solche zu oder von oder mit Frau *Barros*, und bei vielen dieser Veranstaltungen um Besuche von Nachtclubs und Bordellen und Feiern mit Prostituierten. Bezahlt wurden die Reisen und Veranstaltungen durch *Gebauer*, dem die Organisation der Veranstaltungen des VW-Betriebsrats oblag und den *Hartz* angewiesen hatte, alle Mitglieder großzügig zu behandeln und insbesondere alle Wünsche *Volkerts* zu erfüllen.
- 17 Dass der zweite Tatkomplex ordinäre Untreue zum Nachteil der Volkswagen AG war, bedarf allenfalls im Hinblick auf die Nachteilsseite strafrechtsdogmatischer Erörterung. Hingegen ist der erste Tatkomplex strafrechtsdogmatisch und kriminalpolitisch durchaus heikel – nicht zuletzt deshalb, weil die rechtswidrigen Sonderboni an *Volkert* gleichsam ein Komplementärstück zu der von der Mannesmann AG rechtswidrig an *Esser* bezahlten Anerkennungsprämie darstellen – und ich erinnere daran, dass *Esser* dieserhalb nicht verurteilt worden ist und lediglich 1,5 der ihm zugeflossenen 15,7 Mio. € brutto an gemeinnützige Einrichtungen und die Staatskasse bezahlen musste.
- 18 Beide Fälle sind zunächst untreuerechtlich insoweit vergleichbar, als weder *Volkert* noch *Esser* taugliche Täter einer Untreue zum Nachteil des jeweiligen Unternehmens waren. *Esser* war zwar als Vorstandsvorsitzen-

der der Mannesmann AG generell vermögensbetreuungspflichtig, aber nicht in der speziellen Angelegenheit seiner eigenen Vergütung, die dem Aufsichtsrat oblag. Für *Volkert* ergibt sich im Ergebnis dasselbe daraus, dass ein Betriebsratsmitglied dem Betrieb nach bislang unwidersprochener Auffassung nicht vermögensbetreuungspflichtig ist³⁹. Zwar verpflichtet § 2 Abs. 1 BetrVG den Betriebsrat auch auf das „Wohl ... des Betriebs“. Jedoch ist damit im Ausgangspunkt keine Vermögensbetreuungspflicht verbunden. Das Verhältnis von Betriebsrat zu Unternehmen hat nicht den Charakter eines fremdnützig typisierten Schuldverhältnisses, es hat – ungeachtet der Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten – nicht die Besorgung fremder Geschäfte im Interesse des Geschäftsherrn, sondern vielmehr die gegebenenfalls streitige Vertretung der Arbeitnehmerinteressen zum Gegenstand. Freilich könnte überlegt werden, ob atypische Betriebsratsmitglieder, die – wie es *Hartz* ausgedrückt hat – „Co-Manager“, also eine Art faktische Vorstandsmitglieder sind, anders einzuordnen sind. In der Tat reichen im Rahmen des Treubruchtatbestands der Untreue (§ 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) bekanntlich auch faktische Treueverhältnisse aus⁴⁰. Jedoch wäre dann – ähnlich wie im Fall *Esser* – an Aufsichtsratszuständigkeit für Vorstandsvergütung und im Übrigen daran zu erinnern, dass die Betriebsratsvergütung bei der Volkswagen AG der Kommission zur Festlegung der Betriebsratsvergütung überantwortet war.

Hiernach konnte *Esser* und kann *Volkert* untreuerafrechtlich nur als 19 Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) zu einer Untreuehaupttat auf Unternehmens- bzw. Arbeitgeberseite zur Rechenschaft gezogen werden. Das widerstreitet dem Rechtsgefühl nicht zuletzt deshalb, weil auf dieser Seite altruistisch, nicht egoistisch gehandelt worden ist: *Ackermann* wollte *Esser* für dessen vermeintliche Verdienste etwas Gutes tun; *Hartz* wollte *Volkert* und mittelbar Volkswagen etwas Gutes tun; sich selbst bereichern wollten weder *Ackermann* noch *Hartz*, wohl aber *Esser* und *Volkert*. Positivistisch-strafrechtsdogmatisch ist aber daran zu erinnern, dass Untreue ein reines Schädigungs-, kein Bereicherungsdelikt ist⁴¹ und selbst bei Bereicherungsdelikten die altruistische Drittbereicherung⁴² mit erfasst wird.

39 *Rieble/Klebeck*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758, 764.

40 *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 21), § 266 Rn. 30; *Lackner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 10.

41 *Schünemann*, in: LK (Fn. 33), § 266 Rn. 150; *Samson/Günther*, in: Systematischer Kommentar StGB (SK), § 266 Rn. 49; *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl. 2008, § 266 Rn. 77.

42 Vgl. §§ 242, 263: „sich oder einem Dritten“ beziehungsweise §§ 299, 331 StGB: „für sich oder einen Dritten“.

- 20 Über die Frage, ob es strafbare Untreue war, *Esser* aus dem Mannesmann-Vermögen eine Anerkennungsprämie in Höhe von knapp 16 Mio. € für den letztlich gescheiterten Abwehrkampf gegen Vodafone zu bezahlen, ist bekanntlich ein Glaubenskrieg entbrannt⁴³. Eine vergleichbare Auseinandersetzung gibt es zu den Sonderboni für *Volkert* bislang nicht. Bei näherem Besehen ist die Strafrechtslage aber keineswegs derart simpel, wie es das Landgericht Braunschweig gesehen hat:
- 21 Die Pflichtverletzung des gegenüber Volkswagen vermögensbetreuungspflichtigen *Hartz* sieht das Landgericht formell in der Kompetenzüberschreitung – es sei die Kommission zur Regelung der Betriebsratsvergütung zuständig gewesen – und materiell in der Verletzung des Begünstigungsverbots nach § 119 Nr. 3 BetrVG, §§ 42 Nr. 2, 44 Abs. 2 EBRG. Jedoch ist die formelle Kompetenzüberschreitung für die materielle Frage, ob eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt ist, unerheblich. Und der materiellen Frage, ob das zentral in § 78 Satz 2 BetrVG festgeschriebene Begünstigungsverbot verletzt ist, muss, wie *Rieble*⁴⁴ herausgearbeitet hat, die Vorfrage vorausgehen, welche Vergütung ein Betriebsrat eigentlich beanspruchen kann. *Sedes materiae* hierfür ist § 37 BetrVG. *Rieble* und ebenso *Rüthers*⁴⁵ deuten die Vorschrift strikt im Lichte des in § 37 Abs. 1 BetrVG niedergelegten Ehrenamts- und Unentgeltlichkeitsprinzips, das die innere Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Betriebsrats sichere. § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG – hiernach darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats „nicht geringer“ bemessen sein als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung – sei zum einen nach diesen Prinzipien auszulegen; mit anderen Worten seien die Worte „nicht geringer“ um die Worte „aber auch nicht höher“ zu ergänzen. Zum anderen sei § 37 Abs. 4 BetrVG nach dem „Entgeltausfallprinzip“ in der Weise zu deuten, dass „vergleichbare Arbeitnehmer“ nicht solche seien, die vergleichbare Tätigkeiten wie das Betriebsratsmitglied als solches verrichteten, sondern Arbeitnehmer, die vergleichbare Tätigkeiten wie das Betriebsratsmitglied vor seiner Freistellung verrichteten. Hiernach hätte an *Volkert* nicht mehr als sein Ausgangsgehalt von knapp 60.000 € im Jahr – gegebenenfalls um Tarifierhöhungen und Weiterentwicklungen fortgeschrieben – bezahlt werden dürfen. Diese Auffassung ist gewiss herrschend⁴⁶. Aber die Erfahrung im Mannesmann/Vodafone-Verfahren hat gezeigt, dass bislang herrschenden

43 Siehe Fn. 19.

44 *Rieble*, NZA 2008, 276 f.

45 *Rüthers*, VW: Gemeinsamer Verrat an der Mitbestimmung?, NJW 2007, 195, 196.

46 *Rieble*, NZA 2008, 276, 277; *Wedde*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 2008, § 37 Rn. 74 f.; *Kreft*, in: *Wlotzke/Preis/Kreft*, Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl. 2006, § 37 Rn. 38 ff.

Auffassungen, insbesondere wenn sie geradewegs in die Untreuestrafbarkeit führen, durchaus vehement widersprochen wird. In der Tat ist die soeben geschilderte arbeitsrechtliche Auffassung nicht unbestritten. So wird vertreten, für die Zeit der Betriebsratsmitgliedschaft seien „vergleichbare Arbeitnehmer“ leitende Angestellte im Personalbereich⁴⁷, was mir mit dem Wortlaut des § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG vereinbar erscheint; auch wird vertreten, Leistungen und Erfolge, die ein Betriebsratsmitglied bei der Amtsausübung erreiche, seien Indikator für besondere Fähigkeiten, die auch einen anderweitigen Aufstieg im Betrieb ermöglicht hätten⁴⁸; und selbst im Mainstream der arbeitsrechtlichen Literatur findet sich die vorsichtig-einschränkende Formulierung, bei der Bemessung der Betriebsratsvergütung dürfe die ursprüngliche arbeitsvertragliche Position als Grundlage „nicht gänzlich verlassen“ werden. Ich bin kein Arbeitsrechtler und maße mir deshalb kein Urteil darüber an, welche der Auffassungen überzeugt. Als Strafrechtler weise ich aber darauf hin, dass im Rahmen der Untreuedogmatik vielfach vertreten wird, eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung dürfe nur angenommen werden, wenn das außerstrafrechtliche Urteil eindeutig oder unbestritten sei, um die Akzessorietät des Untreuetatbestands und den *ultima ratio*-Charakter des Strafrechts zu gewährleisten⁴⁹. Strafrechtlich nicht außer Betracht bleiben darf auch, dass offenbar viele und gerade führende deutsche Unternehmen seit langem – um erneut *Rieble*⁵⁰ zu zitieren – „eigenständige Systeme zur Betriebsratsvergütung praktizieren“, die offenbar von Rechtsüberzeugung getragen waren und gegen die staatliche Stellen nicht vorgegangen sind. Das führt nicht nur zu Irrtumsproblemen, sondern auch zu Fragen der Normgeltung (Derogation von Gesetzesrecht durch Gewohnheitsrecht?) und, strafrechtlich gesprochen, der Sozialadäquanz.

Auch die Frage des Vermögensnachteils, also Vermögensschadens, ist strafrechtlich nicht so einfach gelagert, wie es das Landgericht Braunschweig gemeint hat. Dass sich die Sonderboni als „kompensationslos“ dargestellt hätten, weil sie rechtlich nicht geschuldet gewesen seien, lässt sich nur schwerlich mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs im Mannesmann/Vodafone-Verfahren vereinbaren: Hiernach schließt die Rechtsgrundlosigkeit einer nachträglichen Anerkennungsprämie deren Zulässigkeit nicht für sich genommen aus, wenn nur dem Unternehmen ein zukunftsbezogener Nutzen zufließt, der insbesondere in einer Anreizwirkung liegen kann, auch künftig besondere Leistungen zu erbringen. Die an *Esser* rechtsgrundlos geleistete Anerkennungsprämie sah der Bundesgerichtshof nur deshalb als kompensationslos an, weil sie allein zur nach-

47 Vgl. *Pflüger*, BB 2007, Heft 41: „Die erste Seite“.

48 Diese Frage werfen *Schweibert/Buse*, NZA 2007, 1080, 1082 auf.

49 Vgl. nur *Samson/Günther*, SK (Fn. 41), § 266 Rn. 22 ff.

50 *Rieble*, NZA 2008, 276, 280.

träglichen Belohnung bereits erbrachter und bereits vergüteter Leistungen bestimmt war und dem Unternehmen keinen zukunftsbezogenen Nutzen brachte⁵¹. Deshalb kann auch die weitere Erwägung des Landgerichts Braunschweig nicht überzeugen, das durch die Sonderboni erkaufte allgemeine Wohlwollen *Volkerts* sei mangels konkreter Absprachen eine bloße vage Chance und keine begründete Aussicht auf einen Vermögensvorteil. Im Mannesmann/Vodafone-Urteil hat der Bundesgerichtshof für eine Kompensation genügen lassen, dass die Sonderzahlung „signalisiert, dass sich außergewöhnliche Leistungen lohnen“⁵² – konkrete Absprachen, wie sie das Landgericht Braunschweig verlangt hat, sind hierfür nicht erforderlich, zumal solche Absprachen gewiss die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit *Volkerts* beeinträchtigt hätten.

- 23 Durchaus enttäuschend sind auch die Ausführungen des Landgerichts Braunschweig zu den Fragen, ob *Hartz* bei der Gewährung der Sonderboni den Vorsatz hatte, gerade eine Vermögensbetreuungspflicht zu verletzen, und mit untreuespezifischem Unrechtsbewusstsein handelte. Das im Mannesmann/Vodafone-Verfahren erreichte Argumentations- und Differenzierungsniveau wird jedenfalls nicht erreicht. Freilich mag für das Landgericht nicht ohne Bedeutung gewesen sein, dass *Hartz* konspirativ vorging, was jedenfalls von schlechtem Gewissen zeugt. Entscheidend dürfte freilich gewesen sein, dass *Hartz* in seinem eigenen Verfahren ein Geständnis auch und gerade zur inneren Tatseite abgelegt hatte – und gerade dieses Geständnis war der Kern des bekannten „deals“, der *Hartz* eine vollzogene Freiheitsstrafe erspart hat: „Im Rahmen der Strafzumessung war sein umfassendes Geständnis strafmildernd zu berücksichtigen. Auch wenn für die objektive Tatseite eine Vielzahl von Beweisen vorlag, hat der Angeklagte ohne zu beschönigen auch Angaben gemacht, die für die innere Tatseite von großer Bedeutung waren.“⁵³
- 24 Schließlich ist fragwürdig, was das Landgericht zur Teilnahme *Volkerts* an der von *Hartz* begangenen Untreue durch Gewährung der Sonderboni ausführt: Anstiftung liege nicht vor, weil jedermann – auch ein Betriebsratsmitglied – um Gehaltserhöhung bitten dürfe; dem in Gestalt von Sonderboni nachzukommen, sei *Hartz'* eigene Idee gewesen. Erst als *Volkert* gesagt habe: „Dann machen wir das“, habe er psychische Beihilfe geleistet; eine weitere physische Beihilfe liege darin, dass er die Zahlungen entgegengenommen und hierzu der Stelle, über die die Sonderboni heimlich abgewickelt wurden, seine Bankverbindung mitgeteilt und seine Lohnsteuerkarte überreicht habe. Diese Beihilfelösung stößt auf Beden-

51 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 337 = NJW 2006, 522, 524.

52 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 337 = NJW 2006, 522, 524.

53 LG Braunschweig 25.1. 2007 – 6 Kls 48/06, bei juris Rn. 86, insoweit nicht abgedruckt in CCZ 2008, 32.

ken: In der Lehre wird durchaus bestritten, dass das nachträgliche Billigen und Ausnutzen eines bereits gefassten Tatentschlusses als psychische Beihilfe erfasst werden kann, da so die Voraussetzungen der Anstiftung im Ergebnis umgangen werden können⁵⁴. Weiterhin stellen sich gravierende Probleme der notwendigen und der sukzessiven Teilnahme sowie der Abgrenzung der Beihilfe zu Anschlussstraftaten wie Hehlerei und Geldwäsche. Der saubereren Anstiftungslösung steht nicht entgegen, dass es in der Tat das gute Recht eines Arbeitnehmers ist, um Gehaltserhöhung zu bitten – das Betriebsratsmitglied darf dies eben nur in den Grenzen des § 37 BetrVG. Wenn Volkert diese Grenzen aber nicht erkannt hat, dann fehlt es in der Tat, wie das Landgericht Braunschweig auch feststellt, am Anstiftervorsatz – dann aber wird auch der Gehilfenvorsatz fragwürdig. Ich möchte nicht ausschließen, dass spätestens an dieser Stelle die landgerichtliche Verurteilung einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht standhalten würde.

2. Arbeitsstraf- und untreuerechtlich interessant zu werden verspricht auch das derzeit vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth anhängige Verfahren gegen den früheren Bundesvorsitzenden der Arbeitsgemeinschaft Unabhängiger Betriebsangehöriger (AUB) *Wilhelm Schelsky* und das frühere Mitglied des Zentralvorstands der Siemens AG *Johannes Feldmayer*. Beide schlossen im Januar 2001 eine sogenannte Rahmenvereinbarung, wonach eine Unternehmensberatung, hinter der *Schelsky* stand, gegenüber der Siemens AG verschiedene Dienstleistungen zu erbringen hatte und dafür ein Honorar in Höhe von 0,5 Mio. € pro Quartal erhalten sollte. Bei Abschluss der Vereinbarung soll Einigkeit bestanden haben, dass *Schelsky* die in der Vertragsurkunde aufgeführten Dienstleistungen nicht erbringen und das Honorar dazu verwenden sollte, die als arbeitgeberfreundlich geltende AUB weiter auszubauen und zu fördern. In der Folge soll *Schelsky* zwischen 2001 und 2006 insgesamt 44 Rechnungen über einen Gesamtbetrag von mehr als 30 Mio. € zuzüglich Umsatzsteuer gestellt haben; die Rechnungen soll *Feldmayer* entgegengenommen und anschließend in die Siemens-Buchhaltung eingeschleust haben. Die Staatsanwaltschaft wirft *Feldmayer* dieserhalb Untreue in einem besonders schweren Fall in 44 Fällen vor. Er habe die Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten, und den auf seine Veranlassung hin von der Siemens AG geleisteten Honorarzahungen habe zu keiner Zeit ein kompensierender wirtschaftlicher Vorteil gegenübergestanden. Insbesondere könne die Erwartung, Vertreter der AUB würden sich nach ihrer Wahl in den Mitbestimmungsgremien arbeitgeberfreundlich verhalten, nicht als ein wirtschaftlich messbarer Vermögensvorteil angesehen werden, zumal durch die Unterstützung der AUB elementare

54 Vgl. *Ruß*, in: LK (Fn. 33), § 27 Rn. 13 f.; *Heine*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 21), § 27 Rn. 12 mit weiteren Nachweisen.

Grundsätze des Mitbestimmungsrechts verletzt worden seien. Die Verheimlichung des tatsächlichen Leistungszwecks und die Einschleusung der Rechnungen hätten zur Folge gehabt, dass eine Kontrolle der Mittelverwendung nicht mehr möglich gewesen sei. *Schelsky* wird Beihilfe zu den von *Feldmayer* begangenen Untreuetaten vorgeworfen, weil diese erst durch die Stellung der jeweiligen Rechnungen ermöglicht worden sind. Wiederum findet sich also das typische Untreuemuster: Der an sich altruistisch Leistende ist Täter, der Leistungsempfänger nur Gehilfe.

IV. Systematik der arbeitsstrafrechtlichen Untreue: Individualarbeitsverhältnis, Betrieb, Kollektiv

- 26 So instruktiv die Einzelfälle sind – aus Sicht der Wissenschaft sollte die Perspektive phänomenologisch und systematisch erweitert und eine erste Landkarte des zu erwartenden Anwendungsbereichs des Untreuetatbestands im Arbeitsstrafrecht entworfen werden. Dazu schlage ich vor, zwischen den drei Ebenen des Individualarbeitsverhältnisses, des Betriebs und der Koalitionen (Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände) zu unterscheiden.
- 27 1. Im Arbeitsverhältnis stehen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit unterschiedlichen Interessen gegenüber, und der Arbeitsvertrag ist im Ausgangspunkt als gegenseitiges Dauerschuldverhältnis konzipiert. Deshalb besteht im Ausgangspunkt Einigkeit darüber, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer einander nicht vermögensbetreuungspflichtig sind. Hierin liegt bekanntlich der Grund dafür, dass der Gesetzgeber das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt durch den Arbeitgeber in dem Sondertatbestand des § 266a StGB unter Strafe gestellt hat. *Bente*⁵⁵ weist freilich darauf hin, dass sich dies durch § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV in der seit 1.1. 2008 geltenden Fassung geändert haben könnte. Hiernach gilt die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Anteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag als „aus dem Vermögen des Beschäftigten“ erbracht. Zwar zielt die Gesetzesänderung in erster Linie darauf, in der Insolvenz des Arbeitgebers dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit der Anfechtung zugunsten der Sozialversicherungsträger erbrachter Zahlungen des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitnehmeranteils abzuschneiden. Jedoch kann der Vorschrift in der Tat der Rechtsgedanke entnommen werden, dass der Arbeitnehmeranteil für den Arbeitgeber „fremdes“ Vermögen ist; dann liegt es in der Tat nicht fern, insoweit eine Vermögensbetreuungspflicht zu statuieren. Von alledem unberührt bleibt die mögliche Untreuestrafbarkeit eines Arbeitnehmers, der nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber vermögensbetreuungspflichtig ist, und ebenso

55 *Bente*, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 8), Kapitel XII 2 Rn. 71.

des die Arbeitgeberinteressen vertretenden Managements eines Unternehmens diesem gegenüber.

2. Damit ist auch bereits die Betriebsebene erreicht. Längst bekannt und soeben wiederholt ist die untreu strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vorständen und Aufsichtsräten – auch solcher, die von Arbeitnehmerseite gestellt werden (Fall *Zwickel*). Die neuere Diskussion wendet sich den Betriebsräten und ihren Mitgliedern zu. 28

Mittlerweile anerkannt ist, dass Betriebsratsmitglieder in Bezug auf die sogenannten Vertrauensspesen⁵⁶ als dem Unternehmen vermögensbetreuungspflichtig gelten müssen und sich insoweit wegen Untreue strafbar machen können. Betriebsverfassungsrechtlich wird das auf § 2 Abs. 1 (Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit) in Verbindung mit § 40 BetrVG (Kosten und Sachaufwand des Betriebsrats) gestützt. In diesem Teilbereich sind die klassischen Kriterien einer Vermögensbetreuungspflicht – gewisse Selbständigkeit, Bewegungsfreiheit und Verantwortlichkeit – erfüllt, was die Anwendbarkeit des Untreuetatbestands auch im Rahmen von Rechtsverhältnissen, die als Ganzes nicht fremdnützig typisiert sind, nicht ausschließt – man denke an die Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters in Bezug auf die Mietkaution des Mieters. 29

Dem Unternehmen gegenüber sind Betriebsräte und ihre Mitglieder im Grundsatz nicht vermögensbetreuungspflichtig: Ihnen fehlt eine Vertretungs- oder Verpflichtungsbefugnis, und sie führen nicht Geschäfte des Unternehmens, sondern üben ihre gesetzlichen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten aus und haben dabei die Arbeitnehmerinteressen gegebenenfalls streitig zu vertreten. Das schließt aber, wie bereits eingehend erörtert, eine Strafbarkeit wegen Teilnahme an Untreuetaten zum Nachteil des Unternehmens nicht aus. Betriebsratsmitglieder, die als „Co-Manager“ faktische Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer sind und faktisch über die gesetzlichen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte hinausgehen und in der Art einer Geschäftsführung über wirtschaftliche Angelegenheiten entscheiden, können aber den Treubruchtatbestand des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB erfüllen. 30

Dass Betriebsräte und ihre Mitglieder die Arbeitnehmer des Betriebs und deren Interessen – auch wirtschaftlicher Art – vertreten, wirft die Frage auf, ob sie den Arbeitnehmern vermögensbetreuungspflichtig sind. Angenommen, bei einer ersichtlich ungerechtfertigten Kündigung würde der Betriebsrat vorsätzlich auf die mögliche Verweigerung der Zustimmung 31

56 Es handelt sich um Vorschüsse, die in der Praxis auf voraussichtlich anfallende Betriebsratskosten in Art eines Budgets zur freien Verfügung des Betriebsrats beziehungsweise seiner Mitglieder gestellt werden.

verzichten (§ 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG) und erreiche so faktisch den Arbeitsplatzverlust des Gekündigten oder zwingen ihn zumindest in ein arbeitsgerichtliches Verfahren: Soll das als Untreue strafbar sein, weil der Verzicht auf die Verweigerung der Zustimmung als Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht aufzufassen ist, die einen Vermögensnachteil durch Verlust des Arbeitsplatzes beziehungsweise eine konkrete Vermögensgefährdung zurechenbar herbeiführt? Ich bin in der glücklichen Lage, insoweit auf den Vortrag von Herrn Kollegen *Lobinger* verweisen zu dürfen. Nur so viel: Die Frage, wann ein „Gesetz“ eine Pflicht begründet, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, ist bemerkenswert wenig geklärt. Übliche Beispiele sind gesetzliche Vertretungs- oder Geschäftsführungsbefugnisse, die im BetrVG aber nicht begründet werden. Weitergehend könnte im Rahmen des § 266 StGB die § 839 BGB und dem gesamten öffentlichen Recht bekannte Schutznormtheorie herangezogen und gefragt werden, ob das jeweilige Gesetz öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt ist – mag es auch Schutzreflexe zugunsten des Einzelnen haben – oder aber subjektive Rechte bestimmter Einzelner schützen soll. Hiernach würde ich dem BetrVG im Grundsatz eine eher überindividuelle – auf die Arbeitnehmer als Gruppe, nicht als Einzelne bezogene – Schutzrichtung beimessen. Aber, wie gesagt, ich freue mich, die Auffassung von Herrn Kollegen *Lobinger* zu hören.

- 32 3. Auf der Ebene der Kollektive sind die jeweiligen Funktionäre ihrem jeweiligen Verband vermögensbetreuungspflichtig, und es kann strafbare Untreue sein, Gewerkschafts- oder Verbandsvermögen pflichtwidrig zu schädigen. Dabei kommt nach der neueren Strafrechtsprechung zur Untreue im Zusammenhang mit Parteispenden und Parteienfinanzierung auch eine Schädigung durch an sich nicht vermögensrechtliche Maßnahmen – zum Beispiel rechtswidrige Arbeitskämpfmaßnahmen – in Betracht, wenn sie Vermögensfolgeschäden – zum Beispiel Schadensersatzforderungen oder auch Geldbußen – auslösen⁵⁷. Die Frage, ob Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften ihren tarifgebundenen Mitgliedern bei der Führung von Tarifverhandlungen vermögensbetreuungspflichtig sind und sich wegen Untreue strafbar machen können, hat noch niemand gestellt oder zu stellen gewagt. Ich würde sie in der Theorie bejahen. In der Praxis dürfte es aber nahezu unmöglich sein, Pflichtverletzung, Schaden und Vorsatz nachzuweisen. Insbesondere besteht bei der Verhandlungsführung ersichtlich breitetes Ermessen, und die sichere Überzeugung, dass ein für die jeweiligen Mitglieder besseres Ergebnis hätte erzielt werden können, dürfte kaum je zu gewinnen sein.

57 Zum Beispiel BGH 18.10. 2006 – 2 StR 499/05, BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760.

V. Prävention und Kontrolle untreuestrafrechtlicher Risiken

Ich komme zum Schluss, nämlich zu der Konsequenz aus der zunehmenden Aktivierung des § 266 StGB auch im Arbeitsstrafrecht. Sie lautet, dass es sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite und sowohl auf Betriebs- als auch Verbandsebene geboten erscheint, Maßnahmen zur Prävention und Kontrolle untreuestrafrechtlicher Risiken zu ergreifen. Dabei scheint mir am wichtigsten, einen allseits transparenten Umgang mit Betriebs- und Verbandsvermögen sicherzustellen. Es muss für vollständige Klarheit und Wahrheit der innerbetrieblichen beziehungsweise verbandlichen Rechnungslegung gesorgt werden. Schwarze Kassen können, wie der Bundesgerichtshof im Fall Siemens/Enel entschieden hat, für sich einen Untreuevorwurf begründen. Selbst bei nachträglich als rechts- und pflichtwidrig eingestuften finanziellen Transaktionen kann Transparenz vor Strafe schützen. Das zeigen die bereits mehrfach erörterten Komplementärfälle Mannesmann/Vodafone und Volkswagen: In meinen Augen hat der Umstand, dass die Anerkennungsprämie für *Esser* ordnungsgemäß beschlossen und über die Bücher gelaufen ist, maßgeblich zu der schlussendlichen Verfahrenseinstellung beigetragen, während allein die konspirativen Umstände des VW-Skandals *Hartz* und die anderen um jede Chance gebracht haben, eine empfindliche Verurteilung zu vermeiden.

B. Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 34 Vielen Dank, lieber Herr Kollege *Vogel*. Ich darf mit Blick auf die Uhr das Auditorium bitten, sich bei den Fragen um Kürze zu bemühen, denn rein vom Programm her befinden wir uns jetzt schon beim Mittagessen. Deswegen die Bitte, sich auf jeden Fall auf Kurzes, Stichwortartiges und Wesentliches zu beschränken. Natürlich gibt es hier keine unwesentlichen Äußerungen. Herr *Mayer* hat das Wort.

Peter Mayer, Präsident des Landesarbeitsgerichts München a.D.:

- 35 Ich verkneife mir die allgemeinen politischen Anmerkungen, die ich im Kopf hätte, vielleicht für später. Ganz konkret: Es gibt nicht nur den § 37 Abs. 4 BetrVG, sondern auch den § 37 Abs. 5 BetrVG. Da steht, dass Betriebsratsmitglieder nicht nur die Tariferhöhungen bekommen, sondern sich auch beruflich weiterentwickeln. Nun kann man sagen, es hat schon Vorstände gegeben, die nur eine Lehrlingsausbildung haben und bis in den Vorstand von Daimler oder bis in den Vorstand von Siemens gekommen sind: Dort gab es einmal einen Herrn, der trotz seines Adels nur eine Lehrlingsausbildung hatte. Und da kann man natürlich sagen, es gibt Betriebsräte, die sind so ungeheuer tüchtig, dass sie nicht auf dem Hilfsarbeiterlohn stehenbleiben müssen. Und dann habe ich zwei ganz konkrete Fragen, jetzt einmal wirklich praktisch, die mich als Rechtsanwalt und ehemaligen Richter, kleinen Landrichter, interessieren. Wie würden Sie denn folgende Fälle beurteilen: Erstens ein Angestellter, eher klein, vielleicht gerade einmal AT, bekommt von einem Siemens-Vorstandsmitglied einen Koffer mit einer Million Euro in die Hand gedrückt und den Auftrag, das nach Zürich zu bringen, auf ein Nummernkonto einzuzahlen, wobei er weiß, dass auch dieses Konto Siemens gehört. Ist das denn nun strafbar oder nicht? Wo liegt die Arbeitsvertragsverletzung, insbesondere, wenn ich einer solchen Weisung folge? Es bleibt ja auch innerhalb von Siemens. Was dann damit geschieht, mit dem Geld, kann er höchstens vermuten, aber er weiß es nicht. Zweitens: Im Handelsgesetzbuch steht, dass ich mich eines Vermittlungsvertreters bedienen kann, und dass dieser sogar einen Rechtsanspruch auf Provision hat. Und wenn ich mich nun eines saudischen Prinzen, um ein großes Kraftwerk bauen zu können, als Vermittlungsvertreter bediene, wieso ist das strafbar? Können Sie uns eigentlich eine einfache Formel sagen, wie die Praxis das – ja wohl zulässige – Verprovisionieren von Vermittlungsleistungen von diesem leidigen § 266

StGB abgrenzen kann – wobei nicht nur die von Ihnen Genannten, sondern auch *Martin Walser* gesagt hat: Das ist wieder typisch deutsch. Jahrzehntelang werden Vorschriften überhaupt nicht angewendet; jetzt wird übertrieben bis zum geht nicht mehr.

Professor Dr. Joachim Vogel, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Die erste Frage kann ich Ihnen in dem Moment beantworten, in dem die Urteilsgründe des erwähnten Grundsatzurteils des 3. Strafsenats im Fall Siemens/Enel vorliegen. Der Senat sagt, Geld auf ein Schwarzkonto einzuzahlen nehme den satzungsmäßig dazu berufenen Organen die Möglichkeit, effektiv über dieses Geld zu verfügen. Das sei dann ein Vermögensschaden für die Siemens AG, auch wenn das Züricher Konto faktisch Siemens gehöre. Ich gebe Ihnen zu, dass das weit in den Bereich der abstrakten Vermögensgefährdung hinein geht, vor allem wenn der Vorstand die Einrichtung von Schwarzkonten mitgetragen hat – da muss man im Einzelfall genauer hinsehen. Zur zweiten Frage habe ich hoffentlich immer noch so viele Zivilrechtskenntnisse zu sagen, dass Vermittlungsprovisionen nur in den Grenzen des § 134 BGB Anerkennung finden können. Und wenn die Vermittlungsprovision an den saudischen Prinzen nun einmal, wie es auch international-rechtlich festgelegt ist, eine eindeutige Bestechung im geschäftlichen Verkehr, bei uns ein Fall § 299 StGB ist, dann wirkt diese strafrechtliche Bewertung sich doch auch auf das Zivilrecht und den § 134 BGB aus. Umgekehrt gebe ich Ihnen zu, dass man § 299 StGB vernünftig auslegen muss und eine Auslegung unvernünftig ist, wonach jede Vermittlungsprovision gleich auch eine Bestechung im geschäftlichen Verkehr wäre. International-rechtlich würde man das bei dem Merkmal festmachen, dass der Bestochene „pflichtwidrig“ handeln muss – das ist natürlich ein sehr weiches Merkmal und dient noch nicht einmal als Faustformel, ist aber doch der technische Ansatzpunkt für eine restriktive Interpretation. 36

Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Stuttgart:

Erstens einmal: Der Herr *Mayer* ist kein kleiner Landrichter gewesen, sondern immerhin Präsident des Landesarbeitsgerichts München. Das hat er in seiner Bescheidenheit natürlich nicht gesagt. Jetzt wollte ich noch einmal zu diesen 08/15-Problemen in der Praxis zurückkommen, also zur Betriebsratsvergütung. Wenn ich mir die Landschaft in Deutschland ansehe, dann haben wir einen kleineren Teil der Betriebe, in denen auf Konfrontation gegangen wird, und zwar von beiden Seiten. Das heißt: Auch der Arbeitgeber zahlt natürlich nur das Minimum dessen, was er bezahlen 37

muss. Da gibt es kein Problem der Untreue. In der überwiegenden Zahl der Fälle ist es ein „*do ut des*“. Das liegt in der Natur der Sache, weil das Betriebsverfassungsgesetz ein Gesetz ist, das Rechte gibt, die man über alle Maßen beanspruchen kann. Dann wird es unangenehm, weil der Betriebsrat Widersprüche und alles mögliche machen kann. Also liegt es in der Natur der Sache, dass manche Arbeitgeber sagen: „Na ja, wenn wir uns da zu kleinlich verhalten, wie wirkt sich das aus?“ Vorstände fragen: „Ja, Herr *Bauer*, dürfen wir denn jetzt noch einem Betriebsratsmitglied den Dienstwagen mit Privatnutzung geben, den es bei normaler Arbeit nicht gibt? Ist das strafbar?“ Da habe ich gesagt: „Ja!“ Herr *Rieble* nickt. Dann sagen die Vorstände: „Können Sie sich vorstellen, was das für Konsequenzen bei uns hat? Was werden wir für Beschlussverfahren kriegen in Zukunft?“ Dort kommen die Arbeitgeber in eine Gemengelage, die eigentlich gar nicht zu lösen ist. Ich habe Sie so verstanden – weil Sie nämlich auf den Mannesmann-Fall abgestellt haben –, dass bei zu hoher Betriebsratsvergütung eigentlich keine Veruntreuung vorliegen kann, weil dann zwar keine konkrete Gegenleistung vorliegt, aber immerhin ein Wohlverhalten in Zukunft erwirkt wird, so dass dann eben, wenn ich das richtig verstanden habe, sich der Arbeitgeber doch nur im Bereich des § 119 BetrVG bewegen würde, was natürlich wesentlich unproblematischer ist, weil dort Strafanträge gestellt werden müssen und sich dann nur das Problem stellt, dass vielleicht ein Gewerkschaftsmitglied einen Antrag stellt, dessen Organisation nicht gerade übermäßig repräsentiert ist in dem Betriebsrat. Ich weiß nicht, ob Sie das noch einmal bestätigen, dass ich das so verstehe. Das Landgerichtsurteil in Braunschweig enthält meines Erachtens einen Wertungswiderspruch: Wenn allgemeine Betriebsratspflege betrieben wird, dann soll es Untreue sein, wenn es dagegen um einen konkreten Fall geht, ich nehme einmal an eine Betriebsschließung und der Arbeitgeber sagt zu dem Betriebsratsmitglied: „Sie kriegen 20.000 € zusätzlich zur regulären Sozialplanabfindung auf Ihr Konto bezahlt, aber dafür muss der Interessenausgleich möglichst schnell über die Bühne gehen“, dann ist es keine Veruntreuung nach § 266 StGB, weil ja eine konkrete Gegenleistung vorliegt. Ein Letztes: Untreue kann natürlich nur dort passieren, wo nicht der Eigentümer herrscht. Das heißt also, das Familienunternehmen kann bestechen und zahlen, wie es will. Und es bewegt sich immer nur im Bereich des § 119 BetrVG.

Joachim Vogel:

- 38 Drei kurze Bemerkungen zu Ihren drei Punkten. Der erste: Ich glaube, es sind sich alle einig und es ist auch Herr Kollege *Rieble*, wenn ich ihn richtig verstanden habe, der Auffassung, dass die strenge Gesetzeslage des § 37 BetrVG, auch wenn man sie interpretatorisch auflockern könnte, nicht mehr zeitgemäß ist. Insofern meine ich, dass das VW-Verfahren, was

den Bonusteil, nicht was den unappetitlichen Teil angeht, Druck auf den Gesetzgeber ausübt und ausüben muss, die Vergütung von Betriebsratsvorsitzenden und Betriebsratsmitgliedern zeitgemäß zu regeln. Der rechtspolitische Reformbedarf scheint mir relativ klar, und vielleicht ist das, was wir diskutieren, nur eine Übergangsproblematik. Aber wie Herr Kollege *Rieble* richtig geschrieben hat: Bis dahin gilt das Gesetz mit allen seinen strafrechtlichen Konsequenzen. Zum zweiten Punkt: Ich sehe das wie Sie. Das Landgericht Braunschweig hat, so glaube ich, unrichtige Maßstäbe für den Schaden angelegt. Freilich haben auch die Anklage und der Eröffnungsbeschluss im Siemens-Verfahren die Formel aufgegriffen, es sei ein zu vager Vermögensvorteil, über die AUB ein bisschen Landschaftspflege zu betreiben, die künftig und langfristig Siemens zum Vorteil gereichen könnte. Hier hoffe ich auf den Bundesgerichtshof. Seine Tendenz scheint mir zu sein, eine vernünftige Praxis der „Inzentivierung“ anzuerkennen – und im Mannesmann/Vodafone-Verfahren standen ja im Grunde alle „Inzentivierungen“ in Frage, weil es immer nur sehr allgemeine Anreize sind, auch zukünftig das Unternehmen nach vorne zu bringen. Ich würde dem Bundesgerichtshof auch hier zutrauen, dass er das *argumentum ad absurdum* sieht und anerkennt, dass es nicht untreuerechtlich je strafloser sein kann, desto konkreter die Gegenleistung vereinbart ist, das heißt desto eher ein Fall des § 119 BetrVG vorliegt. Der dritte Punkt: Es ist richtig, dass keine Untreuestrafbarkeit in Betracht kommt, wo der Eigentümer, zum Beispiel die Familie im Familienunternehmen herrscht. Aber Vorsicht: Wenn das Unternehmen als juristische Person (AG oder GmbH) geführt wird, neigt der Bundesgerichtshof dazu, die Verfügungsfreiheit der Eigentümer (Aktionäre oder Gesellschafter) im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsvorschriften zu beschränken.

§ 4 Arbeitnehmer als Mittäter und Mitwisser im klassischen Wirtschaftsstrafrecht

Rn.

A. Referat Hinrich de Vries	1
I. Arbeitgeber-, Arbeitnehmer- und Unternehmenskriminalität	1
II. Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts	15
III. Privatisierung der Ermittlungen	25
IV. Unternehmenskriminalität und Organisationsdelikte	45
V. Informanten- und Selbstbelastungsschutz	48
VI. Fazit	74
B. Diskussion	75

A. Referat Hinrich de Vries*

- 1 Ich bin gebeten worden, aus der Sicht des Vorsitzenden einer Wirtschaftsstrafkammer zu den aktuellen Konfliktfeldern zwischen Arbeitsrecht und Strafrecht Stellung zu nehmen. Das führt jetzt zu einem Themenwechsel. Denn das Konfliktpotential zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsstrafrecht sehe ich derzeit eher im Prozeßrecht. Für den Praktiker stellt sich immer öfter die Frage, ob die von den Unternehmen organisierten Privatermittlungen mit der Strafprozeßordnung vereinbar sind. Dabei stellt sich auch die Frage, ob das Arbeitsrecht und das Strafprozeßrecht von den gleichen Rechtsgrundsätzen ausgehen oder die beiden Rechtsordnungen auseinanderdriften. Für dieses Thema möchte ich die hier anwesenden Arbeitsrechtler gerne sensibilisieren.

I. Arbeitgeber-, Arbeitnehmer- und Unternehmenskriminalität

- 2 Ich will vorab drei Gruppen von Kriminalität unterscheiden, um das Thema einzugrenzen. Es handelt sich um Begriffe, die so in der Kriminologie nicht verwandt werden. Ich möchte zwischen Arbeitgeber-, Arbeitnehmer- und Unternehmenskriminalität unterscheiden. Die ersten beiden Kategorien beziehen sich auf die personale Verantwortung für Straftaten, die dritte Kategorie bezeichnet einen Tatort.
- 3 1. Mir ist bewußt, daß der Arbeitgeberbegriff im Arbeitsrecht äußerst facettenreich ist. Für unsere Zwecke reicht es aus, darunter die Firmeninhaber und bei juristischen Personen die Mitglieder der Vertretungsorgane (Geschäftsführer, Vorstände) zusammenzufassen. Im klassischen Wirtschaftsstrafrecht fällt diese Personengruppe vor allem mit folgenden Straftaten auf:
 - Steuerhinterziehung (§ 370 AO),
 - Beitragshinterziehung zur Sozialversicherung (§ 266a StGB),
 - Gründungsschwindel (§ 82 GmbHG) und
 - Insolvenzverschleppung (§ 84 GmbHG).
- 4 Der von mir kreierte Begriff der *Arbeitgeberkriminalität* deckt sich nicht mit dem Bereich des Arbeitsstrafrechts¹. Bis heute morgen hatte ich die Vorstellung, daß der Begriff des Arbeitsstrafrechts nur ein literarisches Themenfeld umschreibt. Aus dem Referat von Prof. *Rieble* habe ich aber als Erkenntnis mitgenommen, daß es aus der arbeitsrechtlichen Perspek-

* Hinrich de Vries ist Vorsitzender Richter am Landgericht Bonn.

1 Literatur zum Arbeitsstrafrecht: *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008; *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, 2008.

tive möglich ist, konkrete Rechtsgüter für das Arbeitsstrafrecht zu bestimmen und die sehr unterschiedlichen und weitverstreuten Strafvorschriften einer systematischen Kritik auf Wertungswidersprüche zu unterziehen. Die dabei erörterte Möglichkeit, das Arbeitsstrafrecht im Kernstrafrecht zu kodifizieren, würde jedenfalls den Vorteil der Rechtssicherheit haben, da die derzeitige Rechtslage für die Normadressaten denkbar unübersichtlich ist. Bisher hat der Gesetzgeber nur die Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen in das Kernstrafrecht übernommen, die als Straftatbestände früher sehr verstreut in den einzelnen Sozialgesetzen normiert waren. Mit dem § 266a StGB wird aber nur das fiskalische Interesse des Staates geschützt.

Neben der Beitragshinterziehung gibt es zwar noch eine Reihe von Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften, die dem Schutz des Arbeitnehmers dienen (zum Beispiel Lohnwucher, Benachteiligung von Betriebsräten² usw.). Diese haben aber keine große praktische Relevanz. In der Praxis der Strafgerichte liegt der Schwerpunkt eindeutig bei den vier großen Themen, die ich eingangs genannt habe. 5

Auffällig für unser Thema ist allerdings, daß Arbeitnehmer kaum einmal wegen Beihilfe belangt werden. Dabei gibt es genügend Ansatzpunkte für einen Anfangsverdacht. Bei der Steuerhinterziehung sind zum Beispiel in Unternehmen nicht selten die Buchhalter involviert. In gleicher Weise tragen Arbeitnehmer durch Schwarzgeldabreden zur Beitragshinterziehung bei, ohne daß eine ernsthafte Strafverfolgung erfolgt³. Ursache für diese Zurückhaltung dürfte bei den Strafverfolgungsbehörden die Rücksichtnahme auf die sozial Schwächeren sein. 6

2. Ich komme zu meiner zweiten Kategorie, der *Arbeitnehmerkriminalität*. Hierunter möchte ich Straftaten verstehen, die von Arbeitnehmern ohne Mitwirkung der Unternehmensträger begangen werden. Typische Beispiele sind 7

- Diebstahl und Unterschlagung von Betriebsvermögen,
- Sachbeschädigung aus Verärgerung über die Firmenleitung,
- Streit unter Kollegen (Mobbing, Körperverletzungen),
- Provisionsbetrug und falsche Spesenabrechnungen zum Nachteil des Arbeitgebers.

Aus der unternehmerischen Perspektive hat diese Mitarbeiterkriminalität eine hohe wirtschaftliche Bedeutung. Zudem besteht immer die Gefahr, 8

2 Dazu jüngst OLG Düsseldorf 27.3. 2008 – 2 Ss 100, 88/07, wistra 2008, 356.

3 Zur Strafbarkeit des Arbeitnehmers bei Schwarzgeldabreden T. Fischer, StGB-Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 266a StGB Rn. 9b.

daß durch solche Straftaten der Betriebsfrieden gestört wird, zum Beispiel weil Mitarbeiter sich gegenseitig verdächtigen. Es ist daher verständlich, daß Unternehmen sich mit dem Einsatz von Privatdetektiven gegen solche Straftaten zur Wehr setzen. Wie der rigorose Einsatz von Privatermittlern bei Aldi und Lidl und die damit einhergehenden Verstöße gegen das Datenschutzgesetz gezeigt haben, werden dabei aber von den Unternehmen auch strafbewehrte Grenzen überschritten⁴. Nach Presseberichten muß Lidl bundesweit fast 1,5 Millionen Euro Bußgelder für die Mitarbeiter-Bespitzelung bezahlen⁵.

- 9 Auffällig ist auch hier, daß Straftaten von Arbeitnehmern relativ selten von Unternehmen angezeigt werden. Diese Feststellung zum Anzeigenverhalten von Firmen ist durch wissenschaftliche Untersuchungen belegt⁶. Neben der bereits erwähnten „sozialen Rücksichtnahme“ sind zum Beispiel als Gründe anzuführen: Vermeidung von Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit und Vermeidung von Fehlzeiten durch Zeugenvernehmungen vor Gericht⁷. Das vorrangige Ziel der Unternehmen liegt nicht in der Strafverfolgung, sondern in der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Mitarbeiterkriminalität beschäftigt daher vor allem die Arbeitsgerichte, denn sie ist oft Anlaß für fristlose Kündigungen.
- 10 Die Delikte der Mitarbeiterkriminalität gehören in der Regel zum Kernstrafrecht und haben daher keinen Bezug zu den Themen des klassischen Wirtschaftsstrafrechts. Es gibt allerdings eine Einschränkung: Steuerhinterziehung und Betrug zum Nachteil von Sozialkassen kommen auch außerhalb von Wirtschaftsunternehmen vor, wenn auch vielleicht mit „kleinerer Münze“ begangen. Wenn ich gleich vom Tatort Unternehmen spreche, dann muß auch der Tatort Sozialstaat miterwähnt werden, wo die Leistungswilligen durch Schwarzarbeit ihren Unwillen zur Beitragsolidarität zeigen.
- 11 3. Neben den soeben beschriebenen Bereichen gibt es im Unternehmen Straftaten, die sowohl von Arbeitgebern wie auch von Arbeitnehmern begangen werden. Das Unternehmen ist hier Tatort und es muß erst noch durch die Strafverfolgungsbehörden geklärt werden, wer an der vermuteten Straftat beteiligt war.

4 Dazu *Oberwetter*, Arbeitnehmerrechte bei Lidl, Aldi & Co, NZA 2008, 609 ff.; allgemein zur Mitarbeiterüberwachung *Dann/Gastell*, Geheime Mitarbeiterkontrollen: Straf- und arbeitsrechtliche Risiken bei unternehmensinterner Aufklärung, NJW 2008, 2945 ff. und *Freckmann/Wahl*, Überwachung am Arbeitsplatz, BB 2008, 1904 ff.

5 Spiegel-Online vom 11.9. 2008.

6 *S. Fischer*, Betriebe als Opfer, 2001.

7 Zu den weiteren Gründen *S. Fischer* (Fn. 6), S. 124 ff.

Daß bei der *Unternehmenskriminalität* sowohl die Mitarbeiter als auch die Unternehmensleitung als Täter in Betracht kommen, ist an einem Beispiel schnell erläutert: Die Wirtschaftsstrafkammern sind inzwischen sehr stark mit Korruptionsverfahren beschäftigt. Bestochen werden können sowohl die Führungskräfte als auch – ohne deren Wissen – einzelne Mitarbeiter, soweit sie den Entscheidungsträgern zuarbeiten. Unternehmensträger kommen eher als Bestecher, Mitarbeiter eher als Bestochene in Betracht.

Bei den Korruptionsstraftaten sind Arbeitnehmer daher sehr häufig als Mittäter oder Mitwisser eingebunden. Der Begriff Mittäter ist hier noch untechnisch gemeint. Zu den Mittätern gehört sowohl der Gehilfe als auch der Mittäter im strafrechtlichen Sinne, zum Mitwisser sowohl der Augenzeuge als auch der Zeuge vom Hörensagen. Bezogen auf diese Personengruppen halte ich es für lohnenswert, das Thema der heutigen Tagung zu erörtern: Was hat sich in den letzten Jahren im Wirtschaftsstrafrecht verändert und wie wirken sich diese Veränderungen auf das Arbeitsrecht aus?

Ich werde zunächst die Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts nachzeichnen, dann auf die Wandlungen in den letzten Jahren eingehen und vor diesen Schablonen das eigentliche Thema angehen.

II. Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts

Das Wirtschaftsstrafrecht zeigt eine Vielzahl von Unterschieden gegenüber dem allgemeinen Strafrecht. Ich will drei Besonderheiten nennen, weil sie für unser Thema möglicher Wandlungen im Wirtschaftsstrafrecht von großer Bedeutung sind:

1. Im Wirtschaftsstrafrecht haben wir es im Gegensatz zum allgemeinen Strafrecht mit Sachverhalten zu tun, die rechtlich durchnormiert sind. Besonders sinnfällig wird dies im Steuerstrafrecht, das als typisches Blankettstrafrecht auf die materiellen Normen des Steuerrechts Bezug nimmt.

Der Hinweis auf die juristische Ausgestaltung der Sachverhalte im Wirtschaftsstrafrecht ist nur scheinbar trivial. Unser Ansatz führt nämlich zu weniger trivialen Konkurrenzproblemen: Nach welcher Rechtsordnung soll eigentlich vorgreiflich ein Lebenssachverhalt beurteilt werden? Ist die zivilrechtliche Betrachtungsweise maßgeblich für die Auslegung strafrechtlicher Normen, beispielsweise für den Untreuetatbestand, oder ist eine solche Vorgreiflichkeit des Zivilrechts abzulehnen mit dem Argument, das Strafrecht habe seine eigenen Wertungsspielräume? In Anlehnung an die alte Frage, ob die Handelsbilanz für die Steuerbilanz maßgeblich sei und ob es auch eine „umgekehrte Maßgeblichkeit“ gebe, stellt sich also auch im Wirtschaftsstrafrecht immer wieder die Frage nach der Maßgeblichkeit der jeweiligen Rechtsordnung.

- 18 2. Die zweite Besonderheit des Wirtschaftsstrafrechts gegenüber dem allgemeinen Strafrecht ist schon in dem ersten Umstand angelegt. Die Beschuldigten haben es in der Regel mit vier Problembereichen zu tun:
- 19 Bei vielen Angeklagten steht nicht die Angst vor strafrechtlicher Verfolgung im Vordergrund, sondern sie machen sich vor allem Sorgen um die Inanspruchnahme auf Schadensersatz. Häufig steht die finanzielle Existenz dauerhaft auf dem Spiel. Der GmbH-Geschäftsführer muß zum Beispiel mit einer Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter rechnen, aber auch durch den Steuerfiskus wegen rückständiger Lohn- und Umsatzsteuer (§ 69 AO). Bei der Vereinnahmung von Schmiergeldern hat er nach Auftragsrecht (§§ 675, 667 BGB) den Vermögensvorteil an die Gesellschaft abzuführen. Gegenüber den Sozialkassen haftet er wegen Beitragshinterziehungen nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266a StGB.
- 20 Bei den Freiberuflern kommt die Angst vor dem Verlust der Berufszulassung als Anwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer hinzu. Sowohl bei den Unternehmern als auch bei den Freiberuflern wird diese Sorge begleitet durch die Furcht vor der Presse. In Wirtschaftsstrafsachen ist immer mit einer öffentlichen Vorverurteilung zu rechnen. Über einen Freispruch wird kaum einmal berichtet. Dabei deckt sich die von der Öffentlichkeit „gefühlte“ Moral nicht immer mit der Rechtslage.
- 21 Für den Arbeitnehmer als Mittäter oder Mitwisser von Straftaten bestehen die berufsrechtlichen Probleme vorrangig in der Gefahr einer fristlosen Kündigung. Darüber hinaus muß er auch mit einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber rechnen, zum Beispiel wenn er Schmiergelder erhalten hat⁸.
- 22 3. Eine dritte Besonderheit kommt hinzu: Wirtschaftsstrafrecht ist von einer großen *Rechtsunsicherheit* geprägt. Zu vielen Rechtsfragen fehlt es in der Praxis an einer höchstrichterlichen Rechtsprechung. Beispielsweise existiert zu der Strafvorschrift des § 331 HGB – Bilanzfälschung – eine umfangreiche Literatur. Aber BGH-Entscheidungen, die die Vorschrift für die Praxis handhabbar machen würden, fehlen.
- 23 Meine Kollegen vom Schwurgericht arbeiten mit fünf bis sechs Vorschriften des StGB und unzähligen Gerichtsentscheidungen zu den Fragen von Heimtücke, verminderter Schuldfähigkeit und Versuchsstrafbarkeit, während wir in der Wirtschaftstrafkammer ständig die Grundlinien der Strafbarkeit ausloten müssen. Dabei ist für die praktische Handhabung des Wirtschaftsstrafrechts von großer Bedeutung, daß die Bestimmung der zu

8 Dazu LAG Frankfurt am Main 25.1. 2008 – 10 Sa 1195/06, ZInsO 2008, 1094; die Verletzung der Pflicht zur Abführung von Schmiergeldern stellt aber keine Untreue dar, vgl. BGH 15.3. 2001 – 5 StR 454/00, NJW 2001, 2102, 2105.

schützenden Rechtsgüter bisher nicht gelungen ist. Das allgemeine Strafrecht schützt die Gesundheit, Freiheit, Ehre usw.; aber was genau soll durch das Wirtschaftsstrafrecht geschützt werden? Eine eindeutige und überzeugende Antwort fehlt. Die Rechtsgutbestimmung ist aber im Strafrecht ein wesentliches Element zur Auslegung der Normen und damit ein wichtiger Baustein für die Rechtssicherheit. Der Grundgedanke ist dabei, daß das Strafrecht nur konkrete Rechtsgüter schützen darf, nicht aber politische oder moralische Überzeugungen, weltanschauliche Ideologien oder bloße Gefühlslagen⁹.

Die allgemeine Rechtsunsicherheit führt dazu, daß immer häufiger in deutschen Gerichtssälen gedealt wird. Durch den Aufbau einer Drohkulisse versuchen manche Richter, den Angeklagten zu einem „schlanken“ Geständnis zu bewegen, während der Konfliktverteidiger durch die Inauskunftstellung einer langen Verfahrensdauer das Strafmaß abzusenken versucht. Ständige Deals führen aber zum Ausbleiben weiterer BGH-Entscheidungen. Es handelt sich um eine sich selbst verstärkende Problemlage, die nur durch eine Eindämmung der Absprachepraxis zu beheben wäre. 24

III. Privatisierung der Ermittlungen

Soviel an Vorbemerkungen: Ziel meines Vortrags soll es sein, die Wandlungen im Wirtschaftsstrafrecht der letzten Jahre nachzuzeichnen unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts. Aus der Sicht des Praktikers will ich zunächst auf die allgemeinen Veränderungen eingehen und mich dann dem eigentlichen Thema der Arbeitnehmer als Mittäter und Mitwisser im klassischen Wirtschaftsstrafrecht widmen. 25

1. Da das Wirtschaftsstrafrecht an das Zivilrecht angekoppelt ist, teilt es das Schicksal des Wirtschaftsrechts. Die wichtigste Einflußgröße für den Wandel zum Beispiel im Gesellschafts- und Steuerrecht ist aktuell die Rechtsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft. 26

Im Wirtschaftsrecht ist darüber hinaus eine Privatisierung des Unternehmensrechts zu verzeichnen¹⁰. Das betrifft zum Beispiel die Normgebung durch private Institutionen, ich nenne die *Corporate Governance* als Beispiel. Hinzu kommt der Import anglo-amerikanischer Rechtskonzepte. Das sinnfälligste Beispiel ist sicherlich die epidemieartige Verbreitung der englischen *Limited* als Gesellschaftsform in Deutschland, so daß der deut- 27

9 Vgl. *Roxin*, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? Symposium für Schönemann, 2005, S. 135 ff.

10 Eine Übersicht zu diesen Rechtsentwicklungen gibt *Eidenmüller*, Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht, *JZ* 2007, 487 ff.

sche Gesetzgeber mit der Unternehmensgesellschaft ein Konkurrenzprodukt schaffen mußte.

- 28 Aus der Sicht des Kriminalisten kommt hinzu: die Privatisierung der Ermittlungen. Dies lässt sich an personellen Veränderungen aufzeigen und etwas allgemeiner an einer bunten Vielfalt der Ermittler. In personeller Hinsicht fällt auf, daß mehrere (Ober-) Staatsanwälte in die Privatwirtschaft gewechselt sind, sich als Unternehmensanwälte selbständig gemacht oder nach ihrer Pensionierung bei Privatermittlern eine neue Betätigung gefunden haben. Namen zu nennen erspare ich mir. Damit einher geht eine Vervielfachung der Ermittlungsinstanzen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit läßt sich das Personaltableau der Ermittler wie folgt aufzählen:
- 29 • Im Wirtschaftsstrafrecht gab es schon immer eine Anhäufung von Ermittlungskompetenzen. Neben der Staatsanwaltschaft als „*Herrin des Ermittlungsverfahrens*“ und der Polizei als ihrem Vollzugsorgan waren schon immer eine Reihe von weiteren Behörden involviert: Dazu gehören naturgemäß die Steuerfahndung und die Gewerbeämter, heute der Zoll im Bereich der Schwarzarbeit und die BaFin für die Wertpapierdelikte.
- 30 • Auch die Unternehmen verfügen schon seit langem über eigene Ermittlungsinstanzen für die Bekämpfung der Arbeitnehmerkriminalität. Neben dem sogenannten Werkschutz war es auch früher schon für größere Unternehmen üblich, Privatdetektive einzusetzen.
- 31 • Sehr viel stärker ist die Aufklärungsarbeit der firmeninternen Revisionsabteilungen geworden. Staatsanwälte finden hier Ansprechpartner, insbesondere wenn es um die freiwillige Herausgabe von Unterlagen geht. Die Arbeitnehmerkriminalität ist dabei nur noch von untergeordneter Bedeutung; Vorrang für die Revisoren hat die Aufdeckung von Untreue und Korruption im eigenen Unternehmen.
- 32 • Außerdem ist nicht zu verkennen, daß die großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ihre Forensik-Abteilungen stark ausgebaut haben, um für die Unternehmen Wirtschaftsstraftaten aufzuklären und zukünftig präventiv zu vermeiden.
- 33 • Diese Zielverlagerung führt auch zum verstärkten Einsatz von Privatermittlern durch die Unternehmen. Zu den Privatermittlern gehören nicht nur Privatdetektive, sondern auch Rechtsanwälte, die zum Beispiel Mitarbeiterbefragungen durchführen. Die Anwälte haben dabei nicht das primäre Ziel, Ansprüche auf Schadensersatz für das Unternehmen durchzusetzen, sondern abweichend von dieser klassischen Anwaltsrolle sollen sie durch Anhörungen und Vernehmungen den Sachverhalt erst aufklären.

- Eine Sonderrolle unter den anwaltlichen Ermittlern haben sicher die 34
Anwälte, die im Rahmen der amerikanischen Börsenaufsicht SEC
(„*Securities and Exchange Commission*“) bei Siemens ermitteln¹¹.
Nach Presseberichten soll Siemens derzeit circa drei Milliarden Euro
für Bußgelder und sonstige Kosten einkalkulieren¹².
- Eine weitere Besonderheit ist die Einschaltung eines „Sonderermitt- 35
lers“. Ein deutsches Telekommunikationsunternehmen beschäftigt
dafür derzeitig einen ehemaligen BGH-Vorsitzenden¹³. Einen sol-
chen „Sonderermittler“ gab es schon einmal in der Politik, als Akten
nach der politischen Wende aus dem Kanzleramt verschwunden sein
sollten.
- Zum Sonderermittler ist noch anzumerken, daß die Arbeitnehmer- 36
vertreter im Aufsichtsrat dieses Unternehmens sich von einer ehe-
maligen Bundesjustizministerin anwaltlich vertreten lassen.
- Immer wieder aktiv ist auch der investigative Journalismus vom Ty- 37
pus des *Günter Wallraff*. Zuletzt war er Anfang 2008 in einem Zu-
lieferbetrieb von Lidl aufklärerisch tätig¹⁴. Es ist nicht zu verkennen,
daß auch andere Journalisten in Wirtschaftsstrafsachen ebenfalls
vermehrt ermitteln und insbesondere von Informanten jeder *Cou-
leur* bedient werden.

Unverkennbar boomt der Markt der privaten Ermittlungen. Meine These 38
zu diesen Wandlungen lautet: Die Staatsanwälte verlieren das Aufklä-
rungsmonopol. Durch die Privatisierung der Ermittlungen ist die strafpro-
zessuale Rechtskultur in Gefahr. Das wird zu Auseinandersetzungen mit
den Strafverteidigern führen. Neben dem Beispiel von Lidl und Aldi zeigt
auch das Beispiel der Deutschen Telekom, daß der Einsatz von Privater-
mittlern und deren Methoden zu neuen strafrechtlichen Problemlagen
führen. Wenn man Presseberichten glauben kann, sollen Daten von Tele-
fonkunden der Deutschen Telekom von Privatdetektiven ausgewertet wor-
den sein¹⁵, um einen vermuteten Geheimnisverrat von Aufsichtsratsmit-
gliedern aufzuklären. Einzelne Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sol-
len Informationen – zum Beispiel über einen geplanten Stellenabbau im
Unternehmen – an die Presse weitergegeben haben. Dies könnte wieder-

11 Zu den Rechtsgrundlagen für die Durchsetzung US-amerikanischer Wertpa-
piergesetze in Deutschland vgl. *Senderowitz/Ugarte/Cortez*, Die Durchsetzung
US-amerikanischer Wertpapiergesetze auf internationaler Ebene – Ausweitung
auf deutsche Unternehmen, *wistra* 2008, 281 ff.

12 Bonner Generalanzeiger vom 6.11. 2008.

13 Bonner Generalanzeiger vom 13.10. 2008.

14 Vgl. den Eintrag zu *Wallraff* bei wikipedia.

15 Strafbar nach § 206 StGB, § 43 in Verbindung mit § 44 BDSG.

um nach §§ 404 AktG, 17 UWG (Verrat von Geschäftsgeheimnissen) strafbar sein.

- 39 Hier schließt sich der Kreis. Die Ermittler werden für die Unternehmen selbst zum Problem. Und für die staatlichen Ermittler werden die vielen Verfahrensbeteiligten wiederum zum Problem: Wer darf Akteneinsicht erhalten, wer verrät Ermittlungsergebnisse an die Presse, wer könnte Zeugen bewußt oder unbewußt beeinflussen? Vor allem aber stellt sich die Frage, wie eigentlich die Rechte derjenigen ausgestaltet sind, die von diesen vielen Ermittlern angegangen werden?
- 40 Sind unter diesen Umständen private Ermittlungen überhaupt zulässig? Nach der StPO sollen die Ermittlungen bis zu deren Abschluß geheim sein (§ 147 Abs. 1 StPO). Das dient dem Persönlichkeitsschutz der Betroffenen, aber auch der Ermittlungstaktik. Diese Prinzipien sind jetzt in Gefahr. Nicht umsonst heißt es: „*Viele Köche verderben den Brei*“.
- 41 Noch wichtiger für unser Thema ist aber § 152 Abs. 1 StPO. Dort heißt es: „*Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen*“. Das hier formulierte Offizialprinzip bedeutet, daß die Strafverfolgung nur dem Staat obliegt, nicht dem einzelnen Bürger. Eine Ausnahme vom Anklagemonopol des Staates bilden nur die Privatdelikte (§ 374 ff. StPO). Nach der Strafprozeßordnung soll der Verletzte nur das Recht des ersten Zugriffs haben. § 127 Abs. 1 StPO besagt: „*Wer auf frischer Tat betroffen wurde, darf von Jedermann festgenommen werden*“. Damit endet aber auch die Ermittlungskompetenz des Verletzten.
- 42 Gegen die Zulässigkeit von privaten Ermittlungen durch Opfer von Straftaten hat sich *Winfried Hassemer* in einer 1996 veröffentlichten Schrift ausgesprochen¹⁶. *Hassemer* hat danach als Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts die Strafrechtsdiskussion maßgeblich beeinflußt. Er hält private Ermittlungen des Verteidigers zugunsten des Beschuldigten für zulässig, aber nicht private Ermittlungen durch das Opfer. Im deutschen Strafverfahren habe der Staat es übernommen, die Strafverfolgung für das Opfer zu betreiben. Das Offizialprinzip diene dem Rechtsfrieden und der Wahrheitserforschung, private Ermittlungen der Opfer seien immer interessegeleitet. Bei gleichzeitigen Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft und der Opfer ergebe sich die Gefahr der Verwässerung der Beweisquellen¹⁷. Dies sei insbesondere bei Vernehmungen von Zeugen durch Op-

16 *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, 1996, S. 24, 85; anderer Ansicht für den Bereich des Arbeitsrechts *Renners*, Private Investigation und Arbeitsrecht, 2007, S. 28.

17 *Hassemer/Matussek* (Fn. 16), S. 25 ff.

feranwalte der Fall¹⁸. Das alles müsse letztlich in Analogie zu § 136a StPO zu einem Verwertungsverbot fuhren¹⁹.

Eine solche Diskussion über die Zulässigkeit von Privatermittlungen gab es im Arbeitsrecht schon einmal im Hinblick auf die Betriebsjustiz²⁰. Die Verhängung von Betriebsbuen gegen Arbeitnehmer bei Verstößen gegen die Betriebsordnung wird heute – unter Mitwirkung des Betriebsrats – als zulässig angesehen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Die damalige Diskussion wieder aufzugreifen, ist aber erlaubt, weil die Unternehmen wieder in Konkurrenz zu den staatlichen Ermittlern treten und sich dabei erneut die Frage nach den Grenzen der Ermittler stellt. Dabei geht es nicht um den Komplex der Arbeitnehmerkriminalität, so wie ich den Bereich anfangs definiert habe. Sondern die Frage ist, in welchem Ausmaß private Ermittlungen im klassischen Bereich der Wirtschaftskriminalität zulässig sind, und zwar in Konkurrenz zur Staatsanwaltschaft.

Der Standpunkt von *Hassemer* ist nicht unproblematisch. Die zentrale Vorschrift für die strafprozessualen Verwertungsverbote ist § 136a StPO, der einen Katalog an verbotenen Vernehmungsmethoden enthält. Eine Drittwirkung für Privatpersonen wird aber nur in sehr engen Grenzen bejaht²¹. Außerdem besteht für die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen ein legitimes Interesse. In der Praxis sind die von *Hassemer* vorgenommenen Differenzierungen auch nur sehr schwer durchzuhalten. Wenn er dem Strafverteidiger Ermittlungen erlauben will, den Opferanwalten aber nicht, dann hilft diese Unterscheidung bei den Unternehmensstraftaten nicht weiter. Hier ist ja gerade unklar, wer Täter ist und wer als Arbeitnehmer Mittäter oder Mitwisser ist. Diese Unsicherheit ist nicht nur in den Beweisschwierigkeiten begründet, sondern auch in den rechtlichen Vorgaben für die Verteilung von Schuld.

IV. Unternehmenskriminalität und Organisationsdelikte

Warum ist es so schwer, im Bereich der Unternehmensdelikte die strafrechtliche Verantwortung richtig zu verteilen?

Aus der Sicht eines Tatrichters ist dies ein besonderer Tatort. Er kennt zwar aus dem Kernstrafrecht Organisationsdelikte, die er als Bandendelikte und Delikte von „kriminellen Vereinigungen“ erfaßt. Diese Organisationsbegriffe setzen aber voraus, daß sich mehrere Personen zur Begehung

18 *Hassemer/Matussek* (Fn. 16), S. 26 f.

19 *Hassemer/Matussek* (Fn. 16), S. 75 ff.

20 Über die Anwendung strafprozessualer Grundsätze für Werkschutz und Betriebsgerichte *Kaiser*, Bedeutung strafprozessualer Grundsätze für Werkschutz und Betriebsgerichte, BB 1967, 1295.

21 Zum Meinungsstand vgl. *Meyer-Goßner*, Kommentar zur Strafprozessordnung, 51. Aufl. 2008, § 136a StPO Rn. 3 mit weiteren Nachweisen.

von Straftaten zusammenschließen, mithin vorher noch keine Mitglieder einer Organisation waren²². Ganz anders im Wirtschaftsstrafrecht. Hier werden Straftaten begangen, nachdem eine Organisationsbildung schon erfolgt ist. Der Arbeitnehmer unterliegt dem Weisungsrecht des Unternehmers. Der Unternehmer kann seinerseits Aufgaben delegieren und sich so von Verantwortung befreien. Oder der Unternehmer organisiert Straftaten, ohne selbst großartig Hand anzulegen. Er nutzt die legale Organisation und kann mit geringem Aufwand sein kriminelles Ziel erreichen.

- 46 Es kommt aber auch vor, daß Mitarbeiter übereinkommen, Straftaten zu begehen, der Unternehmensträger nur zufällig davon erfährt, das Vorgehen aber duldet, weil die Straftaten für alle Beteiligten eine Arbeitserleichterung bedeuten. Einen solchen Fall hatten wir vor kurzem zu entscheiden; dabei ging es um die Falschetikettierung von Rindfleisch. Wir haben hier den Unternehmer wegen Mittäterschaft durch Unterlassen²³ und damit wegen Verstoß gegen die Rindfleischetikettierungsverordnung²⁴ verurteilt.
- 47 In der Praxis kommt als Schwierigkeit hinzu, daß man es in der Regel nicht mit einer einzigen Straftat im Unternehmen zu tun hat, sondern mit einer Gemengelage von kriminellen Aktivitäten. Dazu muß man sich die Ursachen für Wirtschaftskriminalität in Erinnerung rufen: Das Streben nach wirtschaftlichem Erfolg wird psychologisch durch einen Neutralisierungsmechanismus überdehnt: Man verstößt gegen die Regeln, weil die „anderen“, zum Beispiel die Konkurrenz oder auch „die da oben“, es auch nicht anders machen²⁵.

V. Informanten- und Selbstbelastungsschutz

- 48 Diese Gemengelage ist an sich nicht neu. Verändert hat sich aber die Situation der Beteiligten, sobald die strafrechtlichen Ermittlungen einsetzen. Die Vielzahl an staatlichen und privaten Ermittlern ist ein deutliches Zeichen für diese Veränderung. Früher herrschte die Vorstellung vor, bei Wirtschaftsstraftaten würden alle Betriebsmitglieder im selben Boot sitzen. Dementsprechend wurden Straftaten von der Firmenleitung häufig

22 Zum Bandenbegriff *T. Fischer* (Fn. 3), § 244 StGB Rn. 17 mit weiteren Nachweisen.

23 Zur Rechtsfigur der „Mittäterschaft durch Unterlassen“ BGH 6.11. 2002 – 5 StR 281/01, BGHSt 48, 77 ff.

24 Die genaue Tatbezeichnung lautet: „§ 10 Absätze 1 und 3 Rindfleischetikettierungsgesetz, § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. b Rindfleischetikettierungsverordnung, Art. 13 Abs. 1 Unterabsatz 1 und Abs. 5 lit. a Verordnung (EG) Nr. 1760/2000“.

25 Zu den Neutralisierungstechniken bei Unternehmensstraftaten *Hefendehl*, Neutralisationstechniken bis in die Unternehmensspitze – Eine Fallstudie am Beispiel Ackermann, MSchrKrim 2005, 444 ff.

mit dem Argument gerechtfertigt, man habe gehandelt, um die Arbeitsplätze zu sichern. Traditionelle Firmenverteidigung versucht, diese Situation durch eine Art Sockelverteidigung auszunutzen²⁶. Jeder potentielle Beschuldigte des Unternehmens erhält einen Verteidiger, aber alle Anwälte stimmen sich über die Grundlagen einer gemeinsamen Basisverteidigung ab. Eine solche Verteidigung setzt aber voraus, daß alle Beteiligten die gleichen Interessen haben.

Diese Vorstellung gerät heutzutage ins Wanken. Die Interessen der Akteure sind nicht mehr gleichgerichtet, sondern gegenläufig und damit konfliktträchtig. 49

- In der Krise kann eine neue Unternehmensführung ein vehementes Interesse daran haben, das Fehlverhalten der früheren Unternehmensleitung aufzuklären. Die Ermittlungen haben dann das Ziel, an Informationen zu kommen, um gegen die alte Führungsriege, die das Unternehmen freiwillig oder unfreiwillig verlassen hat, zivilrechtlich vorzugehen. Dabei können die im Unternehmen verbliebenen Mitarbeiter versucht sein, sich auf Kosten der Ausgeschiedenen zu entlasten.
- Um gegen die eigene Person gerichtete Schadensersatzansprüche abzuwehren²⁷, kann bei der Führungsebene aber auch das Bestreben vorhanden sein, Verantwortung auf die Führungsmitglieder der zweiten oder dritten Ebene abzuladen. Da die strafrechtliche Verantwortung sehr stark von der Frage abhängt, wie die Aufgaben im Unternehmen verteilt waren, wer welche Überwachungsaufgaben hatte und wer von welchen Dingen wußte, gibt es allerhand Ansatzpunkte für die Verschleierung eigener Schuld. Hausinterne Ermittlungen sind dann nicht mehr ohne weiteres neutral, sondern möglicherweise zielführend. 50

Eine unsichere Rechtslage und ein Tatort, der durch Organisations- und Machtstrukturen gekennzeichnet ist, läßt nochmals die Frage von *Hassemer* nach der Zulässigkeit von privaten Ermittlungen aufkommen. Es handelt sich offensichtlich um eine rechtsstaatliche Grauzone. Nach meiner Einschätzung wird *Hassemer* in den nächsten Jahren viel Zustimmung 51

26 Zur Zulässigkeit der Sockelverteidigung im Unterschied zur unzulässigen Mehrfachverteidigung LG Frankfurt 4.4. 2008 – 5/26 Qs 9/08, 5-26 Qs 9/08, NStZ-RR 2008, 205; aus Strafverteidigersicht *Minoggio*, Firmenverteidigung, 2005, S. 186 ff.

27 Übersichtsaufsätze zur zivilrechtlichen Haftung von Organmitgliedern bei Unternehmensstraftaten von *Kiethe*, Gesellschaftsstrafrecht – Zivilrechtliche Haftungsgefahren für Gesellschaften und ihre Organmitglieder, WM 2007, 722 ff. und *Redeke*, Auswirkungen des UMAG auf die Verfolgung von Organhaftungsansprüchen seitens des Aufsichtsrats, ZIP 2008, 1549 ff.

mung erfahren: Die Strafverteidiger werden den Manipulationsvorwurf erheben und den Auftraggeber solcher Privatermittlungen in den Zeugenstand bringen. Einige Strafverteidiger singen wegen der aufgezeigten Probleme inzwischen ein Loblied auf die „gute alte“ Staatsanwaltschaft und zeigen Unternehmen wegen Untreue an mit dem Vorwurf, die Privatermittlungen seien unnötig und gesetzwidrig, der den Ermittlungen zugrunde liegende Auftrag damit zivilrechtlich nichtig, so daß deren Bezahlung für das Unternehmen einen Vermögensschaden verursache.

- 52 1. Auch wenn man *Hassemers* rigorosen Standpunkt ablehnt, bleibt zu fragen, ob eine Zurückdrängung privater Ermittlungen erforderlich ist. Dabei scheint mir nur der Informantenschutz im Hinblick auf die geplante Gesetzesänderung in § 612a BGB ausreichend in der Öffentlichkeit diskutiert²⁸, während eine nachhaltige Debatte über die Selbstbelastungsfreiheit im Arbeitsrecht fehlt.
- 53 Zum Informantenschutz und zur Einführung von *whistle-blower*-Systemen möchte ich nur eine kurze Anmerkung machen: Wenn der Arbeitnehmer, der sich mit einer Strafanzeige an die Behörden wendet, als Denunziant diskreditiert wird²⁹, dann muß man sehen, daß auch der Unternehmer denunziert. Das Bundeskartellamt erzielt derzeit mit einer Art Kronzeugenregelung in Kartellbußgeldverfahren erhebliche Erfolge³⁰.
- 54 2. Im Gegensatz zum Informantenschutz halte ich den *Selbstbelastungsschutz* für besonders diskussionswürdig: Wenn der Arbeitnehmer nicht von sich aus Angaben zur Sache machen will, ist er doch als Mitwisser ein wichtiger Zeuge für die Staatsanwaltschaft. Er könnte aber auch an den Taten beteiligt sein. Wie ist dann mit einem tatverdächtigen Zeugen umzugehen?
- 55 a) Für den Strafrichter ist die Situation beim Arbeitnehmer, der nicht aussagen möchte, weil er selbst in die Gefahr der Strafverfolgung geraten könnte, relativ einfach. Als Beschuldigter steht ihm ein Schweigerecht zu (§ 136 Abs. 1 StPO), das nach herrschender Meinung Verfassungsrang

28 Vgl. *Sasse*, *Hilfspolizist Arbeitnehmer – oder sinnvolle Neuregelung?*, NZA 2008, 990 ff.; *Mahnhold*, „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737 ff. und die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins, abrufbar unter www.anwaltsverein.de.

29 Vgl. *Löw*, *Die Woche im Arbeitsrecht – Standpunkt*, BB 2008, 1449.

30 Zur Kronzeugenregelung für Unternehmen im deutschen und europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht vgl. *Wissmann/Dreyer/Witting*, *Kartell- und regulierungsbehördliche Ermittlungen in Unternehmen und Risikomanagement*, 2008, S. 96 f., 317 ff.

hat³¹. Aus dem Schweigen des Angeklagten dürfen keine negativen Schlüsse gezogen werden. Richtet sich das konkrete Verfahren gegen einen anderen Tatverdächtigen, kann der Arbeitnehmer zwar als Zeuge vorgeladen werden. Nach § 55 StPO kann man aber als Zeuge die Aussage auf einzelne Fragen verweigern, wenn man sich durch deren wahrheitsgemäße Beantwortung selbst der Gefahr der Strafverfolgung aussetzt. Dies gilt auch für Fragen, die nur mittelbar mit dem heiklen Thema zusammenhängen, so daß der tatnahe Zeuge nach der sogenannten Mosaiktheorie letztlich alle Antworten verweigern darf³².

b) Im Gegensatz zu den staatlichen Ermittlungen spielt das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit bei den Privatermittlern derzeit keine Rolle. Ob der Arbeitnehmer verpflichtet ist, gegenüber einer von seinem Arbeitgeber initiierten Privatermittlung auszusagen, kann ich dem Arbeitsrecht nicht eindeutig entnehmen. Man kann jedenfalls unter Hinweis auf die Treuepflichten des Arbeitnehmers eine solche Aussagepflicht rechtlich konstruieren. Schwierig ist die Situation, wenn die Auskunftsperson selbst unter Verdacht gerät. Auf ein Recht nach § 55 StPO oder ein Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, wird jedenfalls in der mir bekannten Praxis nicht hingewiesen. Vielmehr wird aus dem Arbeitsrecht eine umfassende Verpflichtung abgeleitet, gegenüber den vom Unternehmen beauftragten Ermittlern die Wahrheit sagen zu müssen. Dementsprechend wird er dahingehend von den Privatermittlern belehrt, daß er auch dann aussagen müsse, wenn er sich durch die Aussage selbst belaste. 56

Für den Staatsanwalt scheint diese Entwicklung positiv zu sein: Die Privatermittler ersparen ihm nicht nur Arbeit, sondern sie sind mangels rechtsstaatlicher Bindungen in den Vernehmungen sogar effektiver. Für Erklärungen gegenüber Dritten gibt es im Strafprozeß zudem im Grundsatz kein Verwertungsverbot³³. Selbst wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO Gebrauch macht, könnte der Privatermittler als Zeuge über die Aussage des Arbeitnehmers vernommen werden. 57

Nach meinen Erfahrungen sind solche privaten Vernehmungen gut formuliert, ohne handschriftliche Anmerkungen oder Korrekturen. Wer polizeiliche Vernehmungsprotokolle kennt, wird allerdings mißtrauisch gegenüber einer so glatten Form. Wurde hier das Vernehmungsergebnis „ausgehandelt“ und saßen sich dabei ebenbürtige Partner gegenüber? Für 58

31 BVerfG 22.10. 1980 – 2 BvR 1172/79, 2 BvR 1238/79, NJW 1981, 1087; zur Ableitung aus Art. 6 MRK vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 21), § 136 StPO Rn. 7 mit weiteren Nachweisen.

32 *Meyer-Goßner* (Fn. 21), § 55 StPO Rn. 2 mit weiteren Nachweisen.

33 *Meyer-Goßner* (Fn. 21), § 55 StPO Rn. 12, § 136a StPO Rn. 3 ff. mit weiteren Nachweisen.

den liberalen Strafverfolger ist die Entwicklung nicht unbedenklich. Vernehmungen können eine Drucksituation aufbauen, die die Wahrheit verfälscht.

- 59 c) Gibt es Lösungsmöglichkeiten? Konflikte zwischen dem außerstrafrechtlichen Druck zur Aussage einerseits und dem strafprozessualen Selbstschutz andererseits sind nicht selten.

Typisches Beispiel ist die Verpflichtung des Insolvenzschuldners zur wahrheitsgemäßen Auskunft gegenüber dem Insolvenzverwalter. Da seine Angaben auch in einem Strafverfahren wegen Konkursverschleppung oder Untreue verwandt werden könnten, hat das Bundesverfassungsgericht 1981 in seiner sogenannten Gemeinschuldnerentscheidung für den Strafprozeß ein Verwertungsverbot statuiert³⁴. Dieses Beweisverwertungsverbot ist inzwischen in § 97 Abs. 1 InsO gesetzlich geregelt³⁵. Im Strafverfahren darf der Insolvenzverwalter daher nicht zu der Frage vernommen werden, welche Angaben der Insolvenzschuldner ihm gegenüber gemacht hat³⁶, es sei denn, der Angeklagte stimmt der Verwertung zu.

- 60 Es gibt noch eine Vielzahl weiterer außerstrafrechtlicher Situationen, in denen Angaben zu Sachverhalten erwartet werden, die ebenfalls strafrechtliche Relevanz haben können. So werden beispielsweise dem Asylbewerber bei der Prüfung seines Antrags umfangreiche Erklärungen abverlangt (§ 25 Abs. 1, 2 AsylVfG), mit denen er sich gegebenenfalls zu einer Straftat (zum Beispiel illegale Einreise) bekennen muß. Dennoch wird in diesen und ähnlich gelagerten Fällen ein Beweisverwertungsverbot von der Rechtsprechung abgelehnt. Dem liegt folgende Differenzierung zugrunde: Das Asylverfahren begründet keine Aussagepflicht des Bewerbers, sondern statuiert nur eine Mitwirkungslast. Wird die Mitwirkung verweigert, kann das zu Rechtsverlusten führen, während beim Gemeinschuldner der Verstoß gegen die gesetzliche Wahrheitspflicht staatliche Sanktionen nach sich zieht³⁷.
- 61 Eine Übertragung der Gemeinschuldnerentscheidung auf die Situation des Arbeitnehmers wurde 1988 vom OLG Karlsruhe abgelehnt³⁸. Dies betraf

34 BVerfG 13.1. 1981 – 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37.

35 Die Entscheidung BVerfG 13.1. 1981 – 1 BvR 116/77 (Fn. 34) ist aber unverändert bedeutsam für die Begründung eines strafprozessualen Verwertungsverbots bei Selbstauskünften nach § 807 ZPO, vgl. BGH 19.3. 1991 – 5 StR 516/90, BGHSt 37, 340, 342.

36 Andere Fragen sind erlaubt, so daß auch Zwangsmaßnahmen gegen den Insolvenzverwalter zulässig sind, vgl. LG Ulm 15.1. 2007 – 2 Qs 2002/07 Wik, 2 Qs 2002/07, NJW 2007, 2056 zur Durchsuchung.

37 Zu dieser Differenzierung vgl. Kölbl, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, S. 72 ff.

38 OLG Karlsruhe 6.9. 1988 – 1 Ss 68/88, StV 1989, 7 = NStZ 1989, 287 mit Anmerkung Rogal.

allerdings einen Fall der von mir so genannten Arbeitnehmerkriminalität. Außerdem hatte die Revision schon aus anderen Gründen Erfolg. Angesichts der veränderten Lage im Bereich der Unternehmenskriminalität möchte ich die Dinge heute etwas anders sehen: Muß man nicht anerkennen, daß der Arbeitnehmer, der von Privatermittlern im Auftrag des Unternehmens vernommen werden soll, unter einem enormen Druck zur Aussage steht? Ich zitiere einen Zeugen: „*In dieser Situation hätte ich alles unterschrieben*“. Liegt nicht ein Machtgefälle vor, weil der Arbeitnehmer mit innerbetrieblichen Nachteilen rechnen muß? Aus der Vernehmungslehre weiß der Tatrichter, daß es beim Verhör zu einer Interaktion zwischen Vernehmenden und der Verhörsperson kommt, bei der es auch unbewußt zu Verfälschungen kommen kann. Ich denke nicht nur an suggestive Fragen. Allgemein heißt es in der Kriminalistik: „*Wer fragt, der führt!*“³⁹

Auch wenn man den rigorosen Standpunkt von *Hassemer* ablehnt, sollte man nach Kompromißlösungen suchen. Solche können vom Arbeitsrecht oder vom Strafprozeßrecht kommen. 62

Aufgrund einer verfassungsrechtlichen Entscheidung haben Zeugen, denen das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit zustehen könnte, die Möglichkeit, vor dem Strafgericht mit einem Zeugenbeistand zu erscheinen⁴⁰. Es kann nur das Arbeitsrecht beantworten, ob Arbeitnehmern bei Privatermittlungen ähnliche Rechte zustehen sollen und ob sie darüber vorab zu belehren sind. Bei der sehr viel harmloseren Betriebsjustiz wird dieses Recht wohl allgemein akzeptiert⁴¹. 63

Ob Arbeitnehmer verpflichtet sind, in einer vom Arbeitgeber organisierten Vernehmung gegenüber den Privatermittlern auszusagen, kann ebenfalls nur das Arbeitsrecht entscheiden. Sicherlich wird der Arbeitnehmer immer Gelegenheit zur Anhörung erhalten müssen, wenn eine fristlose Kündigung droht⁴². Gelegenheit zur Anhörung ist aber etwas anderes als eine Vernehmung unter Hinweis auf eine Aussagepflicht. Die Anhörungsfälle betreffen im übrigen in der Regel die von mir so bezeichnete Arbeitnehmerkriminalität. Für Vernehmungen, die noch nach der ersten Anhörung des Arbeitnehmers von Privatermittlern im Auftrag des Arbeitgebers durchgeführt werden, möchte ich ein Beweisverwertungsverbot bei Selbstbelastungen bejahen. Dies jedenfalls dann, wenn nicht vor der Ver- 64

39 Zur Vernehmungslehre und den vielfältigen Fehlerquellen *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. 2008, S. 185 ff.

40 BVerfG 8.10. 1974 – 2 BvR 747/73, BVerfGE 38, 105.

41 *Kaiser*, BB 1967, 1295, 1297.

42 BAG 13.3. 2008 – 2 AZR 961/06, BB 2008, 2300; BAG 26.9. 2002 – 2 AZR 424/01, NZA 2003, 991.

nehmung ausdrücklich über das Aussageverweigerungsrecht belehrt wurde⁴³.

- 65 Das von mir für den Fall einer arbeitsrechtlichen Aussagepflicht favorisierte strafrechtliche Verwertungsverbot analog zur Gemeinschuldnerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts löst allerdings nicht alle Problemfälle. Im Bereich der Unternehmenskriminalität wären nur die Fälle betroffen, in denen der Mitarbeiter als Beschuldigter in Betracht kommt. Alle anderen Fälle, bei denen die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung von Zeugen durch Privatermittler besteht, werden nicht erfaßt. Hier bleibt es bei der Gefahr der Verwässerung der Beweismittel, wie sie von *Hassmer* beschrieben wurde. Ein pragmatischer Weg wäre zum Beispiel, daß der Arbeitnehmer darauf bestehen darf, sich bis zum Abschluß des Strafverfahrens ausschließlich von den staatlichen Ermittlungsbehörden vernehmen zu lassen. Einen solchen Grundsatz könnte nur das Arbeitsrecht aufstellen.
- 66 Aus strafrechtlicher Sicht bleibt ansonsten nur die Möglichkeit, die Umstände der Privatermittlungen in der Hauptverhandlung aufzuklären. Dann wird man die Vorstandsvorsitzenden befragen müssen über Inhalt und Zielvorgaben des Ermittlungsauftrags an die Privatermittler. Vielleicht zeigen die jüngsten Ereignisse bei der Deutschen Telekom jedoch, daß es sachdienlicher sein könnte, mit eigenen Ermittlungen wieder vorsichtiger zu sein, um auch den Vorwurf der Verwässerung von Beweismitteln möglichst zu vermeiden.
- 67 3. Von manchen Zuhörern mögen diese von mir geäußerten rechtsstaatlichen Bedenken als Marginale erscheinen. Indessen nehmen die privaten Ermittlungen immer bedenklichere Züge an. Drei Beispiele möchte ich kurz erwähnen, wobei ich ausdrücklich hervorheben will, daß sie keinen Bezug zur Deutschen Telekom haben, was man vielleicht vermuten könnte, weil ich aus Bonn komme:

43 Vorbildlich insoweit § 20 Landesdisziplinargesetz NRW: „(1)... Hierbei muß eröffnet werden, welches Dienstvergehen zur Last gelegt wird. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, daß es der betroffenen Person freisteht, sich mündlich oder schriftlich zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und sich jederzeit einer oder eines Bevollmächtigten oder eines Beistandes zu bedienen. ... (3) Ist die nach Absatz 1 ... vorgeschriebene Belehrung unterblieben oder unrichtig erfolgt, darf die Aussage der Beamtin oder des Beamten nicht zu ihrem oder seinem Nachteil verwertet werden.“ Wenn der Beamte sich allerdings dazu entschließt, zur Sache auszusagen, dann muß er nach Disziplinarrecht die Wahrheit sagen, solange die berufliche Existenz nicht bedroht ist (so BDiG 29.3.1999 – XIII Bk 9-98, NVwZ-RR 1999, 519 ff.), während er im Strafprozeß bis zur Grenze der falschen Verdächtigung zur Lüge berechtigt ist.

- Eine aktuelle Entwicklung geht dahin, die durch die Privatermittlungen erzielten Zeugenaussagen in der Weise abzusichern, daß Zeugen ein Vertragsstrafenversprechen abgenommen wird, wonach sie gegenüber den staatlichen und/oder privaten Ermittlern die Wahrheit zu sagen haben. Auf ein solches Vertragsstrafversprechen läßt man sich naturgemäß nur in einer wirtschaftlich abhängigen Lage ein. 68
- Zusammen mit den wahrscheinlichen Straftätern werden Randfiguren des Geschehens mit einer Millionenklage überzogen, und zwar möglicherweise mit dem Ziel, diese nunmehr zu einer Aussage zu bewegen. Der frühere Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft kann sich so zusammen mit einigen Arbeitnehmern auf der Beklagtenbank des Arbeitsgerichts wiederfinden; § 2 Abs. 3 ArbGG verlangt für eine Zusammenhangsklage nur einen „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“. 69
- Ein letztes Beispiel ist der Auftrag an Privatdetektive, ein persönliches Dossier über den Vorsitzenden einer Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Köln zu erstellen. Gibt es in seinem Privatleben Schwachstellen, die im Strafprozeß hilfreich sein könnten? Das war vor drei Jahren. Die Privatdetektive hat man ermittelt, den Auftraggeber nicht. Der Kollege ist inzwischen in einer Zivilkammer tätig. 70

Dazu einige *Anmerkungen*:

71

Sittenwidrig wäre ein solches *Vertragsstrafenversprechen* wohl nicht: Auslöser für die Verwirkung der Vertragsstrafe ist der Verstoß gegen die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage. Außerdem besteht im Grundsatz ein legitimes Interesse bei dem Opfer an der Tataufklärung und zur Begründung von Schadensersatzforderungen. Die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB wegen der Ausnutzung einer Zwangslage könnte man selbst in einem arbeitsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls bejahen. Eine generelle Regel ist daraus daher nicht ableitbar. Ansonsten wird in § 344 BGB zwar geregelt, daß ein Vertragsstrafenversprechen unwirksam sein soll, wenn es ein Gesetz für unwirksam erklärt. Eine solche Wirkung dürfte den §§ 132, 55 StPO aber für das Zivilrecht nicht zukommen. § 344 BGB meint nur gesetzliche Verbote, die sich gegen das dem Vertragsstrafenversprechen zugrunde liegende Grundgeschäft richten.

Bei der *Klage vor dem Arbeitsgericht* auf Schadensersatz könnte das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit insofern tangiert sein, als der Beklagte sich nach § 138 Abs. 2 ZPO substantiiert zu dem Klagevorbringen einer unerlaubten Handlung erklären muß. Ob darin ein Geständniszwang gesehen werden kann, ist zu bezweifeln, da es hier ähnlich wie beim Asylverfahren um eine Mitwirkungslast geht, deren Nichterfüllung lediglich pro-

72

zessuale Nachteile mit sich bringt⁴⁴. Allerdings hat mein Kollege *Dauster*, Vorsitzender Richter am Landgericht München I, schon 2000 in einem Aufsatz gefordert, daß Angaben im Zivilprozeß für das Strafverfahren nicht verwertbar sein sollten⁴⁵. Er hat sich dazu ausdrücklich auf die Gemeinschuldnerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts berufen⁴⁶. Eine einfachere Lösung wäre sicher die Aussetzung des Zivilprozesses bis zum Abschluß des Strafverfahrens. Nach § 149 ZPO steht dies beim Verdacht einer Straftat im Ermessen des Zivilrichters. Allerdings ist es auch hier umstritten, ob sich aus dem Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit eine Pflicht des Gerichts auf Aussetzung des Zivilverfahrens ergibt⁴⁷. Für den Arbeitsrichter dürfte sich damit aber eine Lösung abzeichnen, wie beim Verdacht des Mißbrauchs von Klagerechten vorgegangen werden kann.

- 73 Und bei der *Richterbespitzelung* stellt sich die Frage, wie das ganze rechtlich zu bewerten ist: Haben sich die Privatermittler überhaupt strafbar gemacht? Wohl nicht. Das Eindringen in die Privatsphäre eines Richters ist für sich genommen noch nicht strafbar. Es geht hier um eine Rechtskultur, die in Gefahr ist. Ich habe das Beispiel auch nur angeführt, um zu zeigen, daß wir alle von der Verletzung von Grundrechten betroffen sein können.

VI. Fazit

- 74 Das Wirtschaftsstrafrecht ist kein Instrument zur Wirtschaftslenkung, sondern es dient der Bekämpfung von Machtmißbrauch. Die staatlichen und die privaten Ermittler dürfen aber ihrerseits ihre Macht nicht mißbrauchen. Dies zu garantieren, ist eine gemeinsame Aufgabe von Arbeitsrecht und Strafprozeßrecht.

44 Zum Meinungsstand *Kölbel* (Fn. 37), S. 74 mit weiteren Nachweisen.

45 *Dauster*, Die zivilprozessuale Erklärungslast zur Wahrhaftigkeit und Vollständigkeit nach § 183 Abs. 1 und 2 ZPO im Spannungsfeld mit dem Recht des Beschuldigten nach §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, *StraFo* 2000, 154 ff.; generell zur Problematik eines „Sachvortragsverwertungsverbotes“ BAG 13.12. 2007 – 2 AZR 537/06, *NJW* 2008, 2732.

46 Zur Selbstbelastungsfreiheit im Zivilprozeß BVerfG 13.1. 1981 – 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37, 44.

47 Dagegen *Böse*, Der Nemo-tenetur-Grundsatz als Gebot zur Aussetzung des Zivilprozesses nach § 149 ZPO?, *wistra* 1999, 451 ff.; zur Ermessensreduzierung, wenn der Staat selber wegen Subventionsbetrugs im Zivilprozeß klagt, vgl. LG Dresden 28.9. 2005 – 10 O 3727/04, *StV* 2007, 294.

B. Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Herr *de Vries*, Ihre Hinweise waren für mich deshalb so interessant, weil das Arbeitsrecht auch die *Compliance*-Diskussion in Bezug auf eine streitige vertragliche Verpflichtung der Mitarbeiter zu Auskünften führt. *Volker Rieble* hat das 2003 schon einmal diskutiert (ZIP 2003, 1273). Mich interessiert das deshalb, weil ich gerade ein Kapitel im Münchener Handbuch darüber schreibe. Ich möchte dazu sagen: Es ist eine interessante Diskussion deshalb, weil – wie Sie zu Recht sagen – die Theorie die Praxis nicht hinlänglich erfasst: Wenn ich theoretisch schreibe, dass der Arbeitnehmer aufgrund § 241 Abs. 2 BGB – das ist die Rücksichtnahmepflicht, die man früher mit Treuepflicht übersetzt hat – zu einer gewissen Auskunftspflicht auf Fragen verpflichtet ist, dann heißt das eigentlich noch gar nichts. Denn er darf sich selbst nach herrschender Meinung damit jedenfalls nicht selbst belasten müssen. Es ist auch schon herrschender Konsens im Arbeitsrecht, dass man Belastungen vor allem mit diesen häufig auch rechtsstaatsfeindlichen Mitteln im Prinzip nicht dulden darf, aber dass es trotzdem passiert, ist genauso klar. Deswegen würde ich Ihnen sehr gerne folgen, wenn Sie sagen, dass hier jedenfalls ein Beweisverwertungsverbot – wenn ich Sie richtig verstanden habe – im eigentlichen Verfahren gilt. Würden Sie das dann auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren so sehen oder haben Sie nur über das Strafverfahren gesprochen? 75

Hinrich de Vries, Vorsitzender Richter am Landgericht Bonn:

Zum Beamtenrecht: Da gibt es das Disziplinarverfahren, und in Nordrhein-Westfalen existiert dafür eine ausdrückliche Regelung. Der Beamte muss mit Beginn der Ermittlungen darüber informiert werden, was ihm vorgeworfen wird. Dann muss dem Beamten gesagt werden, dass er sich nicht selbst zu belasten braucht, und im Gesetz steht, dass, wenn diese Belehrung nicht erfolgt, ein Verwertungsverbot eintritt. Da das im Beamtenrecht schon geregelt ist, würde ich sagen, das gilt auch für das Disziplinarverfahren und in zweiter Linie dann erst für das Strafverfahren. Man müsste auch überlegen, ob nicht aus dem Beamtenrecht die Verpflichtung käme, an die Strafverfolgungsbehörden keine Mitteilung zu machen, weil man aufgrund des Verstoßes einer Schweigepflicht unterliegt. Insofern ist es letztlich eine Entscheidung des Arbeitsrechts, aber wenn man zum Beamtenrecht die Parallele zieht, gibt es eine eindeutige Regelung: Der Arbeitnehmer muss vorher klar und deutlich belehrt werden, und entsprechend führt der Verstoß auch im Arbeitsrecht zum Verwertungsverbot. Ich 76

rede nicht über die Fälle, in denen eine erste Anhörung erfolgt, weil irgendetwas plötzlich aufgefallen ist und man *ad hoc* klären will, was los ist. Aber in dem Moment, in dem ich jemanden vernehme und bedränge, Vorhalte mache und Ähnliches, da stellt sich in der Tat die Frage, ob man ihn nicht dann auch aufklären muss über seine Rechte, wenn sie arbeitsrechtlich gelten. Dafür bin ich nicht kompetent. Ich kann nur die Konsequenzen ziehen für das Strafprozessrecht.

Dr. André Große Vorholt, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft, München:

- 77 Herr *de Vries*, ich stimme Ihnen zu, was den Befund angeht, hinsichtlich des Standes von Privatermittlungen, und auch was die Qualität angeht, in der diese Ermittlungen häufig abgeschlossen werden. Man bekommt teilweise zur anwaltlichen Verwertung Untersuchungsergebnisse, Befragungsprotokolle, die für juristische Zwecke auch aus der Sicht des Arbeitgebers schlechthin unverwertbar sind. Es werden die falschen Fragen gestellt, und Zeugen werden unter Druck gesetzt. Das merkt man teilweise auch den Protokollen an. Insoweit stimme ich Ihnen zu. Ich würde aber gern zwei Nuancen in die Diskussion einbringen. Die eine ist die Perspektive des beratenden Anwalts, der konfrontiert ist mit strafrechtlich relevanten Fällen im Unternehmen, und der damit umgehen muss. Der Unternehmensanwalt hat zwei Perspektiven: Die eine ist die Auseinandersetzung mit der Staatsanwaltschaft, die repressiv gegen Entscheidungsträger des Unternehmens vorgeht, möglicherweise das Unternehmen selbst belangt über den Verfall oder über die Unternehmensgeldbuße. Es ist aber auch so, dass man zukunftsorientiert den Fall bewerten muss. In der Mauer-schützenentscheidung verlangt der BGH, die im Wirtschaftsstrafrecht inzwischen umgesetzt wird, dass die geschäftsleitenden Organe von Unternehmen regelhafte Abläufe in ihren Unternehmen kontrollieren. Die geschäftsleitenden Organe sind verpflichtet, die Rechtmäßigkeit der Unternehmensabläufe sicherzustellen. Das erfordert eben auch, dass man ermittelt und überprüft, wenn man feststellt: Es ist zu Fehlentwicklungen gekommen. Deshalb haben die unternehmensinternen Ermittlungen eine erhebliche Bedeutung im Zusammenhang mit effektiven *Compliance*-Maßnahmen, die über das Strafrecht weit hinausgehen und personalbezogene Maßnahmen fordern. Wenn Sie daran denken, dass im Zusammenhang mit strafrechtlichen Fällen Vergaberechtssperren erfolgen und Subventionen zurückgefordert werden können, dann muss man die Zuverlässigkeit der betriebsmäßigen Abläufe darlegen und vor anderen Behörden auch dartun. Das schließt ein, dass man sagt, man hätte die persönliche Zuverlässigkeit von bestimmten Mitarbeitern geprüft, diese gegebenenfalls ausgetauscht oder sachgerechte Vorkehrungen getroffen. Dafür ist es wichtig, dass man weiß, was passiert ist. Man hat auch einen faktischen

Ermittlungsdruck, um einen ordnungsgemäßen Betrieb wiederherzustellen. Mein zweites Anliegen ist, eine Lanze für die Sockelverteidigungen zu brechen, schon deshalb, weil ich selbst einige führe. Sockelverteidigungen sind Verteidigungen, die ein Unternehmensanwalt zusammenstellt und verschiedene Individualverteidiger verschiedenen Mitarbeitern im Unternehmen zuteilt. Der Sockel, auf den sich dann die anderen gedanklich stellen sollen, ist eine bestimmte Sachverhaltsbasis, die konsentiert ist. Wir sind vollkommen einer Meinung, dass Interessenkonflikte nie Teil des Sockels sein dürfen. Wenn man also strittige Sachverhalte hat – etwa: wer hat wem welche Anweisung erteilt –, kann man natürlich nicht einzelne Mitarbeiter zwingen, zur Entlastung anderer falsche Angaben zu machen. Das wäre übrigens auch für die Anwälte gefährlich, strafrechtlich gefährlich. Aber eine vernünftige Sachverhaltsbasis zu finden, mit der man vernünftige Regelungen mit den Strafverfolgungsbehörden finden kann, ist mindestens aus Unternehmenssicht häufig eine günstigere Lösung, als ein Verfahren ungesteuert vor Gericht zuzulassen.

Hinrich de Vries:

Ich muss natürlich dazu sagen, dass unser Blickwinkel ein anderer ist. Vor Gericht landet immer das, was schiefgelaufen ist. Die 10.000 unfallfrei gefahrenen Kilometer kommen nicht vor Gericht, sondern der Unfall kommt vor Gericht. Dementsprechend kommen natürlich auch nur die Extremfälle von Vernehmungssituationen vor Gericht und werden dort diskutiert. Ich kann Ihnen insoweit nur meine negative Weltsicht präsentieren, um Sie anzustoßen, darüber nachzudenken, welche Rechte die Beteiligten vorher haben. Nur das will ich klarstellen. 78

§ 5 Vermögensbetreuungspflicht von Betriebsräten gegenüber Arbeitnehmern?

Rn.

A. Referat Thomas Lobinger	1
I. Einführung	1
II. Die Vermögensbetreuungspflicht als Kern des Untreue- Straftatbestands	7
1. Missbrauchs- und Treubruchtatbestand	7
2. Die Betriebsrätstätigkeit im Spiegel des Missbrauchs- tatbestands	8
3. Die weitgehende sachliche Irrelevanz des Streits um das Verhältnis von Missbrauchs- und Treubruchtatbe- stand für die hier verfolgten Fälle	12
III. Die Pflichtenlage des Betriebsrats gegenüber Arbeitneh- mern im Spiegel des § 266 StGB	13
1. Die Vorgaben des Strafrechts	13
2. Die Pflichtenstellung des Betriebsrats	14
a. Die Vielfältigkeit der Aufgaben als Ausgangspunkt	14
b. Erste Konsequenzen	15
c. Die Trias der Beteiligungstypen als Leitfaden zur Lösung der Problematik	17
3. Die konkreten Folgerungen für die Frage nach Vermö- gensbetreuungspflichten des Betriebsrats zugunsten von Arbeitnehmern	21
a. Die fehlende Grundlage für Vermögensbetreu- ungspflichten bei Beteiligungsrechten zur Wahr- nehmung funktional eigener Rechte des Betriebs- rats/des Belegschaftskollektivs sowie bei Beteili- gungsrechten zur Wahrnehmung (betriebs-) öf- fentlicher Interessen	21
b. Vermögensbetreuungspflichten bei der Beteiligung des Betriebsrats als Medium des Individualschut- zes	24
[1] Vermögensbetreuungspflichten als grundsätz- lich denkbare Kategorie	24
[2] Vermögensbetreuungspflichten des Betriebs- rats bei dessen Mitwirkung im Zusammen- hang von Betriebsänderungen (§§ 111 ff. BetrVG)	25

[3] Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei ordentlichen Kündigungen gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG als problematischer Fall	32
c. Grenz- und Einzelfälle	37
IV. Ausblick	42
B. Diskussion	50

A. Referat Thomas Lobinger*

I. Einführung

1. Mit der Frage nach Vermögensbetreuungspflichten von Betriebsräten gegenüber Arbeitnehmern scheint man ein Tabu zu brechen: Soweit ersichtlich, ist diese Frage bisher noch nicht thematisiert worden. Bedenkt man, in welchem Kontext allein diese Frage interessieren kann, nimmt das allerdings auch nicht Wunder. Denn es geht in der Endperspektive um nicht weniger als um die Frage, ob sich Betriebsräte wegen Untreue zu Lasten der Arbeitnehmer ihres Betriebs gemäß § 266 StGB strafbar machen können. Allein diese Frage zu stellen aber muss provozieren, wenn man sich die bekannten Schwierigkeiten vor Augen führt, die Arbeitsrechtler schon mit der Begründung einer *zivilrechtlichen Haftung* des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen gegenüber den Arbeitnehmern haben¹. Restitutionspflichten des Betriebsrats als solche werden ganz überwiegend mit Hinweis auf dessen mangelnde Vermögensfähigkeit verneint². Zudem wird der Betriebsrat mitunter – allerdings reichlich pauschal – auf die Funktion eines Repräsentanten von Kollektivinteressen beschränkt³. Für die Verletzung von Individualinteressen könne auch deshalb keine Verantwortlichkeit bestehen.

Im Grundsatz offener zeigt man sich demgegenüber bei der Frage nach einer Haftung der *einzelnen Betriebsratsmitglieder* gegenüber geschädigten

* Professor Dr. Thomas Lobinger ist Direktor am Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

1 Siehe zum Problem aus der jüngeren monografischen Literatur nur etwa *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990; *Spilger*, Rechtsstellung und Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder, AR-Blattei: Betriebsverfassung VII, 1997; *Triebel*, Die Haftung des Betriebsrats und der Durchgriff auf seine Mitglieder, 2003.

2 Siehe nur etwa *Bausch*, in: Heise/Lembke/von Steinau-Steinrück (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl. 2008, § 1 Rn. 38; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 24. Aufl. 2008, § 1 Rn. 210 f.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. II: Betriebsverfassung, 2008, S. 576; *von Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, 6. Aufl. 2007, § 4 Rn. 7; *Kraft/Franzen*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), Bd. 1, 8. Aufl. 2005, § 1 Rn. 71, 74; *Rose*, in: Hess/Schlochauer/Worzalla (Hrsg.), Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl. 2008, Einl. Rn. 97; *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 2008, Vor § 26 Rn. 8; auch *Belling* (Fn. 1), S. 287, der aber zutreffend zwischen der Vermögensfähigkeit und der Pflichtenfähigkeit unterscheidet; generell weitergehend *Triebel* (Fn. 1), S. 43 ff., zur Vermögensfähigkeit insbesondere S. 99 ff.

3 Siehe nur etwa BAG 24.8. 2006 – 8 AZR 414/05, NZA 2007, 51, 52.

Arbeitnehmern⁴. In der konkreten Umsetzung zieht man sich dann allerdings auch hier vielfach wieder auf den Hinweis zurück, dass die verletzten Pflichten nicht dem Schutz der individuellen Arbeitnehmer dienen, weshalb eine Haftung *im Ergebnis* regelmäßig ausscheide⁵. Wo diese Hürde zu nehmen wäre, wird schließlich als zusätzliche Sicherung noch eine Haftungsbeschränkung postuliert. Wegen des ehrenamtlichen Charakters der Betriebsratstätigkeit und zur Gewährleistung der persönlichen Unabhängigkeit komme eine Haftung nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit in Betracht⁶. Rechtsprechung zur Haftung von Betriebsräten gegenüber Arbeitnehmern, auch das ist bemerkenswert, gibt es praktisch ohnehin nicht.

- 3 2. Der Sprengstoff, der in der Frage nach einer Untreue-Strafbarkeit von Betriebsräten wegen Verletzung von Arbeitnehmerinteressen steckt, springt damit unmittelbar ins Auge. Denn es geht hierbei nicht allein um das politische Tabu, das aufgrund unserer historischen Erfahrung mit den so unsinnigen wie unangemessenen Versuchen einer strafrechtlichen „Lösung“ der Arbeiterfrage berührt sein muss. Es geht – am sichtbarsten über § 823 Abs. 2 BGB – immer auch um die subtilere Frage nach der zivilrechtlichen Verantwortung von Betriebsräten. In dieser Frage aber verbergen sich, das zeigt die auffällige Zurückhaltung der Arbeitsrechtswissenschaft und der Arbeitsrechtspraxis gegenüber dem Haftungsproblem, offenbar Urängste, die man lieber unausgesprochen lässt, solange die Lebenswirklichkeit noch gnädig ist und entsprechende Klagen nicht hervorbringt. Dabei handelt es sich zu einem Gutteil sicherlich um die allgemeine, aus meiner Sicht allerdings stets unberechtigte Angst vor unbequemen Grundfragen. Sie lauten hier: Was genau sind Stellung und Funktion des Betriebsrats in unserer Arbeitsverfassung? Dient er vor allem einer Demokratisierung der Wirtschaft und ist deshalb ein weitgehend freies Organ der Betriebspolitik? Oder dient er ganz maßgeblich doch der Verwirklichung des Rechts in Betrieb und Arbeitsverhältnis und ist deshalb in

4 Siehe nur *Belling* (Fn. 1), S. 223 ff., 285 ff.; *Fitting* (Fn. 2), § 1 Rn. 212 ff.; *von Hoyningen-Huene* (Fn. 2), § 4 Rn. 7; GK-BetrVG/*Kraft/Franzen* (Fn. 2), § 1 Rn. 77 ff.; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 14 ff.; restriktiv *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 576 ff., 582 ff.

5 Siehe etwa *Fitting* (Fn. 2), § 1 Rn. 214 f.; *von Hoyningen-Huene* (Fn. 2), § 4 Rn. 39; vgl. auch GK-BetrVG/*Kraft/Franzen* (Fn. 2), § 1 Rn. 78, 80; *Rose*, in: *Hess/Schlochauer/Worzalla* (Fn. 2), Einleitung Rn. 98 ff.; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 15.

6 Siehe nur *Belling* (Fn. 1), S. 252 f.; *Fitting* (Fn. 2), § 1 Rn. 216; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 14; für eine Haftung nur bei vorsätzlichem Handeln *Weiss*, Zur Haftung des Betriebsrats, RdA 1974, 269, 276 ff.; gegen eine solche Haftungsbeschränkung GK-BetrVG/*Kraft/Franzen* (Fn. 2), § 1 Rn. 77; *Rose*, in: *Hess/Schlochauer/Worzalla* (Fn. 2), Einleitung Rn. 100.

weitem Umfang immer auch gebundenes Organ? Liegt die Wahrheit eventuell aber auch in der Mitte, und ist deshalb nach differenzierenden Lösungen zu suchen? Dass solche Fragen quälen können, liegt auf der Hand. Ihre Verdrängung rechtfertigt das allerdings kaum.

Durchaus berechtigt ist demgegenüber eine zweite, möglicherweise mit- 4
schwingende Angst. Diese betrifft die Lebens- und Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung. Denn je größer die Haftungsrisiken, umso geringer wird die Bereitschaft der Arbeitnehmer sein, sich in einem Betriebsratsamt zu engagieren. Ein zu restriktives Haftungssystem bringt deshalb stets die Gefahr eines Ausblutens der betrieblichen Mitbestimmung mit sich. Allerdings rechtfertigt auch das keine Tabuisierung der Verantwortungsfrage. Denn ehrliches Engagement braucht keine zügellose Freiheit, sondern vor allem Freiheit vor bösen Überraschungen. Die Lebens- und Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung ist deshalb nicht dadurch zu sichern, dass man jede rechtliche Verantwortlichkeit von Betriebsräten bei der Ausübung ihres Amtes von vornherein verneint, sondern dadurch, dass man diese Verantwortlichkeit strikt an der wahrgenommenen Aufgabe und deren Erfordernissen in der konkreten Situation ausrichtet, um sie so für den Amtsträger klar erkennbar und kalkulierbar zu machen.

3. Vor dem Hintergrund, dass in der Endperspektive die Strafbarkeit von 5
Betriebsräten wegen Untreue zu Lasten von Arbeitnehmern interessiert, ist das Thema der Vermögensbetreuungspflichten eigentlich zu eng gewählt. Denn über die Frage der Vermögensbetreuungspflicht hinaus wirft die Strafbarkeit von Betriebsräten wegen Untreue zu Lasten von Arbeitnehmern zahlreiche weitere Probleme auf. Diese gründen insbesondere in dem Umstand, dass der Betriebsrat zumeist Kollegialorgan ist und verbindliche Entscheidungen zudem vielfach erst im Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber trifft. Es stellen sich deshalb (in teils noch verschärfter Weise) Fragen, die dem Strafrecht auch aus anderen Zusammenhängen bereits geläufig sind – Stichwort: Lederspray-Entscheidung⁷ oder auch Mannesmann-Entscheidung⁸: Wie lässt sich die individuelle Pflichtigkeit des einzelnen Gremienmitglieds begründen, wenn die Pflicht auf den ersten Blick nur das Gremium als solches oder gar die vertretene juristische Person trifft⁹? Wie verhält es sich mit der Kausalität, wenn in dem Gremium mindestens eine Stimme mehr als erforderlich für den fraglichen Be-

7 BGH 6.7. 1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106.

8 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331.

9 Vgl. zu diesem Problem aus der Perspektive der zivilrechtlichen Haftung von Betriebsratsmitgliedern nur etwa *Belling* (Fn. 1), S. 223 ff.; GK-BetrVG/*Kraft/Franzen* (Fn. 2), § 1 Rn. 77 ff.; enger wohl *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 15; *Triebel* (Fn. 1), S. 119 ff., 141 ff.

schluss vorhanden war¹⁰? Wann kann statt eines konkreten Schadens bereits eine schadensgleiche Vermögensgefährdung genügen, etc.?

- 6 Auf all diese Fragen kann hier schon aus Raumgründen nicht eingegangen werden. Ohnehin fallen sie aber weniger in die Kompetenz des Arbeitsrechtlers als vielmehr in die Kompetenz des Strafrechtlers. Dieser wird sie auch ohne besonderen arbeitsrechtlichen Beistand bewältigen können, denn die fachspezifischen Besonderheiten sind hier gering. Für die Frage nach Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern gilt dies dagegen nicht in gleicher Weise. Denn ohne eine genaue Analyse der Aufgaben und Funktionen des Betriebsrats in der Arbeitsverfassung ist diese Frage nicht zu beantworten. Die Vermögensbetreuungspflicht als das Herz des Straftatbestands der Untreue führt zu einer partiellen Zivil- und Arbeitsrechtsakzessorietät des Strafrechts. Fortschritte sind deshalb an dieser Stelle, wie so oft in modernen Gesellschaften, nicht alleine, sondern nur im arbeitsteiligen Zusammenwirken zu erzielen. Unbestrittener Ausgangspunkt ist dabei, dass die abstrakten Anforderungen an die Qualität einer Pflicht als Vermögensbetreuungspflicht allein dem Strafrecht zu entnehmen sein können. *Wie* eine Pflicht beschaffen sein muss, um in ihrer Verletzung auch die Verwirklichung von Strafunrecht im Sinne von § 266 StGB erblicken zu können, kann nicht das Zivil- oder Arbeitsrecht, sondern allein das Strafrecht bestimmen. *Ob* eine konkret infrage stehende Pflicht diese Beschaffenheit aufweist, vermag dagegen der Zivil- und Arbeitsrechtler aufgrund seiner größeren Fachnähe zumeist zuverlässiger zu beantworten als der Kollege des Strafrechts. Diesen Einsichten folgend sind nunmehr zunächst die strafrechtlichen Rahmenbedingungen und Vorgaben im Hinblick auf sogenannte Vermögensbetreuungspflichten abzustecken. Erst im Anschluss daran lässt sich die Pflichtentlage des Betriebsrats im Spiegel des § 266 StGB betrachten.

II. Die Vermögensbetreuungspflicht als Kern des Untreue-Straftatbestands

1. Missbrauchs- und Treubruchtatbestand

- 7 Untreue im Sinne von § 266 StGB kann in zweifacher Weise verwirklicht werden: durch den nachteilzufügenden Missbrauch einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis, sogenannter Missbrauchstatbestand, wie auch durch die nachteilzufügende Verletzung einer Vermögensbetreu-

¹⁰ Vgl. auch hierzu aus der Perspektive der zivilrechtlichen Haftung von Betriebsratsmitgliedern wiederum nur *Belling* (Fn. 1), S. 232 ff.; vgl. ferner *Buchner*, Die persönliche Verantwortlichkeit der Betriebsratsmitglieder für rechtswidrige Betriebsratsbeschlüsse, Festschrift G. Müller, 1981, S. 93, 97 ff., 113; *Weiss*, RdA 1974, 269, 271 f.

ungspflicht in anderer Weise, sogenannter Treubruchtatbestand¹¹. Das Verhältnis dieser beiden Tatbestände ist bekanntlich hoch umstritten. Rechtsprechung und herrschende Lehre folgen der sogenannten monistischen Theorie, nach welcher der Missbrauchstatbestand lediglich einen „ausgestanzten Unterfall“ des umfassenderen Treubruchtatbestands darstellt¹². Es handele sich also um ein Verhältnis der Spezialität, aus dem insbesondere zu folgern sei, dass die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht nicht nur zur Verwirklichung des Treubruchs-, sondern auch des Missbrauchstatbestands erforderlich ist. Die Gegenansicht sieht kein solches Spezialitätsverhältnis. Sie fordert deshalb für den Missbrauchstatbestand auch keine Vermögensbetreuungspflicht¹³.

2. Die Betriebsratstätigkeit im Spiegel des Missbrauchstatbestands

a) Zu diesem Streit ist hier nicht Stellung zu nehmen. Er ist allerdings, das 8
gilt es zu sehen, auch für die Frage der Untreue von Betriebsräten zu Lasten der Arbeitnehmer jedenfalls theoretisch nicht völlig ohne Bedeutung. Denn obwohl der Betriebsrat nach ganz herrschender und auch zutreffender Meinung *kein Vertreter* der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ist¹⁴, kommt ihm doch in einigen Fällen eine verfügungsgleiche Macht gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern zu.

-
- 11 Siehe hierfür nur BGH 10.11. 1959 – 5 StR 337/59, BGHSt 13, 330; BGH 11.12. 1959 – 2 StR 481/57, BGHSt 13, 315; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009, § 266 Rn. 6; *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 360; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 1, 5, 9; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 2; *Schünemann*, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK-StGB), Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 1; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 749, 751 ff., 769 ff.
- 12 BGH 26.7. 1972 – 2 StR 62/72, BGHSt 24, 386, 387; BGH 13.6. 1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, 244, 250; BGH 6.12. 2001 – 1 StR215/01, BGHSt 47, 187, 192; BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 342; *Fischer* (Fn. 11), § 266 Rn. 6; *Kindhäuser*, in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK-StGB), 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 26; *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 266 Rn. 4, 21; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 11), Rn. 750, 752.
- 13 *Kargl*, Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB), ZStW 113 (2001), 565, 589; *Labsch*, Grundprobleme des Mißbrauchstatbestands der Untreue (I), JURA 1987, 343, 345; *Schünemann*, in: LK-StGB (Fn. 11), § 266 Rn. 11, 17.
- 14 Siehe hierfür nur BAG 9.10. 1970 – 1 ABR 18/69, BAGE 22, 448, 457; BAG 19.7. 1977 – 1 AZR 483/74, AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972; *von Hoyningen-Huene* (Fn. 2), § 4 Rn. 35, 38; *Lobinger*, Zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, Festschrift Richardi, 2007, S. 657, 672; *Richardi*, in: Richardi (Fn. 2), Einleitung Rn. 118; *Rose*, in: Hess/Schlochauer/Worzalla (Fn. 2), Einleitung Rn. 86; anderer Ansicht *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 107, 109 f.;

- 9 Am deutlichsten tritt diese Macht bei der Vereinbarung des Sozialplans in Erscheinung (§ 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Hier lässt der Betriebsrat gemeinsam mit dem Arbeitgeber über die normative Wirkung des Plans (§ 112 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG) in der Person der betroffenen Arbeitnehmer konkrete Forderungsrechte entstehen. Bereits das kann man rechtstechnisch als Verfügung begreifen, wenn man in der Begründung des Forderungsrechts wie beim Vertrag zugunsten Dritter eine abstrakte Zuwendung sieht¹⁵. Der verfügende Charakter der Sozialplanvereinbarung wird vor allem aber auch dann sichtbar, wenn deren Inhalt zu Lasten der Arbeitnehmer hinter dem zurückbleibt, was ein Einigungsstellenbeschluss gemäß § 112 Abs. 4 und Abs. 5 BetrVG ergeben hätte. Denn hier kommt die vom Betriebsrat mit Wirkung für die Arbeitnehmer geschlossene Vereinbarung materiell einem Teilerlass gleich.
- 10 b) Ein zweiter Fall: Setzt der Betriebsrat einen Arbeitnehmer im Rahmen eines Interessenausgleichs (§ 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) wegen einer Betriebsänderung namentlich auf die Liste der betriebsbedingt zu Kündigenden, sogenannte Namensliste, führt das gemäß § 1 Abs. 5 KSchG zu einer erheblichen Absenkung des Schutzniveaus für den Betroffenen: Es wird bis zum Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt sei. Weiterhin ist die Sozialauswahl nurmehr auf grobe Fehlerhaftigkeit hin zu überprüfen. Auch dies lässt sich als Verfügung über eine Rechtsposition begreifen. Denn die dem Arbeitsverhältnis immanente Bestandssicherheit wird durch die Entscheidung des Betriebsrats abgebaut, und das kommt einer Inhaltsänderung des Arbeitsvertrags gleich.
- 11 c) Man mag schließlich auch noch in dem Widerspruchsrecht bei ordentlichen Kündigungen gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG eine verfügungsgleiche Macht des Betriebsrats gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern erblicken. Denn dieser Widerspruch verstärkt zum einen den Bestandsschutz gekündigter Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG: Liegt der materielle Widerspruchsgrund vor, geht die heute ganz herrschende Meinung nach erfolgtem Widerspruch von einer sogenannten absoluten Sozialwidrigkeit der Kündigung aus, die durch eine Interessenabwägung nicht mehr überwunden werden kann¹⁶. Zum anderen hängt vom Widerspruch des

zurückhaltend und mit Hinweis auf die fehlende Möglichkeit, rechtliche Folgerungen aus der Bezeichnung zu ziehen, GK-BetrVG/*Kraft/Franzen* (Fn. 2), § 1 Rn. 62 ff.

15 Vgl. BGH 29.5.1984 – IX ZR 86/82, BGHZ 91, 288, 290; BGH 30.11. 1994 – IV ZR 290/93, BGHZ 128, 125, 130.

16 *Dörner*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Kündigungsrecht*, 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 92; *Griebeling*, in: *Gemeinschaftskommentar zu Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften* (KR),

Betriebsrats auch der sogenannte Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers gemäß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG ab. Beide Aspekte legen auf den ersten Blick auch hier die Annahme nahe, dass die individualrechtliche Position des Arbeitnehmers maßgeblich vom Willen des Betriebsrats bestimmt wird. Indes darf dabei nicht übersehen werden, dass schon der „absoluten Sozialwidrigkeit“ einer Kündigung, wie sie widerspruchsbedingt entstehen kann, rechtspraktisch wenig Bedeutung zukommt, weil sich der gekündigte Arbeitnehmer nach heute ganz herrschender Meinung zur Begründung der Sozialwidrigkeit der Kündigung auch unabhängig von dem Widerspruch des Betriebsrats auf die materiellen Widerspruchsgründe berufen kann¹⁷ und das *ultima-ratio*-Prinzip kaum Raum für eine Kündigung trotz Weiterbeschäftigungsmöglichkeit belässt¹⁸. Und auch der sogenannte Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG gewinnt seine materiellrechtliche Substanz bei näherem Hinsehen nicht durch den Widerspruch des Betriebsrats. Vielmehr verbessert dieser nur die prozessuale Situation im Hinblick auf eine einstweilige Verfügung, mit der ein (gedanklich angenommener) (Weiter-) Beschäftigungsanspruch vom Arbeitnehmer sonst nach allgemeinen Regeln durchzusetzen versucht werden müsste¹⁹. Weil diese Möglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers aber auch bei ausbleibendem Widerspruch uneingeschränkt bestehen bleibt und das Ausbleiben des Widerspruchs insoweit keine negative präjudizielle Wirkung entfalten kann, dürfte im Fall des § 102 Abs. 3 BetrVG im Ergebnis mehr gegen als für eine verfüngungsgleiche Macht des Betriebsrats im Sinne des Missbrauchstatbestands sprechen.

8. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 195; von *Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl. 2007, § 1 Rn. 1032.

- 17 Siehe für diese ganz herrschende Meinung nur etwa BAG 13.9. 1973 – 2 AZR 601/72, BAGE 25, 287; BAG 17.5. 1984 – 2 AZR 109/83, BAGE 46, 191; KR/*Griebeling* (Fn. 16), § 1 KSchG Rn. 197; von *Hoyningen-Huene/Linck* (Fn. 16), § 1 Rn. 1022 ff.; *Dörner*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 16), § 1 KSchG Rn. 94; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 2), § 102 Rn. 199; anderer Ansicht aber etwa *Gumpert*, Kündigung und Mitbestimmung, BB 1972, 47; *Meisel*, Die Anhörung des Betriebsrats vor einer ordentlichen Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz (2. Teil), DB 1972, 1675, 1679; *Wagener*, Schränkt das neue BetrVG den individuellen Kündigungsschutz ein?, BB 1972, 1373, 1374.
- 18 Siehe für diese Analyse nur auch *Dörner*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 16), § 1 KSchG Rn. 94; KR/*Griebeling* (Fn. 16), § 1 KSchG Rn. 199.
- 19 Diese im Kern prozessuale Bedeutung des Betriebsratswiderspruchs wird vor allem in dem Wechselspiel von § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG mit Satz 2 derselben Norm deutlich. Siehe zu dieser Bedeutung nur etwa GK-BetrVG/*Raab* (Fn. 2), § 102 Rn. 179; in diesem Sinne auch *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 2), § 102 Rn. 201 f.

3. Die weitgehende sachliche Irrelevanz des Streits um das Verhältnis von Missbrauchs- und Treubruchtatbestand für die hier verfolgten Fälle

- ¹² Mit der genannten strafrechtlichen Mindermeinung wäre jedenfalls in den ersten beiden genannten Konstellationen eine besondere Vermögensbetreuungspflicht nicht mehr zu prüfen. Allerdings wäre auch hiernach noch immer die Frage des *Missbrauchs* zu erörtern, was ebenfalls zum Problem der Pflichtenbindung führt. Denn als Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis bezeichnen wir bekanntlich einen Gebrauch des rechtlichen Könnens jenseits des rechtlichen Dürfens. Und es würden sich deshalb für die genannten Fälle auch auf der Basis der Mindermeinung ganz ähnliche Fragen stellen, wie sie im Folgenden näher zu erörtern sind. In der Sache wäre insbesondere zu klären, in welcher Funktion dem Betriebsrat jeweils seine verfügungsgleiche Macht gegenüber den Arbeitnehmern zukommt und in wessen Interesse er folglich diese Macht auszuüben hat.

III. Die Pflichtenlage des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern im Spiegel des § 266 StGB

1. Die Vorgaben des Strafrechts

- ¹³ Stellt man sich die Frage, ob den Betriebsrat Vermögensbetreuungspflichten im Sinne von § 266 StGB gegenüber Arbeitnehmern treffen, sind, wie bereits festgestellt, für die Qualifizierung einer Pflicht als „Vermögensbetreuungspflicht“ zunächst die Vorgaben des Strafrechts maßgeblich. Hiernach genügt nicht schon eine herkömmliche Pflicht zur Berücksichtigung fremder Vermögensinteressen, wie sie mit jedem Schuldverhältnis verbunden sein kann, vgl. § 241 Abs. 2 BGB. Die Pflicht muss vielmehr eine besondere Qualität aufweisen. In der Kurzformel des BGH muss es um die eigenverantwortliche Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen von einiger Bedeutung gehen²⁰. Das erfordert in der heute gängigen Darstellung zunächst, dass es sich um eine *Hauptpflicht* handelt²¹. Diese muss *fremdnützig* sein und die charakteristischen Züge eines *Geschäftsbesorungsverhältnisses* aufweisen, was insbesondere bedeutet, dass der Verpflichtete in einem gewissen Umfang auch die Möglichkeit zu selbständi-

²⁰ BGH 4.11. 1952 – 1 StR 441/52, BGHSt 3, 289, 293 f.; NK-StGB/*Kindhäuser* (Fn. 12), § 266 Rn. 36.

²¹ BGH 8.5. 1951 – 1 StR 171/51, BGHSt 1, 186, 188 f.; BGH 13.6. 1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, 244, 250 f.; *Fischer* (Fn. 11), § 266 Rn. 29; NK-StGB/*Kindhäuser* (Fn. 12), § 266 Rn. 33; *Küper* (Fn. 11), S. 372, 376 f.; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 11), § 266 Rn. 23 ff.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 11), Rn. 769.

gen Entscheidungen hat²². Durch Letzteres sollen vor allem rein mechanische Tätigkeiten wie Botendienste und Schreibarbeiten ausscheiden²³. Insgesamt müssen die Anforderungen an die Pflichtenqualität dem Unrechtskern des § 266 StGB entsprechen, der nach einer vielfach verwendeten Formel *Schünemanns* in der Schädigung fremder Vermögensinteressen „von innen heraus“ besteht²⁴. Zivilistisch gesprochen geht es im Wesentlichen also um Repräsentanten- und Sachwalterpflichten, die auf den Umstand reagieren, dass dem Täter im Hinblick auf das Vermögen des Opfers jedenfalls faktisch eine Machtstellung zukommt, aufgrund derer sich das Opfer mit diesen Interessen dem Täter gleichsam ausgeliefert sieht²⁵.

2. Die Pflichtenstellung des Betriebsrats

a. Die Vielfältigkeit der Aufgaben als Ausgangspunkt

Macht man sich daran, die Pflichtenstellung des Betriebsrats an diesen Vorgaben zu messen, begegnet man sogleich einer Schwierigkeit, die dem Umstand geschuldet ist, dass sich die Aufgaben und Zuständigkeiten des Betriebsrats nicht auf eine einzige Funktion zurückführen lassen. Um dies zu erkennen, muss man nur kurz den Katalog der allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats in § 80 Abs. 1 BetrVG überfliegen. Von einer im Interesse der Arbeitnehmer bestehenden Pflicht zur Überwachung der Rechtstreue des Arbeitgebers (Nr. 1) über die Wahlvorbereitung (Nr. 2), die Ausländerintegration (Nr. 3) bis hin zum betrieblichen Umweltschutz (Nr. 9) ist so ziemlich alles dabei, was individuell hilfreich, kollektiv nützlich und po-

22 BGH 11.12. 1957 – 2 StR 481/57, BGHSt 13, 315, 317; BGH 13.5. 2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, 155; *Fischer* (Fn. 11), § 266 Rn. 29a; NK-StGB/*Kindhäuser* (Fn. 12), § 266 Rn. 34 f.; *Küper* (Fn. 11), S. 373; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 266 Rn. 23a; LK-StGB/*Schünemann* (Fn. 11), § 266 Rn. 73; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 11), Rn. 752.

23 RG 14.12. 1934 – 1 D 865/34, RGSt 69, 58, 62; BGH 4.11. 1952 – 1 StR 441/52, BGHSt 3, 289, 293 f.; *Küper* (Fn. 11), S. 373; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 11), Rn. 771.

24 NK-StGB/*Kindhäuser* (Fn. 12), § 266 Rn. 31; LK-StGB/*Schünemann* (Fn. 11), § 266 Rn. 18, 20, 21; siehe auch *Rieble/Klebeck*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758, 764.

25 LK-StGB/*Schünemann* (Fn. 11), § 266 Rn. 20, 85, spricht von einer „sachlogischen Struktur der Herrschaft“ des Täters über das Vermögen des Opfers, die sich als Folge einer „Abwesenheit von Kontrolle“ ergebe, wobei unter Kontrolle die „gleichzeitige Steuerung und Überwachung“ durch den Vermögensinhaber zu verstehen sei. Auch *Fischer* (Fn. 11), § 266 Rn. 29, stellt diesbezüglich auf das „Fehlen von Kontrolle“ ab. Vgl. hierzu auch *Sax*, Überlegungen zum Treuebruchtatbestand des § 266 StGB, JZ 1977, 663, 666 f.

litisch *en vogue* erscheint. Nimmt man die Gesamtaufgaben in den Blick, ließe sich deshalb nie von einer Hauptpflicht des Betriebsrats zur Betreuung von Vermögensinteressen des Arbeitnehmers sprechen. Indes macht ein solches Abstellen auf die Gesamtaufgaben des Betriebsrats auch gar keinen Sinn. Die Aufgabenvielfalt ist kein Spezifikum des Betriebsrats. Sie kann gleichermaßen bei natürlichen Personen bestehen, die man mit der Vermögensverwaltung betraut hat. Entscheidend muss deshalb vielmehr sein, bei welchen *einzelnen* seiner Aufgaben und Funktionen dem Betriebsrat in Bezug auf das Vermögen des Arbeitnehmers eine Stellung zukommt, die, wäre sie rechtsgeschäftlich eingeräumt worden, der eines in der Hauptsache mit der Vermögensbetreuung beauftragten Geschäftsbesorgers gleicht.

b. Erste Konsequenzen

- 15 Das hat eine erste theoretische und auch eine erste praktische Konsequenz. Die *theoretische*: Ob den Betriebsrat eine Vermögensbetreuungspflicht zugunsten der Arbeitnehmer trifft, lässt sich nicht pauschal beantworten. Die Vermögensbetreuungspflicht des Betriebsrats gibt es nicht. Ob eine solche besteht, hängt von der Funktion und der Ausgestaltung der konkret infrage stehenden Mitwirkungsbefugnis ab. Die Frage der Vermögensbetreuungspflicht lässt sich deshalb auch nur im Wege einer Einzelanalyse der verschiedenen Mitwirkungstatbestände beantworten. Dementsprechend ist richtigerweise auch nicht nach *der*, sondern allenfalls nach *den* Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats zu fragen.
- 16 Als erste *praktische Konsequenz* ergibt sich, dass die allgemeine Verpflichtung des Betriebsrats auf das Wohl und die Interessen der Arbeitnehmer, wie wir sie in § 2 Abs. 1 und § 75 BetrVG finden, noch nicht für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB ausreichen kann. Die beiden genannten Vorschriften schaffen nur den äußersten Rahmen für die gesamte Tätigkeit des Betriebsrats. Sie sind somit in ihrer Struktur den §§ 241 Abs. 2, 242 BGB vergleichbar²⁶. Auch die dort lozierten allgemeinen Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen eines Geschäftspartners erreichen aber nach

26 Siehe nur BAG 3.5. 1994 – 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364, 373; von Hoyningen-Huene (Fn. 1), § 4 Rn. 23; Spinner, in: Heise/Lembke/von Steinau-Steinrück (Fn. 2), § 2 Rn. 9; Konzen, Der Missbrauch betrieblicher Beteiligungsrechte, Festschrift Zöllner, 1998, S. 799, 814 ff.; Wiese, Sitzungen des Wirtschaftsausschusses und die Behandlung geheimhaltungsbedürftiger, vertraulicher sowie sonstiger Tatsachen, Festschrift Molitor, 1988, S. 365, 386 f.

allgemeiner Meinung nicht die Qualität einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB²⁷.

c. Die Trias der Beteiligungstypen als Leitfaden zur Lösung der Problematik

Nach den strafrechtlichen Vorgaben kommen Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern nur dort in Betracht, wo der Betriebsrat gleichsam als Geschäftsbesorger der individuellen Arbeitnehmer in Erscheinung tritt. Um festzustellen, ob und wo dies der Fall ist, erscheint eine Kategorisierung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats hilfreich, die an anderer Stelle entwickelt wurde²⁸ und hier deshalb nurmehr aufzugreifen ist. Danach kann man von einer *Trias der Beteiligungstypen* sprechen, die entgegen den üblichen Einteilungen im betriebsverfassungsrechtlichen Schrifttum²⁹ nicht am formalen Umfang des Mitwirkungsrechts ausgerichtet ist (echte Mitbestimmungsrechte, Widerspruchsrechte, Anhörungs- und Informationsrechte), sondern an den materiell mit solchen Rechten zur Geltung gebrachten Interessen.

Den ersten Typus bilden dabei Mitbestimmungs- und Mitwirkungsbefugnisse zur Wahrnehmung funktional eigener Rechte des Betriebsrats beziehungsweise der Belegschaft als Kollektiv. Bei diesen Rechten handelt es sich in der Regel um Mitgestaltungsrechte, die ihren Ursprung in einer einseitigen Bestimmungsmacht des Arbeitgebers haben. Paradigma ist das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, die Mitbestimmung bei Fragen der betrieblichen Ordnung³⁰.

Der zweite Typus besteht in Mitbestimmungs- und Mitwirkungsbefugnissen, bei denen der Betriebsrat als Medium des Individualschutzes fungiert. Hier ist der Betriebsrat deshalb auch nicht Träger funktional eigener

27 BGH 8.5. 1951 – 1 StR 171/51, BGHSt 1, 186, 188 f.; Küper (Fn. 11), S. 374; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 266 Rn. 23.

28 Siehe Lobinger, Zur Dogmatik des allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruchs, ZfA 2004, 101, 149 ff.; dens., Festschrift Richardi, 2007, S. 657, 664; zustimmend Hartmann, Beschäftigungsanspruch und Zustimmungsersetzung, ZfA 2008, 383, 404 ff.; Krause, Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 2004, ZfA 2005, 687, 776; siehe ferner auch Reichold, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 23 BetrVG Rn. 29.

29 Siehe hierfür nur etwa Fitting (Fn. 2), § 1 Rn. 242 ff.; Gamillscheg (Fn. 2), S. 694 ff.; von Hoyningen-Huene (Fn. 1), § 11 Rn. 1 ff.; Richardi, Kollektives Arbeitsrecht, 2007, § 26 Rn. 14 ff.; dens., in: Richardi (Fn. 2), Vorbemerkung zum Vierten Teil Rn. 21 ff.; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, § 48 I, S. 493 ff.

30 Siehe näher Lobinger, ZfA 2004, 101, 149 ff.

Rechte, sondern lediglich Instrument zur optimalen Verwirklichung fremder Rechte, namentlich individueller Schutzrechte der Arbeitnehmer. Paradigma hierfür ist das Widerspruchsrecht des Betriebsrats gegen eine ordentliche Kündigung gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG. Wie der Katalog der Widerspruchsgründe zeigt, geht es dabei im Kern um eine Effektuierung des Schutzes vor betriebsbedingten Kündigungen³¹.

- 20 Den dritten Typus bilden schließlich Beteiligungsrechte, die aus der Sicht des Betriebsrats ebenfalls fremde Interessen zur Geltung bringen sollen. Allerdings geht es dabei nicht um Individualinteressen der Arbeitnehmer, sondern um öffentliche oder auch nur betriebsöffentliche Interessen. Beispielhaft hierfür steht das Recht des Betriebsrats, vom Arbeitgeber die Unterlassung jeder parteipolitischen Betätigung verlangen zu können (§ 74 Abs. 2 Satz 3 [in Verbindung mit § 23 Abs. 3] BetrVG)³².

3. Die konkreten Folgerungen für die Frage nach Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats zugunsten von Arbeitnehmern

a. Die fehlende Grundlage für Vermögensbetreuungspflichten bei Beteiligungsrechten zur Wahrnehmung funktional eigener Rechte des Betriebsrats/des Belegschaftskollektivs sowie bei Beteiligungsrechten zur Wahrnehmung (betriebs-) öffentlicher Interessen

- 21 aa) Folgt man der aufgezeigten Grundeinteilung, führt das in der Frage nach Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern zu einer ersten wichtigen Abschichtung: Für solche Pflichten ist von vornherein kein Raum, wo der Betriebsrat funktional eigene Rechte oder auch öffentliche beziehungsweise betriebsöffentliche Interessen wahrnimmt. Pflichten, die im Zusammenhang mit Beteiligungen nach Typus 1 oder Typus 3 bestehen sollten, können folglich keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB darstellen. Sie mögen, wie in den Fällen des dritten Beteiligungstypus, zwar durchaus fremdnützig sein. Allerdings ist der Destinatär dieser Pflicht nicht wie erforderlich der Arbeitnehmer als Individuum.
- 22 bb) Konkret bedeutet das etwa: Betreibt der Betriebsrat gemäß § 104 BetrVG erfolgreich eine Druckkündigung gegen einen ihm missliebigen Arbeitnehmer, wissend, dass die Kündigungsvoraussetzungen in Wahrheit gar nicht vorliegen, so missbraucht er zwar seine Befugnisse aus § 104 BetrVG und verletzt zudem seine Pflichten aus §§ 2, 75 BetrVG. Die Ver-

31 Siehe näher *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 153 ff.

32 Siehe näher *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 156 ff. sowie auch *Reichold*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 28), § 23 BetrVG Rn. 28 f.

letzung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB ist ihm gleichwohl nicht vorzuwerfen. Denn § 104 BetrVG dient, wie die inkriminierten Verhaltensweisen und die maßgebliche Bedeutung des Betriebsfriedens zeigen, allein öffentlichen beziehungsweise betriebsöffentlichen Interessen. Der Betriebsrat agiert als eine Art Betriebspolizei. Er tritt dem betroffenen Arbeitnehmer somit naturgemäß „von außen“ entgegen und schädigt ihn folglich auch „von außen“, nicht aber, wie für die Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten typisch, „von innen“³³.

cc) Ebenso wenig kann von der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht die Rede sein, wenn der Betriebsrat in benachteiligender Absicht mit dem Arbeitgeber gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eine Verpflichtung zum Tragen einheitlicher Arbeitskleidung oder gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG eine Verlegung des täglichen Arbeitsbeginns vereinbart, wissend, dass die entsprechende Maßnahme weder sinnvoll noch erforderlich ist, für einige Arbeitnehmer aber erhebliche Kostenbelastungen mit sich bringt, weil sie sich neu einkleiden müssen oder weil sie, im zweiten Fall, aufgrund des geänderten Arbeitsbeginns nicht mehr mit öffentlichen Verkehrsmitteln oder in Fahrgemeinschaften zur Arbeit fahren können. Auch hier missbraucht der Betriebsrat (möglicherweise sogar in kollusivem Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber) seine Befugnisse und verletzt dadurch seine Pflichten aus §§ 2, 75 BetrVG. Gegebenenfalls macht er sich sogar gemäß § 826 BGB schadensersatzpflichtig. Gleichwohl fehlt es auch in diesen, dem ersten genannten Beteiligungstypus zugehörigen Fällen an einer speziell die individuellen Arbeitnehmer und deren Interessen repräsentierenden Geschäftsführer-Stellung des Betriebsrats. Dieser hat vielmehr teil an einer ursprünglich allein dem Arbeitgeber zukommenden einseitigen Gestaltungsmacht gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer. Er repräsentiert hier die Belegschaft als Kollektiv, der, durchaus in Parallele zu den staatsrechtlichen Entwicklungen der letzten gut zwei Jahrhunderte, ein Teil der ursprünglich beim absolutistischen Herrscher angesiedelten Regelungsmacht überwiesen wurde. Agiert der Betriebsrat in dieser Funktion, kann aber wiederum nicht von einer Schädigung einzelner Arbeitnehmer „von innen heraus“ die Rede sein. 23

b. Vermögensbetreuungspflichten bei der Beteiligung des Betriebsrats als Medium des Individualschutzes

[1] Vermögensbetreuungspflichten als grundsätzlich denkbare Kategorie

Grundsätzlich anders verhält es sich demgegenüber mit der Annahme von Vermögensbetreuungspflichten bei Mitwirkungsrechten des zweiten oben 24

33 Siehe oben bei und in Fn. 24.

genannten Beteiligungstyps. Wo der Betriebsrat als Medium des Individualschutzes fungiert, lässt sich das vielfach als eine Art Geschäftsbesorgung für die jeweils betroffenen Arbeitnehmer begreifen. Der Betriebsrat rückt, je nach Umfang seiner konkreten Befugnis, in eine Art Sachwalter- oder auch Treuhänderstellung ein. Er tritt dem einzelnen Arbeitnehmer nicht mehr „von außen“ als Repräsentant des öffentlichen Interesses oder des Belegschaftskollektivs gegenüber, sondern hat gerade umgekehrt die Aufgabe, die rechtlich geschützten Interessen der einzelnen Arbeitnehmer *für diese* gegenüber dem Arbeitgeber zur Geltung zu bringen. Zieht eine missbräuchliche Ausübung solcher Befugnisse Schäden nach sich, ist diese Schädigung somit in der Tat auch „von innen heraus“ erfolgt.

[2] Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats bei dessen Mitwirkung im Zusammenhang von Betriebsänderungen (§§ 111 ff. BetrVG)

- 25 (1) Die Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten ist damit insbesondere im Rahmen von Verhandlungen über einen Interessenausgleich und/oder auch einen Sozialplan (§ 112 BetrVG) denkbar. Das gilt jedenfalls dann, wenn man das Recht der Betriebsänderung nicht öffentlich-rechtlich in dem Sinne fundiert sieht, dass es maßgeblich der Systemstabilisierung durch Verhinderung klassenkämpferischer Umtriebe³⁴ oder auch einer sozialpolitisch motivierten Wirtschaftssteuerung dient³⁵. Denn bei einem konsequent an der individuellen Betroffenheit der einzelnen Arbeitnehmer ansetzenden Verständnis dieser Rechtsmaterie haben die §§ 111 ff. BetrVG nurmehr *prozedurale Funktion*: Sie dienen der Konkretisierung einer bereits im Einzelarbeitsverhältnis gründenden Interessenberücksichtigungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Und Aufgabe des Betriebsrats ist es dabei, die konkret betroffenen Arbeitnehmerinteressen in der Konfrontation mit den Arbeitgeberinteressen zunächst sichtbar und sodann auch wirksam zu machen³⁶.
- 26 (2) Lässt sich der Betriebsrat so im Rahmen der §§ 111 ff. BetrVG ohne weiteres als Vermögensbetreuer der einzelnen Arbeitnehmer betrachten, ist damit allerdings noch nicht auch etwas über die konkreten Verhaltensanforderungen gesagt, die aus dieser Stellung erwachsen. Parallelen pri-

34 So etwa *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 15. Aufl. 1998, Rn. 1140 und dazu *Lobinger*, Das individualrechtliche Fundament des Rechts der Betriebsänderung – Zur Dogmatik der §§ 111 ff. BetrVG im Lichte geschichtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Betrachtung, *ZfA* 2006, 173, 187 ff.

35 So grundlegend etwa *Reuter*, Der Sozialplan – Entschädigung für den Arbeitsplatzverlust oder Steuerung unternehmerischen Handelns?, 1983, S. 17 ff.; siehe auch hierzu bereits *Lobinger*, *ZfA* 2006, 173, 186 ff.

36 Siehe *Lobinger*, *ZfA* 2006, 173, 204 ff. sowie auch *dens.*, Festschrift Richardi, 2007, S. 657, 669 f.

vatrechtlichen Problemlagen entsprechend wird man zwar abstrakt formulieren können, dass die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Betriebsrats an den Tag zu legen ist. Wie auch sonst ist hierdurch in der Sache allerdings noch kaum etwas gewonnen. Für die Konkretisierung dieser Formel lassen sich aber doch immerhin folgende Fixpunkte nennen:

(a) Weil es für den Betriebsrat im Rahmen der §§ 111 ff. BetrVG stets um Entscheidungen in äußerst komplexen Lagen geht, wird man ihm einen durchaus weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum zugestehen müssen. Da er nicht nur den von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmern, sondern immer auch den nicht betroffenen, an der Fortexistenz des Betriebs interessierten Kollegen verpflichtet ist, muss er insbesondere nicht um jeden Preis Maximalforderungen durchzusetzen versuchen. Es gibt deshalb auch keine Pflicht, bei ausbleibender Einigung über den Interessenausgleich das Vermittlungsverfahren zu betreiben oder die Einigungsstelle anzurufen (§ 112 Abs. 2 BetrVG), wenn der Betriebsrat vertretbar zu dem Ergebnis gelangt, dass dies zu nichts führen wird. Im Rahmen der Sozialplanverhandlungen handelt er gegenüber den Arbeitnehmern zudem niemals treuwidrig, wenn er sich an den für die Einigungsstelle statuierten ermessensleitenden Gesichtspunkten des § 112 Abs. 5 BetrVG ausrichtet. Denn der Arbeitgeber hat es ohnehin in der Hand, den Erfolg für die Arbeitnehmerseite hierauf zu reduzieren. Und es muss deshalb im Ermessen des Betriebsrats stehen, ob die Chancen auf einen spürbar besseren Verhandlungserfolg die mit dem Einigungsstellenverfahren drohenden Zeitverluste lohnen. Insgesamt kann man deshalb sagen, dass die Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten durch die Wahl einer bestimmten Verhandlungsstrategie allenfalls in Extremfällen denkbar ist. Die konkrete Vorgehensweise müsste für jedermann erkennbar evident unvertretbar sein. 27

(b) An ermessensbegrenzenden Punkten ist allerdings zu beachten: Der Betriebsrat kann nach allgemeiner Meinung nicht kurzerhand auf die Ausübung seiner Mitwirkungsrechte verzichten³⁷. Wo also etwa Verhandlungen überhaupt nicht gefordert und geführt werden, ist das nur dann keine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, wenn der Betriebsrat nach eingehender und sorgfältiger Prüfung in vertretbarer Weise zu dem Ergebnis gelangt ist, dass auch bei Einsatz aller Mittel, namentlich des Einigungsstellenverfahrens, keinerlei Erfolgchancen bestehen. 28

37 Siehe hierfür nur BAG 29.11. 1983 – 1 AZR 523/82, BAGE 44, 260; BAG 23.6. 1992 – 1 ABR 53/91, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972; BAG 14.12. 1999 – 1 ABR 27/98, BAGE 93, 75; *Annuß*, in: Richardi (Fn. 2), § 111 Rn. 17; *Fitting* (Fn. 2), § 1 Rn. 245; GK-BetrVG/*Wiese* (Fn. 2), § 87 Rn. 5; vgl. zum Ganzen eingehend *Joussen*, Der Verzicht des Betriebsrats auf seine Mitbestimmungsrechte, RdA 2005, 31 ff.

- 29 (c) Der Betriebsrat darf sich bei seinen Verhandlungen weiterhin nicht von evident sachfremden Erwägungen leiten lassen. Hierzu gehören insbesondere erhoffte persönliche Vorteile. Aber auch Koppelungsgeschäfte können prekär werden. Gibt der Betriebsrat bei seinen Forderungen betreffend die Sozialplandotierung nach, weil ihm der Arbeitgeber verspricht, mit dem entsprechenden Betrag einen kostenlos nutzbaren Tennisplatz für die verbleibende Belegschaft zu bauen, verletzt er damit seine Treuepflichten gegenüber den von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmern. Eng damit zusammen hängt auch die Verpflichtung des Betriebsrats zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer. Zielt er in den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber auf eine Ungleichbehandlung verschiedener Arbeitnehmergruppen, ohne dass dies durch soziale oder betriebliche Gründe gerechtfertigt wäre, verletzt er seine Vermögensbetreuungspflichten gegenüber den benachteiligten Arbeitnehmern.
- 30 (3) Als besonders heikel erweisen sich damit zwei in der Praxis durchaus anzutreffende Fallkonstellationen:

Die erste steht im Zusammenhang mit den auch nach der hierzu jüngst ergangenen BAG-Entscheidung³⁸ noch immer hochproblematischen Arbeitskämpfen um sogenannte Tarifsozialpläne³⁹. Rechtlich treten hier Ta-

38 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, BAGE 122, 134.

39 Siehe aus der Literatur nur etwa *Bauer/Krieger*, „Firmentarifsozialplan“ als zulässiges Ziel eines Arbeitskampfes?, NZA 2004, 1019, 1020 ff.; *Bayreuther*, Der Streik um einen Tarifsozialplan, NZA 2007, 1017 ff.; *Brecht-Heitzmann*, Verhinderung von Betriebsstilllegungen durch Sozialtarifvertrag?, NJW 2007, 3617 ff.; *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 2006, passim; *dens.*, NZA 2007, 310; *Henssler*, Der „Arbeitgeber in der Zange“ – Rechtsfragen der Firmentarifsozialpläne, Festschrift Richardi, 2007, S. 553 ff.; *Hohenstatt/Schramm*, Erstreikbarkeit von „tariflichen Sozialplänen“, DB 2004, 2214 ff.; *Franzen*, Standortverlagerung und Arbeitskampf, ZfA 2005, 315 ff.; *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 2007, S. 55 ff., 83 ff.; *dens.*, Standortbezogene Arbeitskämpfe und betriebliche Mitbestimmung, Festschrift Otto, 2008, S. 267 ff.; *Lipinski/Ferme*, Erstreikbarkeit von Tarifsozialplänen zulässig – Erste Gedanken zu Gegenmaßnahmen der Arbeitgeberseite, DB 2007, 1250 ff.; *Lobinger*, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, S. 55 ff.; *Löwisch*, Beschäftigungssicherung als Gegenstand betrieblicher und tariflicher Regelungen und von Arbeitskämpfen, DB 2005, 554 ff.; *Meyer*, Beschäftigungssichernde Tarifverträge, ZTR 2005, 394 ff.; *Nicolai*, Erstreikbarkeit von tariflichen Sozialplänen, SAE 2004, 240 ff.; *dies.*, Zur Zulässigkeit tariflicher Sozialpläne – zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Tarifmacht, RdA 2006, 33 ff.; *Paschke/Ritschel*, Erstreikbarkeit von Tarifverträgen aus Anlass von Standortentscheidungen, AuR 2007, 110 ff.; *Reichold*, Zulässigkeitsgrenzen eines Arbeitskampfes zur Standortsicherung, BB 2004, 2814 ff.; *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200 ff.; *Schiefer/Worzalla*, Unzulässige Streiks um Tarifsozialplä-

rifautonomie und Betriebsautonomie bekanntlich in unmittelbare Konkurrenz. Rein tatsächlich ziehen sich in diesen Fällen die Betriebsräte allerdings vielfach freiwillig zurück, um den Gewerkschaften das Feld für ihre mit Streikdrohung unterstrichene Forderung nach einem Tarifsozialplan zu überlassen⁴⁰. Sie verzögern zumindest die Verhandlungen über den Interessenausgleich und Sozialplan, wenn sie diese überhaupt aufgenommen haben. In der Sache aber bedeutet das nichts anderes, als dass sie den für den Ausgleich und die Milderung der durch die Betriebsänderung verursachten wirtschaftlichen Nachteile vorhandenen Topf einem vielfach nur kleinen Teil der betroffenen Arbeitnehmer überlassen, nämlich den gewerkschaftlich gebundenen. Denn nur für diese Gruppe kann ja der Tarifsozialplan wie ein vom Betriebsrat vereinbarter Sozialplan unmittelbare und zwingende Wirkung entfalten. Der Rest geht folglich rein rechtlich, im Extremfall aber auch faktisch, leer aus. Ein entsprechender Rückzug des Betriebsrats zugunsten der Gewerkschaft stellt deshalb nur dann keine Verletzung seiner Vermögensbetreuungspflicht dar, wenn von vornherein klar ist, dass die Gewerkschaft eine rechtlich verbindliche Regelung für alle von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit erreichen will⁴¹.

Durchaus prekärer noch kann sich im Rahmen der Verhandlungen über den Interessenausgleich das Verhalten des Betriebsrats bei der Zusammenstellung der Namensliste im Sinne von § 1 Abs. 5 KSchG darstellen. Denn dieser ist hierbei trotz eines weiten Beurteilungsspielraums in keiner Weise frei, sondern im Gegenteil wie der Arbeitgeber an die gesetzli-

ne, DB 2006, 46 ff.; *Schneider/Sittard*, Streik um Firmentarifsozialpläne, ZTR 2007, 590 ff.; *Thüsing/Ricken*, Zweimal Otis – Tarifliche Sozialpläne und die Grenzen zulässiger Streikziele, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 42, 2005, S. 113 ff.; *Willemsen/Stamer*, Erstreikbarkeit tariflicher Sozialpläne: Die Wiederherstellung der Arbeitskämpfparität, NZA 2007, 413 ff.; *Wolter*, Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, 218 ff.

40 Vgl. die Tatbestandsschilderung betreffend den Fall Heidelberger Druckmaschinen in BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, BAGE 122, 134; vgl. ferner den Tatbestand in LAG Niedersachsen 2.6. 2004 – 7 Sa 819/04, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 74; besonders deutlich wird dieses Vorgehen des Betriebsrats in den Tatbeständen von LAG Schleswig-Holstein 25.11. 1999 – 4 Sa 584/99, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 68a und LAG Hamm 31.5. 2000 – 18 Sa 858/00, AP Nr. 158 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

41 Fehlt es hieran, stünde damit allerdings nur die objektive Pflichtverletzung fest. Schwierigkeiten ergäben sich im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand, solange die in der Literatur anzutreffende Ansicht noch nicht überwunden ist, dass im Fall eines Arbeitskamps um Tarifsozialpläne das Verfahren nach den §§ 111 ff. BetrVG aus Paritätsgründen zu ruhen hat (so kaum zu Recht etwa *Willemsen/Stamer*, NZA 2007, 413 ff.; *Lipinski/Ferme*, DB 2007, 1250 ff.).

chen Vorgaben für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung gebunden. Nur diese Vorgaben dürfen ihn bei seinen Vorschlägen für und seinem Einverständnis mit der Namensliste leiten. Das Gesetz hat die rechtlichen Möglichkeiten des gekündigten Arbeitnehmers zur Überprüfung und zur Korrektur der Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers nach Maßgabe der materiellen Wertungen des KSchG nur deshalb verkürzt, weil es die entsprechenden Schutzinteressen in der Hand des Betriebsrats hinreichend gewahrt sah⁴². Es hat so den Betriebsrat aber eben auch zu einer Art Treuhänder dieser individuellen Schutzinteressen gemacht⁴³. Folgerichtig bedeutet das etwa: Wo missliebige Kollegen oder Kollegen, die nicht in „der“ oder auch nur nicht in „der richtigen“ Gewerkschaft sind, maßgeblich aufgrund dieses Umstands auf die Namensliste gesetzt werden, verletzt der Betriebsrat seine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Betroffenen.

[3] Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei ordentlichen Kündigungen gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG als problematischer Fall

- 32 (1) Dem oben genannten zweiten Beteiligungstypus gehört richtigerweise auch die Betriebsratsanhörung gemäß § 102 BetrVG und hier insbesondere das Widerspruchsrecht des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG an⁴⁴. Ob auch die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem zu kündigenden Arbeitnehmer anzunehmen ist, wenn etwa der Betriebsrat den Widerspruch unterlässt, obwohl die materiellen Widerspruchsvoraussetzungen offenkundig vorliegen, ist damit allerdings noch nicht gesagt. Es gibt keinen Automatismus zwischen der Zuordnung eines

42 Wie schon in der Begründung des Regierungsentwurfs zum arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 (siehe Bundestags-Drucksache 13/4612, S. 14) wurde auch in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt 2004 für die Rechtfertigung von § 1 Abs. 5 KSchG maßgeblich auf die Begründung zu § 125 InsO verwiesen (siehe Bundestags-Drucksache 15/1204, S. 9). Dort heißt es wörtlich (siehe Bundestags-Drucksache 12/2443, S. 149 zu § 128 InsO-RegE): „Denn es kann als Regelfall angenommen werden, dass der Betriebsrat seine Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern wahrnimmt, nur unvermeidbaren Entlassungen zustimmt und darauf achtet, dass bei der Auswahl der ausscheidenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt werden“; siehe hierzu auch *Zeuner*, Zur kündigungsschutzrechtlichen Bedeutung des Interessenausgleichs nach § 1 Abs. 5 KSchG und §§ 125 Abs. 1 S. 1, 128 Abs. 2 InsO, Festschrift Zöllner, 1998, S. 1011, 1017.

43 Vgl. nur auch *Heinze/Bertram*, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 107 Rn. 86; *Löwisch/Caspers*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (MünchKomm-InsO), 2. Aufl. 2008, § 125 Rn. 2; *Wolf*, in: Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2007, § 125 Rn. 1.

44 Siehe oben bei und in Fn. 31.

Beteiligungsrechts zum individualschützenden Typus und der Bejahung einer Vermögensbetreuungspflicht. Denn dass der Betriebsrat als Medium des Individualschutzes fungiert, bedeutet nicht zwangsläufig, dass ihm dabei auch eine geschäftsführer- oder treuhändergleiche Stellung zukommt, die ihm den betroffenen Arbeitnehmer in der Wahrnehmung der eigenen Interessen gleichsam ausliefert⁴⁵. Das konkrete Beteiligungsrecht kann sich durchaus darauf beschränken, den individualrechtlichen Schutz des Arbeitnehmers zu ergänzen, ohne dabei dessen eigene Handlungsmöglichkeiten zu berühren oder gar zu beschneiden. Wo die individuelle Schutzposition des einzelnen Arbeitnehmers aber in keiner Weise vom Betriebsratshandeln abhängig oder auch nur beeinflusst ist und der Betriebsrat deshalb weder vertretend noch gar verdrängend, sondern allein verstärkend agiert, fehlt es eben auch an der für eine Vermögensbetreuungspflicht typischen geschäftsführer-, sachwalter- oder treuhänderartigen Stellung des Betriebsrats.

(2) Im Hinblick auf das Widerspruchsrecht gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG 33 spricht im Ergebnis mehr dafür, eine Vermögensbetreuungspflicht des Betriebsrats zu verneinen⁴⁶. Nicht entscheidend kann dafür allerdings sein, dass der Betriebsrat in den Fällen des § 102 Abs. 3 BetrVG der Kündigung nur widersprechen „kann“ und nicht auch „muss“. Denn die Unverzichtbarkeit der Mitwirkungsbefugnisse⁴⁷ muss auch hier dazu führen, dass über den Widerspruch zumindest nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden ist⁴⁸. Maßgeblich erscheint vielmehr, dass mit den Befugnissen des Betriebsrats im Fall des § 102 BetrVG anders als in den vorstehend behandelten Fällen keinerlei vertretende oder gar verdrängende Wirkung im Hinblick auf die Realisierung der gesetzlich geschützten Individualinteressen des betroffenen Arbeitnehmers verbunden ist. So kann, wie bereits gesehen, der gekündigte Arbeitnehmer die Widerspruchsgründe der §§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG, 102 Abs. 3 BetrVG nach heute ganz herrschender Meinung auch unabhängig von einem Widerspruch gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG zur Begründung der Sozialwidrigkeit der Kündigung anführen⁴⁹.

45 Vgl. hierzu oben Rn. 13.

46 Anders noch im mündlichen Referat, weshalb die im Anschluss abgedruckten Diskussionsbeiträge zum Teil überholt sind.

47 Siehe hierzu bereits oben bei und in Fn. 37.

48 Anders wohl *Wank*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 121 Rn. 12, der zwar anerkennt, dass das Widerspruchsrecht des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG im Interesse des betroffenen Arbeitnehmers besteht, diesem aber gleichwohl keinerlei Ansprüche gegen den Betriebsrat auf ein Tätigwerden zubilligen will.

49 Siehe oben bei und in Fn. 17.

Er ist dem Betriebsrat hierin also weder rechtlich noch faktisch „ausgeliefert“⁵⁰.

- 34 (3) (a) Im Hinblick auf den sogenannten Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsrechtsstreits gilt im Grundsatz nichts anderes, obgleich dies weit weniger offensichtlich ist. So hängt zunächst auch die Möglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers, seine tatsächliche Beschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses über die Kündigungsfrist hinaus mit rechtlichen Mitteln durchzusetzen, nicht von einem Widerspruch des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 3 und 5 BetrVG ab. Rechtsprechung und herrschende Meinung anerkennen daneben bekanntlich noch einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch, der gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann⁵¹. Andere erzielen trotz Ablehnung eines solchen materiellrechtlichen Anspruchs sachlich weitgehend gleiche Ergebnisse auf rein prozessualen Wege, insbesondere über § 940 ZPO⁵². Somit ist auch hier der gekündigte Arbeitnehmer in der Durchsetzung seiner Interessen dem Betriebsrat nicht etwa grundsätzlich „ausgeliefert“.
- 35 (b) In einem praktisch durchaus bedeutsamen Punkt bleibt er allerdings rechtlich von ihm abhängig. Der Sache nach geht es dabei um die Beweissituation des gekündigten Arbeitnehmers. Denn nur wenn der Betriebsrat der Kündigung gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG widersprochen hat, gelangt der Arbeitnehmer über § 102 Abs. 5 BetrVG in die prozessual äußerst komfortable Lage, nicht die offensichtliche Unwirksamkeit der Kündigung wegen eines der in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG genannten Gründe darlegen und gegebenenfalls zumindest glaubhaft machen zu müssen, wie das auf der Grundlage des sogenannten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs der Fall wäre. Ohne den Widerspruch stellen sich deshalb die Erfolgsaussichten des Gekündigten in puncto Weiterbeschäftigung aus prozessualen Gründen sehr viel schlechter dar als mit diesem Widerspruch.
- 36 (c) Dass die mit dem Widerspruch des Betriebsrats zu erzielende Verbesserung der Beweissituation den Individualinteressen des gekündigten Arbeitnehmers dient, steht außer Frage. Ob sich die Stellung des Betriebsrats deshalb insoweit auch als geschäftsführer- oder treuhändergleich bezeichnen lässt, wie das die Dogmatik der Vermögensbetreuungspflichten im Sinne von § 266 StGB erfordert⁵³, erscheint gleichwohl zweifelhaft.

50 Zur weitgehenden Bedeutungslosigkeit der mit einem berechtigten Widerspruch einhergehenden „absoluten“ Sozialwidrigkeit gegenüber der herkömmlichen „relativen“ siehe bereits oben bei und in Fn. 18.

51 Siehe hierfür nur BAG 27.2. 1985 – GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; KR/*Etzels* (Fn. 16), § 102 BetrVG Rn. 269 ff.

52 Siehe hierfür nur *von Hoyningen-Huene/Linck* (Fn. 16), § 4 Rn. 155 ff.

53 Siehe hierzu oben bei und in Fn. 22.

Denn Grundvoraussetzung für eine solche Qualifizierung wäre eine vornehmlich *parteiliche* Rolle des Betriebsrats in diesem Zusammenhang. Anders als bei den Verhandlungen über den Interessenausgleich, die Namensliste und den Sozialplan muss man daran im Rahmen des § 102 BetrVG jedoch zweifeln. Zweifelsbegründend wirkt dabei bereits der Umstand, dass sich der Betriebsrat hier nicht um eine Einigung mit dem Arbeitgeber bemühen muss. Denn der Zwang zur Einigung ist wegen des damit stets einhergehenden Zwangs zum Ausgleich von Interessengegensätzen das klassische Mittel zur Neutralisierung vorgefundener Parteilichkeiten. Wo dieser Zwang besteht, darf deshalb *prima facie* auch von einer parteilichen Stellung des Betriebsrats ausgegangen werden. Im Fall des § 102 Abs. 3 und 5 BetrVG führt dagegen allein eine einseitige Erklärung des Betriebsrats – spiegelbildlich zur Verbesserung der prozessualen Situation des Arbeitnehmers – zu einer Verschlechterung der prozessualen Situation des Arbeitgebers. Das aber muss dann auch eine vornehmlich parteiliche Rolle des Betriebsrats in diesem Kontext ausschließen. Die einseitige Gestaltungsmacht in Bezug auf ein fremdes Rechtsverhältnis verbietet nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den parteilichen Gebrauch dieser Macht. Dem Betriebsrat kommt deshalb im Rahmen des § 102 BetrVG weniger die Rolle eines Parteivertreters als vielmehr die Rolle einer Kontrollinstanz zu. Ganz in diesem Sinne wurde ihm deshalb die Geltendmachung der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Gründe vom Gesetzgeber auch maßgeblich wegen seiner „größeren Sachkenntnis“ und „seines vollständigeren Überblicks über die betrieblichen Möglichkeiten“ zugestanden⁵⁴. Als eine solche, im Interesse des individuellen Arbeitnehmerschutzes implementierte Kontrollinstanz vermag der Betriebsrat durchaus Pflichtenbindungen gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern unterliegen. Ihrer Struktur nach sind diese Pflichten wegen der hier fehlenden Parteilichkeit allerdings eher drittschützende Amtspflichten, wie sie für andere Zusammenhänge etwa durch § 839 BGB sanktioniert werden. Vermögensbetreuungspflichten im Sinne von § 266 StGB stellen sie dagegen nicht dar.

c. Grenz- und Einzelfälle

Mit den bisher behandelten Fällen konnte und sollte nicht mehr geleistet werden, als die arbeitsrechtlichen Grundstrukturen, die man bei der Suche nach Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats zugunsten von Arbeitnehmern zu beachten hat, beispielhaft zu illustrieren. Eine umfassende Analyse sämtlicher Beteiligungstatbestände kann hier naturgemäß nicht erfolgen. Abschließend hingewiesen sei allerdings noch auf weitere wichtige Grundeinsichten, Besonderheiten und Grenzfälle. 37

54 Siehe BegrRegE BetrVG 1972, Bundestags-Drucksache VI/1786, S. 52 sowie den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu Bundestags-Drucksache VI/2729, S. 7.

- 38 aa) Zunächst zu den Grundeinsichten: Sucht man zu erkennen, zu welchem der oben genannten drei Beteiligungstypen ein konkreter Mitwirkungstatbestand gehört, kann man sich – leider – nicht auf die systematische Stellung der Vorschrift im Betriebsverfassungsgesetz verlassen. So findet sich etwa in § 87 BetrVG als der zentralen Mitbestimmungsnorm nicht nur ein Beteiligungstyp versammelt, auch wenn die bisher diesem Katalog entnommenen Beispiele stets dem ersten Beteiligungstyp zugehört haben. Beispielhaft für ein Mitbestimmungsrecht, in dem der Betriebsrat keine funktional eigenen Rechte wahrnimmt, sondern als Medium des Individualschutzes fungiert, sei nur etwa § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG genannt. Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs von einzelnen Arbeitnehmern erfolgt nicht etwa in Ausübung eines originär dem Arbeitgeber zustehenden einseitigen Bestimmungsrechts. Sie dient vielmehr nur der besseren Erkenntnis des nach dem BUrlG individualrechtlich auch bereits in seiner Lage vorgegebenen Anspruchs des Arbeitnehmers⁵⁵.
- 39 Eine ganz ähnliche Gemengelage verschiedener Beteiligungstypen findet sich auch in § 99 BetrVG, dem Mitbestimmungsrecht bei personellen Einzelmaßnahmen wie etwa der Einstellung oder der Versetzung. Ohne weiteres erkennbar wird dies in der Gegenüberstellung des dritten und des sechsten Zustimmungsverweigerungsgrundes in § 99 Abs. 2 BetrVG. Mit ersterem wird ersichtlich nur wieder wie bei § 102 BetrVG der individuelle Kündigungsschutz gleichsam vorverlagert, indem man seine Beachtlichkeit bereits in der Phase der Entscheidungsfindung des Arbeitgebers institutionalisiert. Zweiterer dient dagegen dem (betriebs-) öffentlichen Interesse an der Wahrung des Betriebsfriedens und hat damit quasipolizeiliche Funktion⁵⁶. Auch bei § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG darf damit allerdings nicht schon automatisch auf die Existenz einer Vermögensbetreuungspflicht geschlossen werden. Vielmehr ist hier wiederum sorgfältig zu prüfen, ob der Betriebsrat als parteilicher Geschäftsführer/Sachwalter/Treuhänder oder aber als Kontrollinstanz fungiert⁵⁷.
- 40 bb) Zu den Besonderheiten: Sofern der Betriebsrat als Medium des Individualschutzes beteiligt wird und weiterhin auch eine geschäftsführergleiche Stellung nahe liegt, lässt das noch nicht auch zwangsläufig auf eine Treuepflicht schließen, die speziell den *Vermögensinteressen* des Arbeitnehmers zu dienen bestimmt ist. Als Beispiel herangezogen werden mag hierfür wiederum das soeben schon erwähnte Mitbestimmungsrecht bei der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs. Denn primärer Schutz-

55 Siehe hierzu bereits *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 154 f.

56 Siehe auch hierzu bereits *Lobinger*, ZfA 2004, 101, 157; vgl. zu § 99 Abs. 2 Nr. 4 und § 102 BetrVG auch *Hartmann*, ZfA 2008, 383, 405 f.

57 Vgl. oben Rn. 36.

zweck des Urlaubs und mithin des entsprechenden individualrechtlichen Anspruchs sind nicht Vermögens-, sondern Erholungsinteressen⁵⁸. Missbraucht der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG gezielt für die Benachteiligung eines Arbeitnehmers, verletzt er deshalb noch nicht auch eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB.

cc) Zuletzt ein Grenzfall: Gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Tarifverträge etc. eingehalten werden. Erkennt er dabei, dass einem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber grundlos tarifliche Ansprüche vorenthalten werden und unternimmt gleichwohl nichts, weil ihm die Benachteiligung in seinen politischen Absichten durchaus zupass kommt, mag man spontan an die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB denken. Gleichwohl ist dies hier von vornherein zu verneinen. Denn § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist bei näherem Hinsehen kein Instrument eines (vorgelagerten) subjektiven Rechtsschutzes, sondern ein solches des objektiven. Darauf weisen nicht nur die ganz verschiedenen, keineswegs nur subjektive Rechte vermittelnden Normquellen hin, auf die in der Vorschrift verwiesen wird. Deutlich wird dies insbesondere daran, dass speziell die aus einem Einzelarbeitsvertrag resultierenden Rechte nicht genannt sind, weshalb die ganz herrschende Meinung die Überwachungspflicht aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hierauf auch tatsächlich nicht erstrecken will⁵⁹. Mit einer im individuellen Vermögensinteresse bestehenden sachwalter- oder geschäftsführerartigen Stellung aber ist das nicht vereinbar. Dem Betriebsrat kommt hier vielmehr ein weiteres Mal eine quasi-polizeiliche Funktion zu, was Vermögensbetreuungspflichten im Sinne von § 266 StGB gegenüber den Arbeitnehmern ausschließt.

IV. Ausblick

Hält man sich die hier gefertigte Skizze zur Frage von Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats nochmals im Ganzen vor Augen, sollte die Angst vor dem Tabubruch, wie er mit dieser Frage verbunden ist, schwinden. Es ergibt sich ein sehr differenziertes Bild, nach dem entsprechende Pflichten von vornherein nur dort anerkannt werden, wo jedem Betriebsrat auch klar sein muss, dass er mit seinem Beteiligungsrecht existenzielle Vermögensinteressen der betroffenen Arbeitnehmer gleichsam in der Hand hat. Aber auch bei der Konkretisierung der Verhaltensanforderun-

58 Vgl. zum Urlaubszweck nur BAG 20.6. 2000 – 9 AZR 405/99, BAGE 95, 104; *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn. 29), § 17 IV 6, S. 190 f. mit weiteren Nachweisen.

59 Siehe nur BAG 28.5. 1974 – 1 ABR 22/73, AP Nr. 6 zu § 80 BetrVG 1972; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 2), § 80 Rn. 14; *GK-BetrVG/Kraft/Weber* (Fn. 2), § 80 Rn. 18.

gen sollte deutlich geworden sein, dass mit der grundsätzlichen Anerkennung von Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats zugunsten von Arbeitnehmern die funktionsnotwendigen Ermessens- und Beurteilungsspielräume nicht gefährdet sind. Nimmt man das für eine Strafbarkeit geltende Vorsatzerfordernis sowie auch das Schadenserfordernis noch hinzu, gibt es deshalb keinen rationalen Grund, mit der Anerkennung von Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats zugunsten von Arbeitnehmern die Lebensfähigkeit der Betriebsverfassung gefährdet zu sehen. Die Strafbarkeitsrisiken sind zu gering, als dass sie auf einen an der Betriebsratstätigkeit interessierten Arbeitnehmer abschreckend wirken könnten. Mit der grundsätzlichen Anerkennung von Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats zugunsten von Arbeitnehmern zieht somit richtigerweise nur ein Stück rechtlicher Normalität in die Betriebsverfassung ein. Denn zu dieser Normalität gehört es nun einmal, dass die über andere eingeräumte Macht auch verantwortlich ausgeübt werden muss.

Thesen

- 43 1. In der Frage nach Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern zeigt sich die (partielle) Zivil- und Arbeitsrechtsakzessorietät des Untreuetatbestands (§ 266 StGB).
- 44 2. Ob den Betriebsrat Vermögensbetreuungspflichten gegenüber Arbeitnehmern treffen, lässt sich nur durch genaue Analyse der Aufgaben und Funktionen des Betriebsrats in der Arbeitsverfassung ermitteln. Dabei verbieten sich Pauschallösungen. Wegen der Aufgabenvielfalt des Betriebsrats (vgl. nur § 80 Abs. 1 BetrVG) ist vielmehr eine Einzelanalyse der verschiedenen Mitwirkungstatbestände erforderlich.
- 45 3. Den strafrechtlichen Anforderungen an Vermögensbetreuungspflichten im Sinne von § 266 StGB nicht genügen kann die allgemeine Verpflichtung des Betriebsrats zur Beachtung von Arbeitnehmerinteressen gemäß §§ 2, 75 BetrVG.
- 46 4. Als Leitfaden für die Suche nach Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern bietet sich eine Kategorisierung der Beteiligungsrechte je nach dem mit diesem Recht zur Geltung gebrachten materiellen Interesse an. Diese Kategorisierung führt zu einer Trias der Beteiligungstypen:
 - Beteiligung zur Wahrnehmung funktional eigener Rechte des Betriebsrats/der Belegschaft;
 - Beteiligung des Betriebsrats als Medium des Individualschutzes;
 - Beteiligung des Betriebsrats als Vertreter (betriebs-) öffentlicher Interessen.

Vermögensbetreuungspflichten gegenüber Arbeitnehmern sind von vornherein nur im Rahmen des zweiten Typus denkbar.

5. Keine Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht liegt damit etwa vor, wenn der Betriebsrat missbräuchlich eine Druckkündigung gemäß § 104 BetrVG veranlasst oder in benachteiligender Absicht mit dem Arbeitgeber einheitliche Arbeitskleidung (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), einen veränderten Arbeitsbeginn (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) oder Ähnliches vereinbart. Auch eine Verletzung der allgemeinen Überwachungspflicht gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG genügt nicht den Anforderungen an die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB. 47

6. Vermögensbetreuungspflichten bestehen demgegenüber grundsätzlich bei der Mitwirkung des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, namentlich bei der Vereinbarung des Interessenausgleichs und des Sozialplans (§§ 111 ff. BetrVG). Das gilt dagegen nicht auch für die Beteiligung im Rahmen von Kündigungen gemäß § 102 BetrVG. Hier fungiert der Betriebsrat nicht als parteilicher Geschäftsführer/Treuhänder, sondern als eine Art Kontrollinstanz. Auch im Rahmen des zweiten Beteiligungstypus sind deshalb stets noch weitere Differenzierungen erforderlich. 48

7. Bejaht man eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB, sind damit nur die Grundvoraussetzungen für eine Strafbarkeit wie auch für eine zivilrechtliche Haftung von Betriebsräten geschaffen. Ob die Strafbarkeit beziehungsweise die Haftung tatsächlich gegeben ist, hängt von zahlreichen weiteren Voraussetzungen ab. Neben der Schadensfrage spielen dabei insbesondere die subjektiven Strafbarkeits- und Haftungsvoraussetzungen eine entscheidende Rolle. Bedenkt man dies und fasst man darüber hinaus auch die konkret aus der Vermögensbetreuungspflicht resultierenden Verhaltensanforderungen funktionsadäquat, wird durch die Anerkennung von Vermögensbetreuungspflichten des Betriebsrats zugunsten von Arbeitnehmern die Lebensfähigkeit der Betriebsverfassung nicht gefährdet. 49

B. Diskussion

Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Stuttgart:

- 50 Herr *Lobinger*, Sie haben mir die Angst nicht genommen, sondern deutlich verstärkt. Ich möchte heftigen Widerspruch anmelden zu dem, was Sie gesagt haben. Ich fange mit Ihren Beispielen an, mit dem § 102 BetrVG. Das ist ja eigentlich eine Aufforderung an die Betriebsräte, massenweise zu widersprechen. Ob das im Arbeitgeberinteresse ist? Und was ist die Konsequenz? Sie sagen, in den evidenten Fällen soll der Betriebsrat widersprechen. Wo ist da die Vermögensbetreuungspflicht? Wo ist der Schaden? Ich sehe keinen Schaden. In den Fällen, in denen es evident ist, dass gegen die Sozialauswahl verstoßen wird, wird der Arbeitnehmer ohnehin Kündigungsschutzklage einreichen. Er gewinnt den Kündigungsschutzprozess. Er hat überhaupt keinen Schaden. Die Probleme in der Praxis sind die Fälle, die in der Grauzone liegen. Wenn dort widersprochen wird und der Arbeitgeber trotz Widerspruchs des Betriebsrats nach zwei Jahren den Prozess rechtskräftig gewinnt, hat er dennoch so lange das Geld zu bezahlen. Und das kann doch nicht das Ergebnis sein, dass durch Widersprüche bei wirksamen Kündigungen – was aber erst nach zwei Jahren festgestellt wird – so lange prozessiert wird. Genauso bin ich nicht einverstanden mit dem, was Sie zu § 1 Abs. 5 KSchG gesagt haben. § 1 Abs. 5 KSchG sagt doch nur, dass im Falle einer Namensliste die Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft wird. Das Beispiel, das Sie gebracht haben, wäre glatt ein Fall der groben Fehlerhaftigkeit, wenn nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenziert wird. Ein Drittes: Zu dem Tarifsozialplan, Herr *Lobinger*, ich kenne keinen Betriebsrat, der sich zurückzieht und sagt, soll doch erst einmal die Gewerkschaft nach vorne gehen und das aushandeln. Und in dem Moment, wo das Ergebnis feststeht, kommt der Betriebsrat und sagt: Und das möchte ich haben für alle natürlich und dann möglicherweise sogar noch etwas oben drauf. Dass ein Betriebsrat einen betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan nur für die tarifgebundenen Arbeitnehmer übernimmt, das ist blanke Theorie. Das gibt es nicht. Aber am meisten verwundert hat mich Ihr Verständnis des § 102 BetrVG. Das ist so eine Art Aufforderung an die Betriebsräte, zu widersprechen. Nicht die evidenten Fälle sind das Problem. Es sind die Fälle ein Problem, die in der Grauzone liegen. Und die führen dann unter Umständen zu verheerenden Konsequenzen.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Herr *Bauer*: Es ist immer so, wenn Wissenschaft und Praxis aufeinanderprallen, dass man verschiedene Perspektiven hat. Fangen wir bei § 102 BetrVG an. Ich habe vielleicht nicht genau genug akzentuiert: Die Grauzonenfälle sind kein Problem einer Vermögensbetreuungspflicht. Es geht um die Fälle, in denen ich einfach die Augen verschließe, also überhaupt nicht prüfe, durchwinke oder in denen ich den evidenten Fall sehe, dass der Kündigungsschutzprozess gewonnen werden wird. Überall dort, wo geprüft wurde und Ermessen ausgeübt wurde, haben wir überhaupt kein Problem. Es geht wirklich nur um diese Extremfälle. 51

Die zweite Frage betrifft den Schaden. Ich wollte das Problem eigentlich systematisch abhandeln. Wir setzen beides mittlerweile gleichwohl oft in eins, Schaden und Pflicht. Aber das ist nicht richtig. Es geht erst einmal um die Pflicht. Der Schaden ist in diesen Fällen vielfach zweifelhaft, aber die Strafrechtler müssen etwa darüber nachdenken, dass unter Umständen, wenn die Voraussetzungen eines Widerspruchs gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG evident vorliegen, dem Arbeitnehmer die kommodere prozessuale Situation nach § 102 Abs. 5 BetrVG genommen wird. In diesen Fällen kann auch ein Schaden vorliegen.

Stichwort Namensliste: Ich meine, wenn es diese Fälle gibt, dass tatsächlich über die allein vom Betriebsrat erstellte Namensliste nicht mehr herübergeguckt wird und unbesehen nach dieser Liste gekündigt wird, dann treiben Sie jedenfalls den Arbeitnehmer in einen Kündigungsschutzprozess, den er sonst nicht hätte. Und das ist natürlich ein Schaden. Das ist überhaupt keine Frage. Da hilft ihm sein Selbsthilferecht auch nicht. Dass es solche Fälle nicht geben sollte, beruhigt mich im Moment. Ich habe allerdings auch schon anderes gehört. Und insofern wäre ich da vorsichtig. Ich will auch noch einmal ganz deutlich sagen, dass § 1 Abs. 5 KSchG für nichts anderes da ist als auch die Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG, dass die, die sachnäher sind als der Arbeitsrichter, letztlich aber genau aus seiner Perspektive entscheiden, ob die Gründe vorliegen. Das ist eben kein freies Ermessen, wenn ich auf die Liste setze. Da hat der Betriebsrat keinen weiteren Ermessensspielraum als der Arbeitgeber. Und es geht deshalb eben auch nicht an, jemanden auf die Liste zu setzen, um Politik zu machen oder seine Wiederwahl zu sichern. Wo, wenn nicht hier, sollte die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht vorliegen?

Das Dritte ist: Sie kennen die Entscheidungen zu den Fragen der Tarifsozialpläne. Natürlich haben wir genau die Fälle gehabt, in denen der Betriebsrat in dem Moment aufgehört hat Verhandlungen zu führen, in dem die Gewerkschaft ihre Forderungen erhoben und mit Streik gedroht hat. Wenn das eine Strategie ist, wenn die so zusammenarbeiten – kollusiv –,

dass von Anfang an klar ist, wir ziehen uns nur deswegen zurück, weil du für uns alle dieses Ergebnis erzielst, dann habe ich auch kein Problem mit der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Das habe ich ja gesagt. Es muss nur eben von vornherein klar sein, dass die Gewerkschaft hier letztlich anders agiert als eine Gewerkschaft – denn von Rechts wegen ist und bleibt sie Interessenvertreter ihrer Klientel und von Rechts wegen kann sie deshalb auch niemand anderen binden als ihre Mitglieder. Nicht umsonst ist dieses Verfahren aus meiner Sicht in der Betriebsverfassung angelegt, weil wir hier in einer Situation sind, in der Gleichbehandlung gefordert ist, und deswegen macht es der Betriebsrat. Wir streiten ja auch nicht umsonst, und das BAG hat uns dabei bekanntlich in unbefriedigender Weise bedient.

Jobst-Hubertus Bauer:

- 52 Ich glaube, wir reden aneinander vorbei, denn in diesen Fällen – das wollte ich ja nur sagen, Herr *Lobinger* – ist ja eben der Tarifsozialplan zustande gekommen. Aber in den Fällen, die ich kenne – und ich glaube, es gibt keine anderen Fälle (man verfolgt die ja in der Presse) –, da sind hinterher immer auch Sozialpläne zustande gekommen. Deshalb habe ich gesagt, dieses ist ein theoretisches Problem.

Thomas Lobinger:

- 53 Dann ist ja alles prima: Der Theoretiker darf theoretische Probleme behandeln. Das ist sein Beruf, und das tut er, Herr *Bauer*, in Vorarbeit für Sie – übrigens in unbezahlter Vorarbeit –, damit, wenn der Fall kommt, Sie schon die richtige Lösung haben.

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 54 Nur relativ kurz: Herr *Lobinger*, wir sind uns einig, dass natürlich auch die Theorie stimmen muss, und da habe ich meine großen Zweifel. Denn Sie haben hier zwei Dinge, die vielleicht strafrechtlich lösbar sind – deswegen frage ich da nach – nicht diskutiert, die ich gerne diskutiert hätte. In der Tat ist gerade bei der Anhörung zur Kündigung natürlich schon die Frage relevant: Wer ist hier der Herr des Verfahrens, und wer entscheidet das Verfahren? Das ist allein der Arbeitgeber mit seiner Kündigungsabsicht, die ja möglicherweise auch revidiert werden kann durch die Einlassung des Betriebsrats. Sie lassen jetzt durch die Hintertür den Betriebsrat doch wieder zum Vertreter des zu kündigenden Arbeitnehmers werden, der dann auch keinen Ermessensspielraum hätte, die Sache durchzuwin-

ken oder nicht. Damit stellt sich die Frage: Ist dieses Verfahren von der Mitbestimmung her so ausgestaltet, dass man wirklich eine Vermögensbetreuungspflicht hineinkonstruieren kann? Das ist die eine Frage. Die andere Frage, die mir sehr wichtig ist: Der Betriebsrat entscheidet ja letztlich immer paritätisch mit dem Arbeitgeber, wenn man so will. Man kann im Nachhinein nie konstruieren, wer hat sich jetzt durchgesetzt, wo sind die Verhandlungsmängel, wo sind hier die Verhandlungsstärken gewesen? Der Betriebsrat seinerseits ist ein Kollegium. Das sind zwei Gravamina, die mich zögern lassen zu sagen, jedes einzelne Mitglied des Betriebsrats hätte eine individuell zurechenbare Vermögensbetreuungspflicht. Das, so meine ich, ist auch strafrechtlich nicht ganz einfach zu konstruieren. Aber – wie gesagt – die Grundfrage halte ich noch für durchaus offen. Sie vertreten – wie ich weiß – immer sehr anregende Meinungen, die mir aber von der Mehrheitsmeinung der Betriebsverfassungsrechtler noch nicht in der Weise gesichert zu sein scheinen, dass wir in der Tat hier diese Vermögensbetreuungspflichten auch rein theoretisch herausdestillieren. Aber das wäre mir für den jetzigen Zeitpunkt eine zu hohe Hürde, die ich nicht auch noch erklimmen möchte.

Thomas Lobinger:

Herr *Reichold*: Was den § 102 BetrVG betrifft, da ist erst einmal zuzugestehen, dass das Thema äußerst strittig ist. Zunächst einmal lautet aber nicht die Frage, wer der Herr des Verfahrens ist – das, glaube ich, ist kein Problem. Also: Wenn der Arbeitgeber seine Kündigungsabsicht dingfest gemacht hat, ist die Aufgabe des Verfahrens gerade, ihn durch den Widerspruch zu bremsen. Dann, so meine ich, ist das schon eine eigenständige Pflicht des Betriebsrats, und man kann nicht einfach sagen, es entscheidet ja letztlich der Arbeitgeber. Die Probleme, die mit § 102 BetrVG verbunden sind, sind eher die, ob die Norm dem zweiten Beteiligungstypus zuzuordnen ist, ob sie also wirklich im individuellen Interesse der Arbeitnehmer besteht oder ob das Beteiligungsrecht nicht etwa doch einen kollektiven Einschlag hat. Das ist nun heftig umstritten. Das will ich auch gar nicht beiseiteschieben. Wenn ich mich richtig an das erinnere, was Herr *Vogel* gesagt hat, müsste es in der Literatur und in der Rechtsprechung eine eindeutige Ansicht dazu geben. Insofern ist die Strafbarkeit faktisch sowieso schon weg, es sei denn, dass die Ansichten von mir so anregend sind, dass sie so viele überzeugen, dass es dann doch einmal eindeutig wird. Ich kann nur darauf hinweisen: Auch Herr *Thüsing* etwa vertritt mittlerweile im *Richardi*'schen Kommentar, dass § 102 BetrVG eindeutig eine individualschützende Vorschrift sei, und kommt dort auch zu einer Haftung wegen Amtspflichtverletzung. Diese Tendenzen gibt es in der Literatur. Ich will aber auch nicht bestreiten, dass sie bestritten sind. Das ist das eine.

Der zweite Punkt war die Gremienproblematik. In der Tat: Da habe ich mich gedrückt, weil ich gesagt habe, darüber rede ich nicht. Das ist die Zuständigkeit des Strafrechts. Es ist tatsächlich so, auch wenn Sie die Mannesmann-Entscheidung oder die Lederspray-Entscheidung ansehen, dass man dort wenig Probleme zu haben scheint. Eine die juristische Person treffende Verpflichtung – das ist die Lederspray-Entscheidung, also die Produkthaftung – soll automatisch auch den Vorstand treffen und natürlich auch alle Vorstandsmitglieder. Da wird überhaupt nicht lange herumgeredet. Wir haben das heute – wenn ich es richtig weiß – in § 14 StGB in bestimmter Form eingefangen. In der BGH-Entscheidung kommt das aber überhaupt nicht vor; es wird gar nicht erwähnt. Und es ist auch so, dass wir in der Mannesmann-Entscheidung ebenfalls – wenn ich das richtig weiß – die individuelle Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder ohne weiteres unterstellen. Diese wird selbstverständlich angenommen; es wird überhaupt nicht darüber geredet. Insoweit muss ich allerdings zugeben, dass wir in § 93 AktG – genauso wie in § 116 AktG, der auf § 93 AktG verweist – immerhin eine ausdrückliche Vorschrift haben, die auch die Verhaltenspflichten für die einzelnen Vorstandsmitglieder oder Aufsichtsratsmitglieder benennt. Das kommt zwar wiederum – wenn ich das richtig weiß – in der BGH-Entscheidung nicht vor, aber es ist richtig, es gibt eine solche Regelung. Nun könnten Sie in der Tat sagen, das Betriebsverfassungsgesetz ist anders. Denn wir haben keine Verhaltenspflichten, die speziell für die Mitglieder des Gremiums benannt sind, mit Ausnahme der Verschwiegenheitspflichten. Da kommt das Mitglied vor. Das wäre aber meines Erachtens schon die *Jhering'sche* Haarspaltemaschine, wenn Sie jetzt aufgrund dieses Umstands sagen, dann gibt es diese Verantwortlichkeit überhaupt nicht. Denn dann haben Sie mindestens in dem Fall ein Riesenproblem, in dem wir einen einzigen Betriebsrat haben. Den müssten Sie dann nämlich auch herausnehmen, weil Sie sagen, der ist dann ganz Amt und überhaupt nicht mehr Person. Das erscheint aber fast schon haarsträubend. Deswegen muss man das vielleicht anders denken. Vielleicht ist eben jedes Betriebsratsmitglied immer auch „Betriebsrat“ und damit mit diesen Pflichten belastet. Weil es der reine Zufall ist, ob es ein oder mehrere Betriebsratsmitglieder gibt, sollte das Gremium im Hinblick auf diese Pflichten keine Rolle spielen. Aber das sind Räume, meine ich, für viele strafrechtliche Dissertationen. Da habe ich mich ganz feige verhalten, das gebe ich zu.

Dr. Susanne Clemenz, Rechtsanwälte Tschöpe Schipp Clemenz, Gütersloh:

- 56 Herr *Lobinger*, ich schließe mich den Bedenken der Herren an. Ich tue mich etwas schwer mit Ihrem Vortrag, gar nicht so sehr in Bezug auf die Überlegungen, dass man von Amtspflichtverletzungen sprechen kann, also

in Bezug auf einen Betriebsrat, der seine Pflichten verletzt, seien es nun kollektivrechtliche Pflichten oder vielleicht auch Individualinteressen, die er schützen soll. Dass der sein Amt verletzt, seine Amtspflichten verletzt, darüber kann man nachdenken, da habe ich keinen Zweifel, dann sind Sie bei § 23 BetrVG und anderen Überlegungen. Aber dieser schnelle Schritt in die Untreue, der macht mir ein bisschen Sorge. Ich habe auch nicht so ganz verstanden, warum auch beim Widerspruch nach § 102 BetrVG man so ohne weiteres bei der Vermögensbetreuungspflicht landet. Ich kann natürlich auch über individuelle Interessen nachdenken und sagen, das ist eine Form der Rechtskontrolle. Der Betriebsrat hat ja durchaus auch die Funktion, wie auch die Einigungsstelle, in vielen Fällen Rechtskontrolle zu übernehmen. Da wäre ich nicht ohne weiteres, jedenfalls nach meinem Verständnis, bei einer Vermögensbetreuungspflicht. Das Gleiche beim Thema Namensliste. Auch da tue ich mich schwer. Einen Schaden habe ich immer schnell. Wenn der Schaden sozusagen automatisch impliziert, da muss es irgendwo eine Vermögensbetreuungspflicht geben, dann habe ich einen Zirkelschluss. Aber bei der Namensliste kann ich darüber nachdenken, ob nicht im Grunde genommen der Betriebsrat und der Arbeitgeber sozusagen Normsetzungsbefugnis delegiert bekommen haben. Das muss nicht unbedingt eine Frage der Vermögensbetreuungspflicht sein. Nach allem, was Sie gesagt haben, ich sage es einmal nach meinem Verständnis, haben Sie eigentlich die Vermögensbetreuungspflicht immer schlicht angenommen. Ich habe noch nicht ganz verstanden, wo sie herkommt.

Thomas Lobinger:

Ich glaube, so schnell war das gar nicht. Sie haben ja gemerkt, ich habe mich ganz schön gequält, auch mit der Auseinanderdividierung der verschiedenen Pflichtentypen. Ich will nur eins sagen: Sie können das natürlich jetzt Rechtskontrolle nennen. Dann müssen Sie sich allerdings fragen, wozu und warum. Und dann werden Sie sehr schnell, jedenfalls in dem Fall des § 102 Abs. 3 BetrVG darauf kommen: wegen der individuellen Arbeitnehmerinteressen. Jetzt kann man eines überlegen, und das ist sicherlich ein sehr bedenkenswerter Einwand: Man könnte überlegen, ob nicht hier sozusagen der Betriebsrat eine Art „Quasi-Gericht“ ist. Das würde aber, meine ich, der Grundkonzeption des Betriebsverfassungsgesetzes insoweit widersprechen, als wir dort ja zumeist das Aufeinanderprallen von Arbeitgeber und Betriebsrat in der Auseinandersetzung haben. Das ist dann, wenn Sie wollen, immer ein streitiger Prozess. Das sind zwei Parteien. Die eine sagt, ich kündige. Ich habe das Recht, Dein Vermögen insoweit „zu schädigen“ mit der Kündigung, und jetzt kommt eben der Sachwalter der anderen und wir lassen am Schluss in der Tat das Gericht entscheiden. Aber im Vorfeld ist das ein streitiger, wenn Sie so wollen, ein

Parteiprozess, in dem die Parteien – Prozess in Anführungszeichen – aufeinanderprallen. Und wenn Sie das so denken, sind Sie automatisch bei der Treuhänderstellung. Das ist überhaupt keine Frage. Man kann über diesen Punkt nachdenken, aber ich glaube, da würden Sie sich weiter vom Grundsystem der Betriebsverfassung entfernen.

Der zweite Punkt: Noch einmal die Namensliste. Da muss ich sagen, das wäre schon ein Stück aus dem Tollhaus, wenn der Gesetzgeber tatsächlich zwei privaten Mächten – nachdem er selber gesagt hat, das ist dein Bestandsschutz – kurzerhand das Ermessen einräumt, über den individuellen Bestandsschutz rein heteronom zu entscheiden; Mächten, die ohne jede Legitimation sind, außer, dass ich sie vielleicht zufällig irgendwann einmal gewählt und einen Arbeitsvertrag mit ihnen geschlossen habe. Ich meine, das muss man sich einmal klarmachen, was das bedeutet. In diesen Fällen habe ich die allerwenigsten Zweifel, dass meine These richtig ist. Der Betriebsrat ist, genau wie der Arbeitgeber, daran zu erinnern, dass er hier keine andere Funktion hat, als sich an die rechtlichen Vorgaben zu halten, und nur weil wir sagen, er ist sachnäher, darf er mitentscheiden. Wenn er das überspringt und sagt, ich mache hier Betriebspolitik, dann ist das nicht mehr sein Mandat.

Susanne Clemenz:

- 58 Herr *Lobinger*, ich meine, es ist ein bisschen polemisch zu sagen, dass die Betriebsparteien im Rahmen des § 1 Abs. 5 KSchG jetzt sozusagen freie Hand haben. Darüber redet ja kein Mensch. Natürlich haben sie nicht freie Hand. Sie bewegen sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Wenn sie die überschreiten – das hat Herr *Bauer* ja wunderbar auf den Punkt gebracht – dann hilft es ja nicht weiter. Dann ist die Namensliste im Grunde das Papier nicht wert, auf dem sie geschrieben ist. Wenn der Betriebsrat solche Deals macht, verletzt er seine Amtspflichten. Auch dafür gibt es Sanktionen. Das ist gar keine Frage. Aber warum bin ich sofort in der Untreue? Und die Frage beantwortet sich für mich damit noch nicht. Dann das Thema der Rechtskontrolle: Ich glaube nicht, dass man da weit weg ist von der Betriebsverfassung. Wir haben, wenn Sie sich nur die Einigungsstellenthemen anschauen, klassisch immer die Differenzierung zwischen Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle. Und es gibt verschiedene Einigungsstellenverfahren, wo wir sogar auf Rechtskontrolle beschränkt sind, wo wir nicht umsonst den Streit haben, ob die Einigungsstelle primär das zuständige Organ ist oder ob wir direkt zur Arbeitsgerichtsbarkeit gehen. Das ist eigentlich ein klassisches Problem der Betriebsverfassung. Aber es geht immer darum, dass der Betriebsrat und nach ihm nachgelagert die Einigungsstelle oder die Arbeitsgerichte – je

nachdem, wie es systematisch ausgestaltet ist – letztlich kontrollieren. Kontrollieren, aber nicht Vermögenspflichten betreuen.

Thomas Lobinger:

Frau *Clemenz*, das ist ein wunderbares Argument gegen Ihre These. Gerade weil Sie jetzt noch einmal hingewiesen haben auf die Mehrstufigkeit sogar in der Betriebsverfassung. Wir gehen entweder über das Zustimmungseretzungsverfahren oder in die Einigungsstelle – dann haben wir immer hinterher die kontrollierende Instanz. Im Vorfeld aber haben wir die Interessen wahrnehmende Instanz. So einfach ist das. Und damit sind Sie bei der Treuepflicht. 59

Jobst-Hubertus Bauer:

Im Prinzip ist doch das Betriebsverfassungsgesetz so angelegt – und das haben wir doch alle verinnerlicht –, dass der Betriebsrat kein eigener Vermögensträger ist. Damit hängt auch zusammen, dass er nicht haften soll. Es gibt eben dann nur, was Frau *Clemenz* gesagt hat, die Spezialvorschriften. Ich kann ihn, den Betriebsrat, des Amtes entheben. Ihn dagegen über diesen – wie Herr *Vogel* überzeugend dargelegt hat – uferlosen § 266 StGB haften zu lassen, scheint mir wirklich wahnsinnig weit hergeholt. Und jetzt noch einmal zu dem Argument aus § 1 Abs. 5 KSchG. Natürlich haben Sie Recht. Der Gesetzgeber hat eine Sozialauswahl normiert: § 1 Abs. 3 KSchG. Der Gesetzgeber müsste sie aber nicht normieren. Warum soll es dann nicht möglich sein, die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 5 KSchG einzuschränken? Und noch einmal: Dort, wo es eben grob danebengeht, hat der Arbeitnehmer jederzeit die Möglichkeit zu prozessieren; wenn es wirklich grob fehlerhaft ist, dann gewinnt er seinen Prozess beim Arbeitsgericht. 60

Thomas Lobinger:

Herr *Bauer*, würden Sie eine gesetzliche Regelung für richtig halten, in der steht, Sie haben einen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG und im Übrigen, wenn im Rahmen einer Betriebsänderung Verhandlungen vorkommen, dann entscheidet *Jobst-Hubertus Bauer* nach seinem privaten Ermessen über den Bestandsschutz dieses Arbeitsverhältnisses. Hielten Sie das für eine angemessene und richtige Regelung? 61

Jobst-Hubertus Bauer:

- 62 Das wäre zwar ein schöner Vorschlag. Das sollten Sie einmal verbreiten. Das ist das, was ich mitnehme von der Veranstaltung. Aber Scherz beiseite, Herr *Lobinger*: Das ist doch ein Unterschied. Ich sage zunächst einmal, es gibt eine Sozialauswahl. Ich sage dann anschließend als Gesetzgeber, na ja, das ist ohnehin eine heikle Sache. Keiner weiß so richtig, sollten wir eigentlich das Alter jetzt hineinnehmen oder herausnehmen? Wie wäre es denn: Könnten wir auch ein Gesetz machen, indem wir einfach sagen, es muss einen dringenden betrieblichen Grund geben und die Sozialauswahl gibt es überhaupt nicht? Das wäre meiner Ansicht nach verfassungsgemäß. Das gibt es auch in anderen Rechtsstaaten. Dann kann ich doch diese Spielregel als Gesetzgeber wieder einschränken und sagen, dann sollen bitte die beiden Betriebspartner das etwas leichter machen können. Also für mich besteht kein Wertungswiderspruch.

Professor Dr. Sebastian Krebber, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

- 63 Herr *Lobinger*, ich habe Ihnen sehr gerne zugehört, und jeder kleine Schritt für sich erscheint mir auch plausibel. Ob das Gesamtbild mich überzeugt, kann ich wirklich nicht sagen, weil da viel zu viel Neues drin war. Was mich ein bisschen beunruhigt ist, dass ich ganz einfach ein System aufstelle und dann beim Sozialplan auf einmal ein Delta an Fallgruppen brauche, um das System wieder hinzubiegen. Und dass ich bei einem § 102 BetrVG und bei der Namensliste bei Fällen lande, die man eigentlich auch mit dem vorhandenen Instrumentarium lösen kann. Es steht ja immer die Frage dahinter: Wollen wir das Strafrecht drin haben? Und jeder für sich plausible Schritt hat mich eigentlich davon überzeugt – wenn ich das jetzt noch zusammennehme mit dem, was Herr *Vogel* heute Vormittag erzählt hat –, dass es das Letzte ist, was ich mir wünsche.

Thomas Lobinger:

- 64 Herr *Krebber*: Das eine ist der Wunsch, das andere ist die Rechtsordnung. Da muss ich sagen, Sie müssen sich zurückziehen auf die Aufgabe des Juristen als solchen. Wenn es den § 266 StGB gibt, können wir doch nicht einfach sagen, es gibt die Tabuzone Betriebsverfassung. Und der Hinweis auf § 23 BetrVG, Herr *Bauer*, der reicht natürlich auch nicht. Bei § 23 BetrVG handelt es sich überhaupt nicht um eine zivilrechtliche Haftung. Fragen Sie Herrn *Reichold*, was das ist. Das ist letztlich eine ganz eigene Kategorie, die aber doch keine Strafnorm ersetzt. Das Problem mag dann eventuell bei § 266 StGB liegen. Vielleicht muss man den eben enger zur-

ren. Aber wenn Sie von vornherein sagen, ich will es nicht drin haben, Herr *Krebber*, dann sage ich: Ich will es. Wenn mein Ergebnis gewesen wäre, es gibt keine Kontrolle und wir machen einfach so weiter, setzt die Leute ruhig nach eurem Gusto auf die Namenslisten und macht Sozialpläne, wie ihr es lustig findet, dann wären Sie beruhigt und hätten gesagt, ich habe nichts gegen § 266 StGB, weil er die Betriebsverfassung nicht tangiert. So, meine ich, geht es nicht. Gleichwohl wird es am Schluss natürlich auch bei mir immer nur um Extremfälle gehen. Um Extremfälle, mit denen dann sicherlich auch Sie kein Problem haben werden, auch nach Ihrem Judiz nicht.

§ 6 Der betriebsratsgeführte Arbeitskampf zwischen Strafrecht und der Verteidigung kollektiver Arbeitnehmerinteressen

Rn.

A. Referat André Große Vorholt	1
I. Vorbemerkung und Fallkonstellation	2
II. Rechtliche Vorüberlegungen	12
III. Vorstrafrechtliche Bewertung	15
IV. Strafrechtliche Bewertung	29
1. Nötigung, § 240 StGB	29
2. Verwerflichkeitsprüfung § 240 Abs. 2 StGB	37
3. Untreue, § 266 StGB	52
V. Ausblick	61
VI. Rechte der beteiligten Aktionäre	66
B. Diskussion	68

A. Referat André Große Vorholt*

- 1 Sehr geehrte Damen und Herren,

für Ihre Einladung zu dieser Veranstaltung und die Gelegenheit, heute zu Ihnen sprechen zu dürfen, bedanke ich mich sehr herzlich.

Um mögliche Redundanzen mit dem Thema meines Vorredners, Herrn Vorsitzenden Richter am Landgericht *de Vries*, von vornherein auszuschließen, habe ich mich gemeinsam mit den Veranstaltern entschieden, Ihnen heute ein anderes, gleichwohl aber nicht minder aktuelles Thema vorzustellen, das zudem in verschiedener Hinsicht an die übrigen Referate des Tages anknüpft¹.

Auch ich werde in meinem Vortrag die strafrechtliche Verantwortungsposition von Betriebsräten in Kernbereichen ihrer Tätigkeit darstellen und den Versuch unternehmen, die heute so eindrucksvoll geführte Diskussion um die Reichweite des Tatbestands der Untreue (§ 266 StGB) um eine Facette zu erweitern.

I. Vorbemerkung und Fallkonstellation

- 2 Mein Vortragsthema ist die Untersuchung der strafrechtlichen Konsequenzen der in jüngerer Zeit zu beobachtenden, mutmaßlich zumindest auch durch Betriebsräte initiierten „Arbeitskampfmaßnahmen“ zur Durchsetzung von Beschäftigungssicherungsvereinbarungen.
- 3 Verschiedenen Presseberichten war zu entnehmen, dass es im Jahr 2004 im Falle der damaligen DaimlerChrysler AG (nachstehend „Daimler“) zu kollektiven Arbeitsniederlegungen gekommen ist, die seinerzeit durch ihren damaligen Betriebsratsvorsitzenden – hierfür sprechen jedenfalls diverse Presseveröffentlichungen – jedenfalls mitveranlasst oder zum Zweck der Durchsetzung von Verhandlungspositionen benutzt worden sein könnten². Dem Betriebsrat ging es seinerzeit um den Abschluss einer sogenannten Beschäftigungssicherungsvereinbarung.

* Dr. André Große Vorholt ist Rechtsanwalt und Partner der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in München.

1 Herrn Professor Dr. *Volker Rieble* danke ich dafür, dass er mich – wie schon so häufig – auch für dieses Thema erst sensibilisiert und mir die vorstrafrechtlichen Problembereiche gewohnt anschaulich erläutert hat.

2 Vgl. etwa. Rote Fahne News vom 29.6. 2004; ZDF.de vom 17.9. 2004; dpa vom 9.7. 2004 bei auto motor sport.de; ftd.de vom 10.7. 2004; Spiegel Online vom 10.7. 2004; Süddeutsche Zeitung vom 14.7. 2004; „Notaus“ vom Juli 2004 (Information des Gesamtbetriebsrats von DaimlerChrysler); Welt.de vom 17.4.

Das damalige Verhalten des pressebekannten Betriebsratsvorsitzenden wurde im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft Stuttgart untersucht, das mit einer in vielfacher Hinsicht unbefriedigenden Einstellungsentscheidung beendet wurde. Ob und inwieweit sich der betroffene Betriebsratschef seinerzeit tatsächlich strafbar gemacht hat, ist daher wohl letztlich nicht mehr aufklärbar. Daher löse ich mich für die Zwecke dieses Vortrags von dem seinerzeitigen Fall und stelle die zentralen Rechtsfragen meines Vortrags auf der Grundlage des nachstehenden, idealtypischen Falls dar.

Die X-AG plant aus betriebswirtschaftlichen Gründen die Verlagerung von Arbeitsplätzen aus dem Inland an einen ausländischen Produktionsstandort, der deutlich geringere Personalkosten erwarten lässt. Die X-AG ist tarifgebunden. Ein für sie geltender gültiger Tarifvertrag ist im Untersuchungszeitraum nicht gekündigt. 4

Die X-AG ist eine „mitbestimmte“ börsennotierte Aktiengesellschaft. Der Betriebsratsvorsitzende B der X-AG ist in Personalunion Mitglied und stellvertretender Vorsitzender des Aufsichtsrats der X-AG. Als die Pläne des Vorstands der X-AG im Aufsichtsrat der Gesellschaft vorgestellt werden, ist B über die Pläne des Vorstands entrüstet und entschließt sich, im Interesse der inländischen Mitarbeiter der X-AG gegen die Pläne des Vorstands vorzugehen. 5

Auf B's Initiative kommt es zu Warnstreiks von Arbeitnehmern der X-AG, die dazu führen, dass jedenfalls in Teilbetrieben der X-AG Produktionsausfälle entstehen. 6

Zur Vermeidung weiterer Arbeitsniederlegungen fordert B den Abschluss einer „Beschäftigungssicherungsvereinbarung“, die unter anderem folgende Komponenten enthält: 7

- Die X-AG verzichtet auf die geplanten Arbeitsplatzverlagerungen.
- Die durch B vertretene Belegschaft verzichtet auf 10 % ihres Bruttolohns, was die X-AG in die Lage versetzt, einen Teil, nicht aber sämtliche der Kostenvorteile, die durch die Verlagerung der Arbeitsplätze möglich gewesen wären, zu generieren.
- Die Vorstandsmitglieder der X-AG und ihre leitenden Angestellten erklären gleichfalls einen zehnpromzentigen Gehaltsverzicht.

Im Rahmen der heutigen Veranstaltung ist verschiedentlich über Fallkonstellationen gesprochen worden, in denen sich Betriebsräte entweder selbst gemäß § 266 StGB einer Untreue strafbar gemacht haben oder we- 8

2004; vgl. zu diesem Verfahren auch *Rieble/Klebeck*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758, 760.

nigstens als Gehilfen zu einer Untreue eines Vorstands strafrechtlich in Erscheinung getreten sind. Im Unterschied zu jenen Betriebsräten handelt unser Betriebsratschef B aus deutlich anderen Motiven.

- 9 Die heute diskutierten Fallkonstellationen – soweit im Ergebnis festgestellt wurde, dass die Verantwortlichen sich strafbar gemacht haben – waren zumeist so gelagert, dass Betriebsräte sich entweder selbst bereichert (VW/Volkert) oder in denen sie aktiv Straftaten von Mitgliedern der geschäftsleitenden Organe unterstützt haben. Letztlich kam es insoweit für die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Beteiligten nicht darauf an, ob die Verantwortlichen aus egoistischen oder – falsch verstandenen – vermeintlich altruistischen Motiven heraus handelten. Jedenfalls haben diese Betriebsräte mit vergleichsweise offensichtlichem Tatbestandsvorsatz und einem entsprechenden Unrechtsbewusstsein gehandelt. In keinem Fall haben sie – anders als im Beispielfall unser B – versucht, Arbeitnehmerinteressen gegen den Arbeitgeber durchzusetzen.
- 10 Anders als im Falle des in vielerlei Hinsicht unglücklich handelnden Betriebsrat Volkert wird man B zugute halten können, dürfen und müssen, dass B in vermeintlich zulässiger Weise auch versucht hat, Arbeitnehmerinteressen zu verteidigen. In unserem Fall stellen sich ein Unbehagen und ein juristisches Störgefühl wohl erst auf den zweiten Blick ein.
- 11 Ich werde begründen, weshalb das Verhalten des B einen wahrscheinlich deutlich gewichtigeren Angriff auf strafrechtlich geschützte Rechtsgüter beinhaltet.

II. Rechtliche Vorüberlegungen

- 12 In den Vorträgen und Diskussionen des heutigen Tages wurde schon zutreffend und deutlich herausgearbeitet, dass das Strafrecht Wertentscheidungen der vorstrafrechtlichen Verhaltensnormen, deren Missachtung es unter Strafe stellen soll, nicht konterkarieren darf.
- 13 Denn das Strafrecht kann und darf als „*ultima ratio*“ der Rechtsordnung bei der Durchsetzung aufgestellter Verhaltensnormen keine weitergehenden und damit eigenständigen Verhaltensbefehle schaffen, die sich ganz oder teilweise in Widerspruch zu den Wertungen der jeweils maßgeblichen vorstrafrechtlichen Rechtsordnung – hier des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts – setzen würden³.

3 Eine strafrechtliche Bewertung kann es nur im Bereich der Sanktionsnormen geben. Vgl. hierzu für viele Frisch, Eigenständigkeit und Akzessorietät des Strafrechts, erscheint demnächst; Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 151 ff.

Auch im Rahmen der rechtlichen Überprüfung des Verhaltens des B ist damit zunächst danach zu fragen, ob und inwieweit sein Vorgehen mit den Vorschriften des deutschen Arbeitsrechts, insbesondere des deutschen Arbeitskammerrechts, in Übereinstimmung zu bringen ist. 14

III. Vorstrafrechtliche Bewertung

Die arbeitsrechtliche Überprüfung des Verhaltens des B wird ergeben, dass die Ergreifung jeglicher Arbeitskammermaßnahmen des Betriebsrats der X-AG unzulässig sind und Grundlagen des deutschen Arbeitskammerrechts infrage stellen: 15

Das deutsche Arbeitskammerrecht ist als solches und insbesondere im Hinblick auf die Zulässigkeit seiner Kampfmittel – des Streiks und der Aussperrung – *tarifvertragsakzessorisch*.⁴ 16

Arbeitskämpfe sind damit – auch wenn sie durch tariffähige Parteien und im Übrigen unter Beachtung aller übrigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des deutschen Arbeitskammerrechts geführt werden – rechtswidrig, wenn sie unter *Verletzung der tarifvertraglichen Friedenspflicht* geführt werden. 17

Aus der Tarifvertragsakzessorietät des deutschen Arbeitskammerrechts folgt weiter, dass zulässige Arbeitskämpfe ausschließlich durch tariffähige Parteien im Sinne des § 2 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz durchgeführt werden dürfen. Sie müssen sich zudem *gegen eine Tarifpartei richten* und auf ein *Arbeitskampfziel* ausgerichtet sein, das *tarifvertraglich regelbar* ist, also Gegenstand einer rechtlich zulässigen Vereinbarung in einem Tarifvertrag sein kann. 18

Das deutsche Arbeitskammerrecht normiert also ein *Streikmonopol*, das das Führen von Arbeitskämpfen Tarifvertragsparteien vorbehalten. Auf der Arbeitnehmerseite sind die arbeitskammerberechtigten Parteien ausschließlich *Gewerkschaften* – Betriebsräte sind es hingegen nicht, und zwar weder als Einzelpersonen noch als Kollegialorgan⁵. 19

4 Vgl. hierzu etwa BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212; BAG Großer Senat 21.4. 1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskammer = DB 1971, 1061 = BB 1971, 701 = EzA 1985, 504; BAG 9.4. 1991 – 1 AZR 332/90, AP Nr. 116 zu Art. 9 GG Arbeitskammer = EzA Art. 9 GG Arbeitskammer Nr. 98; BAG 26.4. 1988 – 1 AZR 399/86, AP Nr. 101 zu Art. 9 GG Arbeitskammer = EzA Art. 9 GG Arbeitskammer Nr. 74; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, 170.1 Rz. 37 ff.

5 Vgl. wegen der Einzelheiten zum gewerkschaftlichen Streikmonopol und den an die Tariffähigkeit von Arbeitnehmerverbänden zu stellenden Anforderungen *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), 170.2 Rz. 3 ff., § 2 Rz. 8 ff. Weder der Gesamtbetriebsrat als Kollegialorgan noch einzelne Betriebsratsmitglieder erreichen den durch das deutsche Arbeitskammerrecht vorausgesetzten Organisationsgrad noch die

- 20 Selbst wenn man argumentativ unterstellen wollte, dass die vorstehenden Voraussetzungen nicht existierten, wäre das Verhalten des Betriebsrats in unserem Fall auf den ersten Blick rechtswidrig.
- 21 Denn das Arbeitskampfrecht lässt auch die Durchführung von gewerkschaftlich geführten – und im Übrigen zulässigen – Arbeitskampfmaßnahmen in Form von Arbeitsniederlegungen nur dann zu, wenn die zuständige Gewerkschaft zuvor einen förmlichen *Arbeitskampfbeschluss gefasst* und eine *konkrete Tarifforderung erhoben* hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG erfordert das *ultima ratio*-Prinzip, dass der Arbeitgeber – bevor er die Durchführung rechtlich zulässiger Arbeitskampfmaßnahmen hinnehmen muss – die Gelegenheit erhalten hat, sich mit einer konkreten Tarifforderung auseinanderzusetzen, die er zur Abwendung von weitergehenden Arbeitskampfmaßnahmen hätte akzeptieren können. Zulässige Tarifforderungen sind hier aber nicht erhoben worden. Im Gegenteil: Zulässige Tarifforderungen würden voraussetzen, dass mit ihnen *tariflich regelbare Ziele* verfolgt werden. Hierzu gehören ganz offensichtlich nicht Forderungen wie die Erzwingung von Gehaltsverzicht von Vorständen⁶ oder der leitenden Angestellten.
- 22 Nach den maßgeblichen Wertungen der hier einschlägigen vorstrafrechtlichen Rechtsordnung kommt es im Übrigen auch nicht darauf an, ob und dass B im vorliegenden Fall vereinzelt tariffähige Ziele verfolgt haben mag. Denn nach den Grundsätzen der sehr anschaulich benannten „Rührertheorie“ sind Arbeitskampfmaßnahmen – selbst wenn sie im Übrigen durch eine kampffähige Partei und rechtmäßig ergriffen werden sollen – stets dann unzulässig, wenn sie der Durchsetzung regelbarer und nicht regelbarer Streikforderungen dienen sollen⁷.
- 23 Selbst wenn man sich über die soeben dargestellten Bedenken hinwegsetzen wollte, wäre die Beteiligung auch von Betriebsräten an Arbeitskampfmaßnahmen immer noch unzulässig.

Organisationsstärke, die Voraussetzung für eine Kampfmaßnahme im Sinne des Tarifvertrags- und Arbeitskampfrechts sind.

6 Der Grund hierfür liegt auf der Hand: Die Festsetzung der Vergütung von Vorständen von Aktiengesellschaften fällt in den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften, §§ 84, 87, 108 AktG. Weder Gewerkschaften noch Betriebsräte sind hieran bestimmungsgemäß zu beteiligen. Darüber hinaus wäre auch die Durchsetzung von Forderungen im Zusammenhang mit Vorstandsvergütungsfestsetzungen ein inadäquates Mittel. Hierüber ist gegebenenfalls im Beschlusswege entsprechend den Regelungen des Aktienrechts, nicht aber nach den Bestimmungen des TVG oder des deutschen Arbeitskampfrechts zu entscheiden.

7 Vgl. BVerfG 4.5. 1945 – 1 AZR 493/54, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG; Löwisch/Rieble (Fn. 4), 170.2 Rz. 33.

Denn § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG normiert eine für Betriebsräte geltende absolute betriebliche Friedenspflicht.

Nach dieser Vorschrift sind jegliche Maßnahmen des Arbeitskampfs zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber untersagt. Der Betriebsrat darf danach weder als Teil eines Kollegialorgans noch als Individualperson an fremden Kampfmaßnahmen teilnehmen – erst recht darf er sie nicht selbst (mit-) organisieren. 24

Last but not least sieht das BetrVG vor, dass potenzielle Konflikte zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nicht im Kampfwege, sondern im Interessenausgleichsverfahren gemäß §§ 111, 112 BetrVG gelöst werden sollen. 25

Das Ergebnis der arbeitsrechtlichen Bewertung des betriebsratsgeführten Arbeitskampfs liegt damit auf der Hand. Derartige betriebsratsgeführte Arbeitsniederlegungen verletzen wesentliche Vorschriften des TVG und des BetrVG; sie missachten die durch das deutsche Arbeitskampfrecht an die Rechtmäßigkeit von Streiks gestellten Voraussetzungen. Zudem verletzen sie das Streikmonopol der Gewerkschaften. 26

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Betriebsräte jedenfalls in „mitbestimmten“ Gesellschaften typischerweise auch als Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten der jeweiligen Aktiengesellschaften vertreten sind. Auf diesen Punkt komme ich sogleich zurück, weise aber bereits jetzt darauf hin, dass das Aktienrecht weder ein Haftungsprivileg für Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite kennt noch eine abgemilderte Treuepflicht im Vergleich zu den Interessenvertretern der „Kapitalseite“. 27

Für das Strafrecht bleibt jedenfalls die Aufgabe, zu entscheiden, ob die gravierenden vorstrafrechtlichen Pflichtverletzungen zugleich einen Straftatbestand erfüllen. 28

IV. Strafrechtliche Bewertung

1. Nötigung, § 240 StGB

In Betracht kommt zunächst die Verwirklichung des Straftatbestands der Nötigung gemäß § 240 StGB. Danach wird bestraft, wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt. 29

Unter einem „Übel“ im Sinne der Vorschrift ist grundsätzlich jede durch den Betroffenen als nachteilig empfundene Veränderung der Außenwelt zu verstehen. Allerdings scheidet die Annahme der Empfindlichkeit eines Übels dann aus, wenn von dem Bedrohten erwartet werden kann, dass er der gegen ihn erhobenen Drohung „in besonnener Selbstbehauptung“ standhalten werde. 30

- 31 Aus meiner Sicht kann es in den hier fraglichen Fallkonstellationen keinen Zweifel daran geben, dass die Inaussichtstellung weiterer Arbeitsniederlegungen aus Sicht der Klärungsempfänger ein empfindliches Übel im vorgenannten Sinne darstellt. Jedenfalls gewissenhaft denkende und handelnde Vorstandsmitglieder von Kapitalgesellschaften werden es als außerordentliches Übel ansehen, wenn es im Geschäftsbetrieb der durch sie geführten Kapitalgesellschaften zu außerplanmäßigen und rechtswidrigen Arbeitsniederlegungen kommt.
- 32 Die Vorstände müssen sich in diesen Fällen mit Produktionsausfällen und damit wirtschaftlichen Schäden in signifikanter Höhe auseinandersetzen. Da dieses mit Arbeitsniederlegungen verbundene Risiko auch allen übrigen Marktteilnehmern bekannt ist, also Geschäftspartner, finanzierende Banken und eventuelle Kapitalanleger gleichfalls wissen, dass und wie erheblich ein auf den Vorstand ausgeübter Druck im vorstehend beschriebenen Sinne werden kann, ist eine solche Situation zugleich mit möglichen weiteren Schäden durch das Verhalten Dritter verbunden (verweigerte Kredite, verschlechterte Verhandlungspositionen gegenüber Vertragspartnern, mögliche Vertragsstrafen wegen Lieferverzögerungen und Ähnliches). Gerade die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Durchführung von – rechtmäßigen – Arbeitskämpfen einerseits anerkannt und sie damit auch als zulässiges Druckmittel der Arbeitnehmerseite zur Verfügung gestellt hat, sie aber wie die Rechtsprechung andererseits wegen ihrer potenziell erheblichen Auswirkungen strengen Verhaltensvorgaben unterworfen hat, belegt, als wie erheblich derartige Druckmittel durch die Rechtsordnung eingeschätzt werden. Diese eigentlich unbestreitbare Drucksituation hat im Übrigen die Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart in dem durch sie entschiedenen Verfahren bereits im Grundansatz verkannt⁸.
- 33 Die Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart hat sich unter anderem auf den Rechtsstandpunkt gestellt, dass jedenfalls die Bedrohung eines Vorstands mit derartigen Arbeitsniederlegungen auch bei wirtschaftlich erheblichen potenziellen Produktionsausfällen bereits deshalb den Nötigungstatbestand nicht verwirklichen könne, weil eine derartige Bedrohung jedenfalls kein empfindliches Übel sei, weil erwartet werden könne, dass der Vorstand einer solchen Bedrohung in besonnener Selbstbehauptung standhalte. Zur Begründung dieses Standpunkts verweist die Generalstaatsanwaltschaft unter anderem darauf, dass in dem durch sie entschiedenen Fall die fehlende Nötigungswirkung der Ankündigung von Arbeitsniederlegungen

8 Vgl. Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart, Verfügung vom 6.10. 2005 – 23 ZS 1634/05 (nicht veröffentlicht). Daneben hat die Staatsanwaltschaft darauf hingewiesen, dass eine persönliche Verwicklung des Beschuldigten nicht nachweisbar sei – das ist letztlich wegen des fehlenden Akteneinsichtsrechts für die potenziell geschädigten Aktionäre nicht überprüfbar.

bereits dadurch belegt werde, dass in dem durch sie entschiedenen Fall der genötigte Vorstand keine Strafanzeige gegen den Beschuldigten erstattet habe.

Diese Argumentation ist weder in verfahrensrechtlicher noch in materiell-rechtlicher Hinsicht überzeugend. Wenn die Staatsanwaltschaft und die Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart tatsächlich der Überzeugung gewesen wären, dass es auf das subjektive Empfinden des möglicherweise genötigten Vorstands angekommen wäre, wäre sie schon durch den Amtsermittlungsgrundsatz gezwungen gewesen, diese Sachverhaltsfrage auszuermitteln. Der bloße Hinweis auf eine nicht erstattete Strafanzeige vermag – man stelle sich die Konsequenzen dieser Überlegung in anderen Fällen vor, Offizialdelikte sollen gerade nicht von einem geäußerten Strafverfolgungswillen des Opfers abhängen – jedenfalls eine pflichtgemäße Ermittlung des Sachverhalts nicht zu ersetzen. Zudem liegt es den diskutierten Fallkonstellationen auf der Hand, dass auch ein sich genötigt fühlender Vorstand keine Möglichkeit hat, in derartigen Fällen eine Strafanzeige zu erstatten – zu groß wäre der Gesichtsverlust in den Augen der Investoren und Geschäftspartner. 34

Aber auch im Übrigen kann das Argument der Staatsanwaltschaft und der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart nicht überzeugen. Millionenschäden der durch ihn geführten Kapitalgesellschaft müssen in den Augen jedes verantwortungsbewusst handelnden Vorstandsmitglieds empfindliche Übel sein – das gilt insbesondere im Vergleich mit Nötigungsfällen des täglichen Lebens wie zu dichtes Auffahren oder das Einparken in Parklücken. 35

Die tatsächliche strafrechtliche Problematik des vorliegenden Falls liegt damit aus meiner Sicht nicht bei der Frage, ob dem genötigten Vorstand durch die Androhung mit Arbeitsniederlegungen ein empfindliches Übel zugefügt wird – dass dies der Fall ist, liegt aus meiner Sicht unbestreitbar auf der Hand. Spannung verspricht vielmehr die Frage, ob die Nötigungshandlung auch *verwerflich* im Sinne des § 240 StGB ist. 36

2. Verwerflichkeitsprüfung, § 240 Abs. 2 StGB

Die meisten von Ihnen werden sich erinnern, dass eine strafbare Nötigung im Sinne des § 240 StGB noch nicht bereits dann angenommen werden kann, wenn ein bestimmtes Verhalten oder seine Unterlassung durch die Androhung eines empfindlichen Übels erzwungen werden soll. 37

Vielmehr ist im Rahmen einer sogenannten *Zweck–Mittel–Relation* zu prüfen, ob der Einsatz des angewendeten Nötigungsmittels zur Erreichung des angestrebten Nötigungserfolgs als verwerflich und damit rechtswidrig im Sinne des § 240 StGB anzusehen ist. 38

- 39 Als *Indiz für die Verwerflichkeit* ist es dabei anzusehen, wenn das Nötigungsmittel oder der verfolgte Nötigungserfolg selbst ihrerseits schon durch die Rechtsordnung missbilligt werden⁹.
- 40 Aus meiner Sicht sind in den durch uns diskutierten Fällen sowohl das eingesetzte Nötigungsmittel als auch der angestrebte Nötigungserfolg rechtswidrig.
- 41 Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit des eingesetzten Nötigungsmittels bedarf es nach den vorstehenden Ausführungen zu der arbeitsrechtlichen Bewertung unseres Betriebsrats keiner ausführlichen Erörterung mehr:
- 42 In den Fällen der betriebsratsangeführten Arbeitskämpfe handelt es sich um einen aus mehreren Gründen *rechtswidrigen „wilden Streik“*.

Die Arbeitsniederlegungen sind

- weder durch eine tariffähige Partei im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG durchgeführt worden
 - noch beruhen sie auf einem förmlichen Arbeitskampfbeschluss
 - noch liegt ihnen eine zulässige Tarifforderung zugrunde
 - noch ist die tarifvertragliche Friedenspflicht respektiert worden
 - noch werden – wenigstens mehrheitlich – zulässige Streikziele verfolgt
 - noch ist das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot des § 74 BetrVG respektiert worden.
- 43 Auch die Rechtswidrigkeit der Streikziele wurde in vorstrafrechtlicher Hinsicht hinreichend erörtert:
- 44 Sowohl die arbeitsrechtliche Unzulässigkeit der Beschäftigungssicherungsvereinbarungen als auch die Einflussnahme auf die Gehälter von Vorständen und leitenden Angestellten sind arbeitsrechtlich als eindeutig rechtswidrig anzusehen.
- 45 Im Hinblick auf die Einflussnahme auf die Verknüpfung der leitenden Angestellten kommt erschwerend hinzu, dass die *Störung der Arbeit des Sprecherausschusses* gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 Sprecherausschussgesetz bereits für sich genommen die Tatbestandsvoraussetzungen eines Straftatbestands erfüllt. Wenngleich diese Straftat als reines Antragsdelikt ausgestaltet ist und daher aus verschiedenen Gründen in der Praxis keine

9 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 240 Rn. 19.

Rolle spielt¹⁰, so bringt doch die bloße Tatsache, dass die Rechtsordnung die Verletzung der Zuständigkeit des Sprecherausschusses mit dem strengsten ihr zur Verfügung stehenden Sanktionsmittel belegt, zum Ausdruck, als wie gravierend dieser Eingriff durch die Rechtsordnung qualifiziert wird. Wenn aber bereits das durch unseren Betriebsrat angestrebte Nötigungsziel für sich genommen als strafbare Rechtsgutsverletzung qualifiziert wird, kann an der Verwerflichkeit des angestrebten Nötigungsziels im Sinne des § 240 StGB kaum noch ein vernünftiger Zweifel bestehen.

Damit bleibt letztlich nur noch die Frage zu beantworten, ob man trotz der damit vorgegebenen indiziellen Bedeutung der Verwerflichkeit sowohl des Nötigungsmittels als auch des Nötigungszwecks für die Zweck-Mittel-Relation zur Rechtfertigung von B's Verhalten darauf verweisen kann, dass B altruistisch gehandelt habe und nur den Schutz der ihm anvertrauten Arbeitnehmerinteressen verfolgen wollte. 46

Aus meiner Sicht verbietet sich eine solche Argumentation. Denn das Verhalten B's stellt hier – wie gezeigt – maßgebliche vorstrafrechtliche Verhaltensgebote infrage. Die Verletzungen des BetrVG und des TVG betreffen auch nicht etwa bloße Form- oder Ordnungsvorschriften. Vielmehr setzt B durch sein Verhalten zentrale Vorschriften und Wertungen des deutschen Arbeitskammerrechts außer Kraft. Weder wird das Streikmonopol der Gewerkschaften respektiert noch werden die den Arbeitgeber – aber nicht nur diesen, sondern auch die deutsche Volkswirtschaft insgesamt – schützenden, den Charakter von Arbeitsniederlegungen als „ultima ratio des Arbeitskammerrechts“ sichernden Streikvoraussetzungen respektiert. 47

Darüber hinaus greift B durch sein Verhalten ganz massiv in die Rechte unbeteiligter Dritter, nämlich der leitenden Angestellten, ein. Diese sind aufgrund ihrer fehlenden Verhandlungsmacht und ihrer spezifischen Drucksituation faktisch nicht in der Lage, sich gegen den Eingriff in ihre Vertragsbeziehungen zu ihrem Arbeitgeber wirksam zur Wehr zu setzen. 48

Übrigens wird die Tatsache, dass rechtswidrige Streikmaßnahmen strafbare Nötigungshandlungen sind, auch durch die bisher herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geteilt. Zwar ist es anerkannt, dass *rechtmäßige Streiks* für sich genommen *nicht verwerflich* im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB sein können¹¹. 49

10 Die Norm dürfte bereits weitgehend unbekannt sein, zudem ist schwer vorstellbar, dass leitende Angestellte durch die Erörterung von Strafanzeigen ihr eigenes betriebsinternes Standing und damit ihre Karriere gefährden.

11 Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 253 Rn. 11, § 240 Rn. 25, die allerdings auch strafbewehrte Grenzen für rechtmäßige Streiks sehen. Ob und inwieweit letztere Strafbarkeitsrisiken der Praxis tatsächlich eine Rolle spielen können, erscheint mir indes zweifelhaft zu sein; Jedenfalls wird es im Falle von

- 50 Im arbeitsrechtlichen Sinne *rechtswidrige Streiks* werden indes durch die Literatur *in aller Regel als strafbar* angesehen¹². Lediglich eine Auffassung aus dem arbeitsrechtlichen Schrifttum ist der Ansicht, dass eine Rechtswidrigkeit derartiger Streikmaßnahmen zu verneinen sei, wenn „eine gesellschaftsrechtlich relevante Gruppe eine bestehende Übung durchbricht, ihre Verbindlichkeit bestreitet oder ihre Legitimität in Zweifel zieht“¹³. Mit dieser Auffassung könnte man hier in der Tat die Strafflosigkeit des diskutierten Verhaltens begründen, wenn die Aktivitäten des Betriebsrats durch eine hinreichend große „relevante“ Gruppe unterstützt werden. Sie ist aber unhaltbar. Straftatbestände – dies gilt auch für § 240 StGB – können und dürfen nicht zur Disposition der Einschätzung einer wie auch immer zu definierenden „gesellschaftlich relevanten Gruppe“ stehen.
- 51 Nach alledem bestehen aus meiner Sicht kaum Zweifel daran, dass die hier diskutierten Maßnahmen als Straftaten im Sinne des § 240 StGB anzusehen sind¹⁴.

3. Untreue, § 266 StGB

- 52 Außerdem ist in vielfacher Hinsicht im Laufe des heutigen Tages herausgearbeitet worden, dass die Bedeutung des § 266 StGB – auch und gerade für Betriebsräte – in der Praxis bisher deutlich unterschätzt worden ist.
- 53 Es stellt sich daher die Frage, ob die Tatsache, dass ein betriebliche Arbeitskämpfe veranlassender oder mitgestaltender Betriebsrat Maßnahmen erzwingt, durch die gezielt über Produktionsausfälle das Vermögen der ihn beschäftigenden Kapitalgesellschaften verletzt wird, eine strafbare Untreue im Sinne des § 266 StGB verwirklichen kann.
- 54 Zu differenzieren ist danach, ob Betriebsräte zugleich Mitglieder von Aufsichtsräten sind.

rechtmäßigen Streikhandlungen typischerweise kaum möglich sein, einen entsprechenden subjektiven Tatbestand zur Überzeugung eines Gerichts zu belegen. Zu der hier diskutierten Problematik der Strafbarkeit betriebsratsgeführter Arbeitskämpfe vgl. auch *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758, 760 ff.

12 Vgl. hierzu *Schröder*, Streik und Strafrecht, BB 1953, 1015; ebenso *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 240 Rn. 25, 26.

13 So *Däubler*, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen? in: *Baumann/Dähn*, Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, 1972, S. 91 ff. Vgl. eingehend zu dieser Argumentation *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758, 762.

14 Darüber hinaus kommt zugleich der Tatbestand der Erpressung gemäß § 253 StGB in Betracht, vgl. hierzu *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758, 762 mit weiteren Nachweisen.

Ist ein Betriebsratsmitglied lediglich in der Funktion als Betriebsrat – und nicht zugleich als Aufsichtsratsmitglied – tätig, wird er in aller Regel keine Vermögensbetreuungsverpflichtung zugunsten seiner Arbeitgeberin haben. Ist er aber zugleich Mitglied eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, bestehen weder Zweifel daran, dass er Verpflichteter einer organ-schaftlichen Treuepflicht im aktienrechtlichen Sinne noch, dass er vermögensbetreuungsverpflichtet im Sinne des § 266 StGB ist¹⁵. 55

In einem betriebsratsgeführten Arbeitskampf ist auch eine strafbare Treuepflichtverletzung im Sinnes des § 116 AktG zu sehen. Dies gilt jeden-falls soweit, als der Aufsichtsrat mit dem jeweiligen Arbeitskampf tatsäch-lich befasst ist. 56

Aus §§ 116, 93 AktG ergibt sich die Pflicht des Aufsichtsrats, als redlicher Verwalter fremden Vermögens sein Amt sorgfältig und gewissenhaft aus-zuüben. Er unterliegt hiernach einem Gebot, sich gegenüber dem Vermö-gen des Treugebers – der Kapitalgesellschaft – loyal zu verhalten und bei seinem Handeln die Interessen des Treugebers zu wahren. 57

Diese Verpflichtungen verletzt ein Aufsichtsrat, wenn er als mit dem Fall befasstes Organmitglied nicht aktiv gegen vermögensschädigende, be-triebsratsgeführte Arbeitskämpfe vorgeht. Denn dass diese Arbeitskämpfe rechtswidrig sind, wird vorstehend hinreichend dargestellt. 58

Meines Erachtens ist diese Konsequenz zwingend: Der Aktiengesellschaft als Treugeberin ist es nicht zuzumuten, dem Aufsichtsratsmitglied als Treuenehmer ist es nicht gestattet, die aktienrechtlichen Treuepflichten unbeachtet zu lassen. Das gilt insbesondere dann, wenn das BetrVG und das TVG bereits klarstellen, dass sich aus den in diesen Gesetzen enthal-tenen Zuständigkeits- und Befugnisnormen keine Rechtfertigung für das Handeln des Organmitglieds in seiner Funktion als bloßes Betriebsrats-mitglied ergeben. Erst recht können diese Spezialgesetze keine Rechtferti-gung für die Verletzung der im Aktiengesetz normierten Treuepflichten – die § 266 StGB durch seine Strafverwehrung flankiert und schützt – lie-fern. 59

Für den Fall, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das dem Aufsichtsrat als Ar-beitnehmervertreter angehört, sich diesen strafrechtlichen Risiken entzie-hen möchte, muss es entweder sein Aufsichtsratsmandat niederlegen oder aber dieses wenigstens ruhen lassen. 60

15 Vgl. hierzu *Semler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Münch-Komm-AktG), Bd. 3, 2. Aufl. 2004, § 116 Rn. 169; *Mertens*, in: Kölner Kom-mentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 1996, § 116 Rn. 57; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 266 Rn. 25; BGH 6.12. 2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1588; BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522.

V. Ausblick

- 61 Für den Fall, dass man sich der Bewertung von betriebsratsgeführten Arbeitskämpfen in dem hier definierten Sinn anschließen will, wird man um folgende Anschlussüberlegungen, die ich nur ansatzweise darstellen will, nicht herumkommen:
- 62 Wenn man akzeptiert, dass durch den betriebsratsgeführten Arbeitskampf strafbewehrte Untreueschäden im Sinne des § 266 StGB entstehen können, löst diese Tatsache entsprechende Reaktionsverpflichtungen sowohl der Vorstände als auch der Aufsichtsräte der betroffenen Aktiengesellschaften aus.
- 63 Denn entsprechend den Grundsätzen der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung¹⁶ ist der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft rechtlich verpflichtet zu prüfen, ob der Aktiengesellschaft als Treugeberin Schadensersatzansprüche gegen – potenziell – pflichtwidrig handelnde Vorstandsmitglieder zustehen. Bei der Prüfung dieser Frage steht dem Aufsichtsrat grundsätzlich kein Ermessen zu. Ein Ermessensspielraum des Aufsichtsrats besteht allenfalls, soweit es nach Feststellung potenziell existierender Schadensersatzansprüche um die Entscheidung über die tatsächliche Durchsetzung dieser Ansprüche geht. Verletzt der Aufsichtsrat diese Verpflichtung, riskiert er – Rechtsprechung zu dieser Frage ist allerdings noch nicht ersichtlich – seinerseits, sich wegen Untreue gemäß § 266 StGB strafbar zu machen¹⁷.
- 64 Es wird daher für einen Aufsichtsrat zwingend sein, sich mit derartigen Vorgängen zu befassen – denn er hat potenzielle Schadensersatzansprüche gegen die beteiligten Aufsichtsräte und Vorstände zu prüfen.
- 65 Die Problematik betriebsratsgeführter Arbeitskämpfe hat möglicherweise das Potenzial, über ein durch eine ergebnisoffen untersuchende Staatsanwaltschaft geführtes Verfahren die (strafbewehrten) Kompetenzgrenzen von Betriebsräten genauer zu konturieren. Gelänge dies, könnten auch weitere, durchaus verwandte Problembereiche strittiger Verhandlungen in der betrieblichen Praxis einer grundsätzlichen strafgerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Dies betrifft vor allem den Bereich der sogenannten Koppelungsgeschäfte¹⁸.

VI. Rechte der beteiligten Aktionäre

- 66 Unterthematisiert und *de lege lata* zu schwach ausgestaltet sind bis dato die Rechte der Aktionäre. Diese sind weder Geschädigte im Sinne des

16 Vgl. BGH 21.4. 1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 ff.

17 Vgl. *Große Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 495 ff.

18 Vgl. *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758, 760 ff., die diese Parallele darstellen.

§ 406e StPO noch im Falle von Einstellungen von eingeleiteten Ermittlungsverfahren beschwerdeberechtigt im Sinne des § 170 ff. StPO.

Dies führt dazu, dass jedenfalls die Strafverfolgungsbehörden potenzielle Ermittlungsverfahren gegen Betriebsratsmitglieder in den hier diskutierten Fallkonstellationen mehr oder weniger unter Ausschluss der Öffentlichkeit und vor allem derjenigen Personen führen können, die materiell – über entsprechende Wertverluste ihre Beteiligungen – an dem durch die hier diskutierten Straftaten entstehenden Schaden wirtschaftlich beteiligt werden. Dies ist letztlich unbefriedigend.

Ich bedanke mich für diesen anregenden Tag und die Gelegenheit, mit Ihnen zu diskutieren!

B. Diskussion

Professor Dr. Joachim Vogel, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 68 Vielen Dank für die interessante Fallanalyse. Ich möchte zwei Bemerkungen machen: Ein Aufsichtsratsmitglied ruft zu einem wilden Streik auf, der Streik kommt und das schädigt das Unternehmen. Untreue? Ich hätte Zweifel. Gewiss ist der Aufsichtsrat vermögensbetreuungspflichtig gegenüber dem Unternehmen, aber es gibt eine wichtige Restriktion. Nicht, dass alle Arbeitsrechtler mit dem Eindruck hinausgehen, man könne alles machen. Man kann und muss den Untreuetatbestand auch restringieren. Geradezu ein Muster- oder ein Schulbeispiel für eine Restriktion ist, dass ein Handeln bei Gelegenheit der Amtsausübung oder Positionsausübung nicht erfasst ist. Es muss mit der Aufsichtsrats Tätigkeit zu tun haben. Das extreme Beispiel ist: Der Aufsichtsrat steckt ein paar Stifte ein. Das ist ein Diebstahl, aber keine Untreue. Und so hätte ich hier größere Zweifel, ob das, was Sie als Sachverhalt geschildert haben, eine strafrechtliche Untreue ist.

Anders ist es bei der Nötigung: Wilde Streiks sind Nötigung. Sie können sogar Nötigung durch Gewalt sein, aber sicherlich durch Inaussichtstellen eines Übels. Man wird auch die Verwerflichkeitsprüfungen so oder so vornehmen können. Ich gebe Ihnen allerdings Recht, dass wir natürlich mit dieser Sache – und deswegen ist verständlich, was die Staatsanwaltschaft Stuttgart getan hat – zurückkommen in Zeiten, in denen tatsächlich der § 240 StGB – und Herr Reichold hatte es ja auch am Anfang gesagt – und auch der § 253 StGB eingesetzt wurde, um wild Streikende damals in kurze Gefängnisstrafen zu bringen. Wenn man sich so anguckt, was herauskommen würde, würde man es jetzt einmal verfolgen, dann könnte man es schon einmal annehmen, es hat so etwas Ähnliches wie diese Sitzblockadensachen. Das kann man auch nicht machen, sich einfach irgendwie da einen Zugang blockieren, dann haben wir ein Nahziel, das ist auch nicht in Ordnung von der Wertung her, dass der nicht herauskommt, Fernziele halten wir uns einmal lieber heraus, bei solchen Sachen, Nahziel Beschäftigungssicherungsvereinbarung finde ich na ja, wenn es herauskommt und das ist angezielt, natürlich ist es auch nicht so ganz klar mit der Verwerflichkeit. Also ich würde, glaube ich, eher davor warnen, jetzt zurück in wirkliche Klassenkampfzeiten vor 1933 – danach war Totenruhe in Deutschland – zurückzugehen und jetzt also solche Sachen über die Nötigung zu machen. Ich glaube, es könnte auch eine Staatsanwaltschaft dann auf die Idee kommen zu sagen, na ja, es ist vielleicht doch geringe Schuld gewesen und dann stellen wir es irgendwie ein, § 153 StPO. Aber dann ist es in der Tat klageerzwingungsfähig. Das Gericht müsste zustimmen, so

dass ich also da tatsächlich sagen würde, da lassen wir einmal die Kirche im Dorf. Anders ist das, sobald wir gewaltsame wilde Streiks haben, würde ich sagen, wenn handfeste Gewalt geübt wird, da kann man vielleicht daran denken, weil sonst würde ich tatsächlich diesen Gedanken der besonnenen Selbstbehauptung dogmatisch verfehlen, also stimme ich Ihnen zu, dass ist vielleicht ein bisschen zu viel, aber doch irgendwie, da hätte ich einmal Sympathien für die Arbeitsrechtler. Das sollen die hier unter sich ausmachen.

Dr. André Große Vorholt, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft, München:

Die Frage, wie man rechtspolitisch – und von einer ergebnisorientierten Bewertung her – diesen Fall einordnen möchte, ist die eine Sache. Die andere Sache ist, dass die Rechtsvorschriften ganz ausdrücklich sagen: Der Betriebsrat darf nicht kämpfen. Es gibt eine betriebliche Friedenspflicht. Also: Es gibt eine eindeutige arbeitsrechtliche Wertung, die nicht einfach so im gegebenenfalls straffreien Raum bleiben darf. Wir sprechen hier eben nicht über die sprichwörtlichen Peanuts, sondern über signifikante und schergewichtige Rechtsverletzungen. Wenn man sagt, für meine Begriffe ist das ein nicht strafwürdiges Verhalten – so habe ich Sie verstanden –, ist das eine Position, die damals auch viele Politiker, die sich zu diesem Thema geäußert haben, so vertreten haben. Die Beschäftigungssicherungsvereinbarungen wurden begrüßt. Dann muss man eben die maßgeblichen vorstrafrechtlichen Bestimmungen ändern. Dann muss man eben sagen: Der Betriebsrat darf das. Nur für meine Begriffe – und hier würde ich schon sagen, hier ist ein Erfordernis da, eben das positiv geltende Recht auch gegebenenfalls durchzusetzen – ist das letztlich eine Frage *de lege ferenda*. Dann muss man eben sagen, man geht hin und ändert das Recht. 69

§ 7 Aus dem Schlusswort von Abbo Junker*

So wie das Kirchenjahr seine Höhepunkte hat, hat auch die Arbeit des ZAAR im Jahresverlauf ihre Höhepunkte. Die Veranstaltung heute war für mich – und ich kann das sagen, ohne mich selbst zu loben, weil *Volker Rieble* 100 % der Organisation und der Vorbereitung gemacht hat – einer der Höhepunkte des ZAAR-Jahres. Ein zweifellos aktuelles Thema. Ein Thema, das die Interdisziplinarität zwischen zwei Säulen, die auch im Universitätsbereich immer wieder gefordert wird, in *optima forma* unterstrichen hat. Interdisziplinarität heißt heute – bei dem hohen Spezialisierungsgrad, den wir inzwischen haben – nicht mehr, dass Juristen und Wirtschaftswissenschaftler zusammenkommen, sondern dass Arbeitsrechtler und Zivilrechtler oder Arbeitsrechtler und Strafrechtler gemeinsam diskutieren. 1

Arbeitsstrafrecht ist sicherlich, was die überaus rege Teilnahme dokumentiert, ein reifes, aber noch kein überreifes Thema. Es ist ein Thema, das jeden interessiert, über das es aber noch keine 25 Veranstaltungen gegeben hat, sondern das sich zu entwickeln beginnt. Wir hatten eine fruchtbare Diskussion, nicht zuletzt dank der zugespitzten Thesen von Herrn *Lobinger* und des Widerspruchs der Praktiker. Aber auch allen anderen Referenten und Diskussionsteilnehmern gebührt herzlicher Dank. 2

* Professor Dr. Abbo Junker ist Inhaber des Lehrstuhls für (Internationales) Arbeitsrecht, Arbeitsrechtsvergleichung und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der LMU.

Diskussionsteilnehmer

Bauer, Jobst-Hubertus, Seite 71, 126, 128, 133, 134
Clemenz, Susanne, Seite 130, 132
Falk, Ulrich, Seite 45
Große-Vorholt, André, Seite 96, 153
Krebber, Sebastian, Seite 47, 134
Lobinger, Thomas, Seite 127, 128, 129, 131, 133, 134
Mayer, Peter, Seite 46, 70
Ostrop, Markus, Seite 47
Reichold, Hermann, Seite 42, 70, 95, 128
Rieble, Volker, Seite 42, 44, 47
Vogel, Joachim, Seite 43, 71, 72, 152
Vries, Hinrich de, Seite 42, 95, 97

Sachregister

- Arbeitgeberkriminalität § 4 3**
- Arbeitnehmerkriminalität § 4 7
- Arbeitskampfrecht § 6 15, 47
- Tarifvertragsakzessorietät § 6 16
- Arbeitsstrafrecht
- Arbeitgeberstrafrecht § 2 34
 - Arbeitsrechtsakzessorisch § 2 85, § 3 4
 - Arbeitsrechtssekundäres § 2 85
 - Begriff § 3 3
 - Einseitig arbeitnehmerschützendes § 2 14
 - Entgeltsschutz § 2 23
 - Individualschutz § 2 14
 - Individueller Arbeitgeberschutz § 2 34
 - Sicherung des Vertragsgehorsams § 2 11
 - Wirtschaftsstrafrecht § 2 4
- AUB/Schelsky § 2 10, 52, 57, 66, § 3 13, § 6 9
- Beitragshinterziehung § 4 3**
- Betriebsrat § 2 53, § 3 21, § 5 1
- Beeinflussung § 2 56
 - Begünstigungsverbot § 2 53, § 3 21
 - Behinderungs- und Störungsverbot § 2 55
- Benachteiligungsverbot § 2 53
 - Interessenausgleich § 5 10
 - Pflichtenlage nach § 266 StGB § 4 13
 - Sozialplan § 5 7
 - Vermögensbetreuungspflicht § 5 1
 - Widerspruchsrecht § 5 11
- Betriebsverfassung § 2 52
- Ehrenamtsprinzip § 2 54
- Börsenaufsicht § 4 34
- Closed shop § 2 63**
- Compliance § 2 37, 86, § 4 75, 77
- Corporate Governance § 4 27
- Daimler Chrysler AG § 6 3**
- Diebstahl § 4 7
- Gemeinschuldnerentscheidung § 4 59, 61, 72**
- Gründungsschwindel § 4 3
- Informantenschutz § 4 48**
- Insolvenzverschleppung (§ 84 GmbHG) § 4 3
- Interessenausgleich § 5 10
- Körperverletzungen § 4 7**
- Korruptionsschutz § 2 47
- Kriminalisierung Arbeitsrecht § 2 75
- Magirus/Märkl § 2 49**

- Mannesmann/Vodafone § 3 9, 13
- Missbrauchstatbestand § 5 7
- Mobbing § 4 7
- Nötigung § 6 29**
- Offizialprinzip § 4 41**
- Organisationsdelikte § 4 45
- Privatermittler § 4 8, 28, 33, 38, 56, 61, 64, 73**
- Privatisierung der Ermittlung § 4 25
- Provisionsbetrug § 4 7
- Richterbespitzelung § 4 70, 73**
- Sachbeschädigung aus Verärgerung über die Firmenleitung § 4 7**
- Schadensersatz § 2 37, § 3 32, § 4 33, 44, 50, 71, § 5 23, § 6 63
- Schwäche § 119 BetrVG § 2 57
- Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz § 2 44
- Absolutes Antragsdelikt § 2 57
 - Unzureichendes Strafmaß § 2 57
- Securities and Exchange Commission § 4 34
- Selbstbelastungsschutz § 4 48, 54
- Siemens/Enel § 3 9, 13
- Sonderermittler § 4 35
- Sozialplan § 5 9
- Spesenabrechnungen § 4 7
- Steuerhinterziehung (§ 370 AO) § 4 3
- Steuerstrafrecht § 4 16
- Streik § 6 49
- Subventionsbetrug § 2 45
- Tarifautonomie**
- Strafrechtsfreie Zone § 2 59
 - Treubruchtatbestand § 5 7
- Trias der Beteiligungstypen § 5 17
- Ultima ratio § 6 13**
- Unternehmenskriminalität § 4 12, 45
- Unterschlagung von Betriebsvermögen § 4 7
- Untreue
- Aktuelle Debatte § 3 9
 - Arbeitsstrafrechtlicher Tatbestand § 3 5
 - Auffangtatbestand § 2 67, § 3 7
 - Missbrauchstatbestand § 5 8
- Vermögensbetreuungspflicht § 5 1**
- Druckkündigung § 5 22
 - Einheitliche Arbeitskleidung § 5 23
 - Interessenausgleich § 5 25
 - Kern Untreuetatbestand § 5 7
 - Sozialplan § 5 25
 - Verlegung Arbeitsbeginn § 5 23
 - Widerspruchsrecht § 5 32
 - § 80 BetrVG § 5 41
 - § 87 BetrVG § 5 38
 - § 99 BetrVG § 5 39
- Vertragsstrafenversprechen § 4 68, 71

Volkert/Hartz § 2 10, 52, 57, 66,
§ 3 13, § 6 9

Widerspruchsrecht § 5 11

Wirtschaftsstrafrecht

- Besonderheiten § 4 15
- Rechtsunsicherheit § 4 22

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7
Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12
Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6