Wissenschaftlicher Mitarbeiter Dr. Clemens Latzel, Universität München (ZAAR)

Rechtsirrtum und Betriebsratsbenachteiligung

Im „Dickicht“ des Betriebsverfassungsrechts müssen Personalverantwortliche einen sicheren Weg zwischen strafbarer Betriebsratsbegünstigung und strafbarer Betriebsratsbenachteiligung finden. Hierbei soll der Beitrag helfen. Insbesondere wird dargelegt, dass nicht jede Fehlbeurteilung der Rechtslage zur Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG führt. Wer nicht vorsätzlich betriebsverfassungswidrig handelt und sich auf einen wenigstens noch vertretbaren Rechtsstandpunkt berufen kann, unterliegt nicht einem bloßen vermeidbaren Verbotsirrtum, sondern bleibt wegen eines Tatumstandsirrtums i.S.d. § 16 StGB straffrei.

Der strafrechtliche Umgang mit Verstößen gegen das Betriebsverfassungsrecht hat spätestens durch die *Volkert*- und die *Schelsky*-Entscheidungen des BGH¹ sein Schattendasein beendet². Knüpfen Straftatbestände wie die Betriebsratsbenachteiligung (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 BetrVG) an die Verletzung komplexen Fachrechts (hier: Betriebsverfassungsrecht) an, stellt sich zentral die Frage, wie Unsicherheiten bei der richtigen Beurteilung der Fachrechtslage strafrechtlich Rechnung zu tragen ist. Im Folgenden soll dem anhand eines vom OLG Düsseldorf entschiedenen Falles³ nachgegangen werden.

I. Ausgangsfall: Erforderlichkeit einer Betriebsratsschulung

1. Sachverhalt und Entscheidungen der Gerichte

Der angeklagte Personalleiter war für die Kommunikation mit dem Betriebsrat zuständig. Nach einem Beschluss des Betriebsrats sollten seine drei Mitglieder an einer Seminarreihe des DGB zum Entgeltrahmenabkommen (ERA) teil-

nehmen. Nach den Feststellungen des LG Wuppertal sollte ERA in dem Betrieb »möglichsterweise« eingeführt werden, doch waren bis dahin noch keine konkreten Schritte unternommen worden. Ob das Unternehmen überhaupt den ERA-Tarifverträgen unterfiel, hatte das LG nicht festgestellt. Der Betriebsrat war jedenfalls der Meinung, dass die Schulung erforderlich sei, und meldete sie ordnungsgemäß an. Nach dem ersten Schulungsteil rügte der Angeklagte gegenüber den Betriebsratsmitgliedern die unterbliebene Abstimmung. Außerdem seien entsprechende Schulungen noch nicht angezeigt. Nach dem zweiten Schulungsteil »beurlaubte« der Angeklagte die Betriebsratsmitglieder, verhängte gegen sie ein Hausverbot, stellte ihre Kündigungen in Aussicht und ihre Gehaltszahlungen ein.

Die erstinstanzliche Verurteilung des Angeklagten zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen hielt das LG aufrecht. Die dagegen gerichtete Revision zum OLG Düsseldorf war erfolgreich und führte zur Zurückverweisung. Nach Auffassung des Revisionsgerichts fehlten vor allem hinreichende Feststellungen zum *subjektiven Tatbestand* des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

1 BGH v. 17.9.2009 – 5 StR 521/08 (*Volkert*) – NJW 2010, 92 = wistra 2009, 468 mit Anm. *Corsten*, wistra 2010, 206; BGH v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09 (*Schelsky*) – NJW 2011, 88 = wistra 2010, 484 mit Anm. *Kruatz*, wistra 2011, 447.

2 Nur *Brand/Lotz*, RdA 2012, 73 ff.; *MüKoStGB/Joecks*, Bd. 6/1, 2010, § 119 BetrVG Rn. 1 ff.; *Gercke/Kraff/Richter*, Arbeitsstrafrecht, 2012, S. 270 ff.; *Rieble*, ZIP 2009, 1593 ff.; *ders.*, Arbeitsstrafrecht im Umbruch, 2009, § 2 Rn. 1 ff.; vorher schon *Dannecker*, FS Gitter, 1995, S. 167 ff.; *Pasewaldt*, ZIS 2007, 75 ff.

3 OLG Düsseldorf v. 27.3.2008 – III-2 Ss 110/07-88/07 III – EzA Nr. 1 zu § 119 BetrVG 2001 = wistra 2008, 356.

2. Betriebsverfassungsrechtlicher Hintergrund

Die entscheidende Fachrechtsfrage lautete: War die Schulung erforderlich i.S.d. § 37 Abs. 6 BetrVG und damit die Teilnahme der Betriebsratsmitglieder während der Arbeitszeit berechtigt oder nicht? Die dazugehörigen Leitlinien des BAG sind komplex.

a) Maßstab der »Erforderlichkeit«

Nach § 37 Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 BetrVG sind Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn sie an einer Schulung teilnehmen, die Kenntnisse vermittelt, die für die Betriebsratsarbeit *erforderlich* sind. Wann welche Schulung für welche Betriebsratsmitglieder erforderlich ist, entscheidet zunächst der Betriebsrat als Gremium vom Standpunkt eines vernünftigen Dritten.⁴ »Erforderlich« umschreibt das BAG wortreich wie folgt:

»Erforderlich i.S.d. § 37 Abs. 6 BetrVG ist die Vermittlung von Kenntnissen nur dann für die Betriebsratsarbeit, wenn diese Kenntnisse unter Berücksichtigung der konkreten Situation im Betrieb und im Betriebsrat benötigt werden, damit die Betriebsratsmitglieder ihre derzeitigen oder demnächst anfallenden gesetzlichen Aufgaben wahrnehmen können. Für die Frage, ob die konkreten Aufgaben des einzelnen Betriebsratsmitgliedes seine Schulung erforderlich machen, ist darauf abzustellen, ob

- nach den Verhältnissen des einzelnen Betriebes Fragen anstehen oder absehbar in naher Zukunft anstehen werden,
- die der Beteiligung des Betriebsrats unterliegen und
- für die im Hinblick auf den Wissensstand des Betriebsrats eine Schulung des betreffenden Betriebsratsmitgliedes [...] erforderlich ist, damit der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte sach- und fachgerecht ausüben kann.

Soweit es sich dabei [...] nicht um die Vermittlung sogenannter Grundkenntnisse handelt, muß ein aktueller, betriebsbezogener Anlaß für die Annahme bestehen, daß die auf der Schulungsveranstaltung zu erwerbenden Kenntnisse derzeit oder in naher Zukunft von dem zu schulenden Betriebsratsmitglied benötigt werden, damit der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte derart sach- und fachgerecht ausüben kann.⁵

Wie »aktuell« der Anlass für ein betriebsbezogenes Schulungsbedürfnis konkret sein muss, bleibt offen. Im Ausgangsfall wusste niemand, ob ERA-Fragen schon in hinreichend »naher« Zukunft anstanden.

b) Risikoverteilung zwischen Mandatsträgern und Arbeitgeber

Das Risiko der Fehlbeurteilung der »Erforderlichkeit« liegt zunächst beim zu schulenden *Mandatsträger*: Der Entsendungsbeschluss des Betriebsrats befreit ihn nämlich noch nicht von seiner Arbeitspflicht. Vielmehr muss er selbst »bei eigener gewissenhafter Überlegung und bei ruhiger und vernünftiger Würdigung aller Umstände seine Teilnahme an der Schulungsmaßnahme im Hinblick auf die ihm obliegenden Betriebsratsaufgaben für erforderlich halten.«⁶ Irrt sich das Betriebsratsmitglied insofern und nimmt es an einer nicht erforderlichen Schulung teil, verletzt es damit seine Arbeitspflicht und kann bei »hinreichender« Wiederholungsgefahr abgemahnt werden.⁷ Ist ihm sein Irrtum auch subjektiv vorwerfbar (etwa grob fahrlässige Fehlbeurteilung analog § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG), kann der Mandatsträger theoretisch (außerordentlich) gekündigt werden. Indes kommt ihm das BAG insofern entgegen, als an den wichtigen Grund bei der Kündigung von Betriebsratsmitgliedern ein »strengerer«, also für sie günstigerer Maßstab anzulegen sein soll als bei »normalen« Arbeitnehmern.⁸ Ob sie der Beschluss des Betriebsratsgremiums entlasten kann, wird man angesichts der vom BAG explizit geforderten eigenverantwortlichen Entscheidung ablehnen müssen.⁹

Der Arbeitgeber muss sich darüber klar werden, ob er Betriebsratsmitglieder für ihre Teilnahme an einer (wirklich?)

nicht erforderlichen Schulung abmahnen bzw. kündigen darf. Dafür genügt es nicht, wenn er seinerseits die Erforderlichkeit »gewissenhaft« prüft, sondern er muss sich in die Lage der Schulungsteilnehmer versetzen und sich fragen, ob diese die Schulung nach oben geschilderten Maßstäben für erforderlich halten durften.

Während Betriebsratsmitgliedern, die fälschlich ihre Schulung für erforderlich halten, nur arbeitsrechtliche (vom BAG zusätzlich erschwerte) Sanktionen drohen, stellt das Gesetz dem Arbeitgeber für seine Fehlbeurteilung eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr in Aussicht (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 BetrVG)! Will der friedliebende Arbeitgeber dieses Risiko vermeiden und sieht von Sanktionen ab, macht er sich womöglich gerade deshalb strafbar: Wenn er nämlich Betriebsratsmitgliedern ihr Arbeitsentgelt während nicht erforderlicher Schulungen weiterzahlt, *begünstigt* er sie rechtswidrig (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 2 BetrVG). Dieses Dilemma gilt es zu lösen. Dafür sei im Folgenden zunächst (II.) der Tatbestand der Betriebsratsbenachteiligung vorgestellt, bevor sodann (III.) Rechtsirrtümer hinsichtlich der Benachteiligung strafrechtlich eingeordnet werden.

II. Der Straftatbestand der Betriebsratsbenachteiligung

1. Objektiver Tatbestand

§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG schützt die Aufgaben und Befugnisse der im BetrVG vorgesehenen Arbeitnehmervertreter.¹⁰ Zu diesem Zweck stellt die erste Tatbestandsalternative jede *Benachteiligung* eines Mitglieds sowie Ersatzmitglieds¹¹ des Betriebsrats und der anderen genannten Arbeitnehmervertretungsorgane¹² um ihrer Tätigkeit willen unter Strafe. Damit wird an die Schutzbestimmung des § 78 Satz 2 BetrVG angeknüpft, der die innere und äußere Unabhängigkeit und damit die unparteiische Amtsführung der Mandatsträger sicherstellen soll.¹³ An den Täter werden keine besonderen Anforderungen gestellt (Jedermanns-Delikt), sodass sich nicht nur Arbeitgeber strafbar machen können, sondern auch leitende Angestellte, Gesamtbetriebsratsvorsitzende etc.¹⁴

4 Richardi/Thüsing, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 37 Rn. 114 m.w.N.

5 BAG v. 10.11.1993 – 7 AZR 682/92 – NZA 1994, 500, 501; vgl. BAG v. 7.6.1989 – 7 ABR 26/88 – NZA 1990, 149.

6 BAG v. 10.11.1993 – 7 AZR 682/92 – NZA 1994, 500, 501.

7 BAG v. 10.11.1993 – 7 AZR 682/92 – NZA 1994, 500, 502.

8 BAG v. 16.10.1986 – 2 ABR 71/85 – AP Nr. 95 zu § 626 BGB; BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 487/08 – AP Nr. 65 zu § 15 KSchG 1969; für eine Abmahnung soll das Mandat hingegen keinen Unterschied machen, BAG v. 15.7.1992 – 7 AZR 466/92 – NZA 1993, 220, 221; BAG v. 10.11.1993 – 7 AZR 682/92 – NZA 1994, 500, 501.

9 Dagegen für einen unverschuldeten Rechtsirrtum bei Teilnahme an einer vom Betriebsrat einseitig initiierten (rechtswidrigen) Betriebsversammlung während der Arbeitszeit: BAG v. 14.10.1960 – 1 ARZ 254/58 – SAE 1961, 58; eingehend zu irrtümlicher Arbeitsverweigerung: Kliehm/Vollstädt, NZA 2003, 357 ff.

10 Thüsing (Fn. 4), § 78 Rn. 19.

11 Im Gegensatz zu §§ 78, 25 Abs. 1 BetrVG ist es bei § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht erforderlich, dass das Ersatzmitglied tatsächlich amtiert, Dannecker (Fn. 2), S. 167, 174; Löwisch/Kaiser, BetrVG, 6. Aufl. 2010, § 119 Rn. 36; Wlotzke/Preis/Kreß, BetrVG, 4. Aufl. 2009, § 119 Rn. 28; a.A. Fitting, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 119 Rn. 9; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose, BetrVG, 8. Aufl. 2011, § 119 Rn. 35.

12 Keine analoge Anwendung auf Wahlvorstandsmitglieder oder Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wegen Art. 103 Abs. 2 GG.

13 Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Buschmann, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 78 Rn. 23; Fitting (Fn. 11), § 78 Rn. 14; Düwel/F. Lorenz, BetrVG, 3. Aufl. 2010, § 78 Rn. 11; Preis (Fn. 11), § 78 Rn. 1.

14 Fitting (Fn. 11), § 119 Rn. 1; Kaiser (Fn. 11), § 119 Rn. 5; Rieble, CCZ 2008, 121, 126; Mandatsträger als taugliche Täter ablehnend Hess (Fn. 11), § 119 Rn. 4 f.; Schemmel/Slowinski, BB 2009, 830.

a) Begriff der Benachteiligung

Eine *Benachteiligung* ist nach allgemeiner Auffassung jede (tatsächliche, persönliche oder wirtschaftliche) Schlechterstellung eines Mandatsträgers im Verhältnis zu anderen vergleichbaren Arbeitnehmern, die nicht aus sachlichen Erwägungen oder in der Person des Mitglieds liegenden Gründen, sondern wegen der Amtstätigkeit erfolgt.¹⁵ Der Nachteil muss tatsächlich eingetreten sein (Erfolgsdelikt).¹⁶ Mangels Anordnung der Versuchsstrafbarkeit (§ 23 Abs. 1, § 12 Abs. 2 StGB) genügt es nicht, die Beeinträchtigung nur anzudrohen oder in Aussicht zu stellen;¹⁷ doch kann darin eine vollendete Behinderung oder Störung (§ 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG)¹⁸ oder eine Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) liegen.¹⁹ Letztere ist kein Antragsdelikt und bereits ihr Versuch ist strafbar (§ 240 Abs. 3 StGB).²⁰

Beispiele für Benachteiligungen²¹:

- Zuweisung einer weniger angenehmen²² oder schlechter bezahlten Arbeit,²³
- Versetzung aus einem Zwei-Mann-Büro in ein Großraumbüro nach Wahl in den Betriebsrat,²⁴
- willkürliche Gehaltskürzung und wiederholte evident unbegründete außerordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern,²⁵
- Nichtbeförderung eines Betriebsratsmitglieds entgegen der üblichen beruflichen Entwicklung,²⁶
- Aushang von Fehlzeiten eines Betriebsratsmitglieds wegen Krankheit, Schulungsteilnahme und Betriebsratsstätigkeit,²⁷
- Angabe der Betriebsratsstätigkeit im Arbeitszeugnis gegen den Willen des Mandatsträgers.²⁸

b) Notwendige Einschränkung

Die Benachteiligung wird im Wortlaut des Gesetzes nicht mit »rechtswidrig« konkretisiert, sodass bei unbefangener Betrachtung auch die an sich berechtigzte Schlechterstellung von Betriebsratsmitgliedern gegenüber ihren Kollegen (z.B. Ahmahnung wegen Teilnahme an einer *nicht erforderlichen* Schulung während der Arbeitszeit²⁹) den objektiven Tatbestand erfüllt. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG schützt aber ebenso wie § 78 Satz 2 BetrVG nur die betriebliche Mitbestimmung, soweit sie *im Einklang mit dem Gesetz* stattfindet.³⁰ Eine Bestrafung nach § 119 BetrVG scheidet deshalb aus, wenn der Betriebsrat die Grenzen des BetrVG überschritten hat.³¹ Die herkömmliche Definition der Benachteiligung ist also insofern ungenau, als sie »sachliche Erwägungen« und »wegen der Amtstätigkeit« als Gegensatz darstellt. Eine Schlechterstellung kann auch *wegen* der Amtstätigkeit erfolgen und dennoch auf *sachlichen* Erwägungen beruhen, wenn der Mandatsträger nämlich sein Amt in rechtswidriger Weise ausübt. Als Benachteiligung i.S.d. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kann deshalb nur eine Schlechterstellung wegen der *rechtmäßigen* Amtstätigkeit verstanden werden.³² Gerade darin liegt der normative Gehalt des Tatbestandsmerkmals »benachteiligt«. Reagiert der Arbeitgeber auf eine rechtswidrige Mandatsausübung seinerseits rechtswidrig, verwirklicht er deshalb zumindest nicht den Tatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.³³

c) Kausalzusammenhang von Schlechterstellung und Mandatsausübung

Zwischen der Mandatsausübung und der Benachteiligung muss ein Kausalzusammenhang bestehen (»um seiner Tätigkeit willen«).³⁴ Verstöße gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sind folglich nicht strafbar.³⁵ Auch die rüde Behandlung der Gesamtleitung ist nicht tatbestandsmäßig. Bei der Ungleichbehandlung von Betriebsratsmitgliedern *untereinander* bedarf es eines Sachgrundes, der nicht auf die (rechtmäßige) Mandatsausübung der benachteiligten zurückzuführen ist.³⁶

2. Subjektiver Tatbestand

Wie bei normativ geprägten Tatbeständen häufig entscheidet auch bei der Betriebsratsbenachteiligung der subjektive Tatbestand über das praktische Strafbarkeitsrisiko.

a) Vorsatz

Strafbar ist nur die vorsätzliche, d.h. wissentliche und willentliche Benachteiligung (§ 15 StGB), weil § 119 BetrVG nicht die fahrlässige Tatbegehung der vorsätzlichen gleichstellt.³⁷ Selbst wenn es also der Täter für möglich hält, dass er Mandatsträger zu Unrecht benachteiligt, er aber pflichtwidrig und vorwerfbar darauf vertraut, rechtmäßig zu handeln, handelt er lediglich bewusst fahrlässig (*luxuria*).³⁸ Der Täter muss es zumindest billigend in Kauf nehmen (*dolus eventualis*), dass die benachteiligende Maßnahme aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht gerechtfertigt ist.³⁹ Darauf wird zurückzukommen sein.⁴⁰

b) Benachteiligungsabsicht nicht erforderlich

Einige verlangen für eine Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG eine spezifische *Benachteiligungsabsicht*: Es müsse dem Täter gerade auf die ungerechtfertigte Schlechterstellung der Mandatsträger wegen deren Amtstätigkeit als Ziel

15 OLG Düsseldorf (Fn. 3), EZA Nr. 1 zu § 119 BetrVG 2001, S. 4 = wistra 2008, 356, 357; *Fitting* (Fn. 11), § 78 Rn. 17; *Joecks* (Fn. 2), § 119 BetrVG Rn. 26; *ErfK/Kania*, 13. Aufl. 2013, § 78 BetrVG Rn. 7; *Kaiser* (Fn. 11), § 119 Rn. 37; *Preis* (Fn. 11), § 78 Rn. 13; *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch/Rieble*, FachanwK ArbR, 5. Aufl. 2013, § 78 BetrVG Rn. 4; *Däubler/Kittner/Klebe/Weddel/Trümner*, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 119 Rn. 18.

16 *Dannecker* (Fn. 2), S. 167, 183; *Pasewaldt*, ZIS 2007, 75, 79; a.A. *Trümner* (Fn. 15), § 119 Rn. 2; *Tätigkeitsdelikt*.

17 *Preis* (Fn. 11), § 119 Rn. 30; *Siebert/Becker/Seebacher*, BetrVG, 12. Aufl. 2009, § 119 Rn. 10.

18 *Trümner* (Fn. 15), § 119 Rn. 21.

19 Für § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: *Kaiser* (Fn. 11), § 119 Rn. 50.

20 Im Übrigen besteht zu § 240 StGB Idealkonkurrenz, *Rieble* (Fn. 15), §§ 119-121 BetrVG Rn. 2.

21 In den genannten Fällen handelt es sich jedenfalls um Benachteiligungen i.S.d. § 78 S. 2 BetrVG.

22 LAG Bremen v. 12.8.1982 – 3 TaBV 33/81 – AP Nr. 15 zu § 99 BetrVG 1972.

23 BAG v. 14.4.1999 – 4 AZR 189/98 – AP Nr. 1 zu § 23a BAT.

24 LAG Köln v. 26.7.2010 – 5 SaGa 10/10 – NZA-RR 2010, 641.

25 Anschaulich AG Hamburg-Harburg v. 18.12.1989 – AiB 1990, 212, 217.

26 § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erfasst wie § 78 S. 2 Hs. 2 BetrVG auch die berufliche Entwicklung (*Kaiser* [Fn. 11], § 119 Rn. 35), wobei dem Kausalitätsnachweis besondere Bedeutung zukommt, BAG v. 11.12.1991 – 7 AZR 75/91 – NZA 1993, 909.

27 ArbG Verden v. 14.4.1989 – 1 BV 5/89 – BB 1989, 1405.

28 LAG Hamm v. 6.3.1991 – 3 Sa 1279/90 – LAGE § 630 BGB Nr. 13; differenzierend für langjährig freigestellte Betriebsratsmitglieder *Kaiser* (Fn. 11), § 78 Rn. 21.

29 § 37 Abs. 7 BetrVG ist zu beachten.

30 *Fitting* (Fn. 11), § 78 Rn. 14, 8; *Rieble* (Fn. 15), §§ 119-121 BetrVG Rn. 1.

31 LG Düsseldorf v. 7.10.1958 – VI 158/8 – BB 1959, 632; *Dannecker* (Fn. 2), S. 167, 182.

32 Vgl. *Fitting* (Fn. 11), § 78 Rn. 17: Schlechterstellung »um ihrer Tätigkeit innerhalb der Betriebsverfassung willen«.

33 Möglich bleibt etwa Nötigung, vgl. oben II.1.a.

34 *Kania* (Fn. 15), § 78 BetrVG Rn. 7.

35 *Dannecker* (Fn. 2), S. 167, 183.

36 Zur rechtmäßig verweigerten Dienstwagenutzung für Betriebsratsmitgliedern: BAG v. 25.2.2009 – 7 AZR 954/07 – juris (Rn. 18 ff.).

37 § 78 Abs. 1 BetrVG 1952 kannte noch die leichtfertige Tatbegehung, GK-BetrVG/Oether, 9. Aufl., 2010, § 119 Rn. 28.

38 *Oether* (Fn. 37), § 119 Rn. 29 m.w.N.

39 *Fitting* (Fn. 11), § 119 Rn. 10.

40 Unten III.2.

seines Handelns ankommen.⁴¹ Als Argument wird dafür der Wortlaut angeführt.⁴² Mit »um seiner Tätigkeit willen« wird jedoch die notwendige Kausalität der Benachteiligung wegen des Mandats umschrieben, um allgemeine Ungleichbehandlungen von Arbeitnehmern vom Verdikt der Strafbarkeit auszunehmen. Der Vorsatz des Täters muss sich auch auf den Kausalzusammenhang zwischen Benachteiligung und Amtsausübung beziehen, d.h. das Mandat muss für die Schlechterstellung mitbestimmend gewesen sein.⁴³

Um das kooperative Prinzip der vertrauensvollen Zusammenarbeit gerade in rechtlichen Zweifelsfällen vor dem Verdikt der Strafbarkeit zu schützen,⁴⁴ wäre die geforderte Benachteiligungsabsicht auch nur bedingt geeignet. Einerseits sind die §§ 16, 17 StGB das dafür geeignete Instrumentarium,⁴⁵ andererseits genügt bedingter Vorsatz bezüglich der Kausalität der Mandatsausübung für die Tathandlung, um Verstöße gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot auszunehmen.⁴⁶ Weil mit überschießenden Innentendenzen auch stets Beweisschwierigkeiten einhergehen, ist mit der h.M. keine Benachteiligungsabsicht zu verlangen.⁴⁷ Dieser Auffassung hat sich auch das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung zum Ausgangsfall angeschlossen:

»Der subjektive Tatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erfordert, dass sich der Täter darüber bewusst ist oder zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die für das Mitglied des Betriebsrats nachteiligen Maßnahmen sachlich nicht gerechtfertigt sind.«⁴⁸

3. Rechtswidrigkeit

Eine rechtfertigende Einwilligung ist nicht möglich, da § 119 Abs. 1 BetrVG die betriebliche Mitbestimmung als Rechtsgut der Allgemeinheit schützt, das nicht zur Disposition Einzelner steht.⁴⁹ Ebenso scheidet auch ein Notwehrrecht des benachteiligten Mandatsträgers aus, weil es Aufgabe des Staates ist, die Rechtsgüter der Allgemeinheit zu verteidigen.⁵⁰ § 193 StGB ist als Rechtfertigungsgrund im Sinne eines »erlaubten Risikos«⁵¹ nicht analog anwendbar,⁵² zumal auch die Wahrnehmung berechtigter Interessen *rechtl. anerkannten* Interessen dienen muss.⁵³ Dies setzte hier aber voraus, dass die Benachteiligung im Einklang mit der Rechtsordnung stünde, die Mandatsausübung also bereits *rechtswidrig* war, was schon den Tatbestand ausschließt.⁵⁴ Ein straffreier Beurteilungsspielraum ergibt sich vielmehr aus der Anwendung der allgemeinen strafrechtlichen Vorsatz- und Irrtumsregeln.⁵⁵

4. Strafantrag

Die Betriebsratsbenachteiligung ist ein absolutes Antragsdelikt (§ 119 Abs. 2 BetrVG). Hinsichtlich der Betriebsratsbegünstigung bedeutet der beschränkte Kreis der Antragsberechtigten vor allem, dass »der Bock zum Gärtner gemacht« wird.⁵⁶ Auch für die Betriebsratsbenachteiligung ist der Kreis der Antragsberechtigten zu eng. Insbesondere ist nicht das einzelne (benachteiligte) Betriebsratsmitglied antragsberechtigt,⁵⁷ sondern es muss auf einen entsprechenden Beschluss des Gremiums (§ 26 Abs. 3, § 33 Abs. 1 BetrVG) hoffen.⁵⁸ Auch »normale« Arbeitnehmer, die mittelbar Leidtragende einer Betriebsratsbenachteiligung sein können, sind nicht antragsberechtigt. Gerade in den Fällen des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kommt deshalb selten ein Ermittlungsverfahren zustande.⁵⁹

III. Strafrechtlicher Umgang mit Fachrechtsfragen bei der Betriebsratsbenachteiligung

Die von dem normativen Tatbestandsmerkmal der Benachteiligung und der Komplexität des Betriebsverfassungsrechts

geschürten Unsicherheiten sind vom Damokles-Schwert der drohenden Strafbarkeit⁶⁰ nicht durch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale oder die analoge Anwendung von Rechtfertigungsgründen zu befreien, sondern durch das allgemeine strafrechtliche Instrumentarium der §§ 16, 17 StGB.

1. Rechtsirrtümer im (Neben-)Strafrecht

Rechtliche Fehlbeurteilungen hinsichtlich objektiver Tatbestandsmerkmale lassen sich entweder als Tatbestandsirrtum oder als Verbotsirrtum einordnen.

a) Rechtsirrtum als Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB

Wer bei der Tatbegehung einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, unterliegt gem. § 16 Abs. 1 StGB einem Tatbestandsirrtum und handelt damit *nicht vorsätzlich*. Bei normativ geprägten Tatbestandsmerkmalen⁶¹ ist eine Parallelwertung in der Laiensphäre anzustellen, um zu ermitteln, ob der (nicht hinreichend juristisch gebildete) Täter das normative Merkmal in seiner *sozialen Sinnbedeutung* erfasst hat.⁶² Hält der Täter das Merkmal nach seiner Parallelwertung fälschlicherweise für nicht erfüllt, entfällt nach § 16 Abs. 1 StGB sein Vorsatz⁶³ (im umgekehrten Fall begeht er einen untauglichen Versuch⁶⁴). Es ver-

41 Oetker (Fn. 37), § 119 Rn. 31; Rieble (Fn. 15), §§ 119-121 BetrVG Rn. 6; Sax, Die Strafbestimmungen des Betriebsverfassungsrechts, 1975, S. 197.

42 Sax (Fn. 41), S. 194 ff.

43 Dannecker (Fn. 2), S. 167, 183; Krumm-Mauermann, Rechtsgüterschutz durch die Straf- und Bußgeldbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, 1990, S. 71 f.

44 Kaiser (Fn. 11), § 119 Rn. 2.

45 A.A. offenbar Sax (Fn. 41), S. 115 ff.

46 Krumm-Mauermann (Fn. 43), S. 71 f.

47 Dannecker (Fn. 2), S. 167, 183; Fitting (Fn. 11), § 119 Rn. 10; Joechs (Fn. 2), § 119 BetrVG Rn. 33; Kaiser (Fn. 11), § 119 Rn. 7, 37 f.; Preis (Fn. 11), § 119 Rn. 31; Seebacher (Fn. 17), § 119 Rn. 13; Thüsing (Fn. 4), § 119 Rn. 26.

48 OLG Düsseldorf (Fn. 3), EzA Nr. 1 zu § 119 BetrVG 2001 = wistra 2008, 356, Leitsatz 2.

49 Dannecker (Fn. 2), S. 167, 171; Kaiser (Fn. 11), § 119 Rn. 1; Preis (Fn. 11), § 119 Rn. 5; enger Krumm-Mauermann (Fn. 43), S. 13; ablehnend Sax (Fn. 41), S. 31 ff.

50 Krumm-Mauermann (Fn. 43), S. 79.

51 Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 193 Rn. 1.

52 Fischer (Fn. 51), § 193 Rn. 4; in diese Richtung aber Rieble, Arbeitsstrafrecht im Umbruch, 2009, § 2 Rn. 74; ders., ZfA 2003, 283, 307.

53 Fischer (Fn. 51), § 193 Rn. 9.

54 Dazu oben II.1.b.

55 Dazu unten III.

56 Kaiser (Fn. 11), § 119 Rn. 48; vgl. Kroatz, wistra 2011, 447, 448; Rieble, CCZ 2008, 121, 125 f.

57 Fitting (Fn. 11), § 119 Rn. 13; Krumm-Mauermann (Fn. 43), S. 84.

58 Zu den Voraussetzungen wirksamer Strafanträge von Gewerkschaften: Rieble, ZfA 2003, 283, 315 f.; zu Strafanträgen von Unternehmen: BGH v. 17.9.2009 – 5 StR 521/08 – NJW 2010, 92 (Rn. 68 ff.) = wistra 2009, 468.

59 Skeptisch, insbesondere hinsichtlich der Wächterfunktion der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften: Krumm-Mauermann (Fn. 43), S. 84.

60 Wegen Art. 19 Abs. 4 GG müssen sich Rechtsschutzsuchende indes nicht auf Strafverfahren verweisen lassen (»Damokles-Rechtssprechung«), BVerfG v. 18.10.1966 – 2 BvR 386/63 u.a. – NJW 1967, 291; BVerfG (Kammer) v. 7.4.2003 – 1 BvR 2129/02 – NVwZ 2003, 856, 857; zu den Konsequenzen bei rechtlichen Zweifeln an Mindestlöhnen: Latzel/Serr, ZfA 2011, 391, 413 ff.

61 Etwas »fremd« i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB, »rechtswidrig« i.S.d. §§ 253, 263 StGB, »steuerlich erheblich« i.S.d. § 370 Abs. 1 AO, vgl. Fischer (Fn. 51), § 16 Rn. 14 m.w.N.

62 Fischer (Fn. 51), § 16 Rn. 14 m.w.N.; Rengier, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2012, § 15 Rn. 4 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 42. Aufl. 2012, Rn. 243.

63 Fischer (Fn. 51), § 16 Rn. 15 m.w.N.; Knobloch, JuS 2010, 864, 865.

64 Wessels/Beulke (Fn. 62), Rn. 245.

bleibt nur noch fahrlässiges Unrecht (§ 16 Abs. 1 Satz 2 StGB), dessen Strafbarkeit besonders angeordnet sein muss (§ 15 StGB).

b) Rechtsirrtum als Verbotsirrtum nach § 17 StGB

Fehlt einem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, unterliegt er gem. § 17 Satz 1 StGB einem Verbotsirrtum und handelt er damit *ohne Schuld*, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte er den Irrtum vermeiden, kann seine Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden (§ 17 Satz 2 StGB). Der Täter muss aber nicht die Strafbarkeit seines Handelns erkennen, sondern es genügt, wenn ihm bewusst ist, dass er (irgendwie) gegen die *rechtliche Ordnung* verstößt.⁶⁵ Ein Verbotsirrtum wird bereits dann als *vermeidbar* angesehen, wenn dem Täter bei der Tathandlung sein Vorhaben – unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse – hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken (»gehörige Anspannung des Gewissens«)⁶⁶ oder sich über die Rechtslage zu erkundigen und somit zur Unrechtseinsicht zu gelangen.⁶⁷

c) Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei fehlerhafter Beurteilung der Rechtslage

(1) Grundsatz

Bei Straftatbeständen, die im Wortlaut bereits rechtliche Wertungen zur Strafvoraussetzung machen (etwa »fremd« in § 242 Abs. 1 StGB oder »steuerlich erheblich« in § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO), liegt es nahe, insoweit einen Rechtsirrtum als Tatbestandsirrtum einzuordnen.⁶⁸ Der Täter, der die rechtliche Wertung falsch nachvollzogen hat, kannte eine Voraussetzung nicht, die zum gesetzlichen Tatbestand gehört, sodass ihm schon das kognitive Element des Vorsatzes (Wissen) fehlt. Hat der Täter dagegen unabhängig von der konkreten Subsumtion unter ein (normatives) Tatbestandsmerkmal überhaupt keine Einsicht, Unrecht zu tun (etwa Wegnahme fremder Sachen bzw. Steuerhinterziehung sei allenfalls moralisch verwerflich), unterliegt er einem Verbotsirrtum nach § 17 StGB. Die »Crux der Irrtumsregelungen« besteht darin, dass auch grob fahrlässige Unkenntnis des Sachverhalts den Vorsatz ausschließt, während sich derjenige, der Sachverhaltskenntnis besitzt, grundsätzlich strafbar macht.⁶⁹

(2) Kein Vorrang des Verbotsirrtums im Nebenstrafrecht

Die Differenzierung nach »Sachverhalt« (§ 16 Abs. 1 StGB) und »Unrecht« (§ 17 Satz 1 StGB) darf nicht dazu verleiten, pauschal Sachirrtümer als Tatbestands- und Rechtsirrtümer als Verbotsirrtum einzuordnen. Freilich scheint die von § 17 StGB explizit gestellte Frage nach der Vermeidungsmöglichkeit förmlich für den Umgang mit falschbeurteilten Rechtsfragen geschaffen zu sein, ermöglicht sie doch den einfachen Leitsatz: Wer die (Fach-)Rechtswidrigkeit seines Verhaltens hätte erkennen können (aber nicht erkannt hat), wird grundsätzlich bestraft. Auch würden dadurch die scheinbar unpassenden, mit § 16 Abs. 1 StGB verbundenen Fragen nach Vorsatz und Fahrlässigkeit umgangen, sind sie doch auf tatsächliches Verhalten und nicht auf den rein inneren Vorgang des Nachdenkens über Rechtsfragen zugeschnitten.⁷⁰

Doch wenn insbesondere das vor normativen Tatbestandsmerkmalen nur so strotzende Nebenstrafrecht nicht dazu degenerieren soll, objektive Verstöße gegen Fachrecht nur noch besonderen Sanktionen zuzuführen, die weder Zivil- noch Verwaltungsrecht bieten können, darf der vermeintlich einfachste Weg nicht alle rechtlichen Fehlbeurteilungen in § 17 StGB münden lassen.⁷¹ Wer nämlich einen Sachverhalt in

tatsächlicher Hinsicht, d.h. alle äußerlich wahrnehmbaren Umstände, korrekt erfasst hat, verwirklicht noch lange nicht wissentlich und willentlich einen *Straftatbestand*, der auch eine zutreffende Parallelwertung der Fachrechtslage in der Laiensphäre verlangt. Nebenstrafrecht kann nur solche Fachrechtsverstöße sanktionieren, die vom Täter auch als solche erkannt worden sind.⁷² Die Frage nach der richtigen Beurteilung der Rechtslage und der Vermeidbarkeit von Fehlbeurteilungen muss deshalb – bei normativ geprägten Tatbeständen – im Straf- wie im Zivilrecht schon im subjektiven Tatbestand gestellt werden.⁷³

(3) Fachrechtliche Fehlbeurteilungen als Tatbestandsirrtum

Für eine einheitliche Einordnung von Rechtsirrtümern hinsichtlich normativer Tatbestandsmerkmale als Tatbestandsirrtum spricht zwar neben Art. 3 Abs. 1 GG auch der *telos* von § 16 Abs. 1 StGB, Tätern ohne rechtsfeindlicher Einstellung gerade keinen deliktischen Vorsatz anzulasten.⁷⁴ Der BGH hat sich aber solch »einfachen Formel« zumindest für die Vermögensbetreuungspflicht bei § 266 StGB bislang verweigert.⁷⁵ Jedenfalls im Nebenstrafrecht ist indes § 16 Abs. 1 StGB *sedes materiae* für rechtliche Fehlbeurteilungen. Die Fachrechtsakzessorietät knüpft »an einen anderweitig bereits begründeten Regelungseffekt an, nicht nur an die diesem Effekt zugrundeliegenden Tatsachen, und deshalb kennt nur derjenige die Tatbestandsverwirklichung, der den Effekt kennt; das gilt auch dann, wenn der Regelungseffekt der Bestand von Unrecht ist.«⁷⁶

d) Besondere Sorgfalt bei der Vorsatzfeststellung im Nebenstrafrecht

Entscheidet der Vorsatz über den Strafraum oder die Strafbarkeit überhaupt, hat der Tatrichter bei dessen Feststellung eine besonders sorgfältige Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale vorzunehmen.⁷⁷ Gerade bei fachrechtsakzessorischen Tatbeständen des Nebenstrafrechts darf nicht ohne weiteres aus dem objektiv rechtswidrigen Verhalten des Täters geschlossen werden, dass er »damit« auch die Fachrechtswidrigkeit seines Verhaltens »zumindest« billigend in Kauf genommen habe. Die bloße Kenntnis äußerlich wahrnehmbarer Tatbestandsmerkmale kann allenfalls bei Normen des Kernstrafrechts in hinreichendem Maße an den Täter appellieren, sich über die Rechtmäßigkeit seines Verhal-

65 BGH v. 30.5.2008 – 1 StR 166/07 – BGHSt 52, 227, 239 f.; Fischer (Fn. 51), § 17 Rn. 3 m.w.N.; a.A. MüKoStGB/Loeckes, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 17 Rn. 14 ff.

66 BGH (GS f. Strafs.) v. 18.3.1952 – GStSt 2/51 – BGHSt 2, 194.

67 Fischer (Fn. 51), § 17 Rn. 7 m.w.N.

68 Herzberg, JuS 2008, 385, 388.

69 Rönau, NSTZ 2006, 214, 221.

70 Gropp, FS U. Weber, 2004, S. 127, 135.

71 Auch LK/Vogel, 12. Aufl. 2007, § 16 Rn. 31, hält es für verfehlt, »einerseits Irrtumseinlassungen des Beschuldigten vorschnell hinzunehmen und sie andererseits in rechtlich zweifelhafter Weise als bloßen (vermeidbaren) Verbotsirrtum einzuordnen«. Die Aversion der Strafgerichte gegenüber rechtswegfremden Rechtsfragen (Lässig, NVwZ 1988, 410, 411) kann als Grund dafür gelten.

72 Bei Fahrlässigkeitsdelikten genügt es, wenn der Täter den Fachrechtsverstoß bei angemessener Sorgfalt hätte erkennen können.

73 Etwa bei der Beurteilung der Eigentumslage i.R.d. § 242 StGB, Gropp (Fn. 70), S. 127, 131 ff.; im Zivilrecht zwingt die Vorsatztheorie ohnehin dazu, vgl. BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 – RdA 2004, 374; Kliemt/Vollstädt, NZA 2003, 357.

74 Herzberg, JuS 2008, 385, 390; Gropp (Fn. 70), S. 127, 138.

75 BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04 (Mannesmann) – NJW 2006, 522, 531 = wistra 2006, 137, 146; Joockes (Fn. 65), § 17 Rn. 34, hält dies für ein »spezielles Problem des Unrechtstatbestandes«.

76 Jakobs, NSTZ 2005, 276, 277 f.

77 Fischer (Fn. 51), § 15 Rn. 9a m.w.N.

tens Gedanken zu machen.⁷⁸ Im Nebenstrafrecht »ist es aber eine beliebig änderbare Entscheidung des Gesetzgebers, ob er Verhaltensweisen kriminalisiert.«⁷⁹

Vor allem ist zu bedenken, dass das in Bezug genommene Fachrecht seinerseits selten eindeutig und kohärent ist. Dessen strittige oder ungeklärte Rechtsfragen sind zwar theoretisch zur Feststellung des *objektiven* Tatbestandes (womöglich erstmals) einer gerichtlichen Klärung im Strafprozess zuzuführen.⁸⁰ Für den *subjektiven* Tatbestand kommt es aber wegen des Koinzidenzprinzips (§ 16 Abs. 1, § 8 StGB) darauf an, wie sich dem Täter die Rechtslage im Tatzeitpunkt darstellte. Normative Tatbestandsmerkmale verlangen deshalb eine gründliche Untersuchung der Laiensphäre (im Nebenstrafrecht eher »Expertensphäre«), in der sich der Täter befand und seine Wertungen traf.⁸¹

2. Rechtsirrtümer bei der Betriebsratsbenachteiligung

Sorgfalt ist insbesondere bei der Feststellung des subjektiven Tatbestandes der Betriebsratsbenachteiligung walten zu lassen. Denn § 119 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 BetrVG sanktioniert nicht nur Fehlverhalten im sonst von vertrauensvoller Zusammenarbeit (§ 74 BetrVG) geprägten Arbeitgeber-Mandatsträger-Gefüge mit der »Keule des Strafrechts«⁸², sondern schaltet auch das Vorsichtsprinzip durch Strafbewährung der Betriebsratsbegünstigung (Alt. 2) aus.

a) Der Regelfall: Rechts- als Tatbestandsirrtum

Der Wortlaut des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG beschränkt weder die Benachteiligung auf »rechtswidrig« noch die Mandatsausübung auf »rechtmäßig«. Wie oben aufgezeigt, ist aber »benachteiligt« ein hochgradig normatives Tatbestandsmerkmal, das gemäß dem Schutzzweck der Norm nur Schlechterstellung von Mandatsträgern wegen ihrer *rechtmäßigen* Mandatsausübung erfasst.⁸³ Bei § 242 StGB muss die Wegnahme einer beweglichen Sache der Eigentumszuordnung nach bürgerlichen Recht widersprechen, damit das Tatbestandsmerkmal »fremd« erfüllt ist. Ebenso muss bei § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG das streitige Verhalten eines Mandatsträgers gegen das Betriebsverfassungsrecht verstoßen, damit das Tatbestandsmerkmal »benachteiligt« erfüllt ist. In beiden Fällen genügt »die bloße Kenntnis der den Begriff erfüllenden Tatsachen nicht, vielmehr muss der Täter den rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt des Tatumstandes nach Laienart richtig erfasst haben«⁸⁴. Folglich handelt auch ein Arbeitgeber, der die tatsächlichen Umstände einer bestimmten Betriebsratsstätigkeit korrekt erfasst, sie aber betriebsverfassungsrechtlich falsch beurteilt hat, in einem Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB.⁸⁵ Mit den Worten des OLG Düsseldorf:

»Wer bei arbeitsrechtlichen Sanktionen gegen ein Mitglied des Betriebsrats von der Rechtmäßigkeit seines Handelns ausgeht, macht sich – auch im Falle einer fahrlässigen Fehlbeurteilung – mangels Benachteiligungsvorsatzes nicht nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG strafbar.«⁸⁶

Nimmt also ein Arbeitgeber – um auf den Ausgangsfall zurückzukommen – irrig an, dass eine Betriebsratsschulung, deren Inhalt er kennt, nicht erforderlich i.S.d. § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG ist, und mahnt er Mandatsträger für ihre Teilnahme ab, handelt er gem. § 16 Abs. 1 StGB ohne Benachteiligungsvorsatz.

b) Der Ausnahmefall: Rechts- als Verbotsirrtum

Schwerlich kann ein Rechtsirrtum bei der Betriebsratsbenachteiligung einen Verbotsirrtum nach § 17 StGB begründen. Dafür müsste ein Arbeitgeber – um beim Ausgangsfall zu bleiben – nicht nur den Inhalt einer Betriebsratsschulung,

sondern auch deren Erforderlichkeit kennen und die Betriebsratsmitglieder dennoch für ihre Teilnahme abmahnen, weil er überhaupt nicht wusste, dass die Schlechterstellung von Betriebsratsmitgliedern wegen ihrer Mandatsausübung *rechtswidrig* ist. Um zur Frage der Schuld und damit des Verbotsirrtums zu gelangen, müsste indes vorher der Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des benachteiligenden Verhaltens bejaht werden. Es ist aber unmöglich, ein und dasselbe Verhalten als *betriebsverfassungswidrig* und zugleich von der Rechtsordnung *gebilligt* anzusehen.

Die h.M. geht zwar davon aus, dass ein Täter bei Rechtsfragen, die durch die Rechtsprechung nicht geklärt und auch in der Literatur nicht einheitlich beantwortet werden, einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterliegt.⁸⁷ Abseits von Konstellationen des Irrtums über rechtfertigende Umstände⁸⁸ setzt dies bei Delikten mit normativen Tatbestandsmerkmalen allerdings voraus, dass man auf Vorsatzebene für die Parallelwertung in der Laiensphäre *weniger* verlangt als für das Unrechtsbewusstsein im Rahmen von § 17 StGB.⁸⁹ Dann müsste zur Tatbestandsverwirklichung Kenntnis der allgemeinen (*Fach-)*Rechtswidrigkeit genügen und für § 17 StGB die Kenntnis der spezifischen *Strafrechtswidrigkeit* hinzukommen.⁹⁰ Die »Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins« kann indes nur bei tateinheitlichem Zusammentreffen mehrerer Delikte angenommen werden.⁹¹ Geht man mit der h.M. davon aus, dass bereits das Bewusstsein der *allgemeinen* Rechtswidrigkeit einen Verbotsirrtum ausschließt,⁹² ist erst Recht bei Kenntnis der *konkreten* Rechtswidrigkeit – sofern sie bereits (wie hier) für den subjektiven Tatbestand wenigstens laienhaft nachvollzogen werden muss – kein Raum für § 17 StGB. Grob fahrlässige Unkenntnis der konkreten Rechtswidrigkeit schließt dann bereits den Vorsatz aus (§ 16 Abs. 1 StGB). Auf die Schuld kommt es nicht mehr an, wenn die fahrlässige Tatbegehung (wie bei § 119 BetrVG) weder strafbar noch ordnungswidrig ist.⁹³

c) Abgrenzung von vorsätzlicher und fahrlässiger Betriebsratsbenachteiligung

Weil Verstöße gegen das BetrVG primär arbeitsrechtlich sanktioniert werden, sind bei § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG »Strafbarkeitslücken« nicht zu besorgen, sondern nur besonders schwerwiegende, weil eben *vorsätzliche*⁹⁴ Übertretungen zu bestrafen.

78 Joecks (Fn. 65), § 17 Rn. 84.

79 Joecks (Fn. 65), § 17 Rn. 84.

80 Aber praktisch wird das meist vermieden, Fn. 71.

81 Teilweise vorbildlich die Rspr. zum Lebensmittelrecht, vgl. Zipfel/Rathke/Dannecker, Lebensmittelrecht, EL 132 (3/2008), vor §§ 58–62 LFGB Rn. 99 ff.

82 Rieble, ZfA 2003, 283, 310.

83 Dazu oben II.1.b.

84 Wessels/Beulhe (Fn. 62), Rn. 243.

85 Für einen Verbotsirrtum hingegen offenbar: Hess (Fn. 11), § 119 Rn. 10; Oether (Fn. 37), § 119 Rn. 30; Rieble (Fn. 15), §§ 119–121 BetrVG Rn. 6.

86 OLG Düsseldorf (Fn. 3), EzA Nr. 1 zu § 119 BetrVG 2001, S. 6 = wistra 2008, 356, 357; vgl. Joecks (Fn. 2), § 119 BetrVG Rn. 31.

87 BGH v. 12.8.1976 – 4 StR 270/76 (Züchtigungsrecht) – NJW 1976, 1949, 1950; LG Köln v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 (Beschneidung) – NJW 2012, 2128, Rn. 17; Vogel (Fn. 71), § 17 Rn. 75.

88 Dazu Joecks (Fn. 65), § 16 Rn. 117 ff.

89 Joecks (Fn. 65), § 17 Rn. 33.

90 Dafür etwa Joecks, (Fn. 65), § 17 Rn. 14 ff. m.w.N.

91 Joecks (Fn. 65), § 17 Rn. 17, 33.

92 Dazu oben III.1.b.

93 Zum Verbotsirrtum bei Fahrlässigkeitsdelikten: Joecks (Fn. 65), § 17 Rn. 79 ff.

94 Dagegen will Kaiser (Fn. 11), § 119 Rn. 45 f., die Strafbarkeit über den objektiven Tatbestand einschränken, indem sie die gleichförmiger Benachteiligung mehrerer Mandatsträger verlangt.

(1) Grundsatz

Für den subjektiven Tatbestand der Betriebsratsbenachteiligung muss es der Täter zumindest billigend in Kauf genommen haben, dass er Mandatsträger wegen ihrer *rechtmäßigen* Mandatsausübung schlechter behandelt als andere Arbeitnehmer.⁹⁵ In der Rechtsprechung entwickelte Maßgaben zum Fahrlässigkeitsmaßstab sind insoweit wenig hilfreich; es kommt auf die (ohnehin sehr umstrittene) Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit an – und das hinsichtlich der richtigen Einschätzung der Rechtslage nach dem BetrVG:

- Rechnet der Täter mit der Möglichkeit und sieht es als nicht ganz fern liegend an, dass sein Verhalten den objektiven Tatbestand erfüllt (er also Mandatsträger wegen einer *rechtmäßigen* Tätigkeit schlechterstellt), hat er zwar das für den bedingten Vorsatz notwendige Wissenselement,⁹⁶ er kann gleichwohl nur bewusst fahrlässig handeln.⁹⁷
- Hinzukommen muss, dass er die mögliche und nicht ganz fern liegende Tatbestandsverwirklichung (also die Rechtmäßigkeit der Mandatsausübung) hinnimmt (billigt), sich damit abfindet und dennoch handelt (»na wenn schon« – *dolus eventualis*). Vertraut er hingegen auf ihr Ausbleiben (also auf die Rechtswidrigkeit der Mandatsausübung), handelt er nur bewusst fahrlässig (»wird schon gut gehen« – *luxuria*).⁹⁸

(2) Feststellung des kognitiven Elements

Zunächst muss der Täter die Rechtmäßigkeit der Mandatsausübung in seiner Laiensphäre als möglich und nicht ganz fernliegend ansehen. Da eine andere als die eigene Beurteilung der Rechtslage gerade für juristische Laien häufig nicht ganz fernliegend ist, kommt es auf die individuelle Laiensphäre des Täters und die Komplexität der Rechtsfrage an:

- Je kleiner der Betrieb ist, desto weniger Erfahrung werden Arbeitgeber regelmäßig in Rechtsfragen haben. Mit der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer wächst regelmäßig auch das Betätigungsspektrum des Betriebsrats, sodass Arbeitgeber und Personalleiter mehr zu Experten in arbeitsrechtlichen Fragen werden. Betriebstypische Rechtsfragen müssen eher zutreffend beurteilt werden als betriebsuntypische.
- Je komplexer und umstrittener aber die Rechtslage im Einzelfall ist, desto weniger kann dem Täter der Vorwurf gemacht werden, er habe die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens als nicht ganz fernliegend angesehen. Von keinem Laien kann eine zutreffende Parallelwertung erwartet werden, wenn die »richtige« Rechtslage – wie im Ausgangsfall – *ex ante* kaum festgestellt werden kann. Hat sich der Täter auf einen (im juristischen Sinne) *vertretbaren* Rechtsstandpunkt gestellt,⁹⁹ darf er eine andere Beurteilung deshalb gleichwohl für möglich halten. Bestätigt darf sich der Täter fühlen, wenn seine Rechtsauffassung von einem Arbeits- oder Landesarbeitsgericht geteilt wurde.¹⁰⁰

(3) Feststellung des voluntativen Elements

Hat der Täter einen anderen als den eigenen Rechtsstandpunkt für naheliegend gehalten, kommt es darauf an, ob er die mögliche Rechtswidrigkeit seines Verhaltens billigend in Kauf genommen hat oder auf dessen Rechtmäßigkeit (obgleich zu Unrecht) vertraut hat. Wichtiges Indiz ist, wie der Täter mit seinen rechtlichen Zweifeln umgegangen ist:

- War ihm die mögliche und nicht fernliegende Rechtswidrigkeit seines Verhaltens schlicht egal, hat er bedingten Vorsatz, denn zum billigenden Inkaufnehmen zählt die Rechtsprechung auch die Gleichgültigkeit.¹⁰¹

- War sich der Täter seiner Rechtsauffassung ziemlich sicher, weil sie etwa in vergleichbaren Fällen schon von Gerichten bestätigt wurde, scheidet Vorsatz aus. Dies gilt nur, solange die Rechtsfrage nicht (von höheren Gerichten) anders entschieden wurde und der Täter dies durchschauen konnte.¹⁰²
- Je unsicherer der Täter in seiner Rechtsauffassung ist, desto eher muss er Rechtsrat einholen.¹⁰³ Zwar handelt er nur bewusst fahrlässig, wenn er (zu Unrecht) hofft, im Recht zu sein. Doch kann ihm diese Hoffnung als Schutzbehauptung ausgelegt werden, wenn er trotz seiner Zweifel auf Rechtsrat verzichtet hat, obwohl solcher ohne großen Aufwand (etwa durch einen Blick in verfügbare Fachkommentare oder Konsultation der eigenen Rechtsabteilung) zu erlangen gewesen wäre. Bei einer unbedeutenden Einzelfallfrage ohne nennenswerte Konsequenzen für die betrieblichen Arbeitnehmervertreter darf der Täter eher auf seinen eigenen Sachverstand vertrauen, als bei wichtigen Fragen, die mit einschneidenden Konsequenzen für die Mandatsträger verbunden sind.
- Hat der Täter unabhängigen Rechtsrat¹⁰⁴ eingeholt und diesen befolgt, kann ihm kein Vorsatz mehr angelastet werden.¹⁰⁵ Indes muss sich der kompetente Rechtsberater – für den Täter erkennbar – auch mit den Fragen *objektiv* befasst haben.¹⁰⁶ Offensichtliche Gefälligkeitsgutachten genügen nicht.¹⁰⁷ Kann selbst sachverständiger Rechtsrat die Rechtslage nicht mit hinreichender Sicherheit aufklären, entfällt bereits das kognitive Element des Vorsatzes.

IV. Zusammenfassung

Diffizile Fragen des Arbeitsrechts machen es Arbeitgebern und Personalleitern nicht leicht, sich immer rechtstreu zu verhalten. Im Umgang mit Betriebsräten droht bei rechtlichen Fehleinschätzungen obendrein die Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG – und zwar bei rechtswidriger Benachteiligung, wie bei rechtswidriger Begünstigung. Diese Gratwanderung ist nicht dadurch zu entschärfen, dass über

95 Dazu oben II.1.b.

96 BGH v. 30.8.2006 – 2 StR 198/06 – NStZ-RR 2007, 43, 44.

97 *Wessels/Beulke* (Fn. 62), Rn. 216.

98 H.M., statt vieler *Wessels/Beulke* (Fn. 62), Rn. 225, 216 ff. m.w.N. zum Meinungsstand; zum Abgrenzungsproblem anschaulich: *Leitmeier*, NJW 2012, 2850, 2852 f.

99 Zum Grundsatz »Judikatur vor Literatur« bei der Vermeidbarkeit von Verbotsirrtümern: *Vögel* (Fn. 71), § 17 Rn. 75.

100 Für öffentliche Amtsträger verlangt die sog. Kollegialgerichtsrichtlinie zur Exkulpation bei § 839 BGB die Bestätigung der eigenen Rechtsauffassung durch ein Kollegialgericht, vgl. *Wurm*, Staudinger, 2007, § 839 Rn. 211 ff.

101 BGH v. 30.8.2006 – 2 StR 198/06 – NStZ-RR 2007, 43, 44.

102 BGH v. 6.10.1988 – 1 StR 395/88 – NJW 1989, 409, 410.

103 *Joecks*, SAM 2012, 26, 27: »Wer Zweifel hat und niemanden fragt, der davon mehr versteht als er, hat bedingten Vorsatz«.

104 *Joecks* (Fn. 65), § 16 Rn. 72; insoweit kann auf die Rechtsprechung zur Vermeidbarkeit von Verbotsirrtümern zurückgegriffen werden, vgl. *Vögel* (Fn. 71), § 17 Rn. 76 ff.; *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81, 87, treten für niedrigere Maßstäbe bei Tatbestandsirrtümern ein; zur Objektivität von Unternehmensjuristen: *Junker/Biederbick*, AG, 2012, 898 ff.

105 Nach BGH v. 21.6.1990 – 1 StR 477/89 (*Opus Pistorum*) – NJW 1990, 3026, 3029 mit Anm. *Maiwald*, JZ 1990, 1141, kann ein nachträglich eingeholtes Rechtsgutachten, welches die Rechtsauffassung des Täters bestätigt, sogar den Fahrlässigkeitsvorwurf ausschließen; krit. aus praktischer Sicht *Dahs*, FS BRAK-Strafrechtsausschuss (2006), S. 99 ff.

106 BGH v. 6.10.1988 – 1 StR 395/88 – NJW 1989, 409, 410; eingehend *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 ff.

107 Eindringlich auch zur Strafbarkeit des Gutachters: *Dahs* (Fn. 105), S. 99, 100 ff.

den Wortlaut des Tatbestands hinaus eine absichtliche Tatbegehung verlangt wird. Den Bereich des strafrechtlich »erlaubten Risikos« stecken die allgemeinen Vorsatz- und Irrtumslehren des StGB ab, weil sich der Vorsatz des Täters auch auf normative Tatbestandsmerkmale und die ihnen inhärenten rechtlichen Wertungen beziehen muss. Bei der Betriebsratsbenachteiligung muss der Täter deshalb die vom Tatbestandsmerkmal der Benachteiligung vorausgesetzte Betriebsverfassungswidrigkeit seines Verhaltens wenigstens laienmäßig nachvollzogen haben.

Wer die Rechtslage unvorsätzlich falsch beurteilt, handelt hingegen im Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB) und macht sich – mangels Strafbarkeit der fahrlässigen Tatbegehung – nicht nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG strafbar. Bei der Feststellung des Vorsatzes ist in kognitiver Hinsicht vor allem darauf abzustellen, in welcher Laiensphäre sich der Täter bewegt und wie komplex die Rechtslage ist; in voluntativer Hinsicht kommt es darauf an, wie bedeutsam die Maßnahme für die betroffenen Mandatsträger ist und ob vorher notwendiger Rechtsrat eingeholt wurde.