

Betriebsratswahlwerbung durch den Arbeitgeber?*

Von Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim



	Seite		
I. Arbeitgeberinteresse am Wahlausgang und mögliche Folgen	283	4. Antragsrechte des Arbeitgebers	
1. Betriebsratswahl und Meinung des Arbeitgebers		5. Meinungsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 5 Abs. 1 GG)	
2. Welche Rechtsfolgen drohen?		6. Hilfsweise: Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB analog)	
II. Wahlschutz nach § 20 BetrVG	288	7. Die maßgebliche Grenze zu Drohung und Vorteilsversprechen	
1. Behinderungstatbestand in Abs. 1		IV. Strafrechtliche Seite: § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	309
2. Beeinflussungstatbestand in Abs. 2		1. Problematisches Arbeitsstrafrecht	
3. Wahlwerbung als notwendigungsfunktionsgemäße Beeinflussung		2. Objektiver Tatbestand	
4. Kein Wählertäuschungsverbot und kein allgemeines Sachlichkeitsgebot		a) Tathandlung: unzulässige Wahlbeeinflussung nach § 20 BetrVG	
III. Besonderes Neutralitätsgebot für den Arbeitgeber?	294	b) Entscheidend: Beeinflussungserfolg	
1. Die hübsche Idee der herrschenden Meinung		c) Systemvergleich mit §§ 108 ff. StGB	
2. Kein Neutralitätsgebot aus der »Jedermanns-Norm« des § 20 BetrVG		3. Subjektiver Tatbestand	
3. Keine normative Grundlage		4. Strafantrag und Klagerzwingung	
		V. Ergebnisse	317

I. Arbeitgeberinteresse am Wahlausgang und mögliche Folgen

1. Betriebsratswahl und Meinung des Arbeitgebers

Wird in einem Betrieb ein Betriebsrat gewählt, seien es reguläre Wahlen, seien es außerplanmäßige Wahlen, und stellt sich nicht nur eine Liste zur Wahl, so wird der Arbeitgeber in aller Regel eine Meinung zu dem aus seiner Sicht wünschenswerten Wahlergebnis haben. Er kennt seine »Pappenheimer« und weiß, mit wem er wohl besser würde zusammenarbeiten können.

Darf der Arbeitgeber seine Meinung äußern? Darf er etwa sagen, dass er die Zusammenarbeit mit dem noch amtierenden Betriebsrat nicht als konstruktiv empfunden hat? Darf er sagen, dass manche Entscheidung des Betriebsrats sich wegen der damit verbundenen Kosten »nicht gerade als beschäftigungssichernd« erwiesen habe, weswegen der Betriebsrat sich mit Blick auf seine Vorschläge nach § 92a BetrVG Widersprüchlichkeit vorwerfen lassen müsse? Darf der Arbeitgeber der geeigneten Belegschaft mitteilen, dass der amtierende Betriebsrat seinen eigenen beschäftigungssichernden Arbeitgebervorschlag abgelehnt habe, anstelle der Kurzarbeit für bestimmte Zeit auf zwei

* Meinen Mitarbeitern Heiko Sander und Sonja Schwald danke ich für tatkräftige Unterstützung.

Freistellungen zu verzichten? Darf der Arbeitgeber insbesondere auf einer vom Betriebsrat zu Wahlkampfzwecken genutzten Betriebsversammlung darauf hinweisen, wie sich die vom amtierenden Betriebsrat soeben dargestellte »Erfolgsgeschichte« der letzten Amtszeit aus seiner Sicht darstellt?

Und wie ist es, wenn der Betriebsrat seinerseits den Arbeitgeber in der (Betriebs-) Öffentlichkeit scharf angegriffen hat? Darf der Arbeitgeber sich dann »argumentativ wehren«? Darf er unwahre – oder vermeintlich unwahre – Behauptungen des Betriebsrats im Betrieb aus seiner Sicht richtig stellen?

Dürfte der Arbeitgeber sogar seine Reaktionen auf das Ergebnis der Betriebsratswahl »in Aussicht« stellen? Darf er sagen, dass – freiwillige – Investitionen in den Standort auch vom Verhalten des künftigen Betriebsrats abhängen? Darf der Arbeitgeber andeuten, dass die aktuelle Unternehmenskrise Arbeitsplatzabbau bedeute und nur ein konstruktiver Betriebsrat die Arbeitgeberseite (also ihn) zu einem Arbeitsplatz-erhalt bewegen kann? Und wo fängt die »Erpressung« an?

Oder gilt für den Arbeitgeber umgekehrt ein umfassendes Schweigegebot: Muss er bei Betriebsratswahlen Trappist sein, sich selbst Unterstellungen und Beschimpfungen gefallen lassen? Darf ihm der (amtierende oder kandidierende) Betriebsrat gar ein »Halt's Maul!«¹ zurufen, flankiert durch einen Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG oder § 20 BetrVG und gar durch einen Strafantrag nach § 119 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 BetrVG?

Fragen über Fragen. Und weiter: Für wen könnte eine solche Schweigepflicht dann konkret greifen, für Organmitglieder, leitende Angestellte und betriebsfremde Arbeitnehmer, also solche Personen, die vom Betriebsrat nicht vertreten werden und ihn nicht wählen dürfen? Was ist mit Betriebsexternen? Darf etwa ein »unanständiger« Journalist kritisch über die Betriebsratswahl berichten (aufgehetzt vom Arbeitgeber)? Und was ist mit der Werkszeitung – »Sonderausgabe Betriebsratswahl«? Und wenn jemand sprechen darf, ist seine Äußerung dann einer Kontrolle auf »Sachlichkeit«, »Zumutbarkeit«, »Vertretbarkeit« zu unterziehen, deren Ergebnis eine beanstandenswerte Wahlbeeinflussung sein kann?

2. Welche Rechtsfolgen drohen?

Wofür kommt es darauf an? Schlimmstenfalls droht Strafe nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, der den Wahlschutz des § 20 BetrVG strafrechtlich flankiert.

Zweitschlimmster Fall ist die Wahlanfechtung: § 20 BetrVG ist wesentliche Wahlvorschrift; ihre Verletzung begründet die Wahlanfechtung nach § 19 BetrVG, vorausgesetzt, das Wahlergebnis wurde durch das Verhalten des Arbeitgebers auch nachweis-

1 Für das proletarische Rechtsverständnis LAG Frankfurt 24. 10. 2000 – 9 Ta BV 19/00 – NZA-RR 2001, 300: Zuruf »Arschkriecher« durch Betriebsratsmitglied gegenüber Streikbrechern kein Kündigungsgrund.

lich beeinflusst². Das ist sicher der Fall, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer von der Kandidatur abhält, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser gewählt worden wäre. Hat der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer zur Kandidatur bewogen, kommt es darauf an, ob diese Kandidatur Einfluss auf das Wahlergebnis ausgeübt haben kann. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn der Kandidat gewählt worden ist; er kann auch von anderen Listen so viele Stimmen abgezogen haben, dass dies das Wahlergebnis beeinflusst hat. Schließlich ist beim Einfluss auf das aktive Stimmverhalten zu fragen, ob die Anzahl der beeinflussten Stimmen die Sitzverteilung irgendwie hat beeinflussen können. Das kann nur dann ausgeschlossen werden, wenn nur wenige Arbeitnehmer unzulässig beeinflusst worden sind und anhand einer hypothetischen Sitzverteilung nach d'Hondt (mit listenübergreifendem Geschlechtersprung) die fehlende Beruhungsmöglichkeit für das konkrete Wahlergebnis nachgewiesen ist. Selbst eine einzige beeinflusste Stimme kann einen Sitz verschieben, auch wenn der Listenabstand mehr als eine Stimme beträgt – weil eben diese Stimme bei höheren Teilern im d'Hondt-Verfahren die Reihenfolge verschieben kann.

Das zeigt das Beispiel: In einem Betrieb mit 95 Arbeitnehmern sind fünf Betriebsräte zu wählen. Ein Arbeitnehmer wird von der Wahl abgehalten. Liste I erreichte 60 Stimmen, Liste II 30. Obschon der Abstand 30 Stimmen beträgt, kann die fehlende Stimme über den fünften Platz entscheiden, der bei dem wirklichen Wahlergebnis zu verlosen ist (beide Listen weisen hier das Ergebnis 15 auf) und bei dem hypothetischen Wahlergebnis der Liste zukäme, für die der Arbeitnehmer gestimmt hätte.

Teiler	Liste I	Liste II
1	60	30
2	30	15
3	20	10
4	15	7,5

So weit der Wahlbeeinflussungsschutz der Betriebsratswahlen reicht, so weit können Verstöße materiell-rechtlich mit einem Unterlassungsanspruch unterbunden werden – fragt sich nur, durch wen?³ Der Betriebsrat als solcher ist nicht objektiver Garant der ordnungsgemäßen Betriebsratswahl; ihm kommt kein Überwachungsrecht zu. Diese Funktion hat der Wahlvorstand: So wie er vom Arbeitgeber positiv verlangen

2 GK-BetrVG/Kreutz, 7. Aufl. 2002, § 20 Rn. 43; Richardi/Thüsing, 8. Aufl. 2002, § 20 Rn. 28, § 19 Rn. 31; Däubler/Kittner/Klebe/Schneider [zit.: DKK], 8. Aufl. 2002, § 20 Rn. 22, § 19 Rn. 15.

3 Das LAG Köln vom 10.3.2000 – 13 TaBV 9/00 – NZA-RR 2001, 423 sieht von § 20 Abs. 1 BetrVG alle Personen geschützt, die »im Zusammenhang mit der Einleitung und Durchführung einer Betriebsratswahl Wahlhandlungen vornehmen«, und hat demgemäß dem Wahlvorstand den Unterlassungsanspruch aus § 20 Abs. 1 gegen Einleitung der Wahl durch einen offensichtlich rechtsunwirksam bestellten anderen Wahlvorstand eingeräumt. Ebenso Zwanziger, Gerichtliche Eingriffe in laufende Betriebsratswahlen, DB 1999, 2264, 2266. Einen Unterlassungsanspruch grundsätzlich bejahend auch GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 20 Rn. 42; Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt, 21. Aufl. 2002, § 20 Rn. 6, die aber gerade nicht sagen, wer aktivlegitimiert ist.

kann, dass dieser den Sachaufwand der Wahl trägt, die erforderlichen Auskünfte gibt (vgl. § 2 Abs. 2 WahlO), so kann er negativ die Unterlassung von Wahlstörungen verlangen.

Dagegen kann eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft zwar die Wahlanfechtung betreiben, nicht aber solche Unterlassungsansprüche geltend machen, und zwar selbst dann nicht, wenn sie mit einer eigenen Liste antritt und diese vom Arbeitgeber angefeindet wird. Denn insofern geht es nicht um die Koalitionsfreiheit, sondern um die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung der Gewerkschaft, die einen Anspruch nur kraft expliziter Norm begründen kann. Diese fehlt.

Schließlich (und vor allem) kommen subjektive Rechte der Wahlbewerber – etwa auf der Gewerkschaftsliste –, aber auch der Wähler in Betracht. Dass der einzelne Wahlbewerber oder Wähler nicht allein zur Wahlanfechtung berechtigt ist, heißt nicht ohne weiteres, dass er Verstöße gegen sein passives Wahlrecht hinzunehmen hätte – so wie der einzelne Arbeitnehmer, dem der Wahlvorstand das aktive oder passive Wahlrecht zu Unrecht bestreitet, sich hiergegen auch schon vor der Wahl wehren kann⁴. Entscheidend ist, dass das aktive und passive Wahlrecht nach §§ 7, 8 BetrVG ein subjektives Recht des einzelnen Arbeitnehmers ist und dass das auf die Wahlstörung nachfolgende Wahlanfechtungsverfahren diese subjektiven Rechte nur unzureichend wahren kann.

Die Abwehr von Wahlstörungen kann im Hauptsacheverfahren praktisch nicht erfolgen, weil mit dem Wahlakt grundsätzlich prozessuale Überholung eintritt und der Verstoß dann nurmehr im Anfechtungsverfahren geltend zu machen ist. Inwieweit solche Wahlstörungen im Verfügungsverfahren abgewehrt werden können, ist jedoch streitig. Führen die Verstöße zur Nichtigkeit der Wahl, besteht noch Einigkeit darin, dass die Durchführung der Wahl mittels einstweiliger Verfügung verhindert werden kann⁵. Aber das ist die ganz seltene Ausnahme. Ob auch für den Regelfall der bloßen Anfechtbarkeit im Verfügungsverfahren entweder die Verschiebung der Betriebsratswahl (wenn die Wahlbeeinträchtigung schon vollzogen ist) oder doch wenigstens das Unterlassen des (weiteren) wahlstörenden Verhaltens verlangt werden kann, wird kaum diskutiert.

Aus der bloßen Anfechtbarkeit einer Wahl ex post lässt sich jedenfalls nicht auf den Willen des Gesetzgebers schließen, die Anfechtung sei die einzige Abwehrmöglichkeit (Abbruch auf Grund einstweiliger Verfügung »suspendiere das BetrVG«⁶).

4 BAG 15.12.1972 – 1 ABR 8/72 – EzA § 14 BetrVG 1972 Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 14 BetrVG 1972 = NJW 1973, 1016 = DB 1973, 2052 = SAE 1973, 234 mit Anm. *Bohn*; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 2), § 18 Rn. 64 f.; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fn. 3), § 18 Rn. 33; *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 16 Rn. 66.

5 *Zwanziger* (Fn. 3), DB 1999, 2264 m. N.; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fn. 3), § 18 Rn. 42.

6 *Held*, Der Erlass einstweiliger Verfügungen gegen den Wahlvorstand nach Einleitung der Betriebsratswahl, DB 1985, 1691, 1693 f.; *Zwanziger* (Fn. 3), DB 1999, 2265.

Dass einmal erfolgte Wahlfehler die vollzogene Wahl nicht stets vernichten sollen, liegt am gewollten Bestandsschutz. Über den Rechtsschutz vor der Wahl ist damit nichts gesagt. Die Praxis wird sich – wie so oft – mit einer generalklauselartigen Abwägung im Einzelfall behelfen, die die Schwere des Verstoßes, das Stadium der Wahl im Zeitpunkt des Antrags und die möglichen Auswirkungen einer Aussetzung – die Kosten für den Arbeitgeber eingeschlossen – berücksichtigt⁷. Auch wenn dem Verfügungsverfahren korrigierende Eingriffe belassen bleiben⁸, wäre es eine evidente Versagung effektiven Rechtsschutzes, den Beteiligten aufzubürden, die rechtswidrige Wahl abzuwarten und nachträglich anzufechten.

Als Rechtsfolge kommen schließlich Schadensersatzansprüche in Betracht. Die h. M. meint – freilich falsch –, dass § 20 Abs. 1 und 2 BetrVG Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sei⁹. *Kreutz*¹⁰ will das immerhin auf die »Nachteile« im Sinne von § 20 Abs. 2 BetrVG begrenzen. Schutzgut des ganzen § 20 BetrVG ist jedoch ausschließlich die freie Betriebsratswahl im kollektiven Repräsentationsinteresse, das keine Vermögensposition darstellt – und kein individuelles Gut. Wenn ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer wegen dessen Kandidatur oder Stimmabgabe konkrete Nachteile zufügt, dann lässt sich individualschützend Schadensersatz mit § 612a BGB – oder bei gewählten Betriebsräten mit § 78 Satz 2 BetrVG – begründen, weil die Maßregelung an die Ausübung des passiven oder aktiven Wahlrechts geknüpft ist. Anspruchsgrundlage ist zudem zuerst § 280 BGB (Maßregelung als Nebenpflichtverletzung, klassische pVV), und erst dann § 823 Abs. 2 BGB.

Diese Ausführungen sind durch ein wissenschaftliches Gutachten für einen bayerischen Metallarbeitgeberverband veranlasst, der einem Mitglied im Kampf gegen die Gewerkschaft beigestanden hat. Bezeichnenderweise hat die Gewerkschaft im konkreten Fall zwar die Unzulässigkeit einer Arbeitgeberäußerung gerügt und Strafantrag gestellt, aber die Wahl nicht angefochten. Die Staatsanwaltschaft hat das Verfahren (§ 119 Abs. 1 BetrVG) gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.

7 So das LAG Köln (Fn. 3) unter II 3.; für die Zulässigkeit eines Abbruchs auch *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 18 Rn. 21; *Winterfeld*, Einstweiliger Rechtsschutz bei fehlerhafter Betriebsratswahl, NZA 1990, Beil. 1, 20, 28.

8 So die ganz h. M.: *Zwanziger* (Fn. 3), DB 1999, 2265; LAG Köln (Fn. 3), II 3. m. N.

9 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 2), § 20 Rn. 44; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fn. 3), § 20 Rn. 27; *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 20 Rn. 30; *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, § 20 Rn. 20.

10 In GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 2), § 20 Rn. 44; ebenso *Hanau/Ulmer*, Mitbestimmungsgesetz (1981), § 20 Rn. 4.

II. Wahlschutz nach § 20 BetrVG

1. Behinderungstatbestand in Abs. 1

§ 20 Abs. 1 BetrVG verbietet jede Behinderung der Wahl. Gemeint ist damit die Vereitelung des »Ob« einer Wahl, sei es insgesamt, sei es auch nur teilweise, indem die Wahl verzögert wird. Die (verbotenen) Behinderungshandlungen richten sich also gegen die Handlungsfreiheit der Wahlbeteiligten, gegen ihr Recht, am Wahlakt teilzunehmen und die Stimme überhaupt abzugeben.

So gesehen behindert der Arbeitgeber die Betriebsratswahl im »Ob« insgesamt, wenn er organisatorische Voraussetzungen nicht schafft, insbesondere die Arbeit des Wahlvorstands erschwert. Eine teilweise Behinderung liegt vor, wenn er die Stimmabgabe einzelner Arbeitnehmer oder deren Kandidatur, also die Ausübung des aktiven oder passiven Wahlrechts, vereitelt.

Umgekehrt darf der Arbeitgeber – selbstverständlich – die rechtlichen Voraussetzungen des Wahlrechts vernichten. So darf er einen wahlwilligen Dieb durch fristlose Kündigung entfernen¹¹, auch muss er einen gekündigten Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess nicht wegen § 20 BetrVG weiterbeschäftigen, nur damit dieser das Wahlrecht erlangt oder behält¹². Insbesondere bleibt es auch nach Einführung des besonderen Versetzungsschutzes nach § 103 Abs. 3 BetrVG zulässig, Wahlbewerber mit deren Einverständnis zu versetzen, auch wenn damit die personelle Zusammensetzung des zu wählenden Betriebsrats beeinflusst wird.

Insofern – hierauf macht die Literatur mit Recht aufmerksam¹³ – verlangt § 20 Abs. 1 BetrVG eine *spezifische Rechtswidrigkeitswertung*. Erlaubtes Verhalten, wie etwa eine »schnelle« Betriebsschließung unmittelbar vor der Wahl des ersten Betriebsrats, erfüllt den Tatbestand grundsätzlich nicht. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, seine rechtlichen Handlungsmöglichkeiten in den Dienst der Betriebsverfassung zu stellen; er unterliegt keinem »Optimierungsgebot«. Insbesondere folgt dies nicht aus dem Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit des § 2 Abs. 1 BetrVG. Das Erfordernis dieses spezifischen Rechtswidrigkeitssurteils erlaubt keine allgemeine Abwägung. Auch wenn Arbeitsrichter gerne in Generalklauseln denken, weil das ihrem Streben

11 GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 20 Rn. 12.

12 Richtig GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 20 Rn. 15.

13 GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 20 Rn. 12; Richardi/Thüsing (Fn. 2), § 20 Rn. 7. Missverständlich ist die Formulierung bei Richardi/Thüsing, § 20 Rn. 10 unter Hinweis auf BAG 13. 10. 1977 – 2 AZR 387/76 – AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung mit Anm. Pfarr = EzA § 74 BetrVG 1972 Nr. 3 = NJW 1978, 1872: § 20 Abs. 1 gewähre – neben dem speziellen Schutz der Wahlbewerber nach § 15 KSchG – einen »relativen« Kündigungs- und Versetzungsschutz für die Kündigung in Wahlbehinderungsabsicht. § 20 Abs. 1 BetrVG verlangt aber zuvor die spezifische Rechtswidrigkeitswertung (BAG, a. a. O.; Richardi/Thüsing, § 20 Rn. 7).

nach einzelfallbezogener Kadijustiz entspricht¹⁴, enthält § 20 Abs. 1 BetrVG gerade keine solche Generalklausel.

Insofern bleibt nur die Frage, ob generell erlaubtes Verhalten wegen eines »anstößigen« wahlbezogenen Motivs vom Verbot des § 20 BetrVG erfasst wird. Um im Beispiel zu bleiben: Wenn der Arbeitgeber den kandidaturfreudigen Dieb »an sich« nur hätte abmahnen wollen, aber die Gelegenheit nutzen will, eine durch spezifisches Eigentumsverständnis¹⁵ gekennzeichnete »rote Socke im Betriebsrat« abzuschießen, könnte das Motiv die an sich erlaubte Maßnahme »infizieren«. Das wäre auch zu erwägen, wenn der vom Betriebsrat genervte Arbeitgeber allein deswegen die Betriebschließung beschlösse. Indes: Solange der Arbeitgeber nicht entweder ausschließlich die Schädigung des Betriebsrats oder eines Bewerbers bezweckt, also das allgemeine zivilrechtliche Schikaneverbot des § 226 BGB greift, und solange der Arbeitgeber nicht maßregelnd im Sinne des § 612a BGB auf eine Rechtsausübung des Arbeitnehmers reagiert (etwa eine Kandidatur), solange fehlt die an das verbotene Motiv anknüpfende Norm. Sie müsste gezielt – wie auch das betriebsverfassungsrechtliche Maßregelungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG (strafbewehrt in § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) – mit einem »wegen« auf das handlungsleitende Motiv reagieren¹⁶. Diese Norm schützt aber nur das einzelne Betriebsratsmitglied als Individuum, nicht aber das Gremium oder das Mitglied mit Blick auf das kollektivrechtliche Amt. § 20 Abs. 1 BetrVG reicht nicht so weit.

Schon für den Behinderungstatbestand stellt sich die Frage, ob er durch eine bloße Meinungsäußerung erfüllt werden kann. So mag der Arbeitgeber die Betriebsratswahl »verhindern« wollen, indem er die Belegschaft dazu aufruft, keinen Betriebsrat zu wählen und hierbei auf die Kosten des Betriebsrats und den daraus resultierenden Wettbewerbsnachteil hinweist.

14 Kritisch aus zivilrechtlicher Sicht beleuchtend: *Pawlowski*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung des § 242 BGB?, JZ 2002, 627.

15 Siehe den instruktiven Fall BAG 10.2.1999 – 2 ABR 31/98 – EzA § 15 n.F. KSchG Nr. 47 = AP Nr. 42 zu § 15 KSchG 1969 = NZA 1999, 708 = DB 1999, 1121 = SAE 2000, 135 mit Anm. *Mummenhoff* für den Diebstahl von Arbeitgeber Eigentum durch den Betriebsratsvorsitzenden (!), der als Schlosser Metallteile an einen Schrotthändler verkauft und damit die »Sozialkasse« des Betriebsrats fütterte. Dessen Kündigung hätte der Betriebsrat gewiss als Störung der Betriebsratstätigkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG angesehen; das LAG hatte wegen der altruistischen Motive des Betriebsrats die außerordentliche Kündigung noch an der fehlenden Abmahnung scheitern lassen.

16 Richtig *Oetker*, Die Reichweite des Amtsschutzes betriebsverfassungsrechtlicher Organmitglieder – am Beispiel der Versetzung von Betriebsratsmitgliedern, RdA 1990, 343, 352; anders GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 2), § 78 Rn. 46 m.w.N. Der »Reform«-Gesetzgeber hat mit § 103 Abs. 3 BetrVG auch gerade einen generellen Versetzungsschutz ohne Motivkontrolle eingeführt.

2. Beeinflussungstatbestand in Abs. 2

Während Abs. 1 noch relativ klar zu handhaben ist, weil das »Ob« der Wahl für sich genommen ein klarer Eingriffsgegenstand ist, bereitet Abs. 2, der die Beeinflussung der Betriebsratswahl durch Androhen von Nachteilen oder Gewähren oder Versprechen von Vorteilen untersagt, größere Probleme.

Das BAG hat im einzig entschiedenen Fall zu § 20 Abs. 2 BetrVG das Gewähren einer Wahlkampfhilfe in Form der Bereitstellung von Betriebsmitteln (PR-Abteilung) zur Erstellung einer Werbebroschüre an eine dem Arbeitgeber genehme »Mannschaft der Vernunft« als Verstoß gegen das Beeinflussungsverbot gesehen¹⁷. Das ist durchweg fragwürdig: Denn die Vorteilsgewährung des § 20 Abs. 2 BetrVG beeinflusst die Wahl nur dann unmittelbar, wenn sie für eine Stimmabgabe des aktiv Wahlberechtigten oder für eine Kandidatur des passiv Wahlberechtigten – kurz: für die Ausübung des Wahlrechts – gewährt wird¹⁸. Daran aber fehlte es im entschiedenen Fall: Der Arbeitgeber hatte gerade nicht dafür gezahlt, dass die begünstigte Gruppe überhaupt kandidiert – sondern sie nur in der freien Kandidatur unterstützt. Die Entscheidung des BAG ist in diesem Punkt nicht begründet und aus § 20 BetrVG auch nicht begründbar. Denn § 20 BetrVG verbietet es nicht allgemein, Kandidaten zu unterstützen. So wird auch das BAG nichts dagegen haben, wenn eine Gewerkschaft eine von ihr getragene Liste unterstützt – eben mit der Finanzierung einer Werbebroschüre. Aus § 20 BetrVG lassen sich aber keine Sonderverbote gegenüber bestimmten Personen begründen – und über § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mit Strafe bewehren –, weil es sich um eine an jedermann gerichtete Norm handelt. Verstoßen hat der Arbeitgeber in diesem Fall mitnichten gegen das Beeinflussungsverbot, sondern allenfalls gegen ein – etwaiges – Neutralitätsgebot, das seinerseits nicht aus § 20 BetrVG folgen kann (dazu IV 1).

Wie schon für Abs. 1 ist erst recht für Abs. 2 also ein Rechtswidrigkeitsurteil erforderlich: Wahlwerbung als solche – eigennützig durch die Kandidaten (»ich für mich«), aber auch fremdnützig durch im Betrieb vertretene Gewerkschaften oder durch andere Listen- oder Kandidatenhelfer, etwa diejenigen, die den Wahlvorschlag mitgetragen haben (§ 14 Abs. 4 BetrVG) – ist für sich genommen rechtmäßig. Diese Wahlwerbung ist von der Betriebsverfassung gewollt (und durch Art. 5 GG geschützt)¹⁹.

17 BAG 4. 12. 1986 – 6 ABR 48/85 – EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 24 = AP Nr. 13 zu § 19 BetrVG 1972 = NZA 1987, 166 = DB 1987, 232 = SAE 1987, 220 mit Anm. Wolf.

18 Dannecker, Der strafrechtliche Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und ihrer Mitglieder, FS Gitter (1995), S. 167, 180.

19 Däubler, Kandidatenwerbung vor der Betriebsratswahl, AiB 2002, 82, der »das Recht, die eigene Position bekannt zu machen und sich um ein gutes Wahlergebnis zu bemühen«, als vom BetrVG »stillschweigend mitgarantiert« ansieht und einen Rückgriff auf Art. 5 Abs. 1 GG für überflüssig hält. BVerfG 30. 11. 1965 – 2 BvR 54/62 – BVerfGE 19, 303 = AP Nr. 7 zu Art. 9 GG = NJW 1966, 491; BVerfG 8. 10. 1996 – 1 BvR 1183/90 – BVerfGE 95, 28 ff. = AP Nr. 3 zu Art. 5 Abs. 1 GG Pressefreiheit = EzA Art. 5 GG Nr. 23 = BB 1997, 205.

3. Wahlwerbung als notwendig-funktionsgemäße Beeinflussung

§ 20 BetrVG schützt die Wahlen zum Betriebsrat zweifach: Einmal darin, dass sie überhaupt und ungehindert stattfinden können – durch Abs. 1. Und nach Abs. 2 darin, dass sie »unbeeinflusst« stattfinden. Unbeeinflusst kann aber nicht heißen: frei von jeglichem Einfluss. Schließlich kennt jede Wahl Wahlwerbung und die damit notwendigerweise verbundene Beeinflussung der Wähler. Solche Beeinflussung ist gerade »notwendiger Bestandteil einer jeden demokratischen Wahl«²⁰.

Die Zulässigkeit von Wahlpropaganda akzeptiert der Beeinflussungstatbestand des § 20 Abs. 2 BetrVG zunächst dadurch, dass nicht jedwede Beeinflussung schlechthin verboten ist, sondern nur diejenige durch Vorteilsgewährung oder Nachteilszufügung²¹. Die Vorschrift kann nicht jede Beeinflussung der Wahl schlechthin verbieten. Denn der Wahlakt ist aus Sicht des einzelnen Wählers eine Willensentschließung, mit der er gerade auf äußere Einflüsse wie Argumente oder bloßes Zureden reagiert. Eine Wahlentscheidung, die in einer »black box« des Schweigens stattfindet, ist sinnlos. Willensbildung setzt Kommunikation voraus. Deshalb verbietet die Vorschrift schon von ihrem Wortlaut her nicht die argumentative oder sonstige Beeinflussung, sondern ausschließlich diejenige durch das Gewähren von Vorteilen oder das Zufügen von Nachteilen. Geschützt werden soll die freie Willensbildung der Wahlberechtigten. Nur sie gewährleistet eine freie Wahlentscheidung²². Argumente und Meinungen sind keine Vor- oder Nachteile im Sinne dieser Vorschrift. Dass eine Wahl für den Wähler positive wie negative Folgen haben kann, ist ihr immanent. Sonst gäbe es keinen Grund zu wählen. Zur Wahlwerbung gehört deshalb stets, dass man dem Wähler Vorteile verspricht, wenn »die Richtigen« gewählt werden und Nachteile in Aussicht stellt, wenn »die Falschen« drankommen.

Solche Wahlwerbung durch Kandidaten, belegschaftsangehörige Wahlunterstützer, Gewerkschaften und – im Prinzip – auch durch den Arbeitgeber²³ kann nicht unter den Verbotstatbestand des § 20 Abs. 2 BetrVG fallen: Die Arbeitnehmer müssen informiert sein, um eine Wahlentscheidung treffen zu können²⁴.

20 BAG 2. 12. 1960 – 1 ABR 20/59 – AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1952 = BAGE 10, 223 = DB 1961, 377 = SAE 1961, 60 mit Anm. *Molitor*; zu Mitbestimmung und dem Demokratiedanken vgl. v. *Hoyningen-Huene*, Grundfragen der Betriebsverfassung: Mitbestimmung – Betriebsrat – Betrieb – Betriebszugehörigkeit, FS Stahlhacke (1995), S. 173 ff.

21 Siehe *Bolt/Gosch* (DAG-Bundesvorstand), Wahlbehinderung – Wahlbeeinflussung – Wahlwerbung, AiB 1997, 559, 560.

22 Vgl. *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 20 Rn. 14; *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, 5. Aufl. 1997, § 20 Rn. 22; GK-BetrVG/Krentz (Fn. 2), § 20 Rn. 24.

23 So auch GK-BetrVG/Krentz (Fn. 2), § 20 Rn. 30.

24 So auch die ganz herrschende Meinung: vgl. *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 20 Rn. 5; GK-BetrVG/Krentz (Fn. 2), § 20 Rn. 9; *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, § 20 Rn. 8; *Däubler* (Fn. 19), AiB 2002, 82.

So, wie die politische Wahlpropaganda notwendiger Bestandteil jeder Wahl und das oft (vorsätzlich) wahrheitswidrige Wahlversprechen keine Wählertäuschung ist²⁵, so muss die Wahlpropaganda im Betrieb zulässig sein. Umgekehrt wäre vielmehr jedes strikte Verbot von Wahlwerbung eine Beeinflussung der Wahl, weil es auf das Vorenthalten von Information zielt.

Wenn dementsprechend eine Liste damit wirbt, dass nur sie ein plausibles Standort-sicherungskonzept habe und das »Weiter so!« einer konkurrierenden Liste Arbeitsplätze gefährdet, so ist das kein Androhen von Nachteilen im Sinne von § 20 Abs. 2 BetrVG, sondern lediglich zulässige Wahlpropaganda. Auch dass eine Gewerkschaft ihre eigene Liste argumentativ – und finanziell – unterstützt, gehört zum Wahlkampf. Selbst das Androhen des Ausschlusses, falls ein Gewerkschaftsmitglied eine fremde Liste unterstützt bzw. sogar auf ihr kandidiert, wird mit Blick auf die Koalitionsfreiheit und die freiwillige Unterwerfung der Mitglieder unter die Verbandsgewalt nicht (mehr) als Verstoß gegen § 20 BetrVG angesehen²⁶, jedenfalls dann nicht, wenn nur so »un-solidarisches« gewerkschaftsfeindliches Verhalten unterbunden werden kann²⁷.

Im Ergebnis kann durch § 20 BetrVG also nur der »Stimmenkauf« bzw. die »Stimm-nötigung« verboten sein²⁸, nicht jedoch die argumentative Auseinandersetzung mit der Wahl und deren Kandidaten. Das gilt auch für den Arbeitgeber.

4. Kein Wählertäuschungsverbot und kein allgemeines Sachlichkeitsgebot

Wenn § 20 BetrVG keine weitergehenden Grenzen der Wahlwerbung kennt, müssen diese aus anderen Normen – bis hin zu den Wahlrechtsprinzipien – gewonnen werden. Anders als bei demokratischen Wahlen – ja selbst bei den Wahlen zu den Sozialversicherungsparlamenten – ist hier der unmittelbare Rückgriff auf das Wahlstrafrecht nicht gangbar²⁹. Denn § 108d StGB schließt die Geltung der §§ 107 ff. StGB für Be-

25 Vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, 26. Aufl. 2001, § 108a Rn. 2.

26 Vor allem BVerfG 24.2.1999 – 1 BvR 123/93 – BVerfGE 100, 214 = EzA Art. 9 GG Nr. 64 = AP Nr. 18 zu § 20 BetrVG 1972 = NZA 1999, 713 unter Beanstandung der gegenläufigen BGH-Rechtsprechung; s. schon BAG 2.12.1960 – 1 ABR 20/59 – AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1952 = BAGE 10, 223 = DB 1961, 377 = SAE 1961, 60 mit Anm. Molitor; weiter Richardi/Thüsing (Fn. 2), § 20 Rn. 23 ff.

27 GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 20 Rn. 37 ff.; mit Recht kritisch Reuter, Anm. zu BVerfG (Fn. 26), RdA 2000, 101 ff.; zustimmend Sachse, Der Ausschluss von Gewerkschaftsmitgliedern wegen Kandidatur auf konkurrierenden Listen bei Betriebsratswahlen, AuR 1999, 387.

28 Vgl. GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 20 Rn. 28.

29 Dazu, dass das Wahlstrafrecht der §§ 107 ff. StGB zur Ergänzung der – unvollkommenen – Regeln in den Wahlgesetzen herangezogen wird, Sax, Die Strafbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes (Diss. Würzburg 1975), S. 125 ff.; a. A. Dannecker, S. 177 f.

etriebsratswahlen aus. Deshalb ist bei den Betriebsratswahlen die Wählertäuschung des § 108a StGB nicht nur nicht strafbar³⁰. Das Strafrecht erlaubt zwar keinen unmittelbaren Umkehrschluss dahin, dass die Wählertäuschung betriebsverfassungsrechtlich erlaubt ist. Nur findet sich keine Verbotsnorm: § 20 Abs. 1 BetrVG deckt die Wahlbehinderung ab (§ 107 StGB), § 20 Abs. 2 BetrVG erfasst nur die Wählernötigung (§ 108 StGB) und die Wählerbestechung (§ 108b StGB). Insofern erlaubt § 20 Abs. 2 BetrVG durchaus einen gewissen Gegenschluss: Wenn der Gesetzgeber in Kenntnis des Wahlstrafrechts ausgerechnet die Wählertäuschung betriebsverfassungsrechtlich nicht aufgreift, soll sie nicht verboten sein (zum Systemvergleich mit dem Strafrecht noch unten IV 2 c).

Das ist auch sachgerecht: Angesichts der durchaus harten Bandagen, mit denen gerade Gewerkschaften Betriebsrats-Wahlkämpfe führen, würde ein isoliertes Täuschungsverbot letztlich nur zu unpassenden Verfügungsverfahren führen, in denen die Wahrheit von Wahlkampfaussagen überprüft würde – und die selbst nur zu strategischen Wahlkampfzwecken eingesetzt würden³¹. Dementsprechend ist es herrschende Meinung, dass die »Propagandalüge« als solche nicht unter § 20 BetrVG fällt³².

Ein allgemeines Sachlichkeitsgebot in Betriebsratswahlen ist erst recht abwegig. Wahlwerbung darf stets und damit auch hier unsachlich sein. Grenzen lassen sich der Wahlwerbung nur aus der allgemeinen Rechtsordnung, namentlich dem Persönlichkeitsrecht der Kandidaten, über die Unwahrheit und Ehrabschneidendes gesagt wird, ziehen. Dementsprechend verbietet auch das BAG die diffamierende Hetze (Bezeichnung der IG Metall als »Arbeiterverräter« in einem kommunistischen Aufruf)³³. Auch lassen sich womöglich aus § 74 BetrVG zusätzliche Grenzen der Betriebsratswahlwerbung ableiten, etwa gegen »Aufwiegelei«, die den Betriebsfrieden stören kann³⁴, oder wenn der Wahlkampf in einen Arbeitskampf umzuschlagen droht.

30 Vgl. Schönke/Schröder/Eser (Fn. 25), § 108d Rn. 3.

31 Siehe Stege/Weinspach/Schiefer, BetrVG, 9. Aufl. 2002, § 20 Rn. 7 nebst Hinweis auf die nicht veröffentlichte Entscheidung des ArbG Köln vom 8. 11. 1994 – 16 BV 59/94.

32 Richardi/Thüsing (Fn. 2), § 20 Rn. 15; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 20 Rn. 33; LAG Köln 15. 10. 1993 – 13 TaBV 36/93 – NZA 1994, 431.

33 BAG 13. 10. 1977 – 2 AZR 387/76 – EzA § 74 BetrVG 1972 Nr. 3 mit Anm. Löwisch = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = DB 1978, 641 = NJW 1978, 1872 für die Kündigung eines solchen Hetzers.

34 Siehe BAG 15. 12. 1977 – 3 AZR 184/76 – EzA § 626 BGB n. F. Nr. 61 = AP Nr. 69 zu § 626 BGB = BB 1978, 812 = SAE 1978, 274 mit Anm. Leipold: parteipolitische Agitation; Stege/Weinspach/Schiefer (Fn. 31), § 20 Rn. 7, 9.

III. Besonderes Neutralitätsgebot für den Arbeitgeber?

1. Die hübsche Idee der herrschenden Meinung

In Literatur und Rechtsprechung behauptet die herrschende Meinung, der Arbeitgeber dürfe sich überhaupt nicht in den Wahlkampf einschalten, insbesondere nicht Partei für bestimmte, ihm genehme Kandidaten ergreifen³⁵. Begründet wird dies überwiegend damit, dass die Betriebsratswahl Sache der Arbeitnehmer des jeweiligen Betriebes sei und der Arbeitgeber sich als Gegenspieler des Betriebsrats jeglichen Einflusses auf dessen Zusammensetzung zu enthalten habe³⁶. Dieser Gedanke trägt nicht.

2. Kein Neutralitätsgebot aus der »Jedermanns-Norm« des § 20 BetrVG

Im Gegensatz zu § 95 BRG 1920, der sich nur an den Arbeitgeber als Adressaten wandte³⁷, hat der Gesetzgeber in beiden Tatbeständen des § 20 BetrVG das Verbot generalklauselartig durch den Begriff »niemand« an jedermann gerichtet. Somit sind Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Gewerkschaften und sonstige Dritte – Anteilseigner, öffentliche Stellen, Lieferanten etc. – gleichermaßen vom Verbot erfasst. Dies erklärt sich vor allem aus dem geschützten Rechtsgut: der Betriebsratswahl als solcher. Ein einseitiges Verbot wie im BRG 1920 hat der Gesetzgeber ausdrücklich bereits in der Begründung zum BetrVG 1952 (damals noch § 19) abgelehnt³⁸.

Weil Adressat jedermann ist und somit auch Gewerkschaften und Dritte, kann das Beeinflussungsverbot sachlich nicht umfassend gemeint sein. Sonst wäre jede über-

35 So vor allem: DKK-Schneider (Fn. 2), § 20 Rn. 19; Müller, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Anfechtung der Betriebsratswahl, FS Kunze (1969), S. 243, 257; Vogt, Behinderung und Beeinflussung von Betriebsratswahlen, BB 1987, 189, 190; Richardi/Thüsing (Fn. 2), § 20 Rn. 18, sodann aber in Rn. 19 deutlich eingeschränkt; unklar: Stege/Weinspach/Schiefer (Fn. 31), § 20 Rn. 6a: Arbeitgeber »soll« sich der Wahlpropaganda enthalten. In diese Richtung vor allem ArbG Heilbronn 18.3.1999 – 1 BV 1/99 – AiB 1999, 581: Aufforderung des Arbeitgebers zur Wahl einer »freien Liste« und Kritik an den ÖTV-Listenvertretern sei ein Wahlanfechtungsgrund nach § 19 BetrVG. Auch LAG Hamburg 12.3.1998 – 2 TaBV 2/98 – AiB 1998, 701: Dem Arbeitgeber sei – über die speziellen Verbote des § 20 BetrVG hinaus – verwehrt, in irgendeiner Weise Einfluss auf die Wahlentscheidung zu nehmen, weil die Bildung und Zusammensetzung des Betriebsrats ausschließlich Angelegenheit der Arbeitnehmer sei. Die Stützunterschriften, die ein Wahlkandidat in spe mit Hilfe des Justitiars für seinen Wahlvorschlag gesammelt hatte, wurden daher gemäß LAG Hamburg zu Recht vom Wahlvorstand zurückgewiesen.

36 Vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt (Fn. 3), § 20 Rn. 24; DKK-Schneider (Fn. 2), § 20 Rn. 19; im Ansatzpunkt auch Richardi/Thüsing (Fn. 2), § 20 Rn. 18.

37 »Den Arbeitgebern und ihren Vertretern ist untersagt, ihre Arbeitnehmer in der Ausübung der sich aus dem Gesetz ergebenden Rechte zu beschränken oder sie deswegen zu benachteiligen.« Zitiert nach Gürteler, Kommentar zum Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (1920), § 95.

38 Vgl. BT-Drucks. 1/3585, S. 5.

spitzte Bemerkung Wahlbeeinflussung; jede scharfe Verurteilung von AUB-Listen oder CGM-Listen durch IG Metall-Funktionäre wäre betriebsverfassungsrechtlich untersagt, am Ende womöglich strafbar. Ebenso wäre der nahezu einhelligen Meinung, wonach eine Gewerkschaft die Kandidatur eines Mitglieds auf einer gegnerischen (nicht: neutralen) Liste mit der Ausschlussandrohung beantworten darf³⁹, die Grundlage entzogen (dazu noch unten 7).

Da eine solch weite Auslegung des § 20 BetrVG von niemandem vertreten wird⁴⁰ und andererseits innerhalb des einheitlichen Jedermann-Tatbestandes nicht mit zweierlei Maß gegenüber Arbeitgebern, Gewerkschaften, Kandidaten und anderen gemessen werden kann⁴¹, muss eine Wahlwerbungsäußerung des Arbeitgebers, die für eine Liste oder einen Kandidaten günstig ist, nach § 20 BetrVG solange zulässig sein, als sie noch kein Vorteilsversprechen und keine Nachteilsandrohung für das Stimmverhalten bedeutet. Aus § 20 BetrVG lässt sich mithin kein spezielles Neutralitätsgebot gewinnen; die Vorschrift ist ihrerseits neutral.

3. Keine normative Grundlage

Die behauptete Neutralitätspflicht des Arbeitgebers kann also nur aus anderen Vorschriften abgeleitet werden. Das hat eine unmittelbare Konsequenz: Das Strafrecht scheidet als Sanktionsinstrument aus⁴², weil § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nur Verstöße gegen § 20 Abs. 1 und 2 BetrVG mit Strafe bewehrt – und gerade nicht die Verletzung von Neutralitätspflichten, ganz gleich, ob man jene aus §§ 2 Abs. 1, 74 oder 75 BetrVG (letzteres etwa bei *Kreutz*⁴³) oder aus allgemeinen Prinzipien herholt.

So wird man in der Tat eine Neutralitätspflicht des Wahlvorstandes annehmen können, der als Schiedsrichter die Wahl durchzuführen und zu überwachen hat und deshalb neutral sein muss⁴⁴. Diese Verpflichtung zur Neutralität folgt wiederum nicht aus § 20 BetrVG, sondern aus der Funktion des Wahlvorstandes nach § 18 BetrVG. Und so ließe sich mit Blick auf Wahlrechtsprinzipien (Chancengleichheit) auch entwickeln, dass der amtierende Betriebsrat nicht seine Amtsauftritte zu Wahlkampfzwecken missbrauchen darf.

39 Siehe nur BAG 2.12.1960 – 1 ABR 20/59 – AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG mit zust. Anm. *Neumann-Duesberg* = NJW 1961, 894 = DB 1961, 377 = SAE 1961, 60 mit Anm. *Molitor*; weiter *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 20 Rn. 23.

40 Vgl. LAG Hamm 12.2.1976 – 8 TaBV 90/75 – DB 1976, 922: Betriebsrats-Wahlempfehlungen eines türkischen Vorbeters an türkische Gastarbeiter ist zulässig.

41 So auch *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 20 Rn. 19.

42 Dazu noch unten A IV 2 a.

43 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 2), § 20 Rn. 30.

44 Vgl. LAG Baden-Württemberg 13.4.1999 – 8 TaBV 5/98: keine Lichtbilder auf der Vorschlagsliste nur bei bestimmten Kandidaten.

Für den Arbeitgeber ist eine derartige »funktionale« Neutralitätspflicht nicht in Sicht. Sie ist entgegen *Kreutz* nicht aus § 75 BetrVG zu entnehmen, der sich nur mit der »Behandlung der Betriebsangehörigen« befasst und zur Betriebsratswahl nichts sagt. Vor allem aber verkennt jene Auffassung von der Neutralität des Arbeitgebers, dass – gerade anders als bei der Koalitionsfreiheit als autonomem Gegenmodell der kollektiven Arbeitnehmerinteressenvertretung – der Betriebsrat von vornherein nicht »gegnerunabhängig« und »gegnerfrei« konzipiert ist⁴⁵. Deutlich wird das bei den Beschäftigungsbedingungen von Gewerkschaftsbeschäftigten⁴⁶, die wegen der fehlenden Arbeitnehmergewerkschaft durch Gesamtbetriebsvereinbarung festgelegt werden kann. Wenn es insofern eine gebotene Gegnerfreiheit und Gegnerreinheit auch in der Betriebsverfassung gäbe, hätte dies zur Folge, dass die Arbeitsbedingungen dieser Beschäftigten nicht einmal durch Betriebsvereinbarung geregelt werden könnten.

Bei Gewerkschaften als autonomer Interessenvertretung muss jeder denkbare Einfluss der Arbeitgeberseite auf die Willensbildung der Arbeitnehmervertretung ausgeschlossen sein – weil ein solcher dem Leitbild der Koalitionsfreiheit widerspricht und weil der Interessenausgleich durch freien Tarifvertrag voraussetzt, dass die jeweiligen Kollektivinteressen ohne Vorabücksicht auf den Gegner definiert werden. Die spezifische Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags als Rechtfertigung der unmittelbaren und zwingenden Wirkung setzt notwendig voraus, dass beide Seiten unabhängig, selbstständig und gleichgewichtig verhandeln⁴⁷. Für die Gewerkschaften wird dies in besonderem Maße betont, da sie nur so ihrer Aufgabe, das fehlende Gleichgewicht⁴⁸ von Arbeitgeber und Arbeitnehmern auszugleichen, gerecht werden können⁴⁹. Aber auch für die Arbeitgeberseite muss gelten, dass die Positionen in den Verhandlungen nach den eigenen Interessen bestimmt werden⁵⁰.

45 Zur Gegnerunabhängigkeit *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 415 ff.; Münch-ArbR/*Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. 2000, § 243 Rn. 53 ff.; monografisch etwa *Jung*, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht (1999).

46 Siehe die VGB-Entscheidung des BAG 17. 2. 1998 – 1 AZR 364/97 – BAGE 88, 38 = AP Nr. 87 zu Art. 9 GG = EzA Art. 9 GG Nr. 63 = SAE 1998, 237 mit Anm. *Rieble*; weiter *Hüsson*, Kollektives Betteln, Die Quelle 12/90, 20.

47 MünchArbR/*Löwisch/Rieble* (Fn. 45), § 246 Rn. 91; *Reuß*, Die Stellung der Koalitionen in der geltenden Rechtsordnung, Jahrbuch Arbeitsrecht 1964, 144, 159 f.; *ders.*, Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tarifhoheit, RdA 1964, 362, 365; *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz (1977), S. 156; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I (1997), S. 284 ff.

48 Könnner sprechen von »Gleichgewichtigkeit«, so wie Sozialplanpflichtigkeit.

49 *Kissel*, Arbeitskampfrecht (2002), § 8 Rn. 13; *Kempen/Zachert*, TVG, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 81 ff.; *Gamillscheg* (Fn. 47), S. 284 ff.

50 BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 – EzA § 7 MitbestG Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG; *Reuß* (Fn. 47), 158: Keine Seite darf sich dem Diktat der

Der Betriebsrat ist aber keine freie Koalition mit freier Willensbildung; seine Zwangsrepräsentation folgt anderen Funktionsmechanismen als die gewerkschaftlich-autonome: Der Betriebsrat kollektiviert nicht nur einseitig »reine« Arbeitnehmerinteressen, sondern ist nach § 2 Abs. 1 BetrVG auf das »Wohl des Betriebes« mitverpflichtet – so wie der Arbeitgeber seinerseits auf das Wohl der Arbeitnehmer verpflichtet wird und gerade nicht einseitig gegnerfrei seine Interessen verfolgen soll⁵¹. Die Betriebsverfassung zielt eben auf gemeinsame Entscheidung, auf eine Interessenverquickung und -vermengung im Rahmen der Teilhabefunktion⁵².

Der Betriebsrat ist so oder so vom Arbeitgeber abhängig, also »gelb«⁵³: Der Arbeitgeber kann den Betriebsrat durch Betriebsschließung jederzeit vernichten; dieser ihm mit §§ 111 ff. BetrVG Widerstand nur auf Zeit bieten. Was dem Wohl des Betriebes dient und welche Personen im Betriebsrat das Wohl des Betriebes respektieren, das mag der Arbeitgeber beurteilen, und dazu muss er auch seine Meinung sagen dürfen. Der Betriebsrat hat kein Meinungs(bildungs)monopol im Betrieb (dazu noch 5).

Verstärkt wird diese Sicht dadurch, dass § 2 Abs. 1 BetrVG Betriebsrat und Arbeitgeber nicht bloß zur Achtung auch des entgegengesetzten Standpunktes verpflichtet: Beide Seiten werden von § 2 Abs. 1 BetrVG zur »vertrauensvollen Zusammenarbeit« verpflichtet. Dann aber muss der Arbeitgeber sagen dürfen, mit wem er sich eine solche Zusammenarbeit besser oder schlechter oder gar nicht vorstellen kann⁵⁴. Die vermeintliche Neutralitätspflicht des Arbeitgebers in der Betriebsratswahl lässt sich also mit dieser »Magna Charta der Betriebsverfassung«⁵⁵ nicht vereinbaren. Deutlicher noch wird das, wenn man § 74 Abs. 1 BetrVG als Konkretisierung der »Magna Charta« heranzieht: Das Programm der Betriebsverfassung heißt Einigung – Einigung auf der Basis wechselseitigen Vertrauens. Mit wem der Arbeitgeber meint, sich gut oder nur schlecht einigen zu können, muss er sagen dürfen.

Gegenseite unterwerfen; ebenso *Kunze*, Streikbereitschaft als Voraussetzung der Tariffähigkeit, BB 1964, 1311, 1315.

51 Siehe GK-BetrVG/*Kraft* (Fn. 2), § 2 Rn. 43; MünchArbR/*v. Hoyningen-Huene* (Fn. 45), § 300 Rn. 28 ff.; *v. Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, 5. Aufl. 2002, S. 72 f.

52 Zu ihr eingehend *Wiese*, Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117; auch *Reichhold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995), S. 384 ff. insbesondere zum Integrationszweck der Betriebsverfassung, 433 ff., 498 ff. Zu den Unterschieden zwischen koalitiv-autonomer und betriebsverfassungsrechtlicher Interessenvertretung *Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, 761 ff.

53 Vgl. *Gamillscheg*, S. 416, mit seinem Blick nach den USA, die betriebsratsähnliche Strukturen als unfair labor practice werten.

54 So auch schon die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Freiburg vom 27.7.1995 – 90 Js 136/95 – EzA § 119 BetrVG Nr. 1.

55 So *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 2 Rn. 4.

Insofern zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zur gewerkschaftlichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer: Der Arbeitgeber hat gegenüber der Gewerkschaft stets die Möglichkeit, den (Tarif-)Vertragsschluss oder eine sonstige Einigung zu verweigern. Die Betriebsverfassung hingegen zwingt den Arbeitgeber in ein gesetzliches Dauerrechtsverhältnis, gegen das er sich nicht wehren kann. Schon deshalb muss er kompensatorisch das Recht haben, sich mit den für das Betriebsratsamt in Betracht kommenden Personen auch argumentativ auseinanderzusetzen.

Praktisch wird das insbesondere dann, wenn zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ein aktueller Streit herrscht. Jede irgendeartete Neutralitätspflicht des Arbeitgebers führte dazu, dass er Diffamierungen durch den Betriebsrat⁵⁶ nur rechtlich mit Unterlassungsanträgen und Sanktionsanträgen nach § 23 BetrVG begegnen kann, nicht aber argumentativ, etwa durch Richtigstellung gegenüber falschen Tatsachenbehauptungen durch den Betriebsrat. Schon das LAG Köln hat deshalb in seinem Beschluss vom 21. 3. 1995⁵⁷ festgestellt, dass das Betriebsverfassungsgesetz »streitige und offen ausgetragene Auseinandersetzungen auch heftigerer Art zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat« nicht hindert. Und so hat es auch das LAG Hamm erlaubt, dass der Arbeitgeber seine Auffassung dazu, wer leitender Angestellter und deshalb zum Betriebsrat nicht wahlberechtigt ist, den betroffenen Arbeitnehmern mitteilen darf, auch wenn der Wahlvorstand diese schon in die Wählerliste aufgenommen hat⁵⁸.

Andernfalls müsste der Arbeitgeber mit dem Risiko leben, dass man ihm jede Argumentation als Beeinflussung der Betriebsratswahl auslegen würde. Das wiederum verstieße gegen den Grundsatz der Waffengleichheit. Das gilt insbesondere, weil Betriebsratsmehrheiten oder -minderheiten womöglich wahlkampfaktisch bedingt einen Streit mit dem Arbeitgeber vom Zaun brechen, um sich im Betrieb durch proletarische Rhetorik zu »qualifizieren«. Den Arbeitgeber dann zum Schweigen zu verpflichten, wäre verachtend. So geht denn auch das LAG Köln⁵⁹ davon aus, dass dem Arbeitgeber das Recht zusteht, Äußerungen von sich zu geben, »die in ihrer Heftigkeit keinen Zweifel daran lassen, dass der Geschäftsführer (...) sich im Hinblick auf die anstehende Neuwahl des Betriebsrats eine andere Zusammensetzung des Gremiums wünschte«.

56 Beispiel etwa bei BAG 21. 2. 1978 – 1 ABR 54/76 – EzA § 74 BetrVG Nr. 4 = AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 mit Anm. *Löwisch* = DB 1978, 1547 = SAE 1979, 59 mit Anm. *Bohn*. Für gewerkschaftliche Schmähkritik etwa BGH 29. 1. 2002 – VI ZR 20/01 – JZ 2002, 663 mit Anm. *Kübler* = NJW 2002, 1192 = LM Grundgesetz Art. 5 Nr. 95.

57 9 TaBV 68/94 = LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 37.

58 LAG Hamm 27. 4. 1972 – 8 TaBV 5/72 – EzA § 5 BetrVG 1972 Nr. 1 = LAGE § 5 BetrVG 1972 Nr. 1 = DB 1972, 1297. So auch LAG Baden-Württemberg 31. 5. 1972 – 4 TaBV 1/72 – DB 1972, 1392 = AR-Blattei Betriebsverfassung VI Entsch. 33b [LS] mit der Einschränkung, dass der Arbeitgeber nur »unmaßgebliche Meinungsäußerungen«, nicht aber Wünsche oder gar Weisungen erteilen dürfe. Dazu weiter *Buchner*, Behinderung oder Beeinflussung der Betriebsratswahl durch Arbeitgeber?, DB 1972, 824.

59 Fn. 57.

Das allein ist sachgerecht: Denn die angesprochene Belegschaft, das »Wahlvolk«, wird den Umstand, dass mit dem Arbeitgeber die Gegenseite Wahlpropaganda macht, richtig zu würdigen wissen. Wenn ein Arbeitgeber einseitig unfair Partei ergreift, wird das typischerweise die Wahlberechtigten nachdenklich stimmen. Denn ihnen ist klar, dass sie keinen Interessenvertreter des Arbeitgebers wählen sollen. Vor allem aber: Die vom Arbeitgeber kritisierten Kandidaten können sich gegen solche Meinungsäußerung ihrerseits mit Worten wehren. Es gibt keinen Grund, einen freien Meinungsbildungsprozess durch (auch noch einseitige) staatliche Schweigegebote zu beeinflussen.

Die Gemeinmeinung übersieht schließlich ein immenses Folgeproblem: In vielen Unternehmen finden sich qualifizierte und karriereorientierte Arbeitnehmer nicht bereit, »Jahre ihres Arbeitslebens« der Arbeitnehmerinteressenvertretung zu opfern. Das führt dann in der Lebenswirklichkeit häufig zu Akzeptanzproblemen der Betriebsratsarbeit bei den Fachkräften, etwa wenn – um es überspitzt zu formulieren – bei einer Bank die Arbeitszeit der Investment-Banker von den im Betriebsrat sitzenden Hausmeistern vereinbart werden soll. Immer wieder wird deshalb in Praktiker-Seminaren den Arbeitgebern klar gemacht: »Jeder hat den Betriebsrat, den er verdient.« Immer wieder wird dazu aufgerufen, Fachkräfte aufzuklären, dass Betriebsrätstätigkeit keinen notwendigen Karriereknick, sondern umgekehrt zusätzliche Qualifikation bedeutet oder jedenfalls bedeuten kann. Mit einem strikten Neutralitätsgebot innerhalb von § 20 BetrVG wäre das nicht zu vereinbaren: Der Arbeitgeber hätte den Betreffenden in der Kandidatur und damit im passiven Wahlrecht durch das Versprechen von Vorteilen beeinflusst.

4. Antragsrechte des Arbeitgebers

Dass der Arbeitgeber aus dem Kooperationsgebot ein materiell-rechtliches Interesse herleiten kann, die Zusammensetzung des Betriebsrats argumentativ beeinflussen zu dürfen, findet seine Bestätigung in den Antragsrechten des Arbeitgebers:

Nur so ist nämlich erklärbar, dass dem Arbeitgeber nach § 19 Abs. 2 BetrVG das Recht zur Wahlanfechtung zukommt. Die Wahlanfechtung sichert das Interesse der Belegschaft an einer ordnungsgemäßen kollektiven Willensbildung. Das Recht der Wahlanfechtung kommt zuvörderst den drei Wahlberechtigten des § 19 Abs. 2 BetrVG als Protagonisten dieser Belegschaft zu. Die Gewerkschaft hat hier nur eine Aufsichtsfunktion, aber kein eigenes Interesse als Gewerkschaft. Tritt sie mit einer Liste bei der Betriebsratswahl an, können ihre Kandidaten selbst anfechten. Dass der Arbeitgeber als »Nothelfer« der Belegschaft zur Anfechtung berechtigt sein soll, wäre abseitig anzunehmen. Deshalb bleibt nur ein Schluss: Der Arbeitgeber kann anfechten, weil er ein *eigenes* rechtliches Interesse an der Zusammensetzung des Betriebsrats hat⁶⁰.

60 Vgl. BAG 2. 12. 1960 – 1 ABR 20/59 – AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1952 = BAGE 10, 223 = DB 1961, 377 = NJW 1961, 894 = SAE 1961, 60 mit Anm. *Molitor*; so auch DKK-Schneider (Fn. 2), § 19 Rn. 24; Hess/Schlochauer/Glaubitz, § 19 Rn. 28.

Schärfer noch tritt dies im Zuge der Sanktionierung nach § 23 Abs. 1 BetrVG auf: Entgegen der überwiegenden Meinung wird man das Antragsrecht des Arbeitgebers für die Auflösung des Betriebsrats oder den Ausschluss eines einzelnen Mitglieds nicht auf die Fälle beschränken können, in denen eine gerade gegen ihn gerichtete grobe Pflichtverletzung vorliegt⁶¹, weil der Arbeitgeber auch einen Betriebsrat, der grob gegen die Interessen der Belegschaft handelt, nicht mehr als Partner für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit akzeptieren muss. Eben dies bringt er mit seinem Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG zum Ausdruck.

Die Gegenauffassung, wonach der Arbeitgeber »nicht Anwalt der Belegschaft« sei⁶², ist ihrerseits nicht plausibel: Der Wortlaut des Gesetzes beschränkt den Arbeitgeber gerade nicht. Am Beispiel: Nimmt man an, dem Arbeitgeber gelänge es, einen Betriebsrat wegen schwerer Pflichtverletzung seines Amtes entheben zu lassen, § 23 Abs. 1 BetrVG, so hieße die Neutralitätspflicht: Eben dieser Arbeitgeber müsste es hinnehmen, dass sich die gerade erst wegen grober Pflichtverletzung vom Arbeitsgericht ihres Amtes enthobenen Betriebsratsmitglieder erneut zur Wahl stellen und dürfte hierzu nichts sagen, ja müsste womöglich gar die betriebliche Veröffentlichung des gerichtlichen Absetzungsbeschlusses unterlassen. Das ist eine groteske Fehlvorstellung.

Vielmehr zeigt § 23 BetrVG umgekehrt: Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, einen betriebsstörenden Betriebsrat aus dem Amt entfernen zu lassen. Daraus folgt im Erst-recht-Schluss, dass der Arbeitgeber der Belegschaft auch unterhalb der Schwelle des § 23 BetrVG sagen dürfen muss, dass er eine bestimmte Betriebsratszusammensetzung, insbesondere die bisherige, für betriebsschädlich hält.

Das heißt: der Arbeitgeber darf die Wahl des Betriebsrats argumentativ begleiten. Er darf sagen, von welcher Liste er sich die bessere Kooperation, mehr Wohl für den Betrieb, ja letztlich auch mehr Sicherheit für die Arbeitsplätze erwartet. Solche Meinungen und Argumente sind auch kein »Vorteil« oder »Nachteil« im Sinne des § 20 Abs. 2 BetrVG. Der mündige Wähler bleibt in seiner Wahlentscheidung frei; er mag die Aussage des Arbeitgebers so verstehen und gewichten, wie er will.

Bestätigt wird das durch eine neue Entscheidung des Siebten Senats: Dem Arbeitgeber wird nämlich das Recht zugesprochen, ein befristetes Arbeitsverhältnis eines Betriebsratsmitglieds befristet zu verlängern, weil der Arbeitgeber ein – so der inoffizielle Leitsatz des BAG-Richter-Vereins – »berechtigtes eigenes Interesse an der Sicherung der personellen Kontinuität des Betriebsrats« habe, das seinerseits Sachgrund für die Befristung sei⁶³. Sehr feinsinnig sagt der Senat zum Schluss, dass das Angebot eines

61 So GK-BetrVG/Wiese/Oetker (Fn. 2), § 23 Rn. 65; Richardi/Thüsing (Fn. 2), § 23 Rn. 35, 30 m. w. N.

62 Siehe Richardi/Thüsing (Fn. 2), § 23 Rn. 30; DKK-Schneider (Fn. 2), § 23 Rn. 30.

63 BAG 23.1.2002 – 7 AZR 611/00 – EzA § 620 BGB Nr. 185 = AP Nr. 230 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = NJW 2002, 2265 = DB 2002, 1379 = SAE 2003, 52 mit Anm. Ricken.

unbefristeten Arbeitsvertrages womöglich als nach § 78 Satz 2 BetrVG verbotene Begünstigung zu werten sei. Für die befristete, auf die Amtszeit bezogene Verlängerung kommt das offenbar nicht in Betracht. Für unsere Frage folgt daraus: Wenn der Arbeitgeber schon durch die Entscheidung über die befristete Verlängerung des Arbeitsverhältnisses eines Betriebsratsmitglieds die Zusammensetzung des Betriebsrats unmittelbar beeinflussen kann, dann wird er sein berechtigtes eigenes Interesse an der Zusammensetzung des Betriebsrats auch durch Argumente vertreten dürfen.

5. Meinungsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 5 Abs. 1 GG)

Der Arbeitgeber kann sich zudem auf seine Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG selbst im eigenen Betrieb berufen. In den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fallen vor allem Werturteile. Schon immer bezog man Tatsachenbehauptungen, jedenfalls soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind, in den Schutz der Meinungsfreiheit mit ein⁶⁴. Inzwischen hat die h. M. die Trennung zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung überhaupt aufgegeben⁶⁵: Die Abgrenzung ist schon deswegen unmöglich, weil Meinungen stets auf Tatsachen fußen und außerdem schon die Auswahl und Präsentation mitgeteilter Tatsachen eine wertende Stellungnahme ist. Art. 5 Abs. 1 avanciert damit zu einem Recht der freien Rede⁶⁶. Damit sind Äußerungen des Arbeitgebers vom Schutzbereich erfasst, selbst wenn sie sich auf Tatsachen beziehen oder sogar hauptsächlich aus der Wiedergabe von Tatsachen bestehen⁶⁷.

Schrifttum und Judikatur diskutieren Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht fast stets nur für den Arbeitnehmer oder die Gewerkschaft: Aus der – schon dogmatisch falsch verstandenen – Einseitigkeit des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht wird so verfassungswidrige Einseitigkeit. Dass die Meinungsfreiheit – was selbstverständlich ist, da Art. 5 Abs. 1 GG ein »Jedermann-Grundrecht« ist – auch dem Arbeit-

64 BVerfG 15. 12. 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 (Volkszählungsurteil) – BVerfGE 65, 1, 40 f.; Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 5 Rn. 2.

65 Maunz/Dürig/Herzog, GG, Stand 40. Lfg. 2002, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 51 ff.; v. Münch/Kunig/Wendt, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 5 Rn. 9; v. Mangoldt/Klein/Starcke, Bonner GG, Band 1, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Rn. 26; Bonner Kommentar/Degenhart, Stand 103. Lfg., Dezember 2002, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 99.

66 Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 65), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 55; Schaub, Die Freiheit der Meinungsäußerung im Individualarbeits- und Betriebsverfassungsrecht, RdA 1979, 137, 139; v. Münch/Kunig/Wendt (Fn. 65), Art. 5 Rn. 9; an Ausnahmen ist nur für reine Tatsachenmitteilungen wie Statistiken zu denken, Bonner Kommentar/Degenhart (Fn. 66), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 102; auch das BVerfG vom 9. 10. 1991 – 1 BvR 1555/88 – BVerfGE 85, 1, 15 f. hat die Schwierigkeit der Abgrenzung anerkannt und fordert ein weites Verständnis der Meinung.

67 Versagt bleibt der Grundrechtsschutz allerdings – nur – der bewussten Behauptung unwahrer Tatsachen und der Behauptung unzweifelhaft unwahrer Tatsachen, BVerfG 22. 6. 1982 – 1 BvR 1376/79 – BVerfGE 61, 1, 8; 10. 11. 1998 – 1 BvR 1531/96 – BVerfGE 99, 185, 197.

geber⁶⁸ in seinem Betrieb zusteht, scheint der Erwähnung nicht wert zu sein⁶⁹. Die Besorgnis einer Beschneidung der Meinungsfreiheit hat die Arbeitnehmerseite für sich allein gepachtet⁷⁰.

Da der Schutzbereich der Meinungsfreiheit bei Äußerungen des Arbeitgebers eröffnet ist, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung, wenn man mit der h. M. (oben 1) einen betriebsverfassungsrechtlichen »Maulkorb« des Arbeitgebers sieht. Art. 5 Abs. 1 GG kann nur durch allgemeine Gesetze beschränkt werden. Gleichgültig, welche rechtliche Grundlage zur Begründung des Arbeitgeber-Neutralitätsgebots bemüht wird, diese Grundlage muss den Anforderungen an die Rechtfertigung des Art. 5 Abs. 1 GG genügen. Es kann dem Arbeitgeber mithin nicht schlechthin jegliche kritische Äußerung zum Betriebsrat in seinem eigenen Betrieb oder zu einer bevorstehenden Betriebsratswahl verwehrt werden⁷¹.

Die Betriebsverfassung kann eine derart weitreichende Einschränkung der Meinungsfreiheit nicht rechtfertigen. Das hat gerade das Bundesverfassungsgericht in seiner auf Art. 5 GG gestützten Werkszeitungs-Entscheidung⁷² deutlich gemacht, mit der es die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg⁷³ aufhob, die ihrerseits dem Arbeitgeber die Unterlassung betriebsratskritischer Äußerungen und Veröffentlichungen in der Werkszeitung aufgab.

Freilich ist nicht zu verkennen, dass der Siebte Senat des BAG mit seinem Versuch, den Arbeitgeber grundsätzlich zum Schweigen über die Betriebsratskosten zu veranlassen⁷⁴ – ja womöglich überhaupt nurmehr Positives über den Betriebsrat zu verlaut-

68 Auch, soweit er eine juristische Person ist (Art. 19 Abs. 3 GG), *Schaub* (Fn. 66), RdA 1979, 137, 138; *Jarass/Pieroth* (Fn. 64), Art. 5 Rn. 8; Bonner Kommentar/*Degenhart* (Fn. 66), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 155.

69 Löbliche Ausnahme: *Kissel*, Arbeitsrecht und Meinungsfreiheit, NZA 1988, 145, 146: »Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben jeder die Meinungsfreiheit.«

70 So deuten *Söllner*, »Wes Brot ich ess', des Lied ich sing«, FS Herschel (1982), S. 389 und *Schaub* (Fn. 66), RdA 1979, 137; *Däubler*, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 10. Aufl. 2000, § 18 Rn. 559 ff., bei aller sonstigen Ausführlichkeit über die Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht die Meinungsfreiheit des Arbeitgebers nicht einmal an. Siehe auch die Entscheidung des BGH 29. 1. 2002 – VI ZR 20/01 – (Fn. 56) zur gewerkschaftlichen Schmähkritik am Arbeitgeber.

71 Treffend *Dannecker* (Fn. 18), S. 180; *Bengelsdorf*, Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972.

72 BVerfG 8.10.1996 – 1 BvR 1183/90 [»Werkszeitung«] = BVerfGE 95, 28 = EzA Art. 5 GG Nr. 23 = AP Nr. 3 zu Art. 5 Abs. 1 GG Pressefreiheit = BB 1997, 205, dazu Anm. *Löwisch*, AR-Blattei ES 530.10 Nr. 85; Anm. *Wiedemann*, EWiR 1997, 169; Bespr. *Dörr*, JuS 1997, 1036; ausführlich *Engel/Schulz*, Presse ohne Öffentlichkeit?, AfP 1997, 435.

73 Beschluss 21. 12. 1989 – 13 TaBV 18/89 (nicht veröffentlicht).

74 BAG 19. 7. 1995 – 7 ABR 60/94 – EzA § 43 BetrVG 1972 Nr. 3 mit kritischer Anm. *Bengelsdorf* = AP Nr. 25 zu § 23 BetrVG 1972 = NZA 1996, 332; fortgeführt in BAG 12. 11. 1997 – 7 ABR 14/97 – EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 38 = AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972 mit kritischer Anm. *Bengelsdorf* = NZA 1998, 559.

baren –, eine gewisse Gegenposition einnimmt. Fast schon spöttisch klingt das Ende der letzten Entscheidung aus 1997:

»Das Unterlassen [gemeint: die Verurteilung zur Unterlassung] der die Betriebsratsarbeit beeinträchtigenden Äußerung verletzt nicht das Grundrecht der Arbeitgeberin aus Art. 5 Abs. 1 GG. Soweit die beanstandete Äußerung überhaupt von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt wird (...), führt eine Abwägung des von § 78 Satz 1 BetrVG bezweckten Schutzes von Betriebsverfassungsorganen und der Meinungsfreiheit der Arbeitgeberin nicht zu einer unangemessenen Beschränkung dieses Grundrechts. Der Arbeitgeberin bleibt es unbenommen, sich aus zulässigem Anlass und in betriebsverfassungsgemäßer Weise zu den Kosten der Amtsführung des Betriebsrats zu äußern.«

Spott kann man vor allem darin sehen, dass das BAG sich jeglicher inhaltlicher Auseinandersetzung mit der Meinungsfreiheit verweigert, was für sich genommen bereits den Verfassungsverstoß bedeutet⁷⁵. Spottend wirkt es aber auch, wenn man sich vorstellt, was genau dem Arbeitgeber »unbenommen« bleibt, wie er also künftig seine Meinung nach sorgfältiger Prüfung aus zulässigem Anlass und in betriebsverfassungsrechtlich »anständiger« Weise äußern möchte.

Verfassungswidrig ist und bleibt es, die Zulässigkeit einer Meinungsäußerung des Arbeitgebers nach Anlässen zu beurteilen, so als ob es für die zulässige Meinung den richtigen Anlass bräuchte; verfassungswidrig ist es auch, mit der ersten Entscheidung die »Art und Weise« der Meinungsäußerung auf ihre Unbotmäßigkeit hin zu untersuchen. Verfassungswidrig ist es vor allem, vom Arbeitgeber zu verlangen, dass er den Betriebsrat nicht schlagwortartig kurz kritisiert, sondern zu einer umfassenden Belehrung der Belegschaft über die Rechtslage des BetrVG anhebt, um den Arbeitnehmern klar zu machen, dass der Betriebsrat Kosten nicht »nach eigenem Gutdünken« verursachen könne⁷⁶ – auch wenn der Arbeitsrechtler das mit dem Gutdünken mit Blick auf die dem Betriebsrat gewährten kostenverursachenden Entscheidungsspielräume⁷⁷ etwas anders sieht. Der Arbeitgeber muss praktisch für das von ihm kritisierte Betriebsratsverhalten von vornherein die Gegendarstellung mitliefern⁷⁸. Wo bleibt das Recht auf die eigene Meinung? Kann es nicht dem Betriebsrat überlassen bleiben, seine Meinung gegen die des Arbeitgebers zu stellen?

Die Meinungsfreiheit unterscheidet nie danach, ob eine Meinung wertvoll oder gar offensichtlich unrichtig ist⁷⁹; sie differenziert nicht nach Begründungen, seien sie ratio-

75 Worauf *Bengelsdorf* in seiner Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972 zutreffend hinweist.

76 So BAG 12.11.1997 (Fn. 74), unter B 1.

77 Etwa: BAG 24.1.1996 – 7 ABR 22/95 – EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 77 = AP Nr. 52 zu § 40 BetrVG 1972 = NZA 1997, 60 = DB 1996, 2034 [*»Kittner«*-Gesetzestexte statt *»dtv«* für jeden Betriebsrat].

78 Vgl. die Entscheidung 12.11.1997 (Fn. 74), unter B 1.

79 BVerfG 23.3.1971 – 1 BvL 25/61, 3/62 – BVerfGE 30, 336, 347; 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88 – BVerfGE 85, 1, 14 f.; 10.10.1995 – 1 BvR 1476, 1980/91 und 102, 221/92 (*»Soldaten sind Mörder«*) – BVerfGE 93, 266, 289; v. *Mangoldt/Klein/Starck* (Fn. 65), Art. 5 Rn. 23.

nal oder emotional⁸⁰; sie schützt sogar Meinungen, die schlicht auf Phantasie gründen⁸¹. Sie verträgt es erst recht nicht, dass – wie das BAG es vom Arbeitgeber verlangt – die Meinung unter eine Begründungspflicht gestellt wird⁸².

Zu guter Letzt: Die Rechtsprechung des BAG zielt darauf, mit diesem Abwägungsvorbehalt jedwede kritische Äußerung des Arbeitgebers als potentiell unzulässig erscheinen zu lassen; eben diese Rechtsunsicherheit soll den Arbeitgeber von Äußerungen abhalten. Andernfalls wird der Arbeitgeber mit einem Beschlussverfahren »bestraft«, das wegen des offenen Abwägungsergebnisses immer erforderlich im Sinne von § 40 BetrVG ist.

Dass die Rechtsprechung des ersten Senats insbesondere vor dem Hintergrund der Werkszeitungsentscheidung nicht haltbar ist, zeigt sich daran, dass der Arbeitgeber jede Meinung über den Betriebsrat dann vertreten darf, wenn er sie in eine Zeitung stellt – das kann mit Blick auf den Schutzbereich der Presse nach Art. 5 Abs. 1 GG auch eine Internet- oder Intranet-Zeitung sein. Das Bundesverfassungsgericht lässt es nicht zu, dass die Pressefreiheit durch Zensur der Arbeitsgerichte beschränkt wird. Von da bis zur umfassenden Meinungsfreiheit des Arbeitgebers im eigenen Betrieb ist es nur ein kleiner Schritt. Diese Wende kann auch das BAG nicht unberücksichtigt lassen.

Insofern erweist sich die aufgeworfene Frage auch als Test für das Menschenbild im Arbeitsrecht⁸³: Wer meint, die Belegschaft müsse davor geschützt werden, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat kritisiert und auf Gefahren der Betriebsratspolitik hinweist, der muss sich klassisch für die Bevormundung der Arbeiter durch kollektive Führung als einzigem Weg zur Freiheit aussprechen. Das sich modern gebende BetrVG-Reformgesetz bekennt sich freilich zur Individualität im neu gefassten § 75 Abs. 2 BetrVG und sieht mit § 86a BetrVG sogar die Möglichkeit vor, dass sich der Betriebsrat mit Kritik

80 BVerfG 19.5.1992 – 1 BvR 126/85 – BVerfGE 86, 122, 131; 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88 – BVerfGE 85, 1, 14 f.; 10.10.1995 – 1 BvR 1476, 1980/91 und 102, 221/92 (»Soldaten sind Mörder«) – BVerfGE 93, 266, 289; *Jarass/Pieroth* (Fn. 64), Art. 5 Rn. 3; v. *Mangoldt/Klein/Starcke* (Fn. 65), Art. 5 Rn. 23; *Bonner Kommentar/Degenhart* (Fn. 66), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 94.

81 v. *Mangoldt/Klein/Starcke* (Fn. 65), Art. 5 Rn. 23.

82 Ausdrücklich BVerfG 10.10.1995 – 1 BvR 1476, 1980/91 und 102, 221/92 (»Soldaten sind Mörder«) – BVerfGE 93, 266, 289: »Er [der Grundrechtsschutz] besteht [...] unabhängig davon, ob die Äußerung [...] begründet oder grundlos ist«; *Jarass/Pieroth* (Fn. 64), Art. 5 Rn. 3; v. *Mangoldt/Klein/Starcke* (Fn. 65), Art. 5 Rn. 23; *Bonner Kommentar/Degenhart* (Fn. 66), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 94.

83 Siehe *Fastrich*, Vom Menschenbild des Arbeitsrechts, FS Kissel (1994), S. 193 ff.; vgl. für das Verbraucherleitbild *Sack*, Das Verbraucherleitbild und das Unternehmerleitbild im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, wrp 1998, 264; *Dreher*, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 167. Weiterführend zum individuellen Menschenbild im kollektiven Arbeitsrecht *Picker*, Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung (2000), S. 21 ff.; *ders.*, Tarifmacht und tarifliche Arbeitsmarktpolitik, ZfA 1998, 573, 675 ff.

aus der Belegschaft auseinandersetzen muss⁸⁴. Kritik kann aber nur üben, wer informiert ist. Individualisierung der Betriebsverfassung setzt also Information über den Betriebsrat und sein Verhalten in betrieblichen Konflikten voraus.

Schöner noch ist der gelegentlich zu hörende Hinweis, der Arbeitgeber dürfe den Betriebsrat nicht unter betriebsöffentlichen Rechtfertigungsdruck stellen. Das ist abseitig. Dasselbe müsste dann (»Augenhöhe« und Waffengleichheit⁸⁵) auch für die Kritik des Betriebsrats gelten: Wieso darf der Betriebsrat versuchen, den Arbeitgeber für seine unternehmerischen Entscheidungen unter Rechtfertigungsdruck zu stellen, etwa wenn auf Betriebsversammlungen Betriebsschließungen kritisiert und das dahinter stehende Unternehmerkonzept hinterfragt werden – zulässige Meinungsäußerung oder unzulässiger Rechtfertigungsdruck? Und was ist die neue Begründungspflicht des § 92a BetrVG anderes als ein Rechtfertigungsdruck des Betriebsrats auf den Arbeitgeber? Wieso bedarf es für kritische Betriebsräte eines Schutzes vor Kritik – und zwar durch ein »Konzept«, dem Arbeitgeber im eigenen Betrieb das Rederecht zu nehmen?

Ist es nicht gerade Kennzeichen der Meinungsfreiheit, dass sie für den Opponenten unangenehm sein und für ihn subjektiv eine Rechtfertigungslast auslösen kann? Ist ein gewisser Druck als Folge kritischer Meinungsäußerung von Art. 5 Abs. 1 GG nicht garantiert? Anders gewendet: Was nutzt eine Meinungsfreiheit, die keinen argumentativen Druck auslösen darf?

Das Konzept des BAG ist nicht zu Ende gedacht – genau besehen ist es auch kein Konzept: Der Maulkorb des § 78 BetrVG soll offenbar einseitig nur den Arbeitgeber treffen.

Da das Zurückhaltungsgebot des § 78 BetrVG – nicht anders als § 20 BetrVG (oben 2) – jedermann trifft⁸⁶, müsste der Senat, wenn er ernst machen wollte, einer Gewerkschaft vergleichbare Kritik am Betriebsrat gleichfalls verbieten; auch Arbeitnehmer dürften nicht unbotmäßig sein⁸⁷. Dass aber eine Gewerkschaft den Betriebsrat kritisieren darf, folgt unmittelbar aus der Koalitionsbetätigungsfreiheit⁸⁸ – ganz gleich,

84 Eingehend dazu Wiese, Das neue Vorschlagsrecht der Arbeitnehmer nach § 86a BetrVG, BB 2001, 2267.

85 Zum Prinzip der Waffengleichheit Böttcher, Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, 161 ff. = Böttcher, Gleichbehandlung und Waffengleichheit (1979), S. 51 ff.

86 Einhellige Ansicht: GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 78 Rn. 19; Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt (Fn. 3), § 78 Rn. 7; auch schon Bengelsdorf, Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972 Blatt 8.

87 Dieses Argument der Zweiseitigkeit findet sich auch bei Wolke, Die Bekanntgabe der Betriebsratskosten durch den Arbeitgeber und dessen Recht auf freie Meinungsäußerung im Betrieb (Diss. Kiel 2000), S. 74 f.: Warum soll nur dem Arbeitgeber, nicht aber Arbeitnehmern Kritik an Betriebsratskosten verboten sein?

88 Zum Koalitionsrecht auf Sach- und Zielwerbung MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 45), § 246 Rn. 185 ff., 195 f.

wie hoch der Rechtfertigungsdruck ist. Werden dann die Rederechte im Betrieb und Kritikrechte am Betriebsrat vom BAG »zugeteilt«?

Auch wenn es um die Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer geht, wird Art. 5 Abs. 1 GG hochgehalten, wie etwa die BVerfG-Entscheidung vom 28. 4. 1976 zeigt – für die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch § 74 BetrVG⁸⁹. Auch im »Schülerzeitungsfall«⁹⁰ verhalf das Bundesverfassungsgericht dem Arbeitnehmer zu seiner Meinungsfreiheit. Moderne Stimmungen wollen gar dem Arbeitnehmer umfassendes »Verpfeifen« des Arbeitgebers (neudeutsch: »whistleblowing«) erlauben, weil die Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht durch die schnöden gewerblichen Interessen des Arbeitgebers beschränkt werden dürfe⁹¹. Umgekehrt soll aber Kritik am Arbeitnehmer gleich unzulässiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht sein – Mobbing⁹²! Dass, wer austeilt, auch einstecken können muss, soll im Arbeitsrecht nicht gelten.

Betriebsverfassungsrechtliche Meinungsfreiheit kommt aus Sicht des Siebten Senats am Ende nur dem Betriebsrat zu (obschon dieser als Staatsintervention ohne autonomen Hintergrund i. S. v. Art. 9 Abs. 1 und 3 GG kein Grundrechtsträger sein kann). Das gibt dem Betriebsrat immerhin die Chance, zum letzten Sowjet zu mutieren.

Richtig ist das genaue Gegenteil: Die Meinung auch des Arbeitgebers und gerade im eigenen Betrieb ist solange frei, wie Äußerungen nicht die Form von Vorteilsgewährung oder Nachteilsandrohung erreichen; denn erst dann kann das Grundrecht der Meinungsfreiheit durch § 20 Abs. 2 BetrVG als allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG eingeschränkt sein. Und auch dann bedarf die Verbotsnorm ihrerseits einer verfassungsrechtlich korrekten eingeschränkten Anwendung »im Lichte« von Art. 5 Abs. 1 GG.

89 BVerfG 28. 4. 1976 – 1 BvR 71/73 – BVerfGE 42, 133 = EzA § 74 BetrVG 1972 Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 74 BetrVG 1972 = NJW 1976, 1627; zum Schutz der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers ferner *Schaub* (Fn. 66), RdA 1979, 137; *Kissel* (Fn. 69), NZA 1988, 145; *Söllner* (Fn. 70), S. 389; *Buchner*, Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht, ZfA 1982, 49; *Däubler* (Fn. 70), § 18 Rn. 559 ff.

90 BVerfG 19. 5. 1992 – 1 BvR 126/85 – BVerfGE 86, 122 = AP Nr. 12 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit Nr. 12 = EzA Art. 5 GG Nr. 22 mit Anm. *Reuter* zur Verfassungswidrigkeit des Urteils des BAG vom 5. 4. 1984 – 2 AZR 513/82 – AP Nr. 2 zu § 17 BBiG mit zust. Anm. *Herschel* = EzA § 17 BBiG Nr. 1.

91 Vgl. LAG Baden-Württemberg 3. 2. 1987 – 7 (13) Sa 95/86 – NZA 1987, 756; LAG Köln 23. 2. 1996 – 11 (13) Sa 976/95 – LAGE § 626 BGB Nr. 94; einseitig zu weit geht etwa *Wendeling-Schröder*, Individuum und Kollektiv in der neuen Betriebsverfassung, NZA 2001, 357, 361: Aus der »Expertenfunktion« des Arbeitnehmers folge ein Anzeigerecht; ausführlich *dies.*, Autonomie im Arbeitsrecht (Habilitationsschrift Frankfurt/M. 1994), S. 163 ff.; mit Recht deutlich zurückhaltender *Kissel* (Fn. 69), NZA 1988, 150.

92 Dazu näher und mit Nachw. *Rieble/Klumpp*, Mobbing und die Folgen, ZIP 2002, 369, 374.

6. Hilfsweise: Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB analog)

Wer freilich der Auffassung folgt, dass die Betriebsverfassung dem Arbeitgeber eine Neutralitätspflicht auferlege, kann dies nicht ausnahmslos gelten lassen. Jedenfalls muss dem Arbeitgeber dann analog zu § 193 StGB eine kritische Äußerung bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen erlaubt sein. Dieser besondere Rechtfertigungsgrund für die Ehrverletzungsdelikte⁹³ trägt der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit im Rahmen von Angelegenheiten von allgemeinem Interesse Rechnung.

Berechtigte Arbeitgeberinteressen, die eine etwaige Neutralitätspflicht zurückdrängen, sind vor allem anzunehmen, wenn der Betriebsrat seinerseits den Arbeitgeber angegriffen hat. Hier muss es dem Arbeitgeber so oder so erlaubt sein, sich zu wehren⁹⁴.

Aber auch dann, wenn der Arbeitgeber die Politik des Betriebsrats als standortgefährdend ansieht – etwa weil der Betriebsrat die Überstundenfrage des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG aus seiner Sicht so »starrsinnig« angeht, dass Investitionsentscheidungen im Konzern zu Lasten dieses Standorts ausgehen –, muss der Werksleiter das der Belegschaft mitteilen dürfen.

7. Die maßgebliche Grenze zu Drohung und Vorteilsversprechen

In der Praxis wird der Arbeitgeber nicht nur sagen wollen, dass er mit einer Liste nicht einverstanden sei oder dass er die bisherige Arbeit des Betriebsrats als wenig betriebsdienlich empfinde. Vielmehr wird der Arbeitgeber typischerweise in Krisensituationen auf die Folgen der falschen Wahl hinweisen: Wenn die Liste X wieder die Betriebsratsmehrheit stellt, dann sei der Standort gefährdet. Umgekehrt kann das »richtige« Wahlergebnis etwa im vorhinein mit der Zusage verbunden sein, eine geplante Ausgliederung unterbleibe, wenn die Kooperation mit dem vernünftigen Betriebsrat zu einer Alternative führe.

Auf den ersten Blick scheinen hier Vor- und Nachteile unmittelbar an das Wahlverhalten anzuknüpfen – also § 20 Abs. 2 BetrVG »sauber erfüllt« zu sein. Indes zeigt der von *Thüsing*⁹⁵ in die US-amerikanische Rechtsprechung zu den »unfair labor practices«⁹⁶ geworfene Blick, dass zuerst zwischen Prognose und Drohung (oder Versprechen) zu unterscheiden ist. Mit *Thüsing* ist der prognostische Hinweis auf positive oder negative Folgen eines bestimmten Wahlergebnisses zulässig – so wie auch die Prognose keine Drohung im Sinne von § 123 BGB ist, weil und soweit der die Nachteile in Aus-

93 Schönke/Schröder/Lenckner (Fn. 25), § 193 Rn. 1 ff.

94 So im Ergebnis auch LAG Köln 21. 3. 1995 – 9 TaBV 68/94 – LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 37.

95 *Richard/Thüsing* (Fn. 2), § 20 Rn. 19; *ders.*, Die Entwicklung des US-amerikanischen Arbeitsrechts in den Jahren 1997 und 1998 – Teil 2, NZA 1999, 693.

96 »Gissel-Case«: *NRLB vs. Gissel Packing Co.* 395 U.S. S. 575; <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=395&invol=575> (abgerufen am 6. 2. 2003).

sicht stellende Arbeitgeber auf das Verhalten Dritter (Anteilseigner, Konzernspitze, finanzierende Bank, auch: flexibilitätsorientierte Kunden) keinen Einfluss hat.

In den USA nimmt man eine erlaubte Prognose und keine unrechtmäßige Drohung an, wenn der Arbeitgeber eine vorsichtige, auf Tatsachen beruhende und objektiv nachvollziehbare Vorhersage dessen abgibt, was ohne sein Zutun eintreten wird. Rein subjektive Wertungen können keine vernünftige Prognose sein und werden demgemäß als unrechtmäßige Drohung eingestuft⁹⁷. Das kann schwerlich hierher übertragen werden, weil ein allgemeines Verbot der »unfair labor practice« als Generalklausel fehlt. Zudem ist ein Verbot von Werturteilen mit der Meinungsfreiheit nicht vereinbar.

Unproblematisch ist die Eingrenzung der Drohung dort, wo der Arbeitgeber auf von ihm selbst gar nicht beeinflusste Folgen hinweist, etwa auf Rentabilitätsfolgen. Auch mag er dartun, dass eine bestimmte – im Wahlkampf von einer Liste angekündigte – »Kampfhaltung« des Betriebsrats bei den Anteilseignern die Frage nach der Aufrechterhaltung eines Investitionsengagements stellt⁹⁸. Denn der Arbeitgeber ist mit den Anteilseignern nicht identisch. Zum Drohungsdurchgriff kommt es erst dann, wenn der Arbeitgeber beim Anteilseigner eine solche Ankündigung »bestellt«, § 161 BGB. In einem mir bekannten Fall hat die Hausbank die weitere Finanzierung eines Unternehmens – genauer eines bestimmten Investitionsvorhabens – davon abhängig gemacht, dass eine Einigung mit dem Betriebsrat über Samstagsarbeit erfolgt. Die Prognose, dass ein Fortdauern der hartleibigen Arbeitszeithaltung der bisherigen Betriebsratsmehrheit zu Finanzierungsschwierigkeiten führt, muss der Arbeitgeber mitteilen dürfen.

Damit ist freilich nur ein erster Schritt getan. Denn auch dann, wenn der Arbeitgeber eigenes Verhalten prognostiziert – auf das er einen Einfluss durchaus hat –, ist ihm das nicht durchweg verboten. Nicht jede Stimmrechtsbeeinflussung durch Ankündigung von Nachteilen oder Vorteilen ist unzulässig. Vielmehr ist mit Blick auf § 123 BGB, auf § 240 StGB und gerade auf die Wählernötigung des § 108 StGB ein spezifisches Unwerturteil über die Zweck-Mittel-Relation erforderlich⁹⁹. Das allein ist funktional richtig, weil § 20 BetrVG die Wahlfreiheit der Arbeitnehmer schützen will; sie wird aber durch ein pauschales Schweigegebot über nachteilige Folgen der Wahl ebenso verletzt wie durch echte Wählernötigung. Es kommt also darauf an: Unproblematisch verboten sind sämtliche Zugriffe auf die individuelle Kandidatur- und Stimmfreiheit durch das Androhen individueller Nachteile oder das Versprechen individueller Vorteile.

97 *Richardi/Thüsing* (Fn. 2), § 20 Rn. 19.

98 So in dem von mir begutachteten Fall: Der bisherige Betriebsrat hatte die Ehrvorstellungen der Manager der ausländischen Muttergesellschaft verletzt, weshalb diese den hiesigen Geschäftsführer einstellt und die laufenden Quersubventionen in Frage stellten. Das hat der Geschäftsführer der Belegschaft vor der Wahl mitgeteilt.

99 Für § 123 BGB nur *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 123 Rn. 21; Münchener Kommentar/*Kramer*, BGB Allgemeiner Teil (Band 1), 4. Aufl. 2001, § 123 Rn. 47 ff.; zu § 240 StGB etwa *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2003, § 240 Rn. 18; *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 240 Rn. 42; *Schönke/Schröder/Eser* (Fn. 25), § 240 Rn. 17 f.

Wenn der Arbeitgeber einem einzelnen Beschäftigten einen »Beförderungsstopp« in Aussicht stellt, wenn er wieder kandidiert, so ist das klar rechtswidrig.

Wenn aber – überindividuell – nachteilige Folgen des Wahlausgangs für die gesamte Belegschaft oder aber für funktional abgegrenzte Teile (Abteilungen) in Aussicht gestellt werden, weil der Arbeitgeber glaubt, dass nicht unmittelbar der bestimmte Wahlausgang, sondern die dann zu erwartende Betriebsratspolitik ihn zu nachteiligen Entscheidungen als Reaktion auf die Haltung des Betriebsrats motivieren wird, ist ein generelles Verbot nicht nachvollziehbar.

Mir ist aus der Praxis gleichfalls bekannt, dass ein großes Handelsunternehmen vernünftigerweise Investitionen bevorzugt in solche Filialen lenkt, in denen der Betriebsrat eine flexible Haltung in Arbeitszeitfragen hat, von denen die Ladenöffnungszeiten faktisch abhängen. Das ist ökonomisch einleuchtend, weil die Investitionen so intensiver genutzt werden, also rentierlicher sind. Sowenig diese Strategie eine Behinderung des Betriebsrats ist (es gibt keine Pflicht, in weniger rentable Standorte zu investieren, nur weil ein Betriebsrat die Renditeminderung [mit]verantwortet), sowenig kann es verbotene Wahlbeeinflussung sein, den Arbeitnehmern diese Zusammenhänge zu erklären und ihnen so Gelegenheit zu geben, einen Betriebsrat zu wählen, der ihnen mehr Arbeitsplatzsicherheit verspricht.

Also: Sobald die nachteiligen Folgen – oder die versprochenen Vorteile – vom Arbeitgeber nicht unmittelbar an das Wahlergebnis geknüpft werden, sondern solange und soweit auf Folgeprobleme in der betrieblichen Auseinandersetzung des Arbeitgebers mit dem Betriebsrat hingewiesen wird, darf der Arbeitgeber das sagen. Zweck seiner Äußerungen ist es nicht mehr, die Arbeitnehmer durch äußeren Druck in ihrem Wahlverhalten fremdzubestimmen; Zweck ist es vielmehr, eine umfassende Sachentscheidung zu ermöglichen, indem das »Wahlvolk« über mögliche Gefahren und Chancen als Folge der eigenen Wahlentscheidung informiert wird. Und hier wäre es dann möglich, über die Bewertung des Mittels dieser Information auch ein gewisses Sachlichkeitsgebot zu postulieren: Prognose eigenen Verhaltens statt Agitation. Freilich kann das nicht wiederum in dem krassen Sinne des Siebten Senats geschehen, dass der Arbeitgeber zu langatmigen Erklärungen über Kalkulationsgrundlagen, Alternativen usw. angehalten wird (oben 5).

IV. Strafrechtliche Seite: § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

1. Problematisches Arbeitsstrafrecht

Das Arbeitssanktionenrecht – und besonders das Arbeitsstrafrecht – ist nur von der arbeitsrechtlichen Seite her zu verstehen. Es soll krasse Verstöße gegen elementare Arbeitsrechtsnormen bestrafen. Die strafrechtliche Sanktionierung des Arbeitgebers ist im Arbeitsrecht die große Ausnahme, weil mit ihr das fortbestehende Arbeitsverhältnis respektive die andauernde Arbeitgeberfunktion belastet wird. Dementspre-

chend ahndet das Arbeitsrecht typischerweise mit Sanktionen unterhalb der strafrechtlichen Ebene, etwa mit privatrechtlichen Nachteilen wie dem Entschädigungsanspruch des § 611a BGB oder dem unbefristeten Arbeitsverhältnis gem. § 16 TzBfG.

Mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dem strafrechtliche Normen in besonderem Maße genügen müssen, ist das unausweichlich. Die Keule des Strafrechts ist für leichtere Verfehlungen zu schwer¹⁰⁰. So gesehen setzt die Anwendung einer Norm des Arbeitsstrafrechts einen hinreichend schweren Verstoß gegen eine Rechtsnorm voraus. Anlass und staatliche Reaktion müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen¹⁰¹. Das Strafrecht darf nur dort zur Anwendung kommen, wo mildere Maßnahmen zur Erreichung des angestrebten Zieles nicht zur Verfügung stehen. Es ist ultima ratio¹⁰².

Das schließt es aus, das Arbeitsstrafrecht als Machtinstrument in der Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu sehen oder gar den Strafantrag als Erziehungsmittel von Betriebsräten oder Gewerkschaften zur Disziplinierung von Arbeitgebern zu begreifen. Das heißt insbesondere: Es ist schlechthin unzulässig, den (etwaigen) Verstoß gegen andere Normen des BetrVG in § 20 BetrVG »hineinzuiinterpretieren«, um zur Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu gelangen¹⁰³. Bedeutsam ist das für die von der Literatur und Teilen der Rechtsprechung behauptete Neutralitätspflicht des Arbeitgebers. Sie kann keinesfalls aus § 20 BetrVG rühren – weshalb sie in keinem Fall nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG strafbar sein kann.

2. Objektiver Tatbestand

a) Tathandlung: unzulässige Wahlbeeinflussung nach § 20 BetrVG

§ 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterscheidet zwei Tatbestandsalternativen. Tathandlungen sind Behinderung der Wahl oder Beeinflussung durch Zufügen und Androhen von Nachteilen oder Gewährung oder Versprechen von Vorteilen. § 119 Abs. 1 BetrVG sanktioniert bestimmte Verbote des materiellen Betriebsverfassungsrechts strafrechtlich – so wie § 120 BetrVG. Dabei knüpft § 119 Abs. 1 BetrVG tatbestandlich an die materiellen Verbotsnormen von § 20 Abs. 1 und 2 BetrVG an, obwohl er anders als § 20 BetrVG nicht nur die Betriebsratswahlen, sondern auch die Wahlen der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung und des Seebetriebsrats miterfasst.

100 Zur Zurückhaltungspflicht des Gesetzgebers bei Eingriffen durch Strafvorschriften vgl. bereits BVerfG 10.5.1957 – 1 BvR 550/52 – BVerfGE 6, 389, 433 = JZ 1957, 484 (LS).

101 Zum Proportionalitätsprinzip *Hahn*, Arbeitsstrafrecht (1992), § 13, S. 322 ff.

102 So auch *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht (2002), § 1 Rn. 14 f., 53 f.; allgemein vgl. BVerfG 25.2.1975 – 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 – BVerfGE 39, 44 ff. = NJW 1975, 573 ff.; BVerfG 26.5.1981 – 2 BvR 215/81 – BVerfGE 57, 250, 270 = NJW 1981, 1719; *Appel*, Verfassung und Strafe (Diss. 1998), S. 141 f. m. w. N.

103 Sehr klar auch *Dannecker* (Fn. 18), S. 180.

Somit erfasst der Tatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ebenso wie § 20 Abs. 2 BetrVG grundsätzlich keine Wahlpropaganda¹⁰⁴.

b) Entscheidend: Beeinflussungserfolg

Für das Strafrecht kommt es auf die dogmatische Einordnung des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als Erfolgs- oder einfaches Tätigkeitsdelikt an. Auf Grund der fehlenden Versuchsstrafbarkeit hat diese Einordnung erhebliche Konsequenzen: Handelt es sich um ein Erfolgsdelikt, so scheitert die Strafbarkeit, wenn der Erfolg nicht eingetreten, insbesondere nicht nachweisbar ist. Das »wer eine Wahl ... beeinflusst« bedeutet nach diesem Verständnis: »Wer die Entscheidung über eine Kandidatur oder eine Stimmabgabe ... nachweisbar ... bestimmt hat.«

Ausgegangen werden muss zunächst vom Wortlaut. Teils wird er so eindeutig erfolgsbezogen verstanden, so dass jeder Verzicht auf den Beeinflussungserfolg über den Wortsinn hinausreichende Interpretation oder verbotene Analogie zu Lasten des Täters wäre (Art. 103 Abs. 2 GG)¹⁰⁵. Das ist zweifelhaft. Die Wendung »wer ... beeinflusst« lässt schon Zweifel an der Bestimmtheit der Strafnorm aufkommen. Das macht eine restriktive Auslegung erforderlich, um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen¹⁰⁶. Auch *Oetker* will die Norm einschränkend auslegen, weil der Unrechtsgehalt ohne einen eindeutigen abgrenzbaren Erfolg nicht fassbar ist¹⁰⁷. Hierfür sprechen in der Tat die besseren Gründe, wenn nicht objektiv ungeeignetes Verhalten auch strafbar sein soll. Wäre § 119 ein Tätigkeitsdelikt, so wären die Grundsätze des untauglichen Versuches anwendbar¹⁰⁸.

Die Binnensystematik des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG spricht ebenfalls für das Erfolgsdelikt. Der Behinderungstatbestand setzt keine »Verhinderung« der Betriebsratswahl voraus, sondern eben nur eine Behinderung, also die Erschwerung der Wahl. Diese Erschwerung muss aber tatsächlich eingetreten sein¹⁰⁹. Auch hier gilt: Aus dem Wortlaut »wer eine Wahl des Betriebsrats ... behindert« lässt sich kein: »wer es unternimmt, eine Wahl des Betriebsrats zu behindern« machen¹¹⁰. Für das »beeinflusst« im Beeinflussungstatbestand gilt nichts anderes. Das zeigt dann auch den Unter-

104 So auch *Dannecker* (Fn. 18), S. 180.

105 *Krumm-Mauermann*, Rechtsgüterschutz durch die Straf- und Bußgeldbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes (Diss. Konstanz 1990), S. 64.

106 Vgl. *Krumm-Mauermann* (Fn. 105), S. 54 ff.

107 GK-BetrVG/*Oetker* (Fn. 2), § 119 Rn. 13; im Ergebnis ebenso *Sax* (Fn. 29), S. 109 ff.; *Richardi/Annuß* (Fn. 2), § 119 Rn. 13.

108 Dazu *Sax* (Fn. 29), S. 109 f., 161.

109 Vgl. BayObLG 29.7.1980 – RReg 4 St 173/80 = AP Nr. 1 zu § 119 BetrVG 1972 = BB 1980, 1638 = NSfZ 1981, 30 für die Verzögerung der Betriebsratswahl durch Hintertreiben der Wahl-Betriebsversammlung.

110 Ein unechtes Unternehmensdelikt ablehnend *Sax* (Fn. 29), S. 110.

schied zu Nr. 2: Die Betriebsrats Tätigkeit als solche ist weitaus eher »behindert« als die Wahl, weil schon jede Äußerung des Betriebsrats zu seiner Arbeit zählt¹¹¹. In den Gesetzesmaterialien finden sich keine Hinweise auf ein beabsichtigtes Tätigkeitsdelikt¹¹².

Die Gegenauffassung, die ein Tätigkeitsdelikt annehmen will¹¹³, überzeugt nicht. Der Anwendungsbereich würde zu weit ausgedehnt; rechtsstaatliche Grundanforderungen an das Strafrecht würden ignoriert. Die Auffassung ist ersichtlich von dem Wunsch getragen, das Strafrecht als betriebsverfassungsrechtliches Alltagsdisziplinierungsinstrument, als einseitiges Machtmittel gegenüber dem Arbeitgeber zu verwenden. Das aber ist nicht seine Funktion.

c) Systemvergleich mit §§ 108 ff. StGB

Die Beeinflussung der staatsbürgerlichen Wahlen ist in §§ 108 ff. StGB unter Strafe gestellt. Nach § 108d StGB werden neben den demokratischen Wahlen zu Volksvertretungen gerade auch die mit Betriebsratswahlen vergleichbaren Urwahlen in der Sozialversicherung erfasst. Die strafrechtliche Absicherung darf nicht die Meinungsbildung beschneiden. Strafandrohung und sanktioniertes Unrecht müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen. Mit gutem Grund hat *Dannecker* deshalb die wenig strukturierten Tatbestände des § 119 BetrVG durch Systemvergleich mit den §§ 107 ff. StGB einengend konkretisiert¹¹⁴. Die StGB-Tatbestände sind ausdifferenzierter. Dem Zufügen oder Androhen von Nachteilen in der ersten Variante des Beeinflussungstatbestandes entspricht die Wählernötigung in § 108 StGB. Dort ist als Instrument zur Beeinflussung des Wählerwillens (»in einem bestimmten Sinne«) klarer genannt, »rechtswidrig mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, durch Missbrauch eines beruflichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses oder durch sonstigen wirtschaftlichen Druck einen anderen« zu nötigen. Dort ist auch der Versuch strafbar (Abs. 2). Der zweiten Variante des Beeinflussungstatbestandes – »Gewähren oder Versprechen von Vorteilen« entspricht die Wählerbestechung in § 108b Abs. 1 StGB. Die Wählertäuschung des § 108a StGB findet in § 119 BetrVG keine Entsprechung.

Die strafrechtlichen Tatbestände sind allesamt als Erfolgsdelikte ausgestaltet. Es sind keine Sachgründe ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber die Betriebsratswahlen, die von den Wahlschutztatbeständen des StGB nicht erfasst werden, hätte stärker schützen wollen als die Wahlen zu den Volksvertretungen von Bund und Ländern. Die systematische Auslegung spricht einmal mehr für das Erfolgsdelikt.

111 Vgl. OLG Stuttgart 9. 9. 1988 – 1 Ws 237/88 – AiB 1989, 23 = Justiz 1989, 21 für einen Aushang des Arbeitgebers, mit dem dieser empfiehlt, eine vom Betriebsrat einberufene Betriebsversammlung nicht zu besuchen.

112 Vgl. BT-Drucks. 6/1786, 1806, 2729 (BetrVG 1972); BT-Drucks. 1/970, 1546, 3585 (BetrVG 1952).

113 Etwa DKK-*Trümner* (Fn. 2), § 119 Rn. 1a.

114 *Dannecker* (Fn. 18), S. 167, 178.

Das heißt: Wenn kein kausaler Beeinflussungserfolg feststellbar ist, wenn also nicht nachgewiesen werden kann, dass gerade die Beeinflussungshandlung auch zu einer veränderten Kandidatur oder einer modifizierten Stimmabgabe geführt hat, dann handelt es sich um einen straflosen Beeinflussungsversuch. Das schließt praktisch – und richtigerweise – die Strafbarkeit von allgemeinen Meinungsbekundungen von vornherein aus und beschränkt den Tatbestand auf die konkrete Einflussnahme einzelner Personen. Anders als bei der Wahlanfechtung (oben 12) ist freilich nicht vorausgesetzt, dass das Wahlergebnis insgesamt verändert worden ist: Es genügt die Beeinflussung eines individuellen Stimmverhaltens oder einer individuellen Kandidatur. Das heißt dann weiter: dass es zu einer Wahlanfechtung nicht gekommen ist, indiziert nicht generell den fehlenden Beeinflussungserfolg. Immerhin kann, wenn die den Strafantrag stellende Gewerkschaft dem Arbeitgeber eine generelle Bedrohung der wählenden Belegschaft etwa mit Arbeitsplatzabbau und damit eine »massive Wahlmanipulation« vorwirft, zugleich aber die Wahlanfechtung unterbleibt, die Plausibilität des Beeinflussungserfolgs in Frage gestellt werden.

3. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz ausreichend ist. Dieser muss sich auf die Behinderung oder die Beeinflussung als solche – also auf den spezifischen Erfolg der Handlung – beziehen¹¹⁵. § 119 Abs. 1 BetrVG setzt Vorsatz hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung voraus. Damit gilt wie auch im allgemeinen Strafrecht: Erforderlich ist für den Vorsatz die Kenntnis des Sachverhalts und – mit Blick auf die offenen Tatbestandsmerkmale – eine zusätzliche Bedeutungskennntnis, die das im Tatbestand typisierte Unrecht nach Laienart erfasst¹¹⁶.

Das wirft ein zusätzliches Problem auf. Vielfach wird der Arbeitgeber sein Handeln für erlaubt halten, weil er die Grenzen der erlaubten Meinungsäußerung nach dem BetrVG verkennt, insbesondere weil er nicht vor jeder Wortmeldung im Betrieb seinen Anwalt anrufen kann. Das aber führt zur Frage nach dem strafrechtlich relevanten Irrtum. Ob es sich bei § 119 Abs. 1 BetrVG um einen Tatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen oder um ein Blankettgesetz handelt¹¹⁷, ist nach herrschender Meinung für die Vorsatz- oder Irrtumsproblematik unbeachtlich: Für Blanketttatbestände sollen die allgemeinen Grundsätze normativer Tatbestandsmerkmale gelten¹¹⁸.

115 GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 119 Rn. 30; Richardi/Annus (Fn. 2), § 119 Rn. 16.

116 Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 15 Rn. 40.

117 Für die Qualifikation des § 119 Abs. 1 BetrVG als Straftatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen vor allem Dannecker (Fn. 18), S. 167, 174; GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 119 Rn. 30.

118 Vor allem Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (1969), 388 ff.; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum (1987), 426; Schlüchter, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra 1985, 43 ff.

Das heißt: Die Rechtsfolge einer Fehlvorstellung hängt davon ab, ob die Fehlvorstellung sich auf eine fehlerhafte Sachverhaltswahrnehmung im Sinne einer »unzutreffenden Parallelwertung in der Laiensphäre« bezieht, oder ob sie bei richtiger Bedeutungseinschätzung nach Laienart in der Bewertung als strafbewehrt liegt¹¹⁹. Der erste Fall schließt den Vorsatz gemäß § 16 StGB aus, während letzteres zu § 17 StGB führt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist uneinheitlich: Einerseits anerkennt der Bundesgerichtshof ausdrücklich das Kriterium der »Parallelwertung in der Laiensphäre«¹²⁰, andererseits tendiert er gleichwohl dazu, in Einzelfällen zu der reichsgerichtlichen Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum zurückzukehren und die Kenntnis der das Merkmal begründenden Tatsachen genügen zu lassen.

Richtigerweise führt die Parallelwertung in der Laiensphäre vielfach dahin, dass der Vorsatz nach § 16 StGB fehlt. Ansonsten stellt sich die Folgefrage nach dem (unvermeidbaren) Verbotsirrtum i. S. v. § 17 StGB. Für die Vermeidbarkeit des Irrtums stellt die Rechtsprechung in erster Linie darauf ab, ob der Täter die gehörige Anspannung seines Gewissens unterlassen und dadurch versäumt hat, das Unrechtmäßige seines Handelns zu erkennen. Das Maß der erforderlichen Gewissensanspannung soll sich dabei nach den Umständen des Einzelfalles und dem Lebens- und Berufskreis des Einzelnen richten¹²¹. Zwar verlangt der Bundesgerichtshof grundsätzlich von dem Einzelnen, dass er alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und aufgetretene Zweifel durch Nachdenken und erforderlichenfalls durch Einholen von Rat bei einer sachkundigen und vertrauenswürdigen Stelle oder Person beseitigt hat¹²². Immerhin können Auslegungsspielräume eines Gesetzes, jedenfalls solange obergerichtliche Entscheidungen dazu fehlen, dazu führen, dass der Verbotsirrtum unvermeidbar ist¹²³. Freilich: Das ist für eine argumentative Auseinandersetzung mit dem Betriebsrat im täglichen Arbeiten völlig überspannt – und würde auch der Meinungsfreiheit nicht gerecht: Soll denn der Arbeitgeber vor jedem Wort den Anwalt anrufen? Soll er jede Rede im Betrieb mit einem Rechtsgutachter absprechen?

Solange es jedenfalls keine Strafverurteilungen wegen Wahlpropaganda des Arbeitgebers und auch sonst kaum arbeitsgerichtliche Entscheidungen zu diesem Fragenkreis gibt, wird man – gerade mit Blick auf die Meinungsfreiheit – großzügig verfahren müssen.

119 Zur herrschenden Ansicht s. nur Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 15 Rn. 43a m. w. N.

120 BGH 28.10.1952 – 1 StR 450/52 – BGHSt 3, 248, 255; BGH 24.9.1953 – 5 StR 225/53 – BGHSt 4, 347, 352.

121 Großer Senat für Strafsachen, Beschluss 18.3.1952 – GSSt 2/51 – St 2, 194, 201; BGH 7.3.1996 – 4 StR 742/95 – NJW 1996, 1604, 1606; weitere Nachw. bei Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 17 Rn. 14 m. w. N.

122 BGH 22.7.1993 – 4 StR 322/93 – NJW 1994, 61 = NStZ 1993, 594.

123 OLG Schleswig-Holstein 20.7.1981 – 1 Ss OWi 282/81 – wistra 1982, 82.

4. Strafantrag und Klagerzwingung

Die Strafverfolgung setzt einen wirksamen Strafantrag voraus. Das Strafantragsrecht des § 119 Abs. 2 BetrVG i. V. m. § 158 Abs. 2 StPO kommt dem Betriebsrat und jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft zu. Der Betriebsrat muss den Strafantrag ordnungsgemäß als Gremium beschließen; ein Strafantrag nur kraft Entscheidung des Betriebsratsvorsitzenden ist unwirksam¹²⁴.

Das Strafantragsrecht kommt primär dem Betriebsrat zu. Die Gewerkschaft hat kein koalitionspolitisches Recht an der Betriebsverfassung, sondern nur eine Art Nothilfefunktion – insbesondere für den Fall, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat durch unzulässigen Druck von der Stellung eines Strafantrages abhalten könnte¹²⁵. Die Entscheidung über diesen Strafantrag muss die Gewerkschaft durch die nach ihrer Satzung vertretungsberechtigten Organe treffen¹²⁶. Vertretungsberechtigtes Organ ist beim Verein der Vorstand. Somit muss – soweit die Satzung der jeweiligen Gewerkschaft nichts anderes ergibt – ihr Vorstand den Strafantrag stellen.

In der Praxis werden Vorsitzende wie die Herren Bsirske, Schmoldt und Zwickel nur selten den Strafantrag unterschreiben; vielmehr geschieht das typischerweise über die mit der Strafanzeige betrauten Rechtsanwälte der Gewerkschaft. § 77 Abs. 3 StGB schließt die Bevollmächtigung zum Stellen des Strafantrages nicht schlechthin aus¹²⁷. Eine Vertretung in der Erklärung ist von vornherein unbedenklich, weil der Vertretene seinen eigenen Strafantragswillen selbst kundgetan hat¹²⁸. Eine Stellvertretung im Willen erlaubt die Rechtsprechung insbesondere bei Straftaten gegen das Vermögen, wenn also das verletzte Rechtsgut nicht höchstpersönlich ist¹²⁹. Sind hingegen immaterielle und höchstpersönliche Rechtsgüter (etwa die Ehre) verletzt, so ist eine Vertretung im Willen grundsätzlich ausgeschlossen¹³⁰. Das Strafantragsrecht des § 119 Abs. 2 BetrVG ist in diesem Sinne höchstpersönlich – wie insbesondere das Gegenbeispiel des § 120 Abs. 5 BetrVG zeigt. Denn es geht um die künftige Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat, die durch Strafanträge nach § 119 Abs. 2 erheblich belastet wird. Die

124 Richtig GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 119 Rn. 45.

125 Siehe nur GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 119 Rn. 42; MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 45), § 246 Rn. 218.

126 Vgl. Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 77 Rn. 14.

127 Vgl. Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 77 Rn. 25.

128 Vgl. Tröndle/Fischer (50. Aufl. 2001), § 77 Rn. 22; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 77 Rn. 26; BGH 19. 8. 1982 – 4 StR 387/82 – NStZ 1982, 508.

129 BGH 16. 4. 1985 – 4 StR 31/85 – NStZ 1985, 407; BayObLG 26. 10. 1994 – 3 ObOWi 73/94 – NJW 1995, 2862, 2864.

130 Vgl. RG 8. 12. 1890 – Rep. 2926/90 – RGSt 21, 232.

Entscheidung hierüber muss der Strafantragsberechtigte in eigener Verantwortung treffen¹³¹.

Das heißt: Der Vorstand der Gewerkschaft muss notwendig selbst über den Strafantrag entscheiden. Gerade weil der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft (nur) eine Nothilfe-Unterstützungsfunktion zukommt, muss – wie beim Betriebsrat – ein eigener ordnungsgemäßer Beschluss gefasst werden, mit dem der Vorstand die besondere Verantwortung für die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung übernimmt. Damit ist es ausgeschlossen, dass das nach der Gewerkschaftssatzung zur Willensbildung berufene Organ – also zumeist der Vorstand – eine andere Stelle in der Gewerkschaft (wie: Vorstandsverwaltung oder eine örtliche Verwaltungsstelle) oder außerhalb (wie einen Rechtsanwalt) mit der Aufgabe betraut, über den Strafantrag zu entscheiden. Das ist in der Praxis ein Problem, weil die Gewerkschaften für beauftragte Rechtsanwälte vielfach Blanko-Vollmachten vorhalten. Werden diese nicht vom Vorstand höchstselbst mit dem Vermerk »Stellen eines Strafantrags« ausgefüllt, sondern von dem Justizariat der Gewerkschaft, einer Ortsverwaltung oder gar vom beauftragten Rechtsanwalt selbst, so liegt kein wirksamer Strafantrag vor.

Eine nachträgliche Genehmigung ist zwar zulässig¹³², aber nur innerhalb der Strafantragsfrist des § 77b StGB. Das bestätigt die Entscheidung des BayObLG vom 29.7.1980¹³³. Dort hatte die Verwaltungsstelle Nürnberg der IG Metall einen Strafantrag gestellt, die Vorstandsverwaltung hatte diesen dann rechtzeitig genehmigt.

Stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein, so besteht die Möglichkeit eines Klagerzwingungsverfahrens nach § 172 StPO. Freilich muss der Antragsteller zugleich der Verletzte sein. Das aber ist nur der Betriebsrat, weil die Wahlbeeinflussung nur seine unmittelbaren materiellen Rechte¹³⁴ aus dem BetrVG verletzen kann. Die Gewerkschaft hat – auch wenn sie mit einer eigenen Liste zur Betriebsratswahl antritt – kein materielles Recht aus dem BetrVG. Ihr ist das Strafantragsrecht, wie eben gesehen, nur formal als Nothilferecht eingeräumt. Das formale Strafantragsrecht macht aus der Gewerkschaft aber keinen materiell Verletzten. Das heißt wiederum: Wird der Strafantrag von der Gewerkschaft gestellt, kann diese kein Klagerzwingungsverfahren einleiten. Der Betriebsrat könnte zwar, hat aber in diesem Fall keinen Antrag gestellt.

131 Richtig GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 119 Rn. 47.

132 Vgl. Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 77 Rn. 30.

133 RReg 4 St 173/80 = AP Nr. 1 zu § 119 BetrVG 1972 = BB 1980, 1638 = NStZ 1981, 30.

134 Dazu, dass § 172 Abs. 1 StPO nur den materiell Verletzten meint, OLG Koblenz 5.4.1984 – 1 Ws 224/84 – NJW 1985, 1409; Meyer-Goßner, StPO, 46. Aufl. 2003, § 172 Rn. 9; Peglau, Der Begriff des »Verletzten« i. S. von § 172 Abs. 1 StPO, JA 1999, 55 mit Nachw. auch zur Gegenauffassung, nach der ein Genugtuungsinteresse des Betroffenen ausreichen soll.

V. Ergebnisse

1. Der Arbeitgeber darf im Betriebsratswahlkampf eine Meinung dazu haben, welche Liste im zu wählenden Rat das »Wohl des Betriebes« besser erkennt und mit welchem Betriebsrat er besser wird kooperieren können. Der Arbeitgeber darf diese Meinung auch sagen – im eigenen Betrieb, aber auch gegenüber der örtlichen Presse, im Gespräch mit Anteilseignern und Investoren.

2. § 20 Abs. 2 BetrVG legt dem Arbeitgeber weder ein Schweigegebot noch ein Neutralitätsgebot in der Wahl auf. Das folgt unmittelbar aus dem Wortlaut, der die bloß argumentative Beeinflussung der Wahl gar nicht erfasst. Zudem ist Betriebsratswahlkampf erlaubt und gewollt; die Abwahl eines unfähigen Betriebsrats muss effektiv möglich sein. Die an jedermann gerichtete Norm des § 20 Abs. 2 BetrVG träfe mit einem solchen Schweigegebot alle, auch Kandidaten und Helfer sowie Gewerkschaften.

3. Eine Neutralitätspflicht für den Arbeitgeber, sich aus dem Betriebsratswahlkampf herauszuhalten, enthält das BetrVG auch sonst nicht. Vielmehr folgt aus dem Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit, dass der Arbeitgeber der Belegschaft auch sagen darf, mit wem er sich diese Zusammenarbeit gut vorstellen kann. Man darf dem »betrieblichen Wahlvolk« zutrauen, Äußerungen des Arbeitgebers selbst zu bewerten. Die Betriebsverfassung ist keine notwendig »gegnerfreie« Veranstaltung. Das BetrVG anerkennt mit der Antragsbefugnis zur Wahlanfechtung und zur Auflösung des Betriebsrats, dass der Arbeitgeber ein materielles Interesse an der aus seiner Sicht »richtigen« Zusammensetzung des Betriebsrats haben darf.

4. Eine umfassende Neutralitätspflicht verstieße gegen die Meinungsfreiheit des Arbeitgebers. Die Rechtsprechung des Siebten Senats zur Behinderung der Betriebsratsstätigkeit ist verfassungswidrig und kann nach der Werkszeitungsentscheidung des BVerfG nicht aufrechterhalten werden. Mag die Betriebsverfassung den einseitigen »Herr im Haus«-Standpunkt ablehnen, kann sie umgekehrt dem Arbeitgeber nicht im eigenen Haus einseitig das Wort verbieten. Der Betriebsrat, der keine Kritik verträgt, ja den »Rechtfertigungsdruck« fürchtet, ist darin weder schutzbedürftig noch schutzwürdig. Insbesondere § 86a BetrVG zeigt, dass sich der Betriebsrat wie jedes gewählte Interessenvertretungsorgan der abweichenden kritischen Meinung stellen muss.

5. Selbst wer sich für eine Zurückhaltung des Arbeitgebers im Betriebsratswahlkampf ausspricht, muss anerkennen, dass diese dort endet, wo der Arbeitgeber eigene berechnete Interessen i. S. v. § 193 StGB geltend machen kann. Insbesondere darf der Arbeitgeber auf betriebsöffentliche Angriffe des Betriebsrats antworten, auch wenn Wahlen anstehen; vor allem aber muss der Arbeitgeber aus seiner Sicht standortgefährdende Verhaltensweisen des Betriebsrats auch gegenüber der Belegschaft kritisieren dürfen. Letzteres liegt gerade im Arbeitnehmerinteresse, weil der Betriebsrat für seine »Mana-

gementfehler« ihnen gegenüber auch dann nicht haftet, wenn er grob fahrlässig Arbeitsplatzverluste verursacht.

6. Die von § 20 BetrVG verbotene »Beeinflussung« des Stimm- oder Kandidaturverhaltens durch Nachteilsandrohung oder Vorteilsversprechen verbietet erstens nicht bloße Prognosen des Arbeitgebers, welche mittelbaren Folgen eine bestimmte Betriebsratspolitik in der nächsten Amtszeit haben wird. Sie verbietet aber richtigerweise auch nicht die Ankündigung des Arbeitgebers, wie er – nicht auf ein konkretes Stimmverhalten oder den Wahlausgang an sich, wohl aber – auf eine bestimmte Betriebsratspolitik seinerseits reagieren wird. Denn § 20 Abs. 2 BetrVG erfordert bei solchen bloß mittelbaren Folgen und ihrem »In-Aussicht-Stellen« ein spezifisches Rechtswidrigkeitsurteil der Zweck-Mittel-Relation (wie bei § 123 BGB).

7. Die Strafvorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 BetrVG ist gegenüber bloßen Meinungsäußerungen ein (richtigerweise) stumpfes Schwert: Sie setzt als Erfolgsdelikt voraus, dass durch die Tathandlung das Wahlergebnis beeinflusst worden ist, dass also die Betriebsratswahl ohne die Beeinflussung anders ausgefallen wäre. Das schließt praktisch – und richtigerweise – die Strafbarkeit von allgemeinen Meinungsbekundungen aus und beschränkt den Tatbestand auf die konkrete Einflussnahme von Individuen. Eine etwaige Neutralitätspflicht des Arbeitgebers ist nicht strafbewehrt. Schwierigkeiten macht bei Meinungsäußerungen auch der erforderliche Vorsatz, weil der seine Meinung im Wahlkampf äuernde Arbeitgeber die eigene Äußerung regelmäßig für erlaubt hält. Schließlich scheitert eine Bestrafung häufig am unwirksamen Strafantrag.