

## Strafrecht

### 1 Untreue durch Zahlung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Vergütung an Betriebsratsmitglieder

StGB §§ 266 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alt.; BetrVG 119 Abs. 1 Nr. 3, EBRG §§ 42, 44 Abs. 1 Nr. 2

Eine über das Entgeltausfallsprinzip nach § 37 Abs. 2 BetrVG überschießende Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern als Gegenleistung für ihre Amtsführung stellt eine strafbare Begünstigung nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG und eine Untreue nach § 266 StGB zum Nachteil des Unternehmens dar.

(Leitsatz der Redaktion)

LG Braunschweig, Urt. v. 25. 1. 2007 – 6 KLS 48/06<sup>1</sup>

#### Zum Sachverhalt:

Der Angeklagte H., Arbeitsdirektor bei der V-AG, hatte beruflich seit 1993 mit dem gesondert verfolgten Dr. V., einem seit 1978 freigestellten Betriebsrat zu tun. Dr. V. wurde 1990 zum Konzern- und Gesamtbetriebsratsvorsitzenden, 1992 zum Europäischen Betriebsratsvorsitzenden und 1999 zum Weltbetriebsratsvorsitzenden gewählt. Als sich 1993 herausstellte, dass das neue Vorstandsmitglied L. seine Mitarbeiter deutlich besser bezahlte als vergleichbare Führungskräfte der V-AG, trat Dr. V. 1994 an den Angeklagten heran und forderte eine bessere Bezahlung der übrigen Führungskräfte und für sich selbst. Während eine generelle Regelung abgelehnt wurde, beschlossen der Angeklagte sowie die Vorstände Dr. P. und Dr. N., das Gehalt von Dr. V. zu verbessern und ihm weitere Vergünstigungen (First-Class-Flüge, Parkplatz neben dem Vorstand, so genannte Vertrauensspesen) zukommen zu lassen. Die Ausführung sollte der Angeklagte in eigener Verantwortung übernehmen. Über diese Vereinbarung hinaus kam es zwischen den Jahren 1994 und 2004 zur Auszahlung von nicht durch die Vorstände Dr. P. und Dr. N. genehmigter Sonderboni in Höhe von insgesamt 1.950.660 Euro brutto (839.005 Euro netto) aus einem so genannten Sonderbonustopf, aus dem Mitarbeiter für außergewöhnliche Leistungen bezahlt werden konnten. Dadurch wollte er sich Dr. V. geneigt machen. So unterstützte er auch den Ausgleich von Dienstleistungsrechnungen für die brasilianische Geliebte von Dr. V. Die Bezahlung der ihm persönlich übergebenen Rechnungen wickelte der Angeklagte über eine ausschließlich seiner Kontrolle unterliegende Kostenstelle (1860) ab. Zwischen Oktober 2000 und Dezember 2004 kam es so zu Zahlungen von ca. 400.000 Euro. Schließlich genehmigte er auch die Reisen von Dr. V. zu seiner Geliebten über die gleiche Kostenstelle des Betriebsrates. Sämtliche Privatkosten von Dr. V. in Höhe von 198.126,29 Euro sind ihm so von der V-AG erstattet worden. Das LG hat den geständigen Angeklagten wegen Untreue mit Begünstigung eines Mitgliedes des Betriebsrates sowie eines Mitgliedes eines europäischen Betriebsrates zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und einer Gesamtgeldstrafe von 360 Tagessätzen verurteilt, die Vollstreckung der Freiheitsstrafe wurde zur Bewährung ausgesetzt.

#### Aus den Gründen:

Nach den zugrunde liegenden Feststellungen ist der Angeklagte bei den Taten 2–21 der Untreue gem. § 266 StGB

<sup>1</sup> Das vollständige Urteil ist abrufbar unter BeckRS 2007, 16961 (m. Anm. Rettenmaier, FD-StrafR 2007, 246673).

schuldig. Bei Tat 1 liegt Untreue im besonders schweren Fall nach § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB vor. Darüber hinaus sind jeweils tateinheitlich die Tatbestände der Begünstigung eines Mitglieds des Betriebsrats nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG und der Begünstigung eines Mitglieds eines europäischen Betriebsrats nach §§ 42 Nr. 3, 44 Abs. 1 Nr. 2 EBRG erfüllt. Hinsichtlich der Taten 2–11 ist insoweit jedoch Verfolgungsverjährung eingetreten; daher beschränkt sich die Verurteilung insoweit auf die Taten 1 und 12–21. Die Taten 1–21 stehen jeweils im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander.

1. Durch die Sonderbonuszahlungen (Tat 1), die Quartalszahlungen an Frau Ba. (Taten 2–20) und die Zahlungen betriebsfremder Ausgaben für Dr. V. und Frau Ba. (Tat 21) hat der Angeklagte jeweils den Missbrauchstatbestand des § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB erfüllt.

Als Personalvorstand der V-AG hatte der Angeklagte eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Vermögen der V-AG. Vorstände einer Aktiengesellschaft trifft nach §§ 76 ff. AktG eine umfassende Pflicht, das ihnen anvertraute Vermögen der Gesellschaft zu betreuen. Bei allen ihren Entscheidungen müssen sie stets zum Wohle der Gesellschaft handeln, insbesondere deren Vorteil wahren und Nachteile von ihr abwenden. Es ist daher anerkannt, dass Vorstandsmitglieder einer Gesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB trifft.<sup>2</sup>

Diese Vermögensbetreuungspflicht hat der Angeklagte durch die Zahlungen an den Gesamtbetriebsratsvorsitzenden Dr. V. und dessen Freundin Frau Ba. sowie durch die Übernahme betriebsfremder Kosten verletzt. Dr. V. standen die Sonderbonuszahlungen weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus sonstigen Gesichtspunkten zu. Die tatsächliche Möglichkeit zur Zahlung eines Sonderbonus hatte der Angeklagte dadurch, dass er einen bestimmten Prozentsatz des ihm anvertrauten Bonustopfes selbstständig verwalten konnte. Mit dieser Rechtsmacht verbunden war jedoch die Verantwortung, Sonderbonuszahlungen als Belohnung nur für diejenigen Mitarbeiter zu leisten, die außergewöhnliche Leistungen erbracht hatten. Hier diente die Erbringung der Sonderbonuszahlungen aber nicht dazu, einzelne außergewöhnliche Leistungen von Dr. V. zu honorieren. Es liegen bereits keine Anhaltspunkte für derartige außergewöhnliche Leistungen vor. Die Wahl von Dr. V. zum Europäischen Betriebsratsvorsitzenden 1992 und zum Weltbetriebsratsvorsitzenden 1999 kann schon vom zeitlichen Zusammenhang her keinen Anlass dafür geben, die damit erhöhte Verantwortung durch einen Sonderbonus abzugelten. Tatsächlich diente die vom Angeklagten vorgenommene jährliche Zahlung eines Sonderbonus dem alleinigen Zweck, das Gehalt von Dr. V. auf das Niveau der ersten Berichtsebene unter dem Markenvorstand anzuheben. Nach der Vereinbarung über die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern war die Eingruppierung und Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern aber nicht allein vom Angeklagten zu entscheiden, sondern Sache der damit befassten Kommission. Aufgrund der Entscheidung der Kommission war Dr. V. aber nur in die zweithöchste Gehaltsgruppe mit dem dazu vorgesehenen Bonusrahmen eingruppiert worden und dementsprechend zu bezahlen.

Mit seiner Entscheidung, über Sonderbonuszahlungen das Gehalt von Dr. V. gegen den Kommissionsentscheid auf die 1. Berichtsebene anzuheben, hat der Angeklagte auch gegen seine gegenüber der V-AG bestehende Ver-

pflichtung verstoßen, bei seiner Tätigkeit als Vorstandsmitglied bestehende Gesetze einzuhalten. Die Zahlungen dienten allein dem Zweck, Dr. V. in seiner Funktion als Betriebsratsvorsitzenden besser zu stellen. Sie erfolgten ausschließlich um dieser Tätigkeit willen, so dass sowohl die Strafvorschrift des § 119 Nr. 3 BetrVG als auch die §§ 42 Nr. 3, 44 Abs. 1 Nr. 2 EBRG verletzt sind, die eine Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern bzw. Mitgliedern eines Europäischen Betriebsrats untersagen. Der Tatbestand der Begünstigung eines Mitglieds eines Betriebsrats ist dann erfüllt, wenn Mitglieder der betriebsverfassungsrechtlichen Organe um ihrer Amtstätigkeit willen begünstigt werden.<sup>3</sup> Der Angeklagte hat daher durch die Sonderbonuszahlungen die ihm intern eingeräumte Rechtsmacht gegenüber der V-AG missbraucht.

Dasselbe gilt für die Quartalszahlungen an Frau Ba. sowie die Übernahme dienstfremder Kosten für Dr. V. und Frau Ba. Auch auf diese, ausschließlich privat veranlassenen Leistungen hatten ersichtlich weder Frau Ba. noch Dr. V. einen Anspruch, so dass der Angeklagte die Zahlungen ohne rechtliche Verpflichtung der V-AG erbracht hat. Auch durch diese Zahlungen, die wiederum ausschließlich der Begünstigung des Betriebsratsvorsitzenden dienten, hat der Angeklagte seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt.

Durch sämtliche Zahlungen ist das Vermögen der V-AG vermindert worden. Somit ist für das vom Angeklagten zu betreuende Vermögen auch ein Vermögensnachteil eingetreten, da den Zahlungen keine den Schaden ausgleichende Leistung gegenüberstand. Unter Nachteil ist jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen, wobei die Vermögensminderung nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung – Vergleich des Vermögensstandes vor und nach der treuwidrigen Handlung – festzustellen ist.<sup>4</sup> Zur Feststellung eines Nachteils sind grundsätzlich die Leistung und eine eventuell empfangene Gegenleistung im Wege einer Gesamtbetrachtung zu gewichten.<sup>5</sup> Nach maßgeblicher wirtschaftlicher Betrachtungsweise gehört zum Vermögen dabei alles, was in Geldwert messbar ist. Zu berücksichtigen ist jeder Vorteil, der durch die pflichtwidrige Handlung erzielt worden ist.<sup>6</sup> Es kann dabei auch auf einen wirtschaftlichen, vernünftigen Gesamtplan abzustellen sein, wenn dieser auf einen einheitlichen Erfolg angelegt ist und sich der Erfolg eventuell erst nach einem Durchgangsstadium einstellt.<sup>7</sup> Ein gleichzeitig mit dem Schaden vorliegender und diesen ausgleichender Vorteil ist aber nur dann gegeben, wenn nicht nur eine Chance auf Vermögenszuwachs, sondern eine begründete Aussicht hierfür besteht.<sup>8</sup>

Auch wenn der Angeklagte – wie er selbst angegeben hat – sich mit den Zahlungen das Wohlwollen von Dr. V. als Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrates erhalten wollte, fehlt es nach den dargestellten Kriterien hier an einem durch die Taten entstandenen Vorteil, der im Wege der Kompensation zu einem Wegfall des Schadens führen könnte. Zur Überzeugung der Kammer hat der Angeklagte zwar auch gehofft, dass die Zahlungen letztlich der V-AG zu Gute kommen würden und daher in deren Interesse standen. Diese reine, nicht auf konkreten Absprachen

3 ErfurtKomm/ArbeitsR-Kania, 7. Aufl., § 119 Rn. 4.

4 BGH NStZ 2001, 248 ff.; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 StGB Rn. 40.

5 BGH NJW 2001, 2411 ff.

6 BGH NJW 1975, 1234, 1235.

7 BGH NJW 2002, 1211 ff. für den Fall einer Sanierung.

8 BGH NStZ 1997, 543; NStZ-RR 2002, 237, 238.

2 BGH NJW 1988, 2483, 2485; Tröndle/Fischer, § 266 StGB Rn. 36.

beruhende Hoffnung stellt aber nur eine vage Chance, nicht dagegen bereits eine begründete Aussicht auf einen Vermögensvorteil dar. Da Schutzgut der Untreue das Vermögen ist, muss ein Vorteil, mit dem auf Grund ungerechtfertigter Zahlungen eingetretene Vermögenseinbußen durch eine erhaltene Gegenleistung kompensiert werden können, nach wirtschaftlichen Maßstäben hinreichend konkret beurteilbar sein. Daran fehlt es aber, wenn – wie hier – mit der Weggabe von Vermögensgegenständen lediglich das abstrakte Wohlwollen eines wichtigen Entscheidungsträgers erkaufte werden soll. Für einen hinreichend messbaren wirtschaftlichen Vorteil hätte es konkreter Entscheidungen von Dr. V. bedurft, die für das Unternehmen von wirtschaftlicher Bedeutung waren und von Dr. V. ausschließlich auf Grund der ungerechtfertigt erhaltenen Zahlungen/Vergünstigungen in dieser Art und Weise getroffen worden sind, zumal Dr. V. zwar jeweils als Vorsitzender eines Gesamtgremiums eine große Bedeutung hatte, aber regelmäßig nicht zur alleinigen Entscheidung berufen war. Insgesamt stellt sich das mit den Zahlungen vom Angeklagten erstrebte Wohlwollen daher zwar als Erleichterung des gegenseitigen Miteinanders – auch für den Angeklagten selbst – nicht aber als konkret messbarer wirtschaftlicher Vorteil für das von ihm zu betreuende Vermögen der V-AG dar.

Der Angeklagte handelte auch vorsätzlich, da er wusste, dass für die Zahlungen kein Rechtsgrund bestand. Das Handeln des Angeklagten war zwar von der Vorstellung geprägt, dem von ihm wohlverstandenen Interesse des Unternehmens zu dienen. Der Untreuevorsatz entfällt aber nicht dadurch, dass der Inhaber der Vermögensbetreuungspflicht das Interesse des Geschäftsherrn nach seinem eigenen Gutdünken bestimmt, da dem Täter eine willkürliche eigene Zwecksetzung nach dem das Treueverhältnis begründenden Rechtsverhältnis – hier dem Anstellungsvertrag mit der V-AG – gerade verboten ist.<sup>9</sup> Klar war dem Angeklagten als Personalvorstand auch, dass sein Handeln den Straftatbestand der Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds erfüllte und allein dadurch nicht im tatsächlichen Interesse der V-AG liegen konnte. Ausschlaggebend ist daher allein, dass der Angeklagte die durch die ungerechtfertigten Zahlungen eintretende Vermögenseinbuße klar erkannte und sie lediglich in der Hoffnung in Kauf genommen hat, dass durch das Wohlwollen des Gesamtbetriebsratsvorsitzenden der V-AG insgesamt ein Vorteil entstünde. Dass der Angeklagte auch selbst von der Unrechtmäßigkeit seiner Handlungen und der Pflichtwidrigkeit ausgegangen ist, ergibt sich einerseits aus seinem glaubhaften Geständnis, andererseits aber auch aus der jeweiligen Verschleierung der Zahlungswege und dem Auftrag an den Zeugen Ho., die Zahlungen vertraulich zu behandeln.

## Anmerkung:

### 1. Betriebsratsamt als unentgeltliches (!) Ehrenamt

Mitbestimmungsfilz ist nicht nur als krasser Verstoß gegen Prinzipien guter Unternehmensführung unerwünscht, sondern strafbar. Und das ist gut so! Das LG Braunschweig hat erstmals die strafrechtlichen Konsequenzen gezogen und den ehemaligen Arbeitsdirektor der Volkswagen AG wegen „Untreue in Tateinheit mit Begünstigung eines Mitglieds des Betriebsrats sowie eines Mit-

glieds eines europäischen Betriebsrats“ verurteilt. Die Öffentlichkeit wird durch die erotischen Eskapaden dieses Falles irregeleitet. Das Zentralproblem liegt in der Vergütung selbst, wie auch diese Entscheidung deutlich macht.

Betriebsverfassungsrechtlich ist das ganz einfach: Das Betriebsratsamt ist ein unentgeltliches Ehrenamt, § 37 Abs. 1 BetrVG. Damit ist jede Bezahlung der Betriebsräte für ihre Amtsführung eine verbotene betriebsverfassungswidrige Begünstigung, § 78 Satz 2 BetrVG – und als solche zugleich strafbar nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Für die Mitglieder des Europäischen und des SE-Betriebsrates gilt das ebenso, §§ 40 Abs. 1, 44 Abs. 1 Nr. 2 EBRG und §§ 42, 44 Nr. 3, 45 Abs. 2 Nr. 3 SEBG.

Vergütungssysteme gerade für Betriebsräte, die deren „Arbeitsleistung“ bewerten, sind schlechterdings unzulässig. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob das Betriebsratsmitglied freigestellt ist oder nicht. Das BetrVG ordnet eine „Ehrenamtsbezahlung“ nach dem Entgeltausfallsprinzip an: Das Betriebsratsmitglied ist für seine Amtstätigkeit so zu bezahlen, als wenn es seiner regulären Arbeit nachgegangen wäre. Der gelernte Schmied Dr. V. hätte nur so vergütet werden dürfen, als wenn er seiner ursprünglichen Tätigkeit in der Fahrzeugherstellung weiter nachgegangen wäre. Langjährig freigestellte Betriebsratsmitglieder durchlaufen eine hypothetische berufliche Entwicklung – freilich nicht im Wege willkürlicher Simulation, sondern durch den objektivierten Maßstab der feststellbaren betriebsüblichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer, § 37 Abs. 4 BetrVG.<sup>10</sup> Das LG hätte also fragen müssen, welche betriebliche Position Dr. V. zum Zeitpunkt seiner ersten Wahl in den Betriebsrat innehatte, welche Arbeitnehmer ihm damals nach fachlicher und persönlicher Qualifikationen sowie Leistung vergleichbar gewesen sind, wie sich jene in der Zwischenzeit beruflich entwickelt haben und ob dies als betriebsübliche Entwicklung auf das Betriebsratsmitglied Volkert übertragbar gewesen ist.<sup>11</sup>

Wegen der Unentgeltlichkeit des Ehrenamtes dürfen Leistungen als Betriebsratsmitglied von vornherein nicht in Betracht gezogen werden!

Das Urteil des Landgerichts enthält hierzu keine Feststellungen. Das liegt daran, dass das LG im Ausgang das VW-System der Betriebsratsbezahlung nach den Festsetzungen einer paritätischen Kommission akzeptiert hat. Jene Kommission hat Dr. V. ab Oktober 1991 in die damals zweithöchste Gehaltsgruppe für das Management unterhalb des Vorstands eingestuft – mit (umgerechnet) 113.639 Euro. Beanstandet hat das LG nur die überschießende Gier des Dr. V. nach Geld und Frauen. Indes: Das Betriebsratsbezahlsystem von VW ist nach § 134 BGB nichtig, weil es entgegen dem gesetzlichen Verbot der §§ 78 Satz 2, 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ein entgeltliches Betriebsratsamt schafft.<sup>12</sup> 113.000 Euro übersteigt die pekuniären Entwicklungsmöglichkeiten eines Schmiedes in der Automobilindustrie erheblich. Das wird auch für die derzeit amtierenden Betriebsratsmitglieder noch zum Problem, soweit diese nach dem Kommissionsmodell vergütet werden.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 18. 10. 2006 – 2 StR 499/05; Tröndle/Fischer, § 266 StGB Rn. 46.

<sup>10</sup> BAG AP Nr. 142 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 2001 Nr. 5 = NZA 2006, 448; BAG AuA 2005, 436.

<sup>11</sup> Dazu Hennecke, RdA 1986, 242; vgl. auch Schnellenbach, ZfPR 2002, 51, 56.

<sup>12</sup> Vgl. BAG v. 12. 11. 1997 – 7 AZR 563/93 – n.v.: keine betriebliche Übung zugunsten der Betriebsratsmitglieder; LAG Köln DB 1985, 394; Farthmann, in: FS Stahlhacke (1995) S. 115, 119.

## 2. Verkanntes Strafbarkeitsrisiko

Diese Restriktionen werden in nicht wenigen Großbetrieben missachtet: Praktiziert wird vielfach eine Bezahlung nach Augenhöhe (Hay-System). Das ist bislang nicht weiter aufgefallen, weil der Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ein Antragsdelikt ist und die Antragsberechtigten (Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft) typischerweise in den Filz verweben sind. Auch betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen nach § 23 Abs. 1 BetrVG hängen von einem entsprechenden Antrag ab. Im Normalfall kommt es also nicht zur betriebsverfassungsrechtlichen Ahndung.

So hat ein Teil der Unternehmen mit ihren Betriebsräten ein Vergütungssystem am Gesetz vorbei entwickelt. Ruhig schlafen können die Betroffenen indes nicht mehr. Für strafrechtliche Ahndung sorgen zwei erhebliche Verschärfungen:

## 3. Steuerhinterziehung

Der erste Fallstrick eines Vergütungssystems für Betriebsräte findet sich im Steuerrecht. § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 1 EStG untersagt den Betriebsausgabenabzug für rechtswidrige Zuwendungen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen. Zuwendungen an Betriebsräte, die über das Entgeltausfallprinzip hinausgehen, erfüllen objektiv den Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG und sind rechtswidrig. Für das steuerrechtliche Abzugsverbot kommt es weder auf den subjektiven Tatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG an, noch auf das Strafantragserfordernis. Das heißt: Arbeitgeber, die Gelder für strafbare Betriebsratsbegünstigungen als Betriebsausgaben steuermindernd in Ansatz bringen, machen den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige Angaben und sind damit wegen Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO strafbar.<sup>13</sup> Die begünstigten Betriebsratsmitglieder machen sich der Beihilfe gem. § 369 Abs. 2 AO i. V. m. den allgemeinen Vorschriften des StGB strafbar, wenn sie die Steuerminde- rung durch den Arbeitgeber unterstützen, insbesondere wenn sie Belege über die Zuwendung ausstellen.<sup>14</sup> Diese Tat war bei Hartz offenbar nicht angeklagt.

## 4. Untreue

Mit dem „Mannesmann“-Urteil des BGH<sup>15</sup> ist der Untreuetatbestand des § 266 StGB in das Blickfeld der Ermittlungsbehörden gerückt: Wendet ein Unternehmen einem Dritten einen Vorteil ohne Rechtsgrundlage zu oder ohne einen konkreten Gegenwert, so machen sich die Entscheidungsträger im Unternehmen der Untreue schuldig. Das betrifft gerade die überschießende Betriebsratsvergütung.<sup>16</sup> Das V.-Verteidigungskonzept – er habe dem Unternehmen „Gegenleistungen“ erbracht – ist absurd: Vollkommen richtig stellt das LG Braunschweig heraus, dass das erkaufte Wohlwollen einzelner Betriebsratsmitglieder unbedeutend ist, weil die Betriebsräte als Gremium entscheiden. Mithin müsste der Arbeitgeber das ganze Gremium oder doch die Mehrheit bestechen, um dem Untreuevorwurf zu entkommen. Indes, und das hat das LG Braunschweig übersehen: Der Betriebsrat ist von vornherein auch auf das Wohl des Betriebes verpflichtet, § 2 Abs. 1 BetrVG. Ein Organmitglied, das den Betriebsrat schmiert, erkaufte sich also ein Wohlwollen, auf das es

ohnehin Anspruch hat und das es notfalls über die Einigungsstelle auch durchsetzen kann. Das ist Untreue.

Schließlich weist die Diskussion um Korruption nach § 299 StGB dahin, dass sich Korruptionstäter auch in Ansehung der Untreue nicht darauf berufen können, sie hätten durch die aktive Schmierung rechtswidrige Vorteile zugunsten „ihres“ Unternehmens erkaufte. Dann wäre ein Schmiergeldgeber allenfalls dann zu belangen, wenn sein Korruptionsakt nicht zu dem gewünschten Auftrag führt. So hat der BGH zwar noch im Bundesligaskandal entschieden und gemeint, die Bestechung eines Spielers könne sich mit Blick auf den angestrebten Klassenerhalt amortisieren; es komme darauf an, „ob bei wirtschaftlich vernünftiger, alle bekannten äußeren Umstände berücksichtigender Gesamtbetrachtung die Gefahr eines Verlustgeschäfts wahrscheinlicher ist als die Aussicht auf Gewinnzuwachs.“<sup>17</sup>

Rechtswidrige Vorteile können als Kompensation überhaupt nur berücksichtigt werden, solange die Rechtsprechung auf einen wirtschaftlichen Vermögensbegriff des § 266 StGB fixiert ist. Wendet man sich hingegen mit der Lehre einem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff zu, so scheidet die Kompensation apriorisch aus.<sup>18</sup> Die Frage wird entschärft dadurch, dass Vorteile des Unternehmens von vornherein mit der Verfallsbedrohung des § 73 Abs. 3 StGB versehen sind: Diese Gewinnabschöpfung will doch vermeiden, dass ein Unternehmen aus der rechtswidrigen Tat eines Mitarbeiters Vorteile zieht. Stehen aber solche Vorteile aus einer Bestechung oder Betriebsratsbegünstigung unter Verfallsandrohung, können sie im Rahmen der Untreue schon keine Amortisation bedeuten, weil der die Vermögensschädigung kompensierende Vorteil nicht von Dauer ist.

## 5. Compliance-Fragen und -Konsequenzen

### a) Verantwortungsreichweite

Betriebsratsbegünstigung ist mit Blick auf die doppelte Unternehmensschädigung – materiell durch Belastung mit den Zahlungen und immateriell durch den vom Mitbestimmungsfilz bewirkten Rufschaden – ein Compliance-Thema: Strafbar macht sich nicht nur der Arbeitsdirektor, der solche Systeme installiert, um eine „geräuschlos-effektive“ Mitbestimmung zu sichern. Strafbar machen sich mit Blick auf die Mauerschützen- und die Lederspray-Entscheidung des BGH alle Vorstands- oder Geschäftsführungsmitglieder kraft ihrer Organisationsherrschaft und der damit einhergehenden Generalverantwortung als mittelbare Täter.<sup>19</sup> Das zeigt, dass der spezifische Compliance-Gedanke der organisatorischen Verantwortung im Strafrecht schon früh als allgemeines Rechtsprinzip erkannt worden ist.

Die Ressortierung der betrieblichen Mitbestimmung bei einem Organmitglied (Arbeitsdirektor) kann die übrigen Organmitglieder nur beschränkt entlasten: Abgesehen davon, dass schon die Steuerhinterziehung an eine steu-

<sup>13</sup> Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758, 768.

<sup>14</sup> Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758, 768.

<sup>15</sup> BGH NJW 2006, 522 = DB 2006, 323; dazu Peltzer, ZIP 2006, 205.

<sup>16</sup> Fischer, BB 2007, 997, 1000.

<sup>17</sup> BGH NJW 1975, 1234; im Ergebnis zustimmend Saliger, JA 2007, 326, 332, der aber mit Recht anmerkt, dass es gerade nicht um ein Risikogeschäft, sondern um pflichtwidriges Verhalten ging. Ähnlich OLG Frankfurt/Main NStZ-RR 2004, 244 für Schmiergeldzahlungen.

<sup>18</sup> Dazu LK-Schünemann, § 266 StGB Rn. 138; weiter Schünemann, NStZ 2006, 196 mit dem Konzept der Ermessensüberschreitung als Untreue; weiter Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 StGB Rn. 39.

<sup>19</sup> BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560; BGHSt 45, 270 = NJW 2000, 443; eingehend Große Vorholt, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 14 ff.

errechtliche Gesamtverantwortung der Geschäftsführung anknüpft (§ 34 AO),<sup>20</sup> betrifft das System der Mitbestimmung nach dem BetrVG grundsätzlich das Unternehmen als Ganzes – der Zustand der betrieblichen Mitbestimmung ist eine Frage der Corporate-Governance,<sup>21</sup> nicht anders als Korruptionsvorwürfe nach § 299 StGB. Das macht zwar den Vorstand nicht für jede mit dem Betriebsrat zu besprechende Einzelfrage gesamtverantwortlich, wohl aber für die Verfasstheit des Systems. Die Rufschädigung der V-AG im Fall Dr. V. belegt den Bezug zum Gesamtunternehmen, das schwere Imageschäden tragen muss.<sup>22</sup>

Unternehmensbedrohend ist zudem die Verfallsdrohung des § 73 Abs. 2 StGB: Offenbart ein Betriebsratsmitglied wie Dr. V. im Rahmen seiner Verteidigungsstrategie, welche konkreten „Gegenleistungen“ erkaufte worden sind, so können solche Vorteile durch Verfallsanordnung abgeschöpft werden. Da der Betriebsrat keine Geldleistungen erbringt, ist ein Wertersatz nach § 73a StGB einzuziehen, der nach § 73b StGB geschätzt wird. Bei Korruptionsdelikten nach § 299 StGB betrifft dies den Gewinn aus dem durch die Schmiergeldzahlung erreichten Geschäft. Für die Betriebsratskorruption kann nichts anderes gelten.

Zudem kann die fehlende Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat zu Sanktionen nach dem Compliance-Tatbestand des § 130 OWiG – insbesondere einer Unternehmensbuße nach § 30 OWiG – führen. Das Verbot der Betriebsratsbegünstigung ist eine unternehmensbezogene Pflicht, ebenso die mittelbar betroffene Steuerpflicht. Die von § 130 OWiG geforderte Aufsicht zur Abwehr von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten obliegt – soweit die Straftaten vom Vorstand oder einzelnen Mitgliedern begangen werden – in der Aktiengesellschaft dem Aufsichtsrat, § 111 Abs. 1 AktG. Dementsprechend kommt auch insoweit eine Ahndung nach §§ 130, 30 OWiG in Betracht. Insoweit ist es irrelevant, dass § 119 BetrVG als Antragsdelikt ausgestaltet ist; die Verletzung der Aufsichtspflicht ist keine akzessorische Tat, sondern eigenständiges Unrecht.

Die Universität Braunschweig muss sich überdies fragen lassen, ob die Verleihung einer Ehrendoktorwürde an den gelehrten Schmied Dr. V. nur wegen seiner „innovativen Amtsführung“<sup>23</sup> nicht auch eine unzulässige und strafbare Betriebsratsbegünstigung ist. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist ein Jedermannsdelikt! Universitäten unterliegen ebenfalls Rechtsbindungen, die durch ein Compliance-System zu sichern sind.

### b) Rückforderungspflicht

Vielfach werden im Unternehmen Verstöße gegen Rechtsvorschriften erst im Zuge eines neuen Compliance-Bewusstseins aufgedeckt. Oft begnügt sich das Unternehmen damit, die Rechtsregeln „in Kraft zu setzen“, also für die Zukunft auf eine den Rechtsregeln entsprechende Handhabung, etwa der Betriebsratsvergütung, zu achten.

Das ist unzureichend. Schon unter Compliance-Aspekten kann es erforderlich sein, Sanktionen gegen Mitarbeiter

und Organmitglieder zu ergreifen, die Straftaten begangen haben. Vor allem aber muss das Unternehmen Forderungen, die aus solchen Rechtsverstößen erwachsen, Beitreiben. Das hat der BGH in der „ARAG-Garmenbeck“-Entscheidung<sup>24</sup> klargestellt. Dort wurde für den Aufsichtsrat eine Pflicht zur Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder postuliert; nichts anderes kann für Forderungen gegen pflichtwidrig handelnde Mitarbeiter und Dritte gelten, die der Vorstand zu verfolgen hat.

Die unzulässige Betriebsratsbegünstigung löst zuerst Ansprüche gegen die betroffenen Betriebsratsmitglieder aus – auf Herausgabe der rechtsgrundlos geleisteten Überzahlung, § 812 BGB. § 817 S. 2 BGB schließt die Kondiktion nicht aus, weil damit die verbotswidrige Begünstigung für die Vergangenheit aufrechterhalten bliebe.<sup>25</sup> Daneben hat das Unternehmen Schadensersatzansprüche gegen seine Organmitglieder aus § 93 Abs. 2 AktG und gegen das Betriebsratsmitglied aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB. Schadenssteigernd wirkt sich dabei aus, dass das Unternehmen wegen der Steuerhinterziehung Steuernachforderungen nebst Hinterziehungszinsen ausgesetzt ist.

Auch schadensersatzrechtlich können die Nachteile aus der Zahlung an Betriebsräte nicht durch entsprechende Vorteile zugunsten des Unternehmens kompensiert werden. Im Zivilrecht gilt immer schon ein wertend-normativer Schadensbegriff: Die Vorteilsausgleichung muss dem Geschädigten zumutbar sein, dem Zweck des Schadensersatzanspruchs entsprechen und darf den Schädiger nicht unbillig entlasten. Dass sich eine Pflichtverletzung zu Lasten des Unternehmens gelohnt hat, ist nicht zu berücksichtigen, wenn die Pflichtverletzung in der Anmaßung von Entscheidungsspielräumen, also in einer Kompetenzüberschreitung zu sehen ist. Eben deshalb hat das OLG München im Fall einer pflichtwidrig veranlassten Unternehmensbeteiligung eine Vorteilsausgleichung abgelehnt.<sup>26</sup>

Verfolgt das Unternehmen diese Ansprüche nicht, liegt darin eine weitere Untreue der Verantwortlichen!

## 6. Reformbedarf

Die rigide strafrechtliche Verantwortlichkeit lenkt den Blick darauf, dass das Ehrenamtsprinzip in Großunternehmen insoweit überholt ist, dass herausragende Betriebsratsfunktionäre längst hauptberuflich arbeiten,<sup>27</sup> über mehrere Amtsperioden freigestellt sind und die Interessenvertretung in einer komplexeren Wirtschaft ganz andere Anforderungen stellt, als dies bei der Ehrenamtskonzeption des BetrVG abzusehen war. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des Unternehmens werden so bezahlt wie Anteilseignervertreter.

Die Corporate Governance verlangt nach Professionalität und dies gilt gerade auch für die betriebliche Mitbestimmung.<sup>28</sup> In der Kommunalverfassung ist das Ehren-

20 Dazu *Große Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 50 ff.

21 Dazu *Rieble*, in: *Rieble/Junker* (Hrsg.), Unternehmensführung und Mitbestimmung, ZAAR-Schriftenreihe, Band 10 (erscheint demnächst).

22 Auch hierzu *Große Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 54 ff. und Rn. 67 ff. m.w.N.

23 [www.uni-protokolle.de/nachrichten/id/2944/](http://www.uni-protokolle.de/nachrichten/id/2944/) (abgerufen am 13. 11. 2007).

24 *BGH NJW* 1997, 1926; dazu *Paefgen*, AG 2004, 245, 247 ff. und *Große/Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 496 ff.

25 *GK-BetrVG/Weber*, 8. Aufl. 2005, § 37 Rn. 15 m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

26 *OLG München NZG* 2000 unter 5.b) aa) der Gründe; weiter *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 152.

27 Näher *Franzen*, Professionalisierung der Betriebsratsarbeit – Abschied vom Ehrenamt? ZAAR-Schriftenreihe, Band 10 (erscheint demnächst); so schon *Farthmann*, FS Stahlhacke (1995), S. 115, 126.

28 Näher *Rieble*, Führungsrolle des Betriebsrats und Corporate Governance, ZAAR-Schriftenreihe, Band 10 (erscheint demnächst); allgemein *von Werder*, AG 2004, 166 ff.; *Kirchner*, AG 2004, 197,

amtsprinzip nur für kleine Gemeinden vorgegeben; Großstädte werden professionell (bezahlt) regiert. Dementsprechend muss das Ehrenamtsprinzip auf den Prüfstand – und sinnvollerweise durch eine Öffnungsklausel „entschärft“ werden.<sup>29</sup> Korrespondierend muss der „echten“ Betriebsratsbestechung begegnet werden, durch Verschärfung des Straftatbestandes in § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG – durch Strafmaßerhöhung und Entfall des Strafantragserfordernisses, am allerbesten dadurch, dass die Tat zum Korruptionstatbestand des § 299 StGB gezogen wird. Außerdem sind die vereinbarten Betriebsratsentgelte zu veröffentlichen – nach dem Vorbild der vorbildlichen BASF!<sup>30</sup>

*Prof. Dr. Volker Rieble, München* ■