



4/2008

S. 121–160
1. Jahrgang
15. Juli 2008

Herausgegeben von: RA Dr. Axel Epe, Prof. Dr. Holger Fleischer, Dipl.-Kfm., LL.M., VorsRiBGH Prof. Dr. Wulf Goette, RA Dr. Christoph E. Hauschka, RA Prof. Dr. Thomas Klindt, RA Dr. Thomas Lösler, RA Dr. Stephan Mechnig-Giordano, M.C.J., RA Dr. Reinhard Preusche, Prof. Dr. Volker Rieble, Prof. Dr. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Gerald Spindler, Dipl.-Oec., RA Dr. Sven Thomas, RA Michael Volz, LL.M., in Kooperation mit dem Netzwerk Compliance e.V.

Schriftleitung: RA Dr. Michael Pant
Pant Legal Rechtsanwälte, Schumannstraße 62, 60325 Frankfurt am Main
RA Dr. Christoph E. Hauschka
PricewaterhouseCoopers AG, Elsenheimerstraße 33, 80687 München

Aufsätze

Professor Dr. Volker Rieble, München* Gewerkschaftsbestechung?

Arbeitsstrafrecht ist en vogue. Im kollektiven Arbeitsrecht gilt vielen die Rechtsordnung als lästiges Hindernis. Es wird gekungelt – und „politisch“, nicht rechtlich entschieden. Arbeitgeber kommen Betriebsräten und Gewerkschaften gern entgegen, um Unruhe zu vermeiden und ein gewünschtes Ergebnis widerstandsfrei herbeizuführen.

A. Pflege der koalitionspolitischen Landschaft

I. Interesse für geschmierte Betriebsräte

Dass Betriebsräte für „konstruktive Zusammenarbeit“ belohnt werden, ist seit Volkert/Hartz bekannt. Strafrechtlich geht es nicht um Korruption, sondern um Betriebsratsbegünstigung. § 299 StGB ist typischerweise nicht einschlägig, weil der Betriebsrat nicht nach außen am Markt gegenüber potentiellen Vertragspartnern agiert, sondern die interne Arbeitsorganisation steuert. Immerhin: Wenn ausnahmsweise der Betriebsrat über Vertragsverhältnisse mit Kunden oder Lieferanten mitentscheidet und „dafür“ einen Vorteil erhält, kommt echte Korruptionsstrafbarkeit in Betracht.¹ So soll der (ehemalige) Vorsitzende des Gesamtbetriebsrats von Iveco Magirus, Andreas Märkl, dafür bezahlt worden sein, dass er die Betriebliche Altersversorgung auf die Nürnberger Versicherung als Versorgungsträger gelenkt hat; die Staatsanwaltschaft Ulm ermittelt wegen „Bestechlichkeit in besonders schwerem Fall“.²

II. Geschmierte Gewerkschaften?

Ein kaum durchdrungenes Phänomen ist die Gewährung von Vorteilen an Gewerkschaften und ihre Funktionäre – zur Pflege der Arbeitsbeziehungen und der koalitionspolitischen Landschaft. Solches kommt in der Regel nicht

ans Tageslicht, weil Schmierer und Geschmierter in bestem Einvernehmen stehen. Anstößigkeiten der Parteienfinanzierung sind aufgedeckt und aufgearbeitet.³ Geldflüsse an Gewerkschaften und Betriebsräte werden nicht einmal von Transparency International Deutschland behandelt.⁴ Das deutsche Recht kennt keinen Straftatbestand zur Gewerkschaftsbestechung noch explizite Rechtsregeln zur Sanktion. Die UN-Konvention gegen Korruption (*United Nations Convention against Corruption; UNCAC*) vom 31.10.2003⁵ konzentriert sich auf die Bestechung von Amtsträgern.⁶ Doch die Zeiten ändern sich:

- Im Zentrum der Erregung steht die Arbeitsgemeinschaft Unabhängiger (!) Betriebsangehöriger (AUB), deren gewesener Vorsitzender (und frühere Siemens-Betriebsratsvorsitzende) Schelsky von der Siemens AG über „Beratungsverträge“ einen zweistelligen Millionenbetrag erhalten hat, um eine Alternativorganisation zur IG Metall zu etablieren. Gegen ihn wird auf Strafantrag der IG Metall wegen Beihilfe zur Untreue und Betriebsratsbegünstigung ermittelt; Schelsky befindet sich in Untersuchungshaft. Auch ver.di stellte Strafantrag, weil Aldi Nord über Schelsky die AUB unterstützt habe.⁷
- In Deutschland hat ver.di Strafanzeige gegen die ihre Mindestlohnstrategie (vorerst erfolgreich)⁸ unterlaufende „Gewerkschaft der neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ)“ erstattet: Ver.di vermutet, GNBZ sei von Postkonkurrenten finanziert und schließe Gefälligkeitstarifverträge ab. Darin sieht ver.di „Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr“.⁹ Die Staatsanwaltschaft Köln hat das Ermittlungsverfahren eingestellt.¹⁰

* Der Autor ist Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht der Ludwig-Maximilians-Universität und Direktor des ZAAR. Einige Vorüberlegungen hat Verf. in Rechtsgutachten entwickelt. Internetquellen wurden sämtlich im April 2008 abgerufen.

1 Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758, 768.

2 www.ftd.de/unternehmen/industrie/Fiat%20Tochter%20Bestechungsskandal/284822.html.

3 BGHSr 37, 266 = NJW 1991, 1306; BGHSr 34, 272 = NJW 1987, 1274.

4 www.transparency.de.

5 www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention-c.pdf.

6 Zuvor das OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997, www.oecd.org/dataoecd/4/18/38028044.pdf.

7 FAZ vom 8.4.2008, S. 17.

8 VG Berlin, Urt. v. 7.3.2008, Az.: 4 A 439/07.

9 FAZ vom 11.3.2008, S. 15.

10 FAZ vom 12.4.2008, S. 10.

- In Frankreich hat der Präsident des Metallarbeitgeberverbandes UIMM (L'Union des Industries et Métiers de la Métallurgie) Gautier-Sauvagnac aus einer unkontrollierten „Kriegskasse“ bis zu € 20 Mio. an Gewerkschaften bezahlt – „pour fluidifier le dialogue social“.¹¹ Schöner kann man es nicht sagen.
- In der Schweiz wird das Gerücht gestreut, das Friedensabkommen der Metallindustrie¹² sei „erkauft“. Belege gibt es nicht.
- In Deutschland kursieren Vermutungen, kleinere Gewerkschaften, auch des DGB, würden Finanzhilfen ihres Gegenspielers erhalten. Finanzflüsse sollen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien „gestaltet“ werden. Christlichen Gewerkschaften wird vorgeworfen, sie würden Haustarifabschlüsse „verkaufen“.¹³ Beweise fehlen.
- Daneben gibt es einen großen „Graubereich“ von Koppelungs- und Kungelgeschäften: Tarifabschlüsse fallen mitunter günstig aus, wenn Gewerkschaftsvorsitzende zur Wiederwahl anstehen. Umgekehrt gewähren Unternehmen Belegschaften Entgegenkommen, wenn Vorstände vom mitbestimmten Aufsichtsrat wiederberufen werden wollen. Das kann man je nach Sichtweise als „Erpressung“ des Vorstandes oder als „Bestechung“ der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat begreifen. Bei Ausgliederungen bestimmen starke Arbeitnehmervertretungen den Erwerber mit und erhalten dafür belegschaftsnützige Zusagen.

Neben solchen direkten Leistungen (vor allem der Arbeitgeber) an Gewerkschaften und andere Arbeitnehmervereinigungen stehen eine Reihe von mittelbaren Leistungen:

- Die Abführung der Aufsichtsratsantien der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat an die Hans-Böckler-Stiftung des DGB – mit über € 20 Mio. im Jahr.¹⁴
- Die Installation eines closed-shop-Systems in manchen Unternehmen der Automobilindustrie, insbesondere bei Volkswagen:¹⁵ Der Betriebsrat stellt im Gespräch mit dem Bewerber klar, dass der Betriebsrat der Einstellung nur nach Beitritt zur IG Metall zustimmt (woraus sensationelle Organisationsgrade von 97 % resultieren). Mit der Duldung und aktiven Unterstützung treibt der Arbeitgeber der Gewerkschaft Vollbeitragszahler in die Arme.
- Mitunter werden – insbesondere im öffentlichen Dienst – Streikzeiten vom Arbeitgeber nicht ausgebucht. Streikende erhalten für Streikzeiten ohne Rechtsgrund Entgelt, was die Gewerkschaft vom Streikgeld entlastet.
- Die Übernahme des Beitragsinkasso durch den Arbeitgeber, der die Gewerkschaftsbeiträge vom Lohn abzieht und an die Gewerkschaft überweist. Mitunter wird das kombiniert mit Sondervorteilen für Gewerkschaftsmitglieder: Der Arbeitgeber übernimmt einen Beitragsteil.
- Die bezahlte Freistellung der gewerkschaftlichen Vertrauensleute im Betrieb – mit der Folge, dass der Ar-

beitgeber die Gewerkschaftsarbeit finanziert, bei VW etwa 32 bezahlte Vollfreistellungen. Werden politische Mandatsträger freigestellt, gilt das als anrührig.

- Die Versorgung von herausragenden Gewerkschaftern mit Posten – Arbeitsdirektoren in montanmitbestimmten und manchen Automobilunternehmen, aber auch in gemeinsamen Einrichtungen. Besonders prominent: Der transnet-Vorsitzende Hansen wird Arbeitsdirektor der Bahn; je nach Sichtweise entweder korruptive Belohnung für geschmeidige Tarifpolitik oder taktischer Gewerkschaftseinfluss auf die Unternehmenspolitik.
- Der ausdrückliche oder stillschweigende Verzicht auf Sanktionen (Unterlassungsansprüche und Schadensersatz) nach rechtswidrigem Streik.
- Schließlich die Auftragsvergabe von Unternehmen an gewerkschaftsnahe Bildungseinrichtungen und Beschäftigungsgesellschaften (so mypegasus, deren Alleingesellschafter Peter Hunnekuhl zugleich Justitiar der IG-Metall ist),¹⁶ wobei der unbelegte Verdacht geäußert wird, es fänden Rückvergütungen statt. Schulungs- und Beratungsaufträge (in erweiterter Handhabung von § 111 S. 2 BetrVG) an gewerkschaftliche oder gewerkschaftsnahe Unternehmen können zu überhöhten Entgelten oder ganz ohne Leistungserbringung abgerechnet werden.

B. Begrenzte Reichweite des § 299 StGB

I. UWG-Bezug

Neben der hier nicht interessierenden Amtsträgerbestechung ist § 299 StGB der zentrale Bestechungstatbestand. Er verlangt in seiner aktuellen Fassung zwei für unsere Betrachtung entscheidende Tatbestandsmerkmale:

- § 299 StGB schützt nur vor der Korruption zu Lasten von *Unternehmen* („geschäftlicher Betrieb“)¹⁷ und
- nur *im geschäftlichen Verkehr* – also auf dem Markt der Güter und Dienstleistungen („Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen“).¹⁸

Weder die Tätigkeit von Nicht-Unternehmen noch die Tätigkeit von Unternehmen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs sind vor Korruption geschützt.

- Drittes Tatbestandsmerkmal ist die Beeinflussung der Marktentscheidung über „Angestellte und Beauftragte“, also „Agenten“ des Unternehmens als Prinzipal.¹⁹ Wer dem Unternehmen (dem Alleingesellschafter oder dem Einzelkaufmann) selbst einen Vorteil zuwendet, um dessen Marktentscheidung zu beeinflussen, macht sich nicht strafbar,²⁰ ein Prinzipal-Agenten-Konflikt liegt nicht vor. Insofern kann das Geschäft zwar kartellrechtlich als Koppelungsgeschäft zu beanstanden sein – für UWG-Unlauterkeit ist kein Raum.

Die Engführung des Korruptionstatbestandes auf Unternehmen und den Gütermarkt ist misslich, weil der „Verrat“ des geschmierten Agenten am Prinzipal auch bei Nichtunternehmen und auf anderen Märkten grobes und

11 SZ vom 3. 12. 2007, www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/387/146050/.

12 www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D16535.php.

13 „Gekaufte Pseudogewerkschaften“ der Sendung „report“ vom 7. 4. 2008, www.swr.de/report/-/id=233454/nid=233454/did=3220422/1hwd30v/index.html; „Gegendarstellung“ des DHV, www.dhv-cgb.de/dhv_data/news/2008/2866.php.

14 Förderbeiträge 2005/2006 insgesamt € 29,8 Mio.; Jahresbericht S. 10, www.boeckler.de/pdf/pub_jahresbericht_2006.pdf.

15 SZ vom 9./10. 7. 2005: „Götterdämmerung in Wolfsburg“.

16 Die ZEIT vom 12. 10. 2006, www.zeit.de/2006/42/Transfergesellschaft.

17 MünchKommStGB-Diemer/Krick, § 299 Rn. 7.

18 MünchKommStGB-Diemer/Krick, § 299 Rn. 8.

19 Zum Prinzipal-Agenten-Problem: Berle/Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932); Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Aufl. (2003), S. 135 ff., 164.

20 Eingehend Odenthal, *wistra* 2005, 170 ff.; LK-Tiedemann, § 299 StGB, Rn. 13, 15; MünchKommStGB-Diemer/Krick, § 299, Rn. 4; NomosKommStGB-Dannecker, § 299 Rn. 21.

strafwürdiges Unrecht ist. Indes ist Schutzgut des § 299 StGB weder das Vermögen oder die Marktchance des Prinzipals, der durch das Handeln des geschmierten Agenten benachteiligt wird (das schützt die Untreue – unter engeren Voraussetzungen), noch wird das besondere Unrecht des Schmierenden geahndet, der den Agenten zum Treubruch verleitet. Schutzgut der §§ 298, 299 StGB ist der Wettbewerb – genauer: die durch GWB und UWG verfasste Wettbewerbsordnung.²¹ § 299 StGB schützt also den Konkurrenten, der infolge der Schmierung das Nachsehen hat, weil der Schmierende im Wettbewerb „unlauter bevorzugt“ wird. Als Verletzter ist er (neben dem Geschäftsherrn) strafantragsberechtigt nach § 301 Abs. 2 StGB.²² § 299 StGB schützt den „unverfälschten“ Wettbewerb auch institutionell, weswegen die nach dem UWG Verbandsklageberechtigten ebenfalls strafantragsbefugt sind.

Dieser *spezifische und eng geführte Wettbewerbsbezug der Vorschrift* war bis 1997 offenkundig: Der Tatbestand war als § 12 im UWG enthalten – und schützte den unverfälschten lautereren Wettbewerb im Geltungsbereich nur des UWG. Wiewohl die Verlagerung des Tatbestandes in das StGB den systematischen Zusammenhang verschoben hat,²³ ist der Wortlaut doch eindeutig: „Das hiermit erfasste strafbare Handeln bleibt im Grundsatz unverändert.“²⁴ Diese wettbewerbsspezifische Engführung wird auch von der geplanten Neufassung nicht beseitigt: Der Regierungs-„Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption“²⁵ will den Tatbestand gegenständlich nur von „gewerblichen Leistungen“ zu „Dienstleistungen“ ändern – und damit die freien Berufe einbeziehen.²⁶ Daneben und vor allem will sie die Mitarbeiter der betroffenen Unternehmen im Vorfeld pönalisieren („Geschäftsherrenmodell“).²⁷

Also: *Geschütztes Rechtsgut des § 299 StGB ist der Wettbewerb des UWG*. Geschützt wird der Wettbewerb vor dem Korruptionsakt als unlauterem (!) Wettbewerbshandeln (Wertung des UWG)²⁸ – nur so kann die Generalklausel konkretisiert werden. Das UWG ist getragen von einem Leitbild des Leistungs- und Preiswettbewerbs und untersagt den Behinderungswettbewerb. Außerhalb seines Geltungsbereichs vermag das UWG korruptives Wettbewerbshandeln nicht zu untersagen; deswegen kommt auch keine Strafbarkeit nach § 299 StGB in Betracht, so anstößig der Betrachter das finden mag. Eine Ausnahme gilt nur und immerhin für den Wettbewerb im Ausland, § 299 Abs. 3 StGB. Er wird zwar vom räumlichen Geltungsbereich des UWG weithin nicht erfasst;²⁹ doch folgt die (erforderliche) Unlauterkeitswertung klarstellend aus einer gemeinsamen Maßnahme des Rates,³⁰

die mittlerweile durch einen Rahmenbeschluss ersetzt worden ist,³¹ und aus internationalen Rechtsakten gegen Korruption.³² Insofern hat sich die Strafnorm vom UWG bereits gelöst.

II. Konsequenz: kein Korruptionsschutz des Arbeitsmarktes

1. Binnenentscheidungen im Unternehmen

Die Engführung des Tatbestandes auf den Wettbewerb iSd. UWG schließt zuerst unternehmensinterne Vorgänge ohne Marktbezug „nach außen“ aus.³³ Die Bestechung eines Betriebsrats- oder Aufsichtsratsmitgliedes oder eines Gewerkschaftsvertreters für unternehmensinterne Vorgänge (Mitbestimmungsakte, Vorstandsbestellung, Beförderung eines Mitarbeiters ohne externen Konkurrenten) ist von vornherein nicht nach § 299 StGB strafbar.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn Zustimmungskakte nach außen auf den Gütermarkt „durchschlagen“: Wenn es also um Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG geht oder wenn der Betriebsrat faktisch, nicht rechtlich an der Auswahl von Vertragspartnern (Zeitarbeitsunternehmen, Subunternehmer, Betriebserwerber) mitwirkt. § 299 StGB bestraft den tatsächlichen unlauteren Einfluss auf Marktentscheidungen. Das bestochene Betriebsratsmitglied (Fall Magirus)³⁴ kann sich nicht damit herausreden, die Auswahl des Versicherungsunternehmens für die betriebliche Altersversorgung gehöre nicht zu seinen Betriebsratsaufgaben. Betriebsrats- und Aufsichtsratsmitglieder sind „Angestellte oder Beauftragte“ des Unternehmens, weil sie in ihrer Funktion zumindest auch auf das Unternehmensinteresse verpflichtet sind (§ 2 Abs. 1 BetrVG, § 111 AktG).³⁵ Für Gewerkschaftsvertreter lässt sich das nicht sagen, sofern sie für die Gewerkschaft auftreten, etwa in Verhandlungen über Restrukturierungen oder die Auswahl von Subunternehmen (insbesondere Zeitarbeit).³⁶ Das gilt auch dann, wenn die betroffene Person selbst dem Unternehmen angehört: Die koalitionspolitische Betätigung ist vom Arbeitsverhältnis und dem Mitbestimmungsamt unabhängig. Die Betriebsverfassung formuliert die Kompatibilität positiv in §§ 2 Abs. 1 und 3, 74 Abs. 3 BetrVG; das AktG enthält anders als das von 1937 kein Verbot der Arbeitnehmervereinschaft für Anteilseignervertreter.³⁷ Der Gewerkschaftsvertreter, der mit dem Unternehmen aushandelt, dass ein bestimmter Investor zu bestimmten Bedingungen Betriebe erwerben soll, agiert also für die Gewerkschaft und nicht für das Unternehmen.

2. Arbeitsmarktwettbewerb der Arbeitnehmer

Entscheidend wird die Reichweite des Korruptionsverbotes dadurch beschränkt, dass der Arbeitsmarkt selbst

21 LK-Tiedemann, Vor § 298 StGB Rn. 4 ff.

22 LK-Tiedemann, § 301 StGB Rn. 2.

23 Sichtbar noch an § 301 Abs. 2 StGB, der auf das UWG verweist.

24 BGHSt 46, 310, 316 = NJW 2001, 2102, 2107 unter II 1 b der Gründe; LK-Tiedemann, Vor § 298 StGB Rn. 1.

25 BR-DruckS. 548/07, etwa www.brak.de/seiten/pdf/Gesetzesentwurf/2007/GesE_StrafRAendG_10.08.pdf.

26 „Redaktionelle Klarstellung“, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 25.

27 Kritisch www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2007/Scn39.pdf; Römann/Golombek, ZRP 2007, 193, 194.

28 LK-Tiedemann, § 299 StGB Rn. 36 ff.

29 Harte/Henning/Glöckner, Einl. C UWG Rn. 1; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Einl. 5 UWG Rn. 1; Piper/Obly, Einl. A UWG Rn. 79; zum Kollisionsrecht, Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Einl. 5 UWG Rn. 1; Piper/Obly, 4. Aufl. (2006), Einl. B UWG Rn. 14 ff. (Marktortprinzip).

30 Gemeinsame Maßnahme 98/742/JI vom 22. 12. 1998 betreffend die Bestechung im privaten Sektor, ABl. 1998 L 358/2, vgl. BT-Drs. 14/8998, S. 9 f., auch vor Inkrafttreten des § 299 Abs. 3 StGB sehen MünchKommStGB-Diemer/Krick, § 299 StGB Rn. 28; Schönke/Schröder-Heine, § 299 StGB Rn. 2; Walter, wistra 2001,

321, 323 ff. keine Beschränkung des § 299 StGB auf inländische Rechtsgüter; anders Randt, Schmiergeldzahlungen bei Auslandsachverhalten, BB 2000, 1006, 1008 f.

31 Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. 2003 L 192, 54.

32 LK-Tiedemann, Vor § 298 StGB Rn. 2, § 299 StGB Rn. 55.

33 RGSt 66, 380, 384; BGHSt 2, 396, 402 f.; MünchKommStGB-Diemer/Krick, § 299 Rn. 8.

34 www.ftd.de/unternehmen/industrie/Fiat%20Tochter%20Bestechungsskandal/284822.html.

35 Für Aufsichtsratsmitglieder NomosKommStGB-Dannecker, § 299 StGB Rn. 23.

36 Vgl. LK-Tiedemann, § 299 StGB Rn. 14, 17.

37 BT-Drucksache I/3585, S. 19. BGH AP Nr. 1 zu § 96 AktG = NJW 1975, 1657; KölnerKommAktG-Mertens, 2. Aufl. (1996), § 96 Rn. 15.

nicht unter den Geltungsbereich des UWG und damit des § 299 StGB fällt: Auf dem Arbeitsmarkt herrscht zwar Wettbewerb – der Arbeitnehmer um Arbeitsplätze und beruflichen Aufstieg, der Arbeitgeber um Fachkräfte, der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände um Mitglieder und Tariferfolge³⁸ – indes wird dieser Wettbewerb von der Wettbewerbsordnung des UWG (wie des GWB) nicht erfasst. Es fehlt an der zentralen Unlauterkeitswertung – auch und gerade der Korruption. § 299 StGB reicht aber – von Abs. 3 abgesehen – nur so weit, wie die Wettbewerbsordnung des UWG.³⁹ § 299 StGB ist für den deutschen Markt UWG-akzessorisch.

Arbeitnehmer sind keine Unternehmen im Rechtssinne – § 2 Abs. 2 UWG, § 14 BGB⁴⁰ und erbringen keine „gewerblichen Leistungen“ (oder künftig: Dienstleistungen). Zwar verfolgt der „Arbeitskraftunternehmer“ wirtschaftliche Ziele, doch wird er nicht dem Unlauterkeitsregime des UWG unterstellt. Ein Arbeitnehmer, der mit gefälschten Zeugnissen einen Arbeitsplatz erschleicht, wird wettbewerbsmäßig nicht sanktioniert. Die Bestechung des Personalverantwortlichen für einen Arbeitsvertragsschluss ist nicht strafbar nach § 299 StGB.⁴¹ Ein konkurrierender Bewerber hat keine Unterlassungsansprüche nach § 8 UWG, weil er nicht Mitbewerber iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG, sondern sonstiger Marktteilnehmer (Nr. 2) ist.⁴² Er ist nicht „Verletzte“ des § 301 Abs. 2 StGB. Insofern fehlt es für die Strafbarkeit nicht nur am relevanten Markt des UWG, sondern zugleich an der unlauter bewirkten „Bevorzugung“ im Verhältnis zum Wettbewerber.

Das hat auch das *Reichsgericht* (zu § 12 UWG aF.)⁴³ zunächst gesehen, indes gemeint, die Beschäftigung eines Arbeitnehmers sei der gewerblichen Leistung „gleichzusetzen“: „Es ist nicht einzusehen, warum es für die vom Gesetz verfolgten Zwecke einen Unterschied machen soll, ob z.B. ein Fabrikant von einem Schlosser fortlaufend auf Einzelleistungen gewerbliche Leistungen bezieht oder ob er für die gleichen gewerblichen Leistungen einen Schlosser als Fabrikschlosser anstellt“. Von der Strafbarkeit her gesehen hat das RG durchaus Recht. Doch die Methode bedeutet einen heute unzulässigen Analogieschluss. Der Arbeitnehmer erbringt keine selbständigen Leistungen, er ist abhängig beschäftigt.

Das UWG gilt für ihn nicht, gerade wegen seiner Abhängigkeit. Es fehlt am wettbewerbsmäßigen Unwerturteil für das Marktverhalten des Arbeitnehmers. Unrechtmäßig verhält sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber als potentiellen Vertragspartner, aber nicht im Verhältnis zum Konkurrenten. Anders zu entscheiden heißt, dem Arbeitnehmer über § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 299 StGB eben jenen Schadensersatzanspruch zu verschaffen, den ihm das UWG versagt. In der strafrechtlichen Kom-

mentarliteratur wird das selten gesehen⁴⁴ – indes verhält es sich ähnlich wie beim (End-)Verbraucher: Die Bestechung seiner „Beauftragten“ ist straffrei.⁴⁵ Er bezieht zwar Waren und gewerbliche Leistungen, ist aber kein Unternehmen. Der Arbeitgeber als „Abnehmer“ des Arbeitnehmers ist zwar meist ein Unternehmen, die Arbeitsleistung ist aber keine gewerbliche Leistung.⁴⁶

3. Kollektivwettbewerb der Verbände und Gewerkschaften

Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände lassen sich als Unternehmen im ökonomischen Sinne begreifen, die ihren Mitgliedern Leistungen gegen Entgelt erbringen – Rechtsschutz als Quasiversicherung, Tarifvertrag als „Rechtsprodukt“. Indes: Die ganz hM ordnet die Verbände des Arbeitslebens den Idealvereinen zu und spricht ihnen die Unternehmenseigenschaft ab (soweit sie keinen über den Vereinszweck hinausreichende unternehmerische Tätigkeit entfalten).⁴⁷ Zudem ist ihre „kollektive Selbsthilfe“ nicht auf den Absatz oder den Bezug von Waren oder Dienstleistungen gerichtet. Insbesondere ist das UWG auf ihr Geschäftsgebaren – soweit es sich auf die Interessenvertretung der Mitglieder beschränkt – nicht anwendbar. Das ist im Kern einhellige Meinung:

- BAG⁴⁸ und BGH⁴⁹ lehnen es ab, die *Mitgliederwerbung konkurrierender Gewerkschaften* dem UWG zu unterstellen, in den Worten des BGH: „Der Begriff des ‚geschäftlichen Verkehrs‘ wird zwar durchweg weit ausgelegt. Trotzdem wäre es verfehlt, die zum hergebrachten Aufgabenbereich der Gewerkschaft gehörende soziale Betreuung der Mitglieder dem geschäftlichen Verkehr zuzurechnen und damit die auf diese Betreuung bezugnehmende Mitgliederwerbung Wettbewerbsregeln zu unterstellen, die auf die Konkurrenz von Gewerbetreibenden zugeschnitten sind.“
- Auch der koalitionspolitische Meinungskampf ist frei vom UWG – ganz gleich, ob er sich gegen Konkurrenzgewerkschaften oder gegen Unternehmen richtet.⁵⁰
- Selbst in den Marktsegmenten, in denen eine Gewerkschaft in Konkurrenz zu Unternehmen Dienstleistungen anbietet (Unfallversicherungsschutz), spricht der BGH der Gewerkschaft (fälschlich) keine eigene, für das UWG relevante Unternehmenstätigkeit zu – son-

38 Eingehend Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb* (1996), Rn. 426 ff.

39 LK-Tiedemann, § 299 StGB Rn. 29; MünchKomm/StGB-Diemer/Krick, § 299 Rn. 1: „Zusammenhang mit den Regelungen des UWG“.

40 *Harte/Henning/Keller*, UWG § 2 Abs. 2 Rn. 11; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 2 Rn. 88; *Piper/Obly*, § 2 UWG Rn. 103; Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb* (1996), Rn. 429 f. Zur Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers BAG NZA 2004, 597.

41 Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb* (1996), Rn. 430; *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758, 768; vgl. auch BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 18 mit krit. Anm. Löwisch = AP § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 19.

42 *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 2 Rn. 82, § 8 Rn. 3.26 ff; MünchKomm-Veil/Müller, *Lauterkeitsrecht*, § 2 Rn. 192; *Piper/Obly*, § 2 UWG Rn. 87, § 8 UWG Rn. 103.

43 RGSt 56, 249, 250.

44 Richtig MünchKomm/StGB-Diemer/Krick, § 299 Rn. 17: „nicht jedoch Arbeitsleistungen“; NomosKomm/StGB-Dannecker, § 299 Rn. 28 verlangt „selbständige Tätigkeit“, bezieht aber Rn. 54 die Einstellung von Personal mit ein: „gewerbliche Leistung“ sei weit zu verstehen; Schönke/Schröder-Heine, § 299 StGB, Rn. 9, 22 sieht die Herausnahme des Arbeitsmarktes nicht; dem RG folgend LK-Tiedemann, § 299 StGB Rn. 19, 29. Ähnlich Beck'scher Online Kommentar StGB-Momsen: „Erfasst sind bspw. die Einstellung von Personal durch einen Betrieb“, Stand 1. 6. 2007, § 299 Rn. 14.

45 LK-Tiedemann, § 299 StGB Rn. 18: „rein privates Handeln“; Rn. 21: „Ausschluss privaten Verbrauchs“; NomosKomm/StGB-Dannecker, § 299 Rn. 25, 28.

46 Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb* (1996), Rn. 429 f.

47 Dazu allgemein LK-Tiedemann, Vor § 298 StGB Rn. 24; NomosKomm/StGB-Dannecker, § 299 Rn. 24.

48 BAG NZA 2005, 1182; BAG NJW 1969, 861; dazu Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb* (1996), Rn. 512 ff.

49 BGHZ 42, 210, 218 = NJW 1965, 29; Propaganda der GdP gegen die ÖTV; BGH AP Nr. 1 zu § 1004 BGB: „Sabotage“-Vorwurf einer Beamtenkoalition gegen die Postgewerkschaft; allgemein BGH GRUR 1972, 427 [„Mitgliederwerbung“]; BGH WRP 1997, 843 [„Emil-Grünbär-Klub“]; weiter Rieble/Gutzeit, ZfA 2001, 341, 343 ff.

50 BGH AP Nr. 32 zu Art. 9 GG = NJW 1980, 1685 [„Straßen- und Autolobby“]; BGHZ 1, 58 = AP Nr. 7 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit [„Halsabschneider“] für Schmähkritik in einer Gewerkschaftszeitung; dazu Köhler, RdA 1987, 234, 236.

dern sieht ihre Vermittlungstätigkeit (nur) als Teilnahme am fremden Wettbewerb des Versicherers.⁵¹

Für § 299 StGB heißt das: Die Bestechung von Beauftragten oder Angestellten der Gewerkschaft kann strafbar für echte „konsumgenossenschaftliche“ und im Wettbewerb erbrachte Dienstleistungen wie Unfallversicherungsschutz sein. Ihr Koalitionsbetrieb selbst ist kein geschäftlicher Betrieb, weswegen die Korruption insoweit wie bei jedem *Idealverein*⁵² und bei der Sportlerbestechung⁵³ – nach § 299 StGB straflos bleibt. Dementsprechend ist eine Gewerkschaft als solche nicht verbandsklagebefugt nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 UWG; sie muss nach ihrer Satzung zugleich Berufsverband sein.⁵⁴

Wenn also der Arbeitgeber einen Funktionär einer Gewerkschaft „schmiert“, um auf diese Weise einen für das Unternehmen günstigen Tarifabschluss – etwa einen Sanierungstarifvertrag, der Entgelte schmälert oder die Arbeitszeit ohne Entgeltausgleich verlängert – zu sichern, ist er nicht nach § 299 StGB strafbar. Zahlt der Arbeitgeber unmittelbar an die Gewerkschaft, fehlt überdies das Merkmal eines „Angestellten oder Beauftragten“.

Deshalb hat die Staatsanwaltschaft Köln auf Anzeige der Gewerkschaft ver.di richtig das Ermittlungsverfahren eingestellt⁵⁵ – ver.di geht es auch weniger um Bestrafung, als vielmehr darum, dass die Staatsanwaltschaft Beweise ermittelt, mit denen ver.di der GNBZ die Tariffähigkeit aberkennen lassen kann. Die Geschäftsbeziehung zwischen den Unternehmen der PIN-Group, die Zahlungen an die GNBZ geleistet hat, zielt auf die Regelung von Arbeitsbedingungen – keine gewerbliche Leistung. Selbst wenn die Gewerkschaft ein Unternehmen wäre und ihr Tarifgeschäft vom UWG und § 299 StGB erfasst würde, wären Zahlungen an die Gewerkschaft nicht strafbar – weil das Unternehmen selbst nicht bestochen werden kann, sondern nur seine Agenten. Schließlich: Das Tatziel der „Bevorzugung“ im Wettbewerb zielt auf eine horizontale Wettbewerbssituation, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis.⁵⁶ In vielen Branchen steht der Arbeitgeberseite überhaupt nur einer Gewerkschaft „vertikal“ gegenüber, etwa in der Chemischen Industrie. Das heißt:

- Zahlungen von Unternehmen an eine Gewerkschaft können den Tatbestand des § 299 StGB nicht erfüllen: Die Gewerkschaft ist kein Unternehmen; sie agiert nicht auf dem Markt für gewerbliche Leistungen und es wurde keine Beauftragter oder Angestellter geschmiert.
- Zahlungen an die AUB oder ihren Vorsitzenden Schelsky sind kein Fall des § 299 StGB.
- Die Errichtung eines closed-shop bei Volkswagen ist zwar eine gezielte Vorteilsgewährung des Unternehmens an die IG Metall – auch um deren Wohlwollen zu sichern – aber nicht als Bestechung strafbar.

51 BGHZ 110, 156 = AP Nr. 58 zu Art 9 GG; anders für den „konsumgenossenschaftlichen“ Hamburger Volksbühnenverein BGH WuWE BGH 1142 = LM § 22 GWB Nr. 4; dazu Piper, FS von Gamm [1990], S. 147, 149 ff.; Göller, Gewerkschaftliche Gruppenrechtsschutzversicherungen (1993); Vorderwülbecke, Rechtsform der Gewerkschaften und Kontrollbefugnisse des Gewerkschaftsmitglieds (1988), S. 48 ff.

52 Schönke/Schröder-Heine § 299 StGB Rn. 9a; MünchKomm/StGB-Diemer/Krick, § 299 Rn. 7, 8; LK-Tiedemann, Vor § 298 StGB Rn. 24.

53 Für die Spielerbestechung im Profifußball BGH NJW 1975, 1234 = MDR 1975, 591 („Bundesliga-Skandal“).

54 Vgl. LG Berlin Kommunikation & Recht 2007, 588.

55 StA Köln v. 11. 4. 2008 – 114 Js 17/08.

56 LK-Tiedemann, § 299 StGB Rn. 31 ff.; Schönke/Schröder-Heine, § 299 StGB Rn. 23.

C. Arbeitsrechtlicher Korruptionsschutz?

I. Betriebsratsbegünstigung – § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

1. Beschränkter Korruptionsschutz

Einen partiellen arbeitsrechtlichen „Korruptionsschutz“ liefert der Straftatbestand der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern in § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Dort ist jede Benachteiligung und Begünstigung von amtierenden Betriebsratsmitgliedern „um ihrer Tätigkeit willen“ unter Strafe gestellt, durch jedermann, aber vor allem durch den Arbeitgeber, der Betriebsratsmitglieder entgegen dem Ehrenamtsprinzip des § 37 Abs. 1 BetrVG und dem flankierenden Begünstigungsverbot des § 78 „besonders“ vergütet – idR. um deren Wohlwollen zu sichern.⁵⁷ Die Vorschrift weicht mehrfach von § 299 StGB ab:

- Von vornherein ist kein Zusammenhang zur Amtsführung des Betriebsrats erforderlich, also keine Unrechtsvereinbarung. Sanktioniert wird die bloße Begünstigung um des Amtes willen. Insofern ist die Vorschrift einerseits schärfer als § 299 StGB; andererseits wird der spezifische Unrechtsgehalt der gekauften Amtsführung nicht erfasst. Das zeigt sich am geringen Strafmaß: Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe (wie nach § 12 UWG aF).
- Vorteilsgewährung an Dritte ist (wie § 12 UWG aF) anders als in § 299 StGB⁵⁸ nicht genannt. Wird ein Dritter begünstigt, kann das nur geahndet werden, wenn das Betriebsratsmitglied hiervon selbst einen mittelbaren Vorteil⁵⁹ hat – etwa wenn ein Verwandter bevorzugt angestellt wird, das Unternehmen an einen Verein spendet, dem der Betriebsratsvorsitzende vorsitzt.
- Die Vorschrift stellt nicht auf eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb ab – Arbeitgeber und Betriebsrat stehen sich betriebsverfassungsrechtlich ohne Konkurrenz gegenüber und sind aufeinander angewiesen. Wettbewerb ist kein Regulativ der Betriebsverfassung.
- Im Rahmen von § 119 BetrVG kommt es nicht darauf an, ob ein „Beauftragter“ dazu verleitet wird, die Interessen seines Geschäftsherrn zu vernachlässigen. Geschützt wird die ordnungsgemäße Amtsführung des Betriebsrats – im Interesse der schutzbedürftigen Arbeitnehmer. Das ist eine arbeitsrechtliche Besonderheit: Geschützt werden die Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit als „Mandanten“ des Betriebsrats.
- Anders als nach § 299 Abs. 1 StGB ist die Entgegennahme der Zuwendung nicht strafbar. Das Betriebsratsmitglied kann also nur wegen Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) zur Haupttat des Gewährenden bestraft werden und auch nur dann, wenn sein Tatbeitrag die notwendig straflose Teilnahme des bloßen Nehmens übersteigt. Das Betriebsratsmitglied muss also die Zuwendung im weitesten Sinne gefordert haben.
- Schließlich ist die Vorschrift (wie früher §§ 12, 22 UWG) ein reines Antragsdelikt, § 119 Abs. 2 BetrVG, kann also auch in schwersten Fällen (anders als nach § 301 Abs. 1 StGB) nicht von Amts wegen verfolgt werden. Antragsberechtigt sind „nur“ Arbeitgeber, Betriebsrat und die im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Das sind typischerweise die im Mitbestimmungsfilz

57 Rieble, NZA 2008, 276; Fischer, NZA 2007, 484, ders., BB 2007, 997.

58 LK-Tiedemann, § 299 StGB Rn. 25.

59 Vgl. NomosKomm/StGB-Dannecker, § 299 Rn. 41.

verstrickten Beteiligten. Auch die Gewerkschaft ist vielfach jene, auf deren Liste die Betriebsratsmehrheit gewählt worden ist. Indem das BAG die Anforderungen an den betriebsverfassungsrechtlichen Gewerkschaftsbegriff für diese Überwachungsrechte „hochschraubt“ und Tariffähigkeit verlangt, macht es dieses Kontrollinstrument ineffektiv. Das Bundesarbeitsgericht schützt den Mitbestimmungszustand.⁶⁰

Die Vorschrift wirkt dementsprechend kaum. Der Fall Volkert kam wegen der erotischen Eskapaden, nicht aber wegen der unerhört hohen Betriebsratsvergütung vor Gericht.

2. Leistungen an eine Arbeitnehmervereinigung

Der Fall AUB/Schelsky wurde von der IG Metall angezeigt – weil es um einen der seltenen Fälle kollektivarbeitsrechtlicher Konkurrenz gegangen ist. Indes scheinen Staatsanwaltschaft und Justiz die Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG vorschnell zu bejahen: Die Siemens AG und Aldi haben Zahlungen nicht an ein amtierendes Betriebsratsmitglied geleistet, sondern an den Vorsitzenden einer Arbeitnehmervereinigung. Solange nicht eine gezielte „Durchleitung“ der Zahlungen an der AUB angehörende Betriebsratsmitglieder erfolgt ist (der Empfänger Schelsky also bloße Zahlstelle gewesen ist), ist es schwer möglich, Leistungen an eine Arbeitnehmervereinigung oder ihren Vorsitzenden als Betriebsratsbegünstigung iSv. § 119 Abs. 1 Nr. 3 zu werten. Worin liegt der Vorteil des einzelnen Betriebsratsmitglieds?

Die AUB als „Betriebsräteorganisation“ aufzufassen und damit die finanziellen Gaben als Wahlbeeinflussung nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu bestrafen, ist gleichfalls kaum möglich: Die AUB ist als (nicht-tariffähige) Koalition iSv. Art. 9 Abs. 3 GG konzipiert. Betriebsräteorganisationen kennt das BetrVG nicht. Mitglieder der AUB sind dies in ihrer Rolle als Arbeitnehmer, nicht als Betriebsräte.

Das sorgt für eine Strafbarkeitshürde: Erstens ist die AUB als Zahlungsempfänger „Dritter“ – die Vorteilsgewährung an Dritte wird von § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht erfasst. Selbst wenn man in der Zahlung an die AUB einen hinreichend konkreten mittelbaren Vorteil für einzelne, der AUB angehörende Betriebsratsmitglieder sieht, die von dieser Unterstützung profitieren, bleibt ein zweites Problem:

Das BetrVG sieht ein Nebeneinander von betriebsverfassungsrechtlicher und verbandlich-autonomer Interessenvertretung vor. § 2 Abs. 1 BetrVG ordnet das „Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs“ an. Absatz 3 schließt jede Beschränkung der Tätigkeiten von Gewerkschaften (oder anderen Arbeitnehmervereinigungen) durch das BetrVG aus: „Die Aufgaben der Gewerkschaften und der Vereinigungen der Arbeitgeber, insbesondere die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder, werden durch dieses Gesetz nicht berührt.“ Flankiert wird diese Konzeption durch den ebenfalls deklaratorischen § 74 Abs. 3 BetrVG, der eine *Absage an jede Amtsinkompatibilität* enthält: „Arbeitnehmer, die im Rahmen dieses Gesetzes Aufgaben übernehmen, werden hierdurch in der Betätigung für ihre Gewerkschaft auch im Betrieb nicht beschränkt.“

Das heißt: Jeder Arbeitnehmer, der ein Betriebsratsamt übernimmt, kann sich unbeschränkt für seine Gewerkschaft betätigen – „auch“ im Betrieb, erst recht außerhalb des Betriebes in Tarifkommissionen etc. Das Gesetz schließt die Inkompatibilität in beide Richtungen aus: Weder hindert Gewerkschaftsbetätigung das Betriebsverfassungsamt, noch kann der Arbeitgeber vom Amtsträger den Verzicht auf Gewerkschaftsbetätigung verlangen. Das BetrVG verpflichtet Amtsträger mit § 75 BetrVG zwar zu koalitionspolitischer Neutralität – aber nur in ihrer Amtsführung und lässt die Gewerkschaftsbetätigung in anderer Rolle zu. Der Amtsträger muss seine Rollen strikt trennen und darf Rechte aus dem BetrVG nicht für die Gewerkschaft nutzen (etwa bezahlte Freistellung, Nutzung von Betriebsmitteln oder Personal).

Umgekehrt heißt das: Die Arbeitnehmervereinigung darf ihre Mitglieder fördern und unterstützen, auch wenn diese ein Betriebsratsamt innehaben. Lässt die AUB einem Mitglied eine Betriebsverfassungsschulung „als Mitglied“ und nicht als Betriebsrat zukommen, ist dies unproblematisch. Das strenge Begünstigungsverbot des § 78 BetrVG, strafbewehrt in § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, ist seinerseits vor dem Hintergrund des § 74 BetrVG zu lesen. Was betriebsverfassungsrechtlich erlaubt ist, kann nicht als Straftat geahndet werden. Die Strafnorm ist betriebsverfassungsakzessorisch.⁶¹

Wer hier Strenge fordert – wie die IG Metall und ver.di mit ihren Strafanträgen in Sachen AUB – schießt über das Ziel hinaus: § 119 BetrVG ist in allen Begehungsvarianten *Jedermannsdelikt*: Tauglicher Täter ist nicht nur der Arbeitgeber,⁶² sondern Jedermann („Wer“) – also auch Gewerkschaftsverantwortliche oder andere Betriebsräte.⁶³ Unterstützende Leistungen an Betriebsräte durch Gewerkschaften sind gang und gäbe: Jede Gewerkschaft rühmt sich solcher Hilfe, von der Betriebsratswahl (insbesondere: Wahlwerbung für Gewerkschaftslisten) bis zur Betriebsratsarbeit unter Einschluss der Rechtsberatung. „Die IG Metall bietet Information, Beratung und Weiterbildungsmöglichkeiten für Betriebsratsmitglieder. Hinzu kommt: der Rückhalt einer durchsetzungsfähigen und erfahrenen Gewerkschaft gibt Mut, sich engagiert für die Interessen der Beschäftigten einzusetzen.“⁶⁴ Der DGB unterhält mit der Böckler-Stiftung⁶⁵ gar eine mittelbar von den Arbeitgebern über die abzuführenden Aufsichtsratsanteile der Arbeitnehmervertreter finanzierte Stiftung zur Förderung der Mitbestimmung, die Betriebsräten vielfache Unterstützung gewährt. Das geschieht nicht uneigennützig: Gewerkschaften versprechen sich über die Betriebsratsarbeit eine Steigerung ihres Organisationsgrades. Teilweise wird von den organisierten Betriebsräten in der Amtszeit, also auf Kosten des Arbeitgebers Gewerkschaftsarbeit verrichtet, jedenfalls aber sollen gewerkschaftliche Betriebsräte ihr Amtsansehen auch zur Mitgliederwerbung für Gewerkschaften nutzen.⁶⁶

Das aber hieße bei strenger strafrechtlicher Lesart: Jeder Gewerkschaftsverantwortliche, der Betriebsratsmitglieder

61 GK/BetrVG-Oetker, 8. Aufl. (2005), § 119 Rn. 25; anderer Begünstigungsbegriff als in § 257 StGB.

62 Auf ihn konzentriert sich das Schrifttum: Richardi/Thüsing, BetrVG, 11. Aufl. (2008), § 78 Rn. 26 ff.; Däubler/Buschmann, BetrVG, 10. Aufl. (2006), § 78 Rn. 26.

63 Dazu Rieble, ZfA 2003, 283, 294, 309 ff.; GK/BetrVG-Kreutz, 8. Aufl. (2005), § 78 Rn. 19, 62 mwN.

64 www.igmetall.de Menü: Die IG Metall. Wer sie ist was sie tut im Betrieb.

65 Eindrucksvolles Angebot unter www.boeckler.de.

66 Behrens, WSI-Mitteilungen 2005, 329 ff.; dazu auch Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758, 765.

unterstützt, macht sich nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG strafbar – denn diese „Begünstigung“ erfolgt „um ihrer Tätigkeit willen“. Staatsanwälte hätten nur deswegen wenig zu tun, weil die Tat Antragsdelikt ist. Immerhin könnte über ein Gewerkschaftsverbot nach § 16 VereinsG nachzudenken sein. Die Böckler-Stiftung könnte wegen Gemeinwohlgefährdung aufgehoben werden, § 87 Abs. 1 BGB. Exzessive gewerkschaftliche Betriebsratsförderung könnte gar zur Einstufung als kriminelle Vereinigung führen, § 129 StGB. Das zeigt zweierlei:

- Solch strenge Lesart ist betriebsverfassungsrechtlich abseitig. Gewerkschaften dürfen sich unter dem Schutz der Koalitionsfreiheit in der Betriebsverfassung engagieren.⁶⁷ Das BVerfG postuliert einen Verfassungsschutz der Gewerkschaftssolidarität – weswegen ein Gewerkschaftsmitglied trotz des Wahlschutzes aus § 20 BetrVG ausgeschlossen werden darf, wenn es auf einer fremden Liste kandidiert.⁶⁸ Die Ausstrahlungswirkung der Koalitionsfreiheit modifiziert also das BetrVG. Das gilt auch für die Vorteilsgewährung an Gewerkschaftsmitglieder mit Betriebsratsamt.
- Zweitens wirft dies ein bezeichnendes Licht auf das Verfolgungsinteresse der Großgewerkschaften, die der AUB dasjenige vorwerfen, was sie selbst tun. Man kann spekulieren, ob dahinter der Wunsch nach Gerechtigkeit steht, die die „Guten“ verschont und die sozialpolitisch Unerwünschten beseitigt – oder ob die Grenze zum Feindstrafrecht überschritten ist.

Die *entscheidende Grenze* dürfte darin liegen, ob sich die Leistung der Arbeitnehmervereinigung an Betriebsräte noch als Vollzug des Verbandszwecks begreifen lässt. Dann wird das Betriebsratsmitglied nicht „um seiner Tätigkeit willen“ belohnt – sondern als Mitglied der Gewerkschaft gefördert. Das wird man bei Schulungen und informeller Amtsförderung nur von Gewerkschaftsmitgliedern bejahen können – bei finanziellen Zuwendungen hingegen nicht. Auch eine Gewerkschaft oder Arbeitnehmervereinigung darf Betriebsräte nicht für ihr Amt „bezahlen“.

Immerhin ließe sich erwägen, die Zulässigkeit solcher Unterstützung an das Grundrecht der Koalitionsfreiheit zu binden: Dann käme es darauf an, ob die AUB durch die Leistungen an ihren Vorsitzenden Schelsky von der Arbeitgeberseite abhängig geworden ist – damit hätte die AUB ihren Koalitionsstatus des Art. 9 Abs. 3 GG verloren. Indes: Wenn jede auch nur mittelbare Betriebsratsförderung unter Strafe stünde, geriete die Betriebsverfassung für den Arbeitgeber zum unkalkulierten Strafverfolgungsrisiko. Der Arbeitgeber trägt nach § 40 BetrVG die Kosten der Betriebsverfassung. Jede im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit des § 2 Abs. 1 BetrVG gewährte, aber nicht erforderliche Leistung an den Betriebsrat als Gremium (Schulung, Sachverständiger oder PC) wäre nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu ahnden. Die Vorschrift sanktioniert aber ausdrücklich nur die Begünstigung des einzelnen Betriebsratsmitgliedes und nicht diejenige des Gremiums.

Die straflose „Betriebsratsförderung“ kann auch nicht auf dem Umweg über § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aufgefangen werden: Auch wenn das „Geschäftsmodell“ des AUB-Vorsitzenden Schelsky darauf zielte, „unternehmensvertragliche Betriebsräte“ zu installieren, so ist diese Vorfelddarstellung, die Arbeitnehmer zur Kandidatur bewegt,

eine erlaubte Beeinflussung der Betriebsratswahl.⁶⁹ Zahlungen an die AUB sind straflose Gewerkschaftsbestechung – nicht aber strafbare Wahlbeeinflussung. Sonst müsste sich die Vertreter der IG Metall bei Volkswagen wegen ihres unzulässigen closed-shop ebenfalls nach dieser Vorschrift strafbar machen – der rechtswidrig erlangte Organisationsgrad beeinflusst das Wahlergebnis. Nach Nr. 1 macht sich nur der strafbar, der durch seine Tat handlung die Wahl *unmittelbar* (!) beeinflusst.

II. Gegnerunabhängigkeit als Koalitionsmerkmal

Diese Korruptions-Schutzlücke haben Arbeitgeber (vor allem in der Weimarer Zeit) immer wieder genutzt, indem sie sich eigene, ihnen wohlgesonnene („gelbe“ oder „wirtschaftsfriedliche“) Arbeitnehmervereinigungen unterhalten haben, die den Arbeitnehmern einen gewissen, für die Arbeitgeberseite erträglichen Schutz boten, aber andererseits kämpferische Gewerkschaften durch ihre Konkurrenz fernhielten.⁷⁰

Das Arbeitsrecht reagiert hierauf – mit Blick auf die Geschichte des Strafrechts als Instrument der Koalitionsunterdrückung (§ 153 GewO von 1869)⁷¹ – nur außerstrafrechtlich: vor allem mit dem Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen *Koalitionsbegriff*. Er verlangt Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit, damit der Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite störungsfrei funktioniert.⁷²

Gegnerunabhängig heißt: Die Vereinigung darf nicht unter Einfluss des Gegenspielers stehen, muss insbesondere finanziell unabhängig sein.⁷³ Freilich ist das BAG großzügig: Weil die Aberkennung des Koalitionsstatus weit reichende Folgen hat, kann nicht schon jede Einzelleistung der Arbeitgeberseite an eine Gewerkschaft diese scharfe Folge auslösen. Verhältnismäßig ist diese Sanktion erst, wenn die Gewerkschaft unter einen dauerhaften und umfassenden Einfluss der Gegenseite gerät. Ob eine „Anschubfinanzierung“ für die GNBZ durch ein Unternehmen der PIN-Group ausreicht, ist Frage des Einzelfalles. Die finanzielle Unterstützung des AUB-Vorsitzenden Schelsky durch die Siemens AG über viele Jahre und in erheblichem Umfang (insgesamt über € 30,0 Mio.) kann genügen; insoweit kommt es freilich darauf an, was mit diesem Geld geschehen ist.

Nicht ausreichend sind sonstige unmittelbare und mittelbare Leistungen der Arbeitgeberseite an Arbeitnehmervereinigungen, wie die Abführung der Aufsichtsratsanteile von DGB-Mitgliedern an die Hans-Böckler-Stiftung,⁷⁴ die Abführung von Honoraren gewerkschaftlicher Einigungsstellenmitglieder, Entgelte für gewerkschaftliche Schulungsveranstaltungen (für Betriebsräte oder im Rahmen der Arbeitnehmerweiterbildung), der Einzug von Gewerkschaftsbeiträgen durch den Arbeitgeber und der Verzicht auf Schadensersatzforderungen gegen die Gewerkschaft nach rechtswidrigem Streik. Insoweit ist inzwischen anerkannt: Die Gegnerunabhängig-

69 Dazu schon Rieble, ZfA 2003, 283.

70 Dazu Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, (1997), S. 415 ff. auch zu Praktiken im Ausland. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band II/1 (1967), S. 94 ff.

71 Syrup/Neuloh, Hundert Jahre Staatliche Sozialpolitik 1839-1939 (1957), S. 146f; Schröder, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914 (1988), S. 331 f.; Nörr, ZfA 1986, 403.

72 Löwisch/Rieble, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 243 Rn. 53 ff. mwN.

73 Vgl. BAG NZA 2001, 160 zur (fehlenden) Tariffähigkeit des Interessenverbands „Bedienstete der Technischen Überwachung“ (BTÜ).

74 Förderbeiträge 2005/2006 insgesamt € 29,8 Mio.; Jahresbericht S. 10, www.boeckler.de/pdf/pub_jahresbericht_2006.pdf.

67 Löwisch/Rieble, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 246 Rn. 205 f.

68 BVerfGE 100, 214 = NZA 1999, 713.

keit verbietet nicht jeden Zahlungsfluss der Arbeitgeberseite an die Gewerkschaft. Erst wenn das Ausmaß der Zahlungen und Leistungen unter Berücksichtigung der übrigen Finanz- und Leistungskraft einen insgesamt umfassenden Einfluss auf die Willensbildung erlaubt, ist es um die Gegnerunabhängigkeit geschehen.⁷⁵ Deswegen hat das BAG für die Flugbegleitergewerkschaft „UFO“ es als unschädlich angesehen, dass von neun hauptamtlichen Gewerkschaftsbeschäftigten drei vom Arbeitgeber (unbezahlt) freigestellt worden sind – erst die „strukturelle Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler“ schade. Das wiederum ist erst der Fall, wenn sich eine Gewerkschaft im Wesentlichen nicht aus Mitgliedsbeiträgen, sondern aus Zuwendungen der Arbeitgeber finanziert, weswegen zu befürchten ist, dass die Arbeitgeberseite durch Androhung der Zahlungseinstellung die Willensbildung auf Arbeitnehmerseite beeinflussen kann.⁷⁶

Die Gegnerunabhängigkeit gewährleistet keinen Korruptionsschutz. Sie zielt nicht auf „Lauterkeit“ im Gewerkschaftsverkehr und sorgt sich auch nicht darum, ob die gewerkschaftliche Willensbildung im Einzelfall durch gezielte Korruption beeinflusst wird. Im Gegenteil: Wollte man die punktuelle Bestechung eines gewerkschaftlichen Angestellten oder Beauftragten durch einen Arbeitgeber oder einen Arbeitgeberverband (der umgekehrte Fall kommt nur in der Satire vor)⁷⁷ derart sanktionieren, würde letztlich die Koalition für den Verrat ihres Mitarbeiters bestraft. Übertragen auf die Korruption des § 299 StGB hieße das: Dem Opferunternehmen würde die Gewerbeerlaubnis erzogen, weil sich sein Mitarbeiter bestechen ließ. Die Gegnerfreiheit ist „nur“ ein koalitionsfunktionales Merkmal: Das Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde liegende Gegenmachtprinzip zielt darauf, dass die beiden Lager ihre Interessen gegnerrein kollektiv bündeln – und erst in einem zweiten Schritt die gegnerfrei definierte Interessenposition durch Machtgleich mit dem Gegenspieler zum Ausgleich bringt.⁷⁸

D. „Auffangtatbestände“

I. Untreue

Der fehlende Korruptionsschutz des Arbeitsmarktes zwingt zum Ausweichen auf Sekundärtatbestände: An erster Stelle steht die Untreue des § 266 StGB, die bei Korruptionsdelikten gleich doppelt „einschlägt“ – auf der Aktiv- wie auf der Passivseite der Korruption:

- Der bestochene Beauftragte macht sich der Untreue zu Lasten des Geschäftsherrn strafbar, wenn die „Bevorzugung“ des Schmierenden zu einem nachteiligen Geschäft führte. Dabei ist wirtschaftlich grundsätzlich davon auszugehen, dass der Schmierende bereit gewesen wäre, das Schmiergeld dem Geschäftsherrn in Form eines Preisaufschlags oder -nachlasses zu gewähren.⁷⁹
- Neuerdings gerät die Aktivseite der Korruption unter Untreueverdacht.⁸⁰ Die Schmiergeldaufwendung ist für das schmierende Unternehmen ein Vermögensnachteil;

die zentrale Frage ist auf die „Amortisation“ dieser nützlichen Aufwendung gerichtet. Für den gleichfalls korruptionsungeschützten Fußballsport hat der BGH seinerzeit darauf abgestellt, dass sich die Bestechung eines gegnerischen Spielers „gelohnt“ habe.⁸¹ In der Tat lässt sich die Amortisation oder Vorteilsausgleichung auf verschiedenen Wegen angreifen, sei es über den Wechsel vom wirtschaftlichen zum normativen Vermögensbegriff⁸² oder über die Betonung der Vermögensgefährdung⁸³ insbesondere mit Blick auf die Verfallandrohung für den Korruptionsertrag (§ 73 StGB)⁸⁴ oder den Eingriff in die unternehmensinterne Kompetenzordnung (Entzug der Vermögensdispositionsbefugnis;⁸⁵ bis hin zur Ermessensüberschreitung).⁸⁶

Für den Arbeitsmarkt ist das wenig ergiebig: Die Bestechung zur Einstellung oder Beförderung führt zu Vermögensnachteilen beim Arbeitgeber nur, wenn der Arbeitnehmer mit seiner Arbeitsleistung weniger wert ist, als der „bessere Konkurrent“. Mit der Wertfeststellung von Arbeitsleistung tut sich schon das Arbeitsrecht schwer. Die Personaldispositionsbefugnis ist kein tauglicher Ansatzpunkt, weil sie keinen Vermögenswert hat.

Auswegloser noch verhält es sich im kollektiven Arbeitsrecht: Ob Betriebsrat oder Gewerkschaft zur Vermögensbetreuung verpflichtet sind, wird bislang nicht diskutiert. Der Betriebsrat betreut jedenfalls nicht das Vermögen des Arbeitgebers.⁸⁷ Der Betriebsrat selbst ist nicht vermögensfähig und kann mithin durch korrupte Mitglieder nicht geschädigt werden. Bestochene Gewerkschaftsfunktionäre fügen in aller Regel nicht der Gewerkschaft selbst, sondern den Arbeitnehmern Schaden zu. Lediglich geschmierten Aufsichtsratsmitgliedern droht der Untreuevorwurf, wenn sie „ihr“ Unternehmen schädigen.

Auf der Aktivseite der Bestechung von Betriebsräten oder Gewerkschaftern kommt durchaus Untreue in Betracht, wie der Fall Hartz/Volkert belegt.⁸⁸ Entscheidend war für das Gericht, dass die Zahlungen an den zuständigen Gremien vorbei geleitet wurden (Kompetenzüberschreitung).⁸⁹ Das Amortisationsargument schlug fehl, weil der korrupte Betriebsratsvorsitzende Volkert keinen nachweisbaren „nützlichen“ Einfluss auf das Betriebsratsgremium ausübte und weil der Betriebsrat nach § 2 Abs. 1 BetrVG von vornherein auf das Wohl des Betriebes verpflichtet ist und mit Blick auf die Mannesmann-Entscheidung des BGH⁹⁰ der Arbeitgeber nicht für jenes Wohlwollen zahlen darf, das ihm bereits schuldet ist.

Auf der anderen Seite hat die Staatsanwaltschaft Köln das Strafverfahren wegen Zahlungen eines PIN-Unternehmens an die GNBZ auch in Ansehung der Untreue eingestellt: Die Arbeitgeberseite habe die Zahlung als unternehmensnützlich angesehen; eine Vermögensschädigung oder -gefährdung könne nicht unterstellt werden.⁹¹

75 Löwisch/Rieble, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 243 Rn. 54 mwN. in Fn. 69; Rn 57 (Fn. 73); Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Aufl. (2007), § 2 Rn. 298 ff., 316 ff.; Kempfen/Zachert, TVG 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 62 ff.

76 BAG NZA 2005, 697 – „UFO“.

77 taz vom 29.3.2008, die Wahrheit – Bosse im Blaumann, www.taz.de/1/wahrheit/artikel/1/bosse-im-blaumann/?src=SE&cHash=b48e2102e8.

78 Grundlegend Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG (1970), S. 34 ff.; weiter Löwisch/Rieble, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 243 Rn. 53 ff.

79 BGH NJW-RR 1991, 483. Aus strafrechtlicher Sicht BGHSt 47, 295 = NJW 2002, 2801; BGHSt 50, 299 = NJW 2006, 925.

80 LG Darmstadt CCZ 2008, 37 (Siemens/Kley) mit Anm. Knierim.

81 BGH NJW 1975, 1234 = MDR 1975, 591 („Bundesliga-Skandal“); dazu Bringewat, JZ 1977, 667, 670; Saliger, JA 2007, 326, 332.

82 LK-Schünemann, § 266 StGB Rn. 138.

83 Schönke/Schröder-Perron, § 266 StGB Rn. 45.

84 LG Darmstadt CCZ 2008, 37: Verfall von € 38,0 Mio.

85 Für schwarze Kassen: BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 = wistra 2007, 136 („Fall Kanther“).

86 Schünemann, NStZ 2006, 196.

87 Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758, 763.

88 LG Braunschweig CCZ 2008, 32 (Hartz) mit Anm. Rieble und vom 22. 2. 2008 – 6 KLS 20/2007 – (Volkert und Gebauer).

89 Wobei das LG erkannt hat, dass Vergütungskommissionen für Betriebsratsmitglieder unzulässig sind: Rieble, NZA 2008, 276, 278 ff.; ders., CCZ 2008, 34.

90 BGH NJW 2006, 522 = DB 2006, 323 = JZ 2006, 560.

91 Einstellungsverfügung StA Köln v. 11. 4. 2008 – 114 Js 17/08.

Offenbar hat es dort auch keine die Untreue begründende Kompetenzüberschreitungen gegeben.

In der Tat: Ob sich das „Schmieren“ von Gewerkschaften lohnt, hat nicht die Strafjustiz zu entscheiden. Die Untreue ist kein Gesinnungsstrafrecht. Aus zivilrechtlicher Sicht gilt der schon vom Reichsgericht für das Schadensrecht formulierte Rentabilitätsgedanke (Besser: Amortisationsgedanke): Weil Unternehmen nach Gewinn streben, ist grundsätzlich zu vermuten, dass Aufwendungen ein entsprechender Ertrag gegenübersteht.⁹² Diesseits der strafrechtlichen Zweifelsregel „in dubio pro reo“ gilt eine Wirtschaftlichkeitsvermutung: Wer Entscheidungsträgern im Unternehmen Untreue wegen fehlender Gegenleistung vorwirft, muss für alle in Betracht kommenden Gegenleistungen – insbesondere die Gestaltung unternehmensnütziger Beziehungen zu Arbeitnehmervertretungen – nachweisen, dass sie wertmäßig hinter den dafür aufgewandten Zahlungen oder Leistungen zurückbleiben. Für das Sponsoring hat der BGH erkannt, dass Zuwendungen zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen oder Sport gesellschaftsrechtlich grundsätzlich zulässig sind.⁹³ Dass die „Pflege der koalitionspolitischen Landschaft“ für das Unternehmen greifbare Vorteile bringen kann, lässt sich nicht bestreiten. Eine normative Schadensbetrachtung hilft nicht, weil dem Arbeitgeber Leistungen an den Betriebsrat als Ganzes oder an eine Gewerkschaft nicht verboten sind. Das Gebot der Gegnerunabhängigkeit ist kein Verbot an den Leistenden, sondern ein Verbot an die empfangende Koalition, eine Obliegenheit, deren Verletzung mit dem Verlust des Koalitionsstatus geahndet wird.

Eine Ermessensüberschreitung lässt sich nur mit Blick auf das Entdeckungsrisiko und die damit verbundene Rufschädigung begründen – wie sie die Siemens AG in Sachen AUB ertragen muss. Insofern freilich bereitet der Vorsatz erhebliche Probleme. Wollte der Täter dem Unternehmen einen Vorteil „erkaufen“, scheidet Untreue aus.⁹⁴ Ansatzpunkt für die Untreue ist dementsprechend vor allem die Verschleierung der Zahlungswege – von der schwarzen Kasse über Scheinrechnungen für nicht erbrachte Beratungsleistungen. Damit nämlich wird den zuständigen Unternehmensorganen die Kontrolle über die Geldflüsse entzogen.

II. Erpressung

Setzt der Vorteilsempfänger Druckmittel ein, ist an Erpressung zu denken: Das Problem liegt in der Beurteilung der Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation. Einschlägige arbeitsrechtliche Wertungen fließen in dieses Verwerflichkeitsurteil ein. So wird man gegen die für den closed-shop bei Volkswagen Verantwortlichen nach § 253 StGB ermitteln müssen: Die IG Metall „erpresst“ Mitgliedschaften und damit Beitragszahlungen von den Arbeitnehmern.⁹⁵ Angesichts der offenkundigen Unzulässigkeit der Gewerkschaftsmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung (Verstoß gegen die negative⁹⁶ wie gegen die positive⁹⁷ Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG und gegen Art. 11

EMRK).⁹⁸ In den Worten des BAG:⁹⁹ „Das Arbeitsverhältnis sichert einem Arbeitnehmer die wirtschaftliche Existenz. Diese darf nicht vom Beitritt oder Austritt aus einer Gewerkschaft abhängig gemacht werden.“

Auch bei arbeitsrechtlich schlechthin unzulässigen Kampfmaßnahmen – mit denen dem Arbeitgeber ein vermögenswertes Entgegenkommen abgezwungen wird – fällt die Wertung eindeutig aus. So sind Betriebsräten Arbeitsk Kampfmaßnahmen schlechthin verboten, § 74 Abs. 2 BetrVG, und auch Gewerkschaften dürfen nur um tarifliche Inhalte kämpfen, müssen dabei die Friedenspflicht und das Verhältnismäßigkeitsprinzip achten. Der Streik als Druckmittel ist streng reglementiert, um die Beteiligten vor wirtschaftlichen Schäden zu schützen. Der rechtswidrige Streik ist massenweiser Vertragsbruch und Boykott – als solcher ist er gerade deswegen verwerflich, weil sich der Arbeitgeber auf ihn nicht in Verhandlungen einlassen kann. Aus der Verwerflichkeit derjenigen Arbeitsniederlegung, die das begrenzte Streikprivileg verlässt, folgt vielfach die Strafbarkeit wegen Erpressung.¹⁰⁰ Insofern geht es nicht um eine „Kriminalisierung des Streikrechts“,¹⁰¹ sondern um die Bestrafung des rechtlosen Streiks. Indes hat die Staatsanwaltschaft Stuttgart ein Ermittlungsverfahren gegen den Daimler-Gesamtbetriebsratsvorsitzenden Klemm, der im Jahre 2004 betriebliche und damit schlechthin verbotene Arbeitsniederlegungen organisiert hat, verständnisvoll eingestellt¹⁰² – weil das soziale Anliegen der Belegschaft als Fernziel den offenkundigen Rechtsbruch jedenfalls nicht als verwerflich erscheinen lasse. Das ist Beleg entweder für revolutionäre Rechtsgesinnung,¹⁰³ die die gewaltsame Durchsetzung jedes für gut befundenen Zieles erlaubt, oder für politische Rücksichtnahme auf das wichtigste Unternehmen am Platz.

III. Steuerverkürzung

Sind Schmiergeldleistungen durch Strafgesetz verboten, greift das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 1 EStG. Das gilt nicht nur für die echten Korruptionsdelikte der §§ 331 ff., 299 StGB, sondern auch für die Betriebsratsbegünstigung.¹⁰⁴ Für die Bestechung von Gewerkschaften fehlt ein Zuwendungsverbot. Hier droht keine Strafbarkeit nach § 370 AO.

E. Funktionswidrige Strafbarkeitslücke

Dass der Arbeitsmarkt keine Wettbewerbsordnung kennt, vom UWG nicht erfasst wird und mithin die Kor-

92 RGZ 127, 245, 248 f.; BGHZ 114, 193, 196 ff. = NJW 1991, 2277, 2778 und ständig.

93 BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585: Sportsponsoring.

94 OLG Frankfurt/Main NSZ-RR 2004, 244 für Schmiergeldzahlungen.

95 Vgl. schon RGSt 32, 335.

96 Badura, ArbRGew. 15 (1977), 17 ff., 32; von Münch/Kunig/Löwer, 5. Aufl. (2000), Art. 9 GG Rn. 87; Maunz/Dürig/Scholz, Lfg. 35 (1999), Art. 9 GG Rn. 231 mwN.

97 BVerfGE 92, 26 = NZA 1995, 272 (Flaggenreister): Recht auf Beitritt zu einer anderen Gewerkschaft.

98 EuGHMR RIW 2006, 378 (Sörensen und Rasmussen /J. Dänemark) m. Besprechung Schmidt-Westphal/Urban, S. 381; inoffizielle Übersetzung www.menschenrechte.ac.at/docs/06_1/06_1_04; EuGHMR EuGRZ 1981, 559 (Young, James und Webster); Scholz, AöR 106 (1981), 79 ff.

99 BAG NZA 1988, 64.

100 Löwisch/Krauß, AR-Blattei SD 170.10 Arbeitskampf und öffentliche Ordnung, Rn. 10, 17f; Rieble, RdA 2005, 200; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, 7. Aufl. (1970), S. 1053; Schönke/Schröder-Eser, § 240 StGB, Rn. 25; zum „Studentenstreik“ vgl. BGH NJW 1982, 189.

101 So der Titel von Ostendorf (1987). Dazu RGSt 21, 114 und Schröder, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914 (1988), insbesondere S. 124 ff., 243 ff., 314 ff.

102 Einstellungsverfügung vom 5.8.2005 – 140 Js 113356/04 W. Kritisch Große-Vorholt, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 1365 ff.

103 Vgl. Däubler, in: Baumann/Dähn, Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, (1972), S. 91 ff.: Rechtswidrigkeit zu verneinen, wenn eine gesellschaftliche Gruppe eine bestehende Übung bestreitet.

104 Dazu Rieble, NZA 2008, 276, 278 f.

ruption als solche straflos bleibt, ist nicht sachgerecht. Verwerflich, also „sozialethisch missbilligt“ ist die Korruption auch außerhalb des UWG.

In einem ersten Schritt lässt sich dies de lege ferenda beheben, indem dieser enge Gütermarktbezug beseitigt wird – und die Bestechung von Angestellten und Beauftragten in allen Marktsegmenten unter Strafe gestellt wird.¹⁰⁵ § 299 StGB löste sich insoweit – wie schon mit seinem Absatz 3 – vom UWG und formulierte ein eigenes Unwerturteil. Hierfür genügt es, das Wort „gewerblich“ zu streichen und die Bestechung beim „Bezug von Waren und Leistungen“ unter Strafe zu stellen. Die Norm schützte damit immer noch den Wettbewerb.

Für das kollektive Arbeitsrecht, also die Einflussnahme auf die Interessenvertretung durch Betriebsräte und Gewerkschaften genügt das nicht: Die kollektive Interessenvertretung ist keine „Leistung“, außerdem fehlt es an vielfach an der Wettbewerbssituation; die Bestechung von Betriebsräten und Gewerkschaften, bzw. ihrer Funktionsträger ist nicht als Wettbewerbsstörung zu ahnden. Das Unrecht liegt im Verleiten zum Verrat an den Arbeitnehmern – also die funktionswidrige Störung der Interessenvertretung, die in anderen Staaten als Bestechungsunrecht gesehen wird.¹⁰⁶

Diese Störung der Agententreue gegenüber dem Prinzipal ist ein von der Untreue des § 266 StGB verschiedenes Unrecht. Zu schützen ist nicht das Vermögen des Geschäftsherrn, sondern die für gute Unternehmensführung (Corporate Governance) unerlässliche Treubindung der Mitarbeiter, die das Unternehmensinteresse und nicht ihr eigenes verfolgen; das ist neben dem Wettbewerb immer schon der zweite Schutzzweck des § 299 StGB, weswegen der Geschäftsherr als Verletzter strafantragsbefugt ist – und weswegen die Vorteilsgewährung an den Geschäftsherr selbst nicht strafbar ist.¹⁰⁷ Diese Redlichkeitserwartung verdient Strafbewehrung auch außerhalb des traditionellen Marktgeschehens. Im kollektiven Arbeitsrecht agieren Gewerkschaften und Betriebsräte für die Arbeitnehmer. Tarifautonomie ist kollektive Privatautonomie,¹⁰⁸ die Betriebsverfassung ist arbeitsvertragsakzessorisch.¹⁰⁹ Gewerkschaft und Betriebsrat agieren freilich kraft eigenen Rechts; sie sind nicht „Beauftragte“ oder Stellvertreter des Arbeitnehmers.

Auch deswegen genügt eine Verbreiterung des Geltungsbereichs auf den Arbeitsmarkt nicht: Wer die Gewerkschaft selbst (im Funktionärsinteresse) schmiert, etwa Geld für einen die tarifgebundenen Arbeitnehmer benachteiligenden Tarifabschluss zahlt, der begünstigt die Gewerkschaft als formal eigenständigen Geschäftsherrn. Bei einer Kapitalgesellschaft mag es misslich sein, dass die juristische Person gegen Vorteilsgewährung ein für die Anteilseigner nachteiliges Geschäft abschließt. Indes sind Vorteil (Schmiergeld) und nachteiliges Rechtsgeschäft bei der juristischen Person vereint; das Vermögensinteresse der Anteilseigner wird durch den Untreuetatbestand hinreichend geschützt. Gewerkschaften und Betriebsräte agieren aber mit unmittelbarer Wirkung für die Arbeitnehmer. Die Untreue als „Auffangtatbe-

stand“ hilft nicht, weil die kollektive Interessenvertretung nicht primär auf Vermögensaspekte zielt.¹¹⁰

Deswegen ist ein eigener Straftatbestand erforderlich, der die Arbeitnehmer als Prinzipale vor dem Verrat durch ihre kollektiven Interessenvertretungen schützt. Insofern weist § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in die richtige Richtung, erfasst freilich das zentrale Unrecht – Verrat und Verleiten zum Verrat – nicht. Deswegen ist auch die Ausgestaltung als reines Antragsdelikt und das geringe Strafmaß verfehlt.

Ein derartiger Straftatbestand kann der besonderen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer Rechnung tragen. Damit handelte es sich um klassisches Arbeitsstrafrecht, nur dass die Arbeitnehmer nicht vor dem Arbeitgeber, sondern vor dem Verrat durch ihre Kollektivvertretungen geschützt würden. Ein solcher Straftatbestand könnte ebenso – wie § 299 StGB – das Prinzipal-Agenten-Verhältnis vor Fremdsteuerung bewahren wollen. Dann müssten Arbeitgeberverbände und andere Vereinigungen einbezogen werden, die als Verband mit vertretungsähnlicher Wirkung für das Mitglied agieren (Gesamtverträge über die Urhebervergütung oder der Krankenversicherung).

Das Arbeitsstrafrecht wandelt sich: von der historischen Arbeitnehmerschutzfunktion zu einem Sanktionssystem, das Verletzungen der Arbeitsmarktregeln ahndet. Arbeitsstrafrecht ist das Wirtschaftsstrafrecht des Arbeitsmarktes.

F. Ergebnisse

Gewerkschaftsbestechung, also die Zuwendung von Vorteilen an eine Gewerkschaft oder deren Funktionäre, um für die Arbeitgeberseite günstiges Gewerkschaftsverhalten zu bewirken, ist leider Praxis. Das kollektive Arbeitsrecht wehrt Kungelei und Filz nicht ab und ist „korrup-tionsanfällig“.

Strafbar ist das nicht, weil § 299 StGB auf den Arbeitsmarkt nicht anwendbar ist, Gewerkschaften mit ihrer koalitionspezifischen Tätigkeit keine Unternehmen sind, also keinen geschäftlichen Betrieb unterhalten. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sanktioniert nur die bloße und unmittelbare Betriebsratsbegünstigung; das eigentliche Schmieren von Betriebsratsmitgliedern wird als Unrecht nicht gesondert erfasst. Zuwendungen an Arbeitnehmervereinigungen (wie die AUB) fallen auch dann nicht unter die Vorschrift, wenn sich die Arbeitnehmervereinigung in der Betriebsverfassung betätigt. Begrenzten Flankenschutz können Vermögensdelikte bieten.

Arbeitsrechtlich droht lediglich und immerhin der Verlust des Koalitionsstatus – dies aber nicht schon bei der Einzelfallbestechung, sondern erst, wenn eine strukturelle finanzielle Abhängigkeit die autonome Vertretung der Arbeitnehmerinteressen in Frage stellt.

Geboten ist die Ausdehnung des Korruptionstatbestandes auf Arbeitsmarkt-Bestechungsvorgänge.

Kontakt:

Professor Dr. Volker Rieble
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
(ZAAR)
Infanteriestraße 8
80797 München
Tel.: 089/20 50 88 3-10
rieble@zaar.uni-muenchen.de

105 Vorschläge von Pragal, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, (2006), S. 224ff.

106 LK-Tiedemann, Vor § 298 StGB Rn. 24, 25, 28.

107 LK-Tiedemann, § 299 StGB Rn. 6.

108 Picker, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, (2000), S. 39 ff.; Rieble, ZfA 2000, 5ff. mit zahlreichen Nachweisen.

109 Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, (1996), S. 486ff.

110 Vgl. schon Rieble/Klebeck, NZA 2006, 758, 763f.