

Volker Rieble^{*)}

Strafbare Arbeitgeberfinanzierung gelber Arbeitnehmervereinigungen

Zum Schelsky-Urteil des LG Nürnberg-Fürth v. 24. 11. 2008 – 3 KLS 501 Js 1777/2008

Für Arbeitgeber kann es sinnvoll erscheinen, „moderate Kräfte“ in der gewerkschaftlichen oder betrieblichen Arbeitnehmerinteressenvertretung zu fördern. Das geschieht vielfach mit materieller Unterstützung. Doch geht der Arbeitgeber ein hohes rechtliches Risiko ein, wie das scharfe Schelsky-Urteil des LG Nürnberg-Fürth zeigt.

I. Urteil und (Be-)Deutung

Das LG Nürnberg-Fürth hat *Wilhelm Schelsky* verurteilt (24.11.2008 – 3 KLS 501 Js 1777/2008).¹⁾ So aufmerksam die Tagespresse dem Verfahren gefolgt ist, so desinteressiert ist die Öffentlichkeit an den nun vorliegenden Urteilsgründen: Auf 156 Seiten legt das LG dar, dass die Förderung der AUB durch die Siemens AG als Untreue (§ 266 StGB), als Beeinflussung der Betriebsratswahl (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) und deshalb als Steuerhinterziehung strafbar ist. Hinzu kommen für die Allgemeinheit weniger interessante anderweitige Steuerverfehlungen.

Wen soll das weshalb interessieren? Die „alte“ AUB ist Geschichte,²⁾ eine vergleichbare millionenschwere Finanzierung einer Arbeitnehmergruppierung durch Unternehmen dürfte nach der strafrechtlichen Aufarbeitung und der damit verbundenen Rufschädigung nicht ernstlich zu erwarten sein. Unterhalb dieser Großschadenskategorie bleiben indes zahlreiche Leistungen von Unternehmen an Betriebsrats- und Aufsichtsratsmitglieder und an Gewerkschaften oder Arbeitnehmervereinigungen.³⁾ So wird die Bezahlung der VW-Betriebsräte trotz des Volkert-Urteils des LG Braunschweig⁴⁾ immer noch von einer paritätischen Kommission festgesetzt – so als ob das gesetzliche Ehrenamtsprinzip hier Spielräume (nach oben) ließe.⁵⁾ So durfte der Betriebsratsvorsitzende *Osterloh* im Mai 2009 zur Produktpräsentation nach Sardinien fliegen. Einen Zusammenhang mit Betriebsratsaufgaben sehe ich nicht. Lustreise? Mitunter wird solches „Entgegenkommen“ von Gewerkschaften auch nachdrücklich eingefordert, etwa wenn eine ge-

werkschaftliche Betriebsrätekonferenz in einem großen Unternehmen stattfinden soll und ein gewerkschaftliches Aufsichtsratsmitglied nach kostenloser Raumüberlassung nebst kostenloser Verköstigung durch die Kantine fragt und auch noch die Reisekosten der Teilnehmer vom Arbeitgeber getragen wissen will. Dass dieses Ansinnen als dreist empfunden werden könnte, kam dem Gewerkschaftsvertreter nicht in den Sinn; als dreist empfand er vielmehr die Absage durch einen hochrangigen Vertreter des Compliance-erfahrenen Unternehmens.⁶⁾ Dass Betriebsratsmitglieder auf Kosten des Arbeitgebers für ihre Gewerkschaft betriebliche Gewerkschaftsarbeit betreiben – dafür Freistellung beanspruchen und die vom Arbeitgeber nach § 40 BetrVG bezahlte Büroausstattung des Betriebsrats nutzen⁷⁾ –, wird in der Praxis schulterzuckend hingenommen. Das BetrVG legt seine Sanktionen (§§ 23, 119 Abs. 2) in die Hände von Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft – solange diese sich einig sind, ist die Regelüberschreitung folgenlos. Das begünstigt eben jenen Filz, den das BetrVG an sich unterbinden will.

Das Schelsky-Urteil zeigt – wie zuvor die Entscheidungen des LG Braunschweig in Sachen *Hartz* und *Volkert* –, dass die Sorglosigkeit unberechtigt ist. Der Untreuetatbestand des § 266 StGB und die an das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG anknüpfende Steuerhinterziehung

^{*)} Dr. iur., Universitätsprofessor, ZAAR München. Verfasser hat zu diesem Fragenkreis mehrfach gegutachtet und mehrere Aufsätze verfasst.

1) Das Urteil (156 Seiten) ist abrufbar unter www.zip-online.de, ZIP Volltexte vom 24. 11. 2008.

2) Zum Versuch einer Neuorientierung innerhalb der AUB: www.aub.de/web/ww/de/pub/aktuelles/aub_thesen.htm (13. 5. 2009).

3) *Rieble*, CCZ 2008, 121; *Rieble*, BB 2009, 1016.

4) LG Braunschweig v. 22. 2. 2008 – 6 KLS 20/07, juris. Vgl. auch die *Hartz*-Entscheidung des LG Braunschweig v. 2. 2. 2007 – 6 KLS 48/06, CCZ 2008, 32 (m. Anm. *Rieble*); *Rieble*, NZA 2008, 276; *Schlösser*, NStZ 2007, 562.

5) Dazu *Zawiehoff*, jurisPR-ArbR 2/2009 Anm. 6.

6) Woran man sieht: *Schelsky* sind immer die anderen.

7) Dazu *Rieble*, BB 2009, 1016.

(§ 370 AO) halten scharfe Sanktionen vor.⁸⁾ Das Gericht ist streng. Seine Maßstäbe führen zu weitreichender Strafbarkeit; ob dies alles richtig ist, wird der BGH auf Revision sowohl der Staatsanwaltschaft wie des Angeklagten *Schelsky* zu prüfen haben.

Die Praxis muss sich mit der Entscheidung auseinandersetzen. Unternehmen mit Compliance-Systemen erst recht. Zunehmende Verrechtlichung gesellschaftlicher Subsysteme einerseits und der „intelligente Einsatz“ der Strafanzeige als Kampfmittel gegen konkurrierende Organisationen,⁹⁾ um die Staatsanwaltschaft für Ermittlungen zu nutzen, die dann ihrerseits der Gewerkschaft als Anzeigerstatter „Material“ liefern, etwa um ein Verfahren wegen Tarifunfähigkeit nach § 97 ArbGG zu munitionieren.¹⁰⁾ Vor allem ver.di macht von dieser rechtsstaatlichen Möglichkeit effektiven Gebrauch, wie eine Netzrecherche mit den Suchbegriffen „ver.di strafanzeige“ belegt. Künftig sind (anonyme) Anzeigen mit Blick auf einzelne begünstigte Betriebsratsmitglieder denkbar – auch durch betriebsinterne Kritiker.

Das Arbeitsstrafrecht¹¹⁾ gewinnt mithin an Boden. Dabei geht es nicht nur um Sonderstrafatbestände wie § 119 BetrVG,¹²⁾ sondern, wie der Fall *Volkert/Hartz* zeigt, um allgemeine Straftatbestände wie Untreue und Betrug, die „arbeitsrechtlich aufgeladen und vorgeprägt“ werden. Um so wichtiger ist es, dass der BGH – ausnahmsweise – Gelegenheit erhält, das Gelände zu vermessen, im Fall *Volkert* wie im Fall *Schelsky*. Nur so kann der Betriebspraxis vermittelt werden, was erlaubt ist. Gerade weil das kollektive Arbeitsrecht auf Gemauschel und Kungelei setzt und rechtlich klare Vorgaben im besten rheinisch-sorglosen Einvernehmen überwunden werden, weil hier Kollektivmacht vor Recht geht und hierfür bei Arbeitsgerichten viel Verständnis herrscht,¹³⁾ ist eine wirksame Grenzziehung durch das Strafrecht erforderlich – auch wenn Straferichte ihrerseits „dealen“.

II. Untreue

An erster Stelle steht beim LG Nürnberg-Fürth die Untreue: Der Angeklagte *Feldmayer* habe durch den Vertragsschluss mit *Schelsky* seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt und der Siemens AG einen Schaden von 30,3 Mio. € zugefügt.

1. Kontrollentzug

Der Vorwurf ist zweigeteilt: Rundweg überzeugend ist die Erwägung des LG, dass der Angeklagte durch eine gezielte Verschleierungstaktik dem Vorstand in seiner Kollektivverantwortung, aber auch dem Aufsichtsrat jegliche Kontrolle entzogen hat:

- Der „Beratervertrag“ mit *Schelsky* hat den eigentlichen Geschäftsgegenstand – Installation der AUB als betriebliche Konkurrenz zur IG Metall – nicht angegeben.
- Rechnungen wurden über Beratungsleistungen ausgestellt, die nicht erbracht wurden; der Rechnungsaussteller wurde verschleiert; die Rechnungsstellung erfolgte an die Privatadresse des Siemens-Vorstands *Feldmayer*; der Zahlungsgrund wurde nicht aufgedeckt.
- Beanstandungen der Konzernrevision wurden niedergeschlagen.

- Dem Aufsichtsrat wurde diese Geschäftsführungsmaßnahme vorenthalten – obzwar das Aufsichtsratsmitglied *Hawreljuk* (der IG Metall) schon 1997 die AUB-Finanzierung durch Siemens vermutet hatte (Urteil S. 132).

Das in der Tat ist strafbare Untreue. Schon im Kanther-Fall hat der BGH sehr klar aufgezeigt, dass der Kontrollentzug über das Vermögen gegen die Treuepflicht verstößt; mit Nachdruck wurde dies gerade für eine schwarze Siemens-Korruptionskasse bestätigt.¹⁴⁾ Das heißt: Wer in Unternehmen Gewerkschaften oder Betriebsräten „etwas Gutes“ tun will, darf dies nicht aus verschleierte Konten und auf verschleierten Wegen tun. Vielmehr muss der Grund der Zuwendung klar erkennbar und insbesondere dem unternehmensinternen Kontrollsystem zugänglich sein. Insbesondere der Aufsichtsrat muss seine Kontrollaufgabe wahrnehmen können. Dass dort (die „falschen“) Arbeitnehmervertreter sitzen, rechtfertigt keine Verschleierungstaktik.

Allerdings wirft die Entscheidung erhebliche Folgeprobleme auf: Die (gesetzwidrig vom Ehrenamtsprinzip abweichende) Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern, die Gewährung von Vorteilen an Gewerkschaften werden in (mitbestimmten) Aktiengesellschaften typischerweise vom Arbeitsdirektor entschieden; mitunter kommt es vor, dass einzelne Werksleiter derartige Begünstigungen gewähren. Mit Blick auf die Untreue wird man fragen müssen, ob solche Leistungen wenigstens im Grundsatz vom Vorstand insgesamt entschieden werden müssen, gerade weil die Gefahr besteht, dass intransparente Kopplungsgeschäfte vollzogen werden und Mitbestimmungsfilz die Kontrolle unmöglich macht.

Ob ein Unternehmen wie Volkswagen gewerkschaftliche Vertrauensleute generell von der Arbeitsleistung – unter Entgeltweiterzahlung – freistellen will, das ist eine grundsätzliche Entscheidung. Nichts anderes gilt für die Freistellung von Mitgliedern gewerkschaftlicher Tarifkommissionen und eine etwaige

8) Dazu schon die Haftprüfungsentscheidung OLG Nürnberg v. 27. 8. 2007 – 1 Ws 532/07 H.

9) Ver.di hat mehrere Strafanzeigen nebst Strafantrag erstattet – in Konkurrenz zur Gewerkschaft der neuen Brief- und Zustelldienste, aber auch zur AUB.

10) LAG Köln v. 20. 5. 2009 – 9 TaBV 105/08 erklärt die GNBZ für tarifunfähig, auch wegen der Zahlungen durch die PIN-Group, die ihrerseits vom Staatsanwalt auf Strafanzeige von ver.di ermittelt worden sind.

11) Dazu das 5. Ludwigsburger Rechtsgespräch vom 14. 11. 2008 mit Referaten von Rieble, „Arbeitsstrafrecht als Wirtschaftsstrafrecht?“, Vogel, „Untreue als Auffangtatbestand – auch im Arbeitsstrafrecht?“, Hinrich de Vries, „Arbeitnehmer als Mittäter und Mitwisser im klassischen Wirtschaftsstrafrecht“, Lobinger, „Vermögensbetreuungspflicht von Betriebsräten gegenüber Arbeitnehmern“ und Große Vorholt, „Der betriebsratsgeführte Arbeitskampf zwischen Strafrecht und der Verteidigung kollektiver Arbeitnehmerinteressen“, ZAAR-Schriftenreihe Band 13 (2009); Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht: Personalverantwortung als Strafbarkeitsrisiko, 2. Aufl., 2008; kritisch zur Entwicklung Schönemann, in: Festschrift Gauweiler, 2009, S. 515 ff.

12) Etwa OLG Düsseldorf v. 27. 3. 2008 – III-2 Ss 110/07-88/07, wistra 2008, 356.

13) Was auch daran liegt, dass Arbeitsrichter mehr als 50 % ihrer Erledigungen durch Vergleich bewirken (www.bmas.de/coremedia/generator/29660/statistik_der_arbeitsgerichtsbarkeit_2007.html, 14. 5. 2009) und hierbei durchaus die Vergleichsbereitschaft durch Lügen fördern (Peis/Bender, in: Depenheuer, Recht und Lüge, 2005, S. 57) und als Einigungsstellenvorsitzende so manchen „Deal“ mitgestalten, der jedenfalls nicht durch größtmögliche Rechtstreueanstrengungen gezeichnet ist.

14) BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 = wistra 2007, 136 – Kanther, und jetzt für einen Siemens-Korruptionsfall BGHSt 52, 323 = ZIP 2008, 2315 = NJW 2009, 89 (m. zust. Anm. Ransiek); kritisch Süner, ZIP 2009, 937; Schönemann (Fußn. 11), S. 518.

Kostenübernahme durch den Arbeitgeber (Reisekosten, sonstige Tagungskosten). Gerade mit Blick auf die Kontrollmöglichkeiten ist es dringend anzuraten, solche Leistungen – wenn das Unternehmen diese trotz Gegnerunabhängigkeit erbringen will – vertraglich klar zu fixieren, schon um den Verdacht unsauberer Koppelungsgeschäfte und von Interessenkonflikten zu vermeiden.¹⁵⁾ Das gilt insbesondere mit Blick auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die ein Organisationsinteresse an solchen gewerkschaftsfördernden Leistungen haben und dies auch im Unternehmen ansprechen, befürworten oder mit leichtem bis mittlerem Druck einfordern. Ob die in der Kirch-Entscheidung des BGH aus gesellschaftsrechtlicher Sicht getroffene Aussage, solche Interessenkonflikte müssten transparent gemacht werden (wahlweise durch eine DCGK-Erklärung oder eine Nichtentsprechenserklärung nach § 161 AktG¹⁶⁾), eine Verfahrensvorgabe sein kann, deren Verletzung zur Untreue führt, wird der BGH zu klären haben.

2. Amortisation sozialpolitischer Aufwendungen?

Die spannende Frage indes – und vom LG vorschnell bejaht – geht dahin, ob schon der Vertragsschluss und sein Vollzug für sich genommen für die Siemens AG nachteilig gewesen ist. Dass ein Vermögensabfluss von über 30 Mio. € nachteilig ist, versteht sich von selbst. Die entscheidende Frage nach dem kompensatorischen Vorteil verneint das LG: „Kein vernünftiger wirtschaftlicher Gesamtplan“ (S. 129) sei in Sicht gewesen. „Allein der Gesichtspunkt, dass die AUB in immer mehr Betriebsräten – aufgrund der genannten Unterstützung – vertreten war, stellte noch keine begründete Aussicht auf einen konkret messbaren, wirtschaftlichen Vermögensvorteil dar. Es bestand lediglich eine ‚vage Chance‘ auf den Eintritt eines später eintretenden, dann messbaren wirtschaftlichen Vermögensvorteiles.“ (S. 129).

Hätte das LG Nürnberg-Fürth Recht, so wäre jede vergleichbare Direkt-Leistung eines Arbeitgebers an eine (echte) Gewerkschaft – von der Freistellung von Vertrauensleuten bis zur Kostenübernahme für Veranstaltungen – notwendig strafbare Untreue: Ob sich solche „Pflege der koalitionspolitischen Landschaft“ lohnt oder amortisiert, ist ebenfalls nur vage Chance und nicht konkret absehbar. Ist jede Parteispende eines Unternehmens Untreue zu Lasten der Anteilseigner? Kontaktpflege begründet keine manifesten und spürbaren Vorteile. Ist auch das Betriebsfest Untreue? Gemessen an den Kriterien des Gerichts dürften auch Investitionen in Forschung und Entwicklung untreu sein – eine Amortisation ist nur „vage“ in Sicht.

Man sieht: Das LG ist zu streng, seinen Maßstäben fällt vieles Vernünftige, ja sozialpolitisch Gewollte zum Opfer. Es orientiert sich mit der „vagen Chance“ an einer Entscheidung des BGH,¹⁷⁾ die einen nachteiligen Vergleichsschluss eines Landrats beurteilt und richtig auf Haushaltsuntreue erkennt. Dass bei einem Vergleich des § 779 BGB greifbare wechselseitige Positionen vorhanden sein müssen, damit ein gegenseitiges Nachgeben möglich ist, liegt auf der Hand. Eigene Zahlungen gegen einen Verzicht auf erkennbare Luftpositionen – das ist Untreue.

Nicht jedes Geschäft, das Geld gegen eine vage Chance eintauscht, ist strafbare Untreue. Es kommt auf das richtige Verhältnis von Pflichtwidrigkeit und wertender „Differentialdiag-

nose“ von Ausgabe und Ertragschance an. Sponsoring ist nicht per se Untreue¹⁸⁾ – obzwar das Unternehmen eine allenfalls vage Amortisationschance hat. Man kann gar nicht beurteilen, ob die gesellschaftlich erwünschte unternehmerische „Beteiligung am Sozialleben durch mildtätige, politische, kulturelle oder an den Sport gerichtete Zuwendungen“ (neudeutsch: corporate social responsibility, CSR) sich lohnt. Der Gesetzgeber ermutigt durch steuerliche Absetzbarkeit zu solchen Spenden. Der BGH sagt in der Sponsoring-Entscheidung: „Je loser die Verbindung zwischen dem Geförderten und dem Unternehmensgegenstand, desto enger ist der Handlungsspielraum des Vorstands und desto größer sind die Anforderungen an die interne Publizität.“¹⁹⁾ Das heißt umgekehrt: Je intensiver der Bezug zum Unternehmensgegenstand, desto größer ist der Handlungsspielraum des Vorstands. Dass die Pflege der sozialpolitischen Beziehungen unternehmenswichtig ist, liegt auf der Hand. Dass der Arbeitgeber bei seinen Arbeitnehmern für unternehmerische Ziele muss werben dürfen, ebenso. Dass ein Unternehmen konstruktiv mit einer Gewerkschaft zusammenarbeitet und ohne konkret erkennbare Gegenleistung deren Vertrauensleute unter Entgeltzahlung von der Arbeit freistellt, ist doch keine Untreue. Sonst hätte der Staatsanwalt bei VW viel zu tun. Wenn dort 32 Mitarbeiter als Vertrauensleute der IG Metall bezahlt werden, so lässt sich bei einem durchschnittlichen Jahresentgelt von 40.000 € zuzüglich 20 % Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung eine Jahresleistung von 1.536.000 € p.a. überschlagen. Das erreicht die AUB-Größenordnung. Untreue – weil allenfalls eine vage Amortisationschance in Sicht ist?

Dass die Siemens AG mit ihren Zahlungen nicht die „gute“ IG Metall, sondern die sozialpolitisch unerwünschte AUB unterstützt hat, kann die Untreue nicht begründen. Das wäre sozialpolitische Gesinnungsjustiz. Also: Leistungen an eine (tariffähige) Gewerkschaft oder eine sonstige Arbeitnehmervereinigung können die Willensbildung in der Belegschaft in eine vom Unternehmen gewünschte Richtung beeinflussen – nicht anders als ein Entgegenkommen bei materiellen Arbeitsbedingungen. Wenn das Unternehmen eine freiwillige Sozialleistung für die Mitarbeiter einführt, ist das keine Untreue, auch wenn eine konkrete Amortisation der Leistung durch Produktivitätssteigerung nicht ansatzweise konkret prognostiziert werden kann, und es womöglich überhaupt nur darum geht, den Mitarbeitern zukunftsbezogen ein „Gefühl fairer Bezahlung“ im Sinne der (ökonomischen) Effizienzlohntheorie zu vermitteln. Man denke nur an die früher zahlreichen sozialen Einrichtungen, die Unternehmen ihren Mitarbeitern gewährt haben, vom Ferienheim über die Werkwohnung bis hin zu Suchtberatungsstellen. Alles Untreue, weil nicht nachweisbar rentabel? Das hieße, dass § 266 StGB eben jene kalte materialistische Sicht oktroyierte, die in der Finanzkrise so we-

15) Dazu Rieble, BB 2009, 1016, 1022.

16) BGH ZIP 2009, 460 (m. Anm. Mutter) – Kirch/Deutsche Bank.

17) BGH NSz-RR 2002, 237.

18) BGHSt 47, 187 = NSz 2002, 322 = NJW 2002, 1585; dazu auch die Mannesmann-Entscheidung BGHSt 50, 331 = ZIP 2006, 72, Rz. 36; Schmid, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006, § 31 Rz. 141; MünchKomm-Dierlamme, StGB, 2006, § 266 Rz. 225; Rieble, CCZ 2008, 121, 129.

19) BGH (Fußn. 18), Rz. 30.

nig Beifall findet. Insofern darf die Mannesmann-Entscheidung nicht missgedeutet werden: Der BGH hat dort nur die „nachträgliche Anerkennungsprämie“ für ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied beanstandet, weil sich das Unternehmen hiervon keinerlei Vorteil mehr versprechen konnte – und hat zudem die Ausnahme einer Anreizwirkung auf Dritte angeführt.²⁰⁾ Im Arbeitsleben wirken Leistungen „zur Pflege der koalitionspolitischen Landschaft“ nicht anders als belegschaftsbezogene Leistungen in bestehenden Rechtsbeziehungen und lösen ihre Anreize zukunftsbezogen gegenüber den aktiven Arbeitnehmern aus.

Die Arbeitsbeziehungen zwischen einem Unternehmen und seiner Belegschaft folgen zwar einer bestimmten Logik, doch lässt sich diese nicht nach messbarer Rentabilität begreifen. Aus Sicht des Unternehmens „vernünftiges“ Betriebsratshandeln und wirtschaftlich sinnvolle Tarifabschlüsse, die Entwicklung einer in Krisenzeiten belastbaren Sozialpartnerschaft lassen sich nicht in einer Investitionsrechnung begreifen.

Ein anderes Beispiel der Komplexität: Eine Gewerkschaft streikt teils rechtswidrig. Im Tarifabschluss wird (wie üblich) ein Maßregelungsverbot zum Schutz der Streikenden aufgenommen. Untreue durch den Tarifabschluss, weil nach den Maßstäben der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung²¹⁾ Schadensersatzansprüche gegen die Mitarbeiter durchgesetzt werden müssen? Der gewerkschaftliche Verhandlungsführer als Anstifter? Nach welchen Maßstäben hat ein Strafgericht zu entscheiden, ob ein Anspruchsverzicht des Unternehmens gegenüber der streikführenden Gewerkschaft (wie er durchaus vorkommt) für das künftige Zusammenwirken „sinnvoll“ oder doch jedenfalls „vertretbar“ ist?

3. Normatives Unrecht als Schadenswertungsgrundlage?

Das Missbehagen des Gerichts mündet in einen moralischen Zeigefinger: „Vielmehr wurde gegen elementare Grundsätze des Mitbestimmungsrechts verstoßen und – bei Entdeckung – ein massiver Ansehensverlust der Fa. Siemens AG in Kauf genommen“ (S. 129). Inwiefern dieser Umstand den Tatbestand der Untreue begründen kann – genauer: die Pflichtverletzung und/oder den Vermögensnachteil induziert – begreife ich nicht. Die Verletzung von „Grundsätzen des Mitbestimmungsrechts“ bleibt blass. Wogegen hat *Feldmayer* oder die Siemens AG verstoßen? Wenn es „Grundsätze“ sind, wo sind diese kodifiziert? Und inwiefern begründet das hier angenommene Betriebsverfassungsrecht (noch III) einen Schaden i. S. v. § 266 StGB? Wird die Untreue hier zum strafrechtlichen Resonanzboden für Unrecht jeder Art, sofern nur ein Schaden konstruiert werden kann? Das mag die Tendenz sein, wenn man die Diskussion um die Parteienfinanzierung betrachtet (Fall *Helmut Kohl*²²⁾). So könnte jede vorsätzliche Verwirklichung eines Buß- oder Ordnungsgeldtatbestands durch einen Treupflichtigen zur Untreue gerinnen, und so könnte jede verbotene oder auch nur sittenwidrige Vorteilszuwendung nach dem Vorbild des Betriebsausgabenabzugsverbots in § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG²³⁾ mit der Untreue zweitsanktioniert werden. Ja jeder vorsätzliche Compliance-Verstoß, der nach §§ 130, 30 OWiG zur Unternehmensgeldbuße führt, wäre – Untreue! Mit einem Compliance-Verstoß zugleich einen Schaden zu begründen vermischt Pflichtwidrigkeit und Schaden.²⁴⁾

Indes: § 266 StGB ist ein Vermögensdelikt. Ihm liegt mit dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff (noch immer) ein wirtschaftlicher Vermögensbegriff zugrunde.²⁵⁾ Der Umstand, dass der Vermögensbetreuungspflichtige gegen anderweitige normative Vorgaben verstoßen hat, begründet für sich genommen keinen Schaden und steht auch außerhalb des Schutzzwecks der strafbewehrten Vermögensbetreuungspflicht. Entsprechend setzt § 266 StGB in solchen Fällen den Nachweis eines über den bloßen Verstoß hinausgehenden Risikoschadens voraus.²⁶⁾ Eben deswegen wird gerade die Schmiergeldzahlung als solche bislang nicht als Untreue aufgefasst, wenn und soweit der Täter davon ausgehen kann, dass sie sich lohnt. Das hat der BGH im Bundesligaskandal so gesehen,²⁷⁾ und ebenso hat noch 2004 das OLG Frankfurt/M. entschieden.²⁸⁾

Die Entdeckungsgefahr mag die Amortisationschancen mindern – zunichte machen kann sie sie nicht. Auch die Aufwendung in Vollzug eines (erkannt) nichtigen Vertrags kann sich rechnen, wenn die Erwartung begründet ist, die andere Seite werde auch ohne Rechtspflicht leisten. Wenig überzeugend ist es auch, auf den Imageverlust bei Entdeckung abzustellen. Das ist zwar ein „Folgeschaden“; er kann auch die Amortisation wirtschaftlich infrage stellen (nicht anders als eine Verfallanordnung nach § 73 StGB für Taterträge). Nur: § 266 StGB reagiert nicht auf die bloße Vermögensschädigung oder das Verursachen von Nachteilen mit Vermögenswert. Der Imageverlust korrespondiert nicht mit der Pflicht zur Vermögensbetreuung.

Allerdings nimmt die Neigung zur „Normativierung“ des Schadens im Rahmen von § 266 StGB zu. In der jüngsten Schmiergeldentscheidung (Siemens/Kley) hat der BGH gemeint:²⁹⁾ „Überdies sind bei der Schadensfeststellung auch normative Erwägungen zu berücksichtigen. Die Bestimmung über die Verwendung des eigenen Vermögens obliegt dem Vermögensinhaber, im Fall einer Kapitalgesellschaft dessen zuständigen Organen. Bei pflichtwidriger Wegnahme, Entziehung, Vorenthaltung oder Verheimlichung von Vermögenteilen durch einen Arbeitnehmer kann der Eintritt eines Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen sein, dass der Täter beabsichtigt (oder dies behauptet), die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch „letztlich“ ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Das gilt namentlich dann, wenn dieser Vorteil nur

20) BGHSt 50, 331 = ZIP 2006, 72, Rz. 18 f.

21) BGHZ 135, 244 = ZIP 1997, 883 = NJW 1997, 1926, dazu EWiR 1997, 677 (Priester); dazu *Große Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., 2007, Rz. 496 ff.

22) LG Bonn NStZ 2001, 375 (m. Anm. *Beulke/Fahl*, S. 426); *Hamm*, NJW 2001, 1694; *Krüger*, NJW 2002, 1178; vgl. auch *Velten*, NJW 2000, 2852.

23) Dazu *Rieble*, NZA 2008, 276 f.; *Rieble*, BB 2009, 1016, 1021; anders *Graf/Link*, NJW 2009, 409.

24) Zur Diskussion MünchKomm-Dierlamm (Fußn. 18), § 266 Rz. 174; *Knauer*, NStZ 2009, 151, 152 f.; *Krüger*, NJW 2002, 1178; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634; *Schlösser*, HRRS 2009, 19, 27; *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, 326; *Schünemann*, NStZ 2008, 430, 433 f.; *Taschke*, in: Festschrift Lüderssen, 2002, S. 663.

25) MünchKomm-Dierlamm (Fußn. 18), § 266 Rz. 180; *Fischer*, StGB, 56. Aufl., 2009, § 263 Rz. 54; MünchKomm-Hefendehl, StGB, 2006, § 263 Rz. 298 ff.

26) *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634, 663.

27) BGH NJW 1975, 1234; im Ergebnis zustimmend *Saliger*, JA 2007, 326, 332, der mit Recht anmerkt, dass es nicht um ein Risikogeschäft, sondern um pflichtwidriges Verhalten ging.

28) OLG Frankfurt/M. NStZ-RR 2004, 244; insoweit aber von BGH (ZIP 2008, 2315, Rz. 45) deutlich relativiert.

29) BGH ZIP 2008, 2315, Rz. 44.

durch einen seinerseits gesetz- oder sittenwidrigen und gegebenenfalls strafbaren Einsatz der Mittel erzielt werden könnte.

Der Entziehung des Vermögenswerts steht in diesem Fall keine schadensverhindernde unmittelbare Kompensation gegenüber. ... Weder die vage Chance, aufgrund des Mitteleinsatzes zu Bestechungszwecken später einmal einen möglicherweise im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, noch gar die bloße Absicht des Täters, die entzogenen Mittel für solche Zwecke zu verwenden, stellen einen zur Kompensation geeigneten gegenwärtigen Vermögensvorteil dar.“

Damit ist freilich nicht gesagt, dass jede anrühige „Investition“, die fragwürdigen Rechtsboden betritt, schon deswegen – also wegen der beschränkten Amortisationsaussicht („vage Chance“) – als Untreue zu werten ist. Der BGH wendet sich in der Siemens-Entscheidung nur dagegen, dass sich ein Vermögensbetreuungspflichtiger die Entscheidungskompetenz über riskante Geschäfte anmaßt und solche Risiken eingeht, die die Verfügungsbefugten (Vorstand unter Kontrolle des Aufsichtsrats) nicht billigen. Es geht um die Wahrung der Zuständigkeitsordnung, gerade weil diese Zuständigkeitsordnung (auch) dem Vermögensschutz der Gesellschaft dient. Es wäre in der Tat absurd, wenn der „Schwarzkassenbetreiber“ sich damit herausreden könnte, er habe auf Kosten und Risiko des Unternehmens in Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ein wenig spielen oder spekulieren wollen – auch wenn die zuständigen Organe eben dies nicht wollten.

In diesem Punkt decken sich die Siemens-Entscheidung des BGH und diejenige des LG Nürnberg-Fürth: Der Siemensvorstand *Feldmayer* war allein nicht befugt, über 30 Mio. € in die AUB „zu investieren“. Ob sich solches Engagement „lohnt“ oder „amortisiert“ oder als soziales Sponsoring sinnvoll ist, das kann der Vorstand in dieser Größenordnung nur als Ganzes oder jedenfalls aber nur unter Mitwirkung des Vorsitzenden, des Finanzvorstands und des für Arbeitsbeziehungen zuständigen Personalvorstands entscheiden – und es muss die Kontrollmöglichkeit des Aufsichtsrats gesichert sein. Dass der Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung bei erheblichen Ausgaben außerhalb des üblichen Geschäftsverlaufs und unter besonderen Risiken, die die Verfügungsbefugten nicht eingehen wollen, zur Untreue führt, verfälscht den Unrechtsgehalt des § 266 StGB entgegen manchen Stimmen³⁰⁾ nicht. Die „Investition“ in die AUB entzieht dem Treugeber pflichtwidrig Mittel; die beschränkte Amortisationsaussicht und das Ausfallrisiko darf der Treupflichtige nicht eingehen;³¹⁾ Hoffnung und Zockerei verhindern keinen Schaden,³²⁾ vor allem wenn der „Gutsherr“ oder der zuständige „Gutsverwalter“ das Risiko nicht eingehen wollte.³³⁾ Bankangestellte wie *Jérôme Kerviel* oder *Nicholas Leeson* können sich zur Rechtfertigung riskanter Finanzmarkt Spekulationen nicht damit herausreden, zwar auf Kosten der Bank „gespielt“, aber doch auf Gewinn gehofft zu haben.

Ist aber das vorgeschriebene Verfahren eingehalten und hat das zuständige Organ unter Beachtung des gesetzlichen und satzungsgemäßen Kontrollregimes entschieden, dann kann nur noch geprüft werden, ob die Investitionsentscheidung unter Beachtung kaufmännisch-unternehmensführenden Ermessens (Business Judgment Rule) unvertretbar gewesen ist und

hierdurch (unmittelbar) die Vermögensbetreuungspflicht in Form evidenten Missbrauchs verletzt worden ist.³⁴⁾ Dabei mögen normative Begleitumstände als für die Ermessensausübung maßgebliche Aspekte in die Vertretbarkeits-Wertung „einstrahlen“. Hiervon geht auch das LG Nürnberg-Fürth aus, das die Untreue auf S. 37 auch damit begründet, dass die „finanzielle Unterstützung der AUB ... gegen ein gesetzliches Verbot verstieß“, und die (vermeintliche) Betriebsverfassungswidrigkeit auf S. 132 innerhalb der Untreueprüfung (!) bejaht. Entsprechend verhält es sich mit Sponsoring-Ausgaben zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sport und – hier – Sozialwesen. Unter Wahrung der Zuständigkeitsordnung hätte die Siemens AG grundsätzlich auch mit der AUB entsprechend den Vorgaben des BGH für Sponsoring³⁵⁾ konstruktiv zusammenarbeiten können – ebenso wie dies Volkswagen mit der IG Metall praktiziert.³⁶⁾

Ausgeschlossen erscheint mir indes die vom LG zumindest obiter vollzogene Untreue-Automatik, die aus der Verbotswidrigkeit des unternehmerischen Tuns folgert, dass jede solchermaßen verbotene Aufwendung Untreue ist. Diese Aussage führt zu uferloser Strafbarkeit, erweitert die Vermögensbetreuungspflicht zu einer Compliance-Pflicht rechtmäßiger Mittelverwendung (trotz und gegen § 130 OWiG) und verändert § 266 StGB zu einer Blankettsanktion. Jedes Korruptionsdelikt wäre immer auch Untreue, wenn nicht der Unternehmenseigner selbst handelt. Schwächen der Korruptionstatbestände könnten über § 266 StGB aufgefangen werden, indem dieser für eine Vorverlagerung der Korruptionsstrafbarkeit genutzt wird.³⁷⁾

Deshalb kommt es entscheidend darauf an, ob derartige „Investitionen“ in die Pflege der Arbeitsbeziehungen – wie dies das LG Nürnberg-Fürth S. 42 f. für die Siemens AG bejaht –, „erhebliche wirtschaftliche Vorteile“ haben. Das LG legt dar, dass auf diese Weise „gerade im Angestelltenbereich „zukunfts-fähige Mitarbeiter““ für die Betriebsratskandidatur gewonnen werden konnten, dass in Standortsicherungsvereinbarungen gerade mit Betriebsräten, in denen die AUB vertreten war, vorteilhafte Betriebsvereinbarungen geschlossen werden konnten und „firmenstrategische Maßnahmen erleichtert wurden“. Freilich leidet die Würdigung des LG unter zwei Defiziten: Weder ist schlüssig dargetan, dass Betriebsratsbeschlüsse gerade durch die AUB-Vertreter herbeigeführt worden sind, noch dass dafür wiederum die Leistungen an die AUB oder *Schelsky* maßgeblich waren. Haltlose Kausalitätsvermutungen haben in einem Strafurteil nichts zu suchen. Allenfalls ließe

30) *Kempff*, in: Festschrift Hamm, 2008, S. 255, 260 f.; *Rönnau*, in: Festschrift Tiedemann, 2008, S. 713, 734 f.; *Saliger*, NSZ 2007, 545, 547 f.; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57, 70; *Schlösser*, HRRS 2009, 19, 26.

31) Vgl. BGH ZIP 2008, 2315.

32) *Fischer* (Fußn. 25), § 266 Rz. 70d; ähnlich *Bernsmann*, GA 2005, 219, 230 f.

33) So *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634, 653 ff.

34) Vgl. dazu auch *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634, 674 ff.

35) Vgl. BGHSt 47, 187 = NSZ 2002, 322 = NJW 2002, 1585.

36) Angesichts fehlender „Gemeinnützigkeit“ der AUB (LG Nürnberg-Fürth, S. 16) – gemeint ist wohl das Steuerprivileg von Berufsverbänden – ergeben sich jedoch neben der Grenze der gravierenden Pflichtverletzung ggf. weitere, hier nicht zu vertiefende Schwierigkeiten hinsichtlich eines möglichen Steuerabzugs. Ob die steuerliche Abzugsfähigkeit im Einzelfall eine absolute Obergrenze für unentgeltliche Zuwendungen darstellt, ist umstritten, vgl. *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rz. 83 m. w. N.; *Hopt*, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 2005, § 93 Rz. 120; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl., 2007, § 43 Rz. 71 ff.

37) Vgl. *Marxen/Taschner*, EWiR 2009, 253, 254.

sich in dubio pro reo von amortisationsfähigen Vorteilen ausgehen.

Für die Untreue kommt es schließlich nicht auf eine ex post, sondern eine ex ante Sicht an: In der Sekunde, in der die Siemens AG Leistungen an die AUB erbrachte, muss feststehen, ob eine Amortisationsaussicht die Entscheidung trägt. Weder vermag die nachträgliche überraschende Amortisation die Untreue zum Leistungszeitpunkt „zu heilen“, noch kann das Ausbleiben eines berechtigterweise kalkulierten Vorteils nachträglich die Strafbarkeit begründen.

III. Strafbarkeit nach § 119 BetrVG

1. Keine Betriebsratsbegünstigung nach § 119 Abs. 1

Nr. 3 BetrVG

Für den Arbeitsrechtler unmittelbar bedeutsam sind die Ausführungen zur Strafbarkeit nach § 119 BetrVG. Interessanterweise äußert sich das Gericht zum nächstliegenden Tatbestand der Betriebsratsbegünstigung des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht. Im Ergebnis zu Recht: Der Straftatbestand sanktioniert nur die Vorteilsgewährung unmittelbar an den einzelnen Betriebsrat und weder diejenige an das Betriebsratsgremium als Kollektiv noch an eine Arbeitnehmervereinigung, der das Betriebsratsmitglied angehört.³⁸⁾ Die Drittbegünstigung ist im BetrVG (anders als in § 299 StGB) nicht erfasst. Nur wenn (wie das auch früher bei § 12 UWG gewesen ist) das Betriebsratsmitglied einen hinreichend konkreten mittelbaren Vorteil erfährt, ist der Tatbestand einschlägig.

Hinzu kommt ein zweites Hindernis: Selbst wenn ein AUB-Betriebsrat durch Schulungen oder eine Betreuung persönlich profitiert, sind ihm diese Vorteile nicht „wegen seiner Tätigkeit“ i. S. v. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zugeflossen. Das BetrVG respektiert die Rollentrennung des Arbeitnehmers in seiner Funktion als Betriebsratsmitglied und als Mitglied einer Arbeitnehmervereinigung sogar positiv: § 2 Abs. 3 BetrVG lässt „die Aufgaben der Gewerkschaften ... insbesondere die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder“ unberührt. Nach § 74 Abs. 3 BetrVG werden Arbeitnehmer, die Betriebsverfassungsaufgaben übernehmen, „hierdurch in der Betätigung für ihre Gewerkschaft auch im Betrieb nicht beschränkt“. Wenn Betriebsratsmitglieder für die Ziele ihrer Gewerkschaft arbeiten, so geschieht dies in Ausübung ihrer Koalitionsfreiheit und nicht in ihrer Eigenschaft als Amtsträger. Insofern prägt das Verfassungsrecht das Betriebsverfassungsrecht.³⁹⁾

Nun könnte man meinen, für die AUB habe dies nichts zu bedeuten, denn bei ihr handele es sich ja nicht um eine „Gewerkschaft“, sondern um eine „Betriebsräteorganisation“. Auch das LG betont (in anderem Zusammenhang), dass Leistungen an die AUB irgendwie etwas anderes seien als solche an die Gewerkschaft (S. 133). Zunächst einmal müsste das LG für sich klären, um welchen „Gewerkschaftsbegriff“ des BetrVG es hier geht – einfache Koalition oder tariffähige Gewerkschaft.⁴⁰⁾ Zweitens lässt sich der geschmierten AUB angesichts des Umfangs der Zahlungen gewiss die für die Koalitionsfreiheit erforderliche Gegnerfreiheit absprechen.⁴¹⁾ Das aber bewirkt keine Inkompatibilität in der Betriebsverfassung. Selbstredend kann eine evangelische Kirchengemeinde auch

ohne Koalitionsstatus mit „ihrem“ Mitglied im Betriebsrat zusammenarbeiten, dessen Stimme auf kirchlichen Veranstaltungen hören und diesen umgekehrt durch einen Wahlauftrag unterstützen.⁴²⁾ Solange das BetrVG keine konkreten Inkompatibilitätsvorgaben macht, kann ein Betriebsratsmitglied auch Mitglied einer sonstigen Gruppierung sein – wie der AUB. Das steht jedenfalls unter dem Schutz der einfachen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG. Irgendein betriebsverfassungsrechtliches „Keuschheitsgebot“ oder gar ein Umkehrschluss aus § 2 Abs. 3, § 74 Abs. 3 BetrVG ist nicht in Sicht.

Umgekehrt gilt: Jede Arbeitnehmervereinigung darf ihre Mitglieder individuell fördern und unterstützen, auch wenn diese ein Betriebsratsamt innehaben. Lässt die AUB einem Mitglied eine Betriebsverfassungsschulung „als AUB-Mitglied“ und nicht „als Betriebsratsmitglied“ zukommen, ist dies unproblematisch. Das 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.⁴³⁾ Die entscheidende Grenze dürfte darin liegen, ob sich die Leistung der Arbeitnehmervereinigung an Betriebsräte noch als Vollzug des Verbandszwecks begreifen lässt. Das ist bei finanziellen Zuwendungen zu verneinen; auch eine Gewerkschaft oder Arbeitnehmervereinigung darf Betriebsräte nicht für ihr Amt „bezahlen“.⁴⁴⁾

2. Betriebsratswahlbeeinflussung nach § 119 Abs. 1

Nr. 1 Alt. 2 BetrVG?

Der arbeitsrechtliche Clou der Entscheidung ist die Beeinflussung der Betriebsratswahl, die schon vom OLG Nürnberg in der Haftprüfungsentscheidung (Fußn. 8) gesehen worden ist. Die erste Merkwürdigkeit betrifft eine Formalie: Der Tatbestand taucht im Schuldspruch nicht auf. Sowohl für *Feldmayer* (S. 132 ff.) wie für *Schelsky* (S. 141) wird der Tatbestand bejaht – aber nur als Vorfrage für Untreue und vor allem Steuerhinterziehung –, weil § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein Betriebsausgabenabzugsverbot nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG auslöst. Merkwürdigerweise scheint der Tatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BetrVG trotz der zentralen Bedeutung für das Verfahren und trotz des Strafantrags der IG Metall (§ 119 Abs. 2 BetrVG) im Rahmen strafprozessualer Opportunitätserwägungen untergegangen zu sein.

Damit ist des Pudels Kern angesprochen. § 119 BetrVG ist ein Bagatellstrafatbestand, den für sich genommen kaum einer fürchten muss: Der erforderliche Strafantrag wird selten gestellt. Und wenn doch, ist das Strafmaß von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe nicht bedrohlich. Erst durch das Betriebsausgabenabzugsverbot wird der Straftatbestand

38) *Däubler/Trümmer*, BetrVG, 11. Aufl., 2008, § 119 Rz. 16; *Fitting*, BetrVG, 24. Aufl., 2008, § 119 Rz. 9; *Richardl/Annus*, BetrVG, 11. Aufl., 2008, § 119 Rz. 25; *Rieble*, CCZ 2008, 121, 127.

39) BVerfG AP Nr. 31 zu Art. 9 GG = DB 1979, 1231 = NJW 1979, 1875; *Rieble*, CCZ 2008, 121, 127; *Richardl*, BetrVG, 11. Aufl., 2008, § 74 Rz. 78.

40) Vgl. BAG ZIP 2006, 1838 (LS) = NZA 2006, 798 und BAG NZA 2007, 518 und dazu die Anm. *Rieble*, RdA 2008, 35.

41) Dazu *Rieble*, CCZ 2008, 121, 126 ff.

42) Für einen türkischen Vorbeter LAG Hamm v. 12. 2. 1976, DB 1976, 922.

43) *Rieble*, CCZ 2008, 121, 126.

44) *Rieble*, CCZ 2008, 121, 126 f.

zur Gefahr: Kaum ein Arbeitgeber wird Zuwendungen „zur Pflege der koalitionspolitischen Landschaft“ nicht von der Steuer absetzen – weil darin schon ein Geständnis liegt, und zwar der „Zuwendung von Vorteilen ...“, wenn die Zuwendung der Vorteile eine rechtswidrige Handlung darstellt, die den Tatbestand eines Strafgesetzes ... verwirklicht“. Die „Alternative“ der schwarzen Kasse führt direkt zur Untreue. Also bliebe nur die Privatschatulle.

§ 119 BetrVG wird vom LG doch recht zackig bejaht – danach genügt jede auch bloß mittelbare Beeinflussung des Wahlvorgangs:

„Die vom Angeklagten Prof. F. zu verantwortenden Zahlungen an den Angeklagten S. erfüllen den Tatbestand des § 119 Abs.1 Nr.1 BetrVG:

1. Mit dem Auftrag an den Angeklagten S., die AUB weiter auf- und auszubauen, und der Zahlung von ca. 30,3 Mio. € sollte auch auf die Zusammensetzung von Betriebsräten und anderen Mitbestimmungsorganen (Aufsichtsrat) Einfluss genommen werden. Die in den Plan einbezogenen, verantwortlichen Mitarbeiter der Siemens AG, hier konkret der Angeklagte Prof. F., beabsichtigten, durch Aufbau und Stärkung der AUB – wie der Angeklagte Prof. F. in seiner Einlassung einräumte – ‚neben der IG Metall eine zweite Kraft in den Betriebsräten zu haben, das war offizielle Philosophie‘. ...

Nach § 119 Abs.1 Nr.1 BetrVG ist strafbar, wer ‚eine Wahl des Betriebsrats ... durch Gewährung ... von Vorteilen beeinflusst‘. In diesem Tatbestand sind damit die gleichen Verhaltensweisen unter Strafe gestellt, welche in § 20 Abs.1 und Abs.2 BetrVG verboten sind. Das Wahlbeeinflussungsverbot des § 20 Abs.2 BetrVG, das auch den eigentlichen Abstimmungsvorgang vorbereitende Maßnahmen umfasst (vgl. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Eise mann, 7. Aufl. 2006, Rn. 7 zu § 20), bezieht sich auf die Freiheit der inneren Willensbildung der Arbeitnehmer bei der Ausübung ihres Wahlrechts. Insoweit besteht eine ‚strikte Neutralitätspflicht‘ des Arbeitgebers (vgl. Vogt, BB 1987, 189, 190). Bemühungen eines Arbeitgebers, einen gültigen Wahlvorschlag in Konkurrenz zu einer anderen Liste zustande zu bringen, sind eine konkret auf die Betriebsratswahl orientierte Tätigkeit, welche den Bereich der Wahlbeeinflussung sogar noch überschreitet, ja aktiv auf die Zusammensetzung des Betriebsrats abzielt (so LAG Hamburg, Urteil v. 12. 3. 1998, bei Eisenmann a. a. O. Rz. 7, 9).

Nach ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Lehre ist eine extensive Auslegung des Wahlbegriffs in § 119 BetrVG veranlasst: Umfasst werden sollen alle Maßnahmen von der Wahlvorbereitung bis hin zur Feststellung des endgültigen Wahlergebnisses. Nur auf diese Weise kann dem Schutzzweck des § 119 Abs.1 Nr.1 BetrVG, Gewährleistung eines effektiven Wahlschutzes, Genüge geleistet werden. Deswegen liegt auch kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor; denn eine unzulässige Tatbestandsüberdehnung beginnt erst dort, wo die äußerste Grenze des Wortsinns eines Merkmals überschritten wird (vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rz. 28 ff). Dies ist hier nicht der Fall, da im allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff ‚Wahl‘ aber neben dem eigentlichen Abstimmungsvorgang diesen vor- und nachbereitende Maßnahmen umfasst.

Kurz gesagt: Durch kollusives Zusammenwirken der Verantwortlichen der Firma Siemens AG, hier des Angeklagten Prof. F., mit dem Angeklagten S. wurden immer wieder nach Art eines ‚trojanischen Pferdes‘ der Firma Siemens genehme Betriebsratskandidaten auf einer angeblich ‚unabhängigen‘ Liste (AUB) platziert, deren Hintergrund und Motivation die Wahlberechtigten der Betriebsratswahlen nicht kannten bzw. sogar völlig anders einschätzten.“

Bezeichnend ist zunächst einmal, dass das LG keine Tatbestandsmerkmale subsumiert, sondern schutzzweckorientierte Erwägungen trifft. Dazu bedient sich das Gericht zum Urteilszeitpunkt der Vorvorauflage (6. Aufl., 2006) oder der Vorauflage (7. Aufl., 2007) eines Kurzkomentars, zitiert diesen

auch noch falsch und verwertet nicht einmal eine Kommentierung der Strafvorschrift des § 119 BetrVG, sondern der materiellrechtlichen Wahlschutzvorschrift des § 20 Abs.2 BetrVG. Aktuelle oder tiefergehende Analysen werden nicht verarbeitet. Auch geht das LG nur jenen Zitaten nach, die ihm gefallen.

Solche Leichtigkeit der Rechtsfindung ist schon für Bagatellstrafatbestände oder Ordnungswidrigkeitentatbestände ohne nennenswerte Folgen bedenklich. Hier indes hängt von der Tatbestandsprüfung des § 119 BetrVG zuerst ab, ob die Siemens AG die an die AUB bezahlten 30 Mio. € steuermindernd geltend machen durfte – also eine erkleckliche Körperschaftsteuerhinterziehung. Zudem zieht das LG (zu Unrecht) diese Tatbestandsverwirklichung als Indiz für die Untreue heran. Dann ist Sorgfalt geboten.

Die Aussage des Gerichts, die Betriebsratswahl werde nach § 119 Abs.1 Nr.1 BetrVG umfassend vor jedweder Beeinflussung durch Vorteilsgewährung geschützt, trifft nicht zu.

Einen umfassenden Wahlschutz schafft nur das Behinderungsverbot des § 20 Abs.1 i. V. m. § 119 Abs.1 Var. 1 BetrVG: In der Tat ist das Wahlverfahren – von der Wahlvorbereitung bis zur Auszahlung – umfassend vor Behinderungen durch Dritte geschützt.⁴⁵⁾ Das Beeinflussungsverbot des § 20 Abs.2 i. V. m. § 119 Abs.1 Nr.1 Var. 2 BetrVG zielt hingegen nur auf die unmittelbare Beeinflussung der Wahlrechtsausübung – also der aktiven Stimmabgabe oder der passiven Kandidatur – in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Wahlstrafrecht (Wählernötigung und Wählerbestechung nach §§ 108 und 108b StGB). Deswegen ist es auch nicht erforderlich, § 20 BetrVG als verschwommen offenen Tatbestand von seiner Flankierung in § 119 Abs.1 Nr.1 BetrVG „strafrechtsteleologisch“ zu lösen.⁴⁶⁾ Besser ist es, § 20 BetrVG in Gleichklang mit der Strafbewehrung zu dogmatisieren und von allen beiden Tatbestandsvarianten zu trennen. Auf diese Parallele hat bereits *Dannecker* in seiner grundlegenden Arbeit „Der strafrechtliche Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und ihrer Mitglieder“ hingewiesen.⁴⁷⁾ Es ist nicht ansatzweise zu begreifen (und vor Art. 3 Abs.1 GG zudem besonders rechtfertigungsbedürftig), dass die Wahlrechtsausübung bei Betriebsratswahlen strafrechtlich stärker geschützt sein soll als diejenige zu staatlichen Wahlen oder zu Sozialversicherungswahlen (§ 108d StGB). Also: Nur die unmittelbare Wahlbeeinflussung ist strafbar; bei der Vorteilsgewährung braucht es zudem eine Unrechtsvereinbarung (wie bei Bestechungsdelikten).⁴⁸⁾

Zudem führt die weite Auffassung des LG Nürnberg-Fürth dazu, dass jedwede mittelbare Unterstützung von Kandidaten (etwa durch Freunde, die Wahlzettel entwerfen und [auf eigene Kosten] drucken oder etwas Geld hierfür sammeln, oder durch die eigene Familie) strafbar wäre – eine absurde Verstrafrechtlichung des gesellschaftlichen Lebens. Unterstützende

45) BayObLG BB 1980, 1638 = NStZ 1981, 30: Behinderung der Wahlbetriebsversammlung; *Eise mann/Koch*, in: Erfurter Komm. z. ArbR, 9. Aufl., 2009, § 20 BetrVG Rz. 2 zu § 20 Abs.1 BetrVG.

46) So aber *Schünemann* (Fußn. 11), S. 527 ff. mit beachtlichen Gründen.

47) *Dannecker*, in: Festschrift Gitter, 1995, S.180; ebenso jetzt *Schünemann* (Fußn. 11), S. 526 f.

48) BGH NStZ 1987, 68 = NJW 1986, 859; *Fischer* (Fußn. 25), § 108b Rz. 3. *Dannecker* (Fußn. 47), S. 180; missverständlich GK-BetrVG/*Oetker*, 8. Aufl., 2005, § 119 Rz. 17.

Wahlaufrufe eines türkischen Vorbeters an türkische Gastarbeiter⁴⁹⁾ könnten als Vorteilsgewährung strafbar sein. Der BGH hat für Wahlkampfspenden solch absurde Strenge zu Recht zurückgewiesen; Spenden für die Wahlkreisarbeit oder den Wahlkampf sind von der Vorschrift nicht erfasst⁵⁰⁾ und können auch über § 331 StGB nicht sanktioniert werden: „Dass sich ein Amtsträger, der sich um seine Wiederwahl bewirbt, der Vorteilsannahme schuldig macht, wenn er im Wahlkampf etwa eine 500-€-Spende einer Initiative annimmt, die sich wegen seiner umwelt-, kindergarten- oder radfahrerfreundlichen Kommunalpolitik für seine Wahl engagiert, kann nicht sein. Ob dieses Ergebnis rechtlich zutreffender über eine restriktive Auslegung der Vorschrift mit Blick auf den Grundsatz der Chancengleichheit bei der Wahl zu erreichen ist oder sich unmittelbar aus § 331 StGB ableiten lässt – durch die Betonung, dass in einem solchen Fall der Vorteil nicht für die Dienstaussübung gegeben und genommen wird, sondern bloße Unterstützung für die angestrebte Wiedererlangung der Amtsstellung darstellt –, ist eine Frage von zweitrangiger Bedeutung.“⁵¹⁾ Nur hier, bei der Betriebsratswahl, soll das anders sein!

Weil § 119 Abs. 1 BetrVG in allen Tatbeständen ein „Jedermannsdelikt“ ist („wer“⁵²⁾) und weil auch die materielle Wahlrechtsschutznorm des § 20 BetrVG an jedermann adressiert ist, lässt sich kein Sonderstrafatbestand zu Lasten des Arbeitgebers konstruieren.⁵³⁾ Eben so verfährt indes das LG, wenn es die (behauptete) besondere Neutralitätspflicht des Arbeitgebers als Grundlage für die Strafbarkeit nimmt. Hier ist alles falsch: Gäbe es eine solche Neutralitätspflicht – etwa aus § 75 BetrVG⁵⁴⁾ oder aus Art. 9 Abs. 3 GG⁵⁵⁾ –, so wäre deren Verletzung nicht nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG strafbar, weil diese Norm nur § 20 BetrVG aufnimmt und dort von einer Neutralitätspflicht keine Rede ist.⁵⁶⁾ Verstöße gegen § 75 BetrVG sind nicht strafbar. In § 119 Abs. 1 BetrVG fehlt ein entsprechender Sondertatbestand, der denjenigen Arbeitgeber bedroht, der seine Neutralitätspflicht in der Wahl verfehlt (und dadurch deren Ergebnis beeinflusst). Also bleibt mit *Dannecker* die lapidare Feststellung: „Folgt man letzterer Ansicht [Neutralitätspflicht aus § 75 BetrVG], so entfällt eine Strafbarkeit, weil § 119 Abs. 1 Nr. 1 StGB [gemeint: BetrVG] nur Tathandlungen erfasst, die § 20 BetrVG unterliegen. Aber auch wenn man in dem Verhalten einen Verstoß gegen § 20 BetrVG sieht, ist dieses nicht strafbar, da eine strafbare Beeinflussung der Wahl nur durch Einwirken auf die Wahlbeteiligten selbst möglich ist, und diesen muss der Vorteil unmittelbar zugute kommen.“⁵⁷⁾ Überdies gerät die extra legem entwickelte These einer umfassenden Neutralitätspflicht des Arbeitgebers ins Wanken, weil auch der Arbeitgeber Meinungs- und, mit Blick auf Werkszeitungen, Pressefreiheit genießt und Kritik äußern darf.⁵⁸⁾

Schließlich ist § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nach h. M. schon wegen des Wortlauts Erfolgsdelikt: Die konkrete Vorteilszuwendung muss einen konkreten Wahlbeeinflussungserfolg ausgelöst haben.⁵⁹⁾ Doch fehlt jede Feststellung des LG, inwiefern die Zuwendungen der Siemens AG entweder die Kandidaturentscheidung oder die Stimmabgabe konkret beeinflusst haben.

Was das LG hierzu meint, ist in sich widersprüchlich. Einmal will es (nur) die Gewerkschaften mit Blick auf Art. 9 Abs. 3

GG aus dem so scharf verstandenen Beeinflussungsverbot herausnehmen (dazu schon oben 1); auf der anderen Seite wird *Schelsky* selbst ebenfalls der Beeinflussung der Betriebsratswahl geziehen (S. 141) – obzwar er als Vorsitzender der AUB doch keinesfalls „Arbeitgeber“ gewesen ist und damit auch keiner Neutralitätspflicht unterfallen kann. Hier sehe ich einen Verstoß gegen Denkgesetze. Summarische Strafurteile waren nur in der Zeit der bayerischen Volksgerichte⁶⁰⁾ zulässig.

IV. Fazit

1. Die zentrale Gefahr der „Steuerung“ einer Arbeitnehmer-Interessenvertretung rührt aus der Untreue: Rechnungen mit Falschangaben, wofür das Geld geflossen ist, Verschleierung der Zahlungsflüsse bis hin zur Verwaltung besonderer und schwarzer Kassen führen wegen des Kontrollentzugs richtig zur Untreuestrafbarkeit. Das gilt auch für Zuwendungen an Gewerkschaften, von der bezahlten Freistellung der Vertrauensleute bis zur Finanzierung gewerkschaftsnütziger Veranstaltungen.

2. § 119 BetrVG ist als Straftatbestand spannend nur wegen der strafbaren Vorteilszuwendung (in Nr. 1 Var. 2 und Nr. 3), die das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG auslöst⁶¹⁾ und zur Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung führt. Freilich setzt das eine betriebsverfassungsrechtlich exakte Analyse voraus; diese ist dem LG Nürnberg-Fürth in seinem *Schelsky*-Urteil nicht gelungen. Insofern bleibt zu wünschen, dass der BGH Gelegenheit erhält, das Dunkel der Strafbarkeit nach § 119 BetrVG dogmatisch aufzuhellen.

Dabei wird es insbesondere auch darum gehen, ob normatives Unrecht über die Ermessensausübungspflicht des Vermögensbetreuungspflichtigen in die Untreuewertung einfließt. Dann könnte jedes verbotene oder auch nur unrechtmäßige Tun zur Untreue führen.

49) LAG Hamm DB 1976, 922 hält diese für betriebsverfassungsrechtlich zulässig.

50) BGH NSZ 2005, 509 = NJW 2004, 3569; *Fischer* (Fußn. 25), § 108e Rz. 8a.

51) BGH NSZ 2008, 33 = NJW 2007, 3446.

52) Anders die an den Arbeitgeber adressierte Vorgängerstrafvorschrift des § 95 BRG 1920.

53) So auch *Schünemann* (Fußn. 11), S. 528 f.

54) *Eisemann/Koch* (Fußn. 45), § 20 Rz. 7; *Fitting* (Fußn. 38), § 20 Rz. 24; *Schneider*, in: *Däubler/Kittner/Klebe*, BetrVG, 11. Aufl., 2008, § 20 Rz. 19.

55) So neuerdings *Maschmann*, NZA 2008, 613, 618 f. unter Berufung auf BAG AP Nr. 3 zu § 15 BetrVG 1972. Das ist fragwürdig, weil die Drittwirkung nicht so weit reicht.

56) *Rieble*, ZfA 2003, 283, 295; *Rieble/Triskatis*, NZA 2006, 233, 239.

57) *Dannecker* (Fußn. 46), S. 180.

58) Eingehend *Rieble*, ZfA 2003, 283, 290 ff.; GK-BetrVG/*Kreutz* hat seine Neutralitäts-Ansicht (7. Aufl., 2002, § 20 Rz. 30) aufgegeben, 8. Aufl., 2005, § 20 Rz. 30. Nach *Richardt/Thüsing*, BetrVG, 11. Aufl., 2008, § 20 Rz. 19, „kann auch der Arbeitgeber nicht an ein umfassendes Neutralitätsgebot gebunden sein“. Weiter Einstellungsverfügung StA Freiburg v. 27.7.1995 – 90 Js 136/95, EzA § 119 BetrVG Nr. 1.

59) *Krumm-Mauermann*, Rechtsgüterschutz durch die Straf- und Bußgeldbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, Diss. Konstanz 1990, S. 64; GK-BetrVG/*Oetker* (Fußn. 48), § 119 Rz. 13 (aber unklar Rz. 17); *Sax*, Die Strafbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, Diss. Würzburg 1975, S. 109 f., 161; *Richardt/Annunzi* (Fußn. 38), § 119 Rz. 13; *Rieble*, ZfA 2003, 283, 311 ff.; a. A. (Tätigkeitsdelikt) *Trümmer*, in: *Däubler/Kittner/Klebe* (Fußn. 54), § 119 Rz. 1a.

60) *Bauer/Schmidt*, Zeitschrift für Bayerische Landesgeschichte (ZBLG) 48 (1985), 449; http://mdz1.bib-bvb.de/cocoon/bayern/zblg/seite/zblg48_0463, abgerufen am 7.4.2009

61) *Rieble*, NZA 2008, 276 und *Rieble*, BB 2009, 1612.