



§ 2 Arbeitsstrafrecht als Wirtschaftsstrafrecht?

Rn.

A. Referat Volker Rieble	1
I. Die Frage	1
II. Disparates Arbeitsstrafrecht	11
1. Nur historisch zu begreifen: Sicherung des Vertragsge- horsams	11
2. Zentral: Individualschutz	14
a. Einseitig arbeitnehmerschützende Grundrichtung des Arbeitsstrafrechts	14
b. Selten: Entgeltschutz	23
c. Mitunter: individueller Arbeitgeberschutz	24
d. Kein kollektives Rechtsgut	40
3. Echtes Arbeitsmarktstrafrecht	43
a. Außenwirtschaftrechtliche Flankierung des Ar- beitsmarktes	43
b. „Subventionsbetrug“ durch Leistungsmissbrauch	45
c. Kein effektiver Korruptionsschutz	47
4. Strafrechtliche Sicherung des kollektiven Arbeits- rechts?	52
a. Betriebsverfassung und § 119 BetrVG	52
b. Strafrechtsfreie Tarifzone?	59
c. Unausgelotete Untreue	66
III. Wohin treibt das Arbeitsstrafrecht?	68
B. Diskussion	82

A. Referat Volker Rieble*

I. Die Frage

- ¹ In das Arbeitsstrafrecht kommt Bewegung – in Deutschland vor allem durch die Fälle Volkert/Hartz und AUB/Schelsky. Bedeutungslose Straftatbestände wie die Betriebsratsbegünstigung finden praktische Anerkennung. Die Untreue wird für Arbeitsmarkt Vorgänge aktiviert. Das löst ein Nachdenken darüber aus, inwieweit arbeitsrechtliche Regeln strafrechtlicher Flankierung bedürfen.
- ² Solche Belebung und Neuausrichtung des eher langweiligen traditionellen Arbeitsstrafrechts wirft zahlreiche neue Fragen auf – vor allem diejenige, ob das Arbeitsstrafrecht eine dem Wirtschaftsstrafrecht vergleichbare Funktion – der wirtschaftsspezifischen Verhaltenslenkung zur Sicherung überindividueller Regeln oder Rechtsgüter – erlangen kann. Genauer ist also zu fragen: Was ist und wozu dient das Arbeitsstrafrecht und was hat es mit dem Wirtschaftsstrafrecht gemein? Die daran anschließende zweite Frage muß folgenabschätzend danach fragen, ob das Arbeitsrecht mit seinen „Besonderheiten“ unter Strafdrohung noch gut funktioniert.
- ³ Untersuchungen zu diesem Fragenkreis gibt es kaum: Manche rechnen dem Wirtschaftsstrafrecht ohnehin alle „Begleitgebiete“ hinzu, die Straftaten im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Betätigung erfassen – also das Verbraucherschutz- oder das Umweltstrafrecht¹ und mithin auch das Arbeitsstrafrecht. Auch derjenige, der den „Marktbezug“ des Wirtschaftsstrafrechts betont, wird das Arbeitsstrafrecht begreifen als dasjenige „Teilgebiet des Wirtschaftsstrafrechts, das alle spezifisch arbeitsmarktbezogenen Straf- und Bußgeldbestimmungen erfasst“.²
- ⁴ Solche bereichsbezogene Betrachtung ist ohne Aussagegehalt. Das zeigt die Äußerung, das Arbeitsstrafrecht sei als „eine aus den Bedürfnissen der Praxis erwachsene Querschnittsdisziplin zu charakterisieren, die gleichsam unter dem Brennglas straf- und bußgeldrechtlicher Kategorien vor allem die Probleme der (Lohn-) Steuerhinterziehung, der Beitragsvorenthaltung ...“ (es folgt eine lange Aufzählung) „systematisch bündelt und handhabbar macht. Da die arbeitsstrafrechtlichen Delikte in konstruktiver Hinsicht durch zahlreiche Ähnlichkeiten verbunden sind und auch in der

* Professor Dr. Volker Rieble ist Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) und Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der LMU.

¹ *Achenbach*, Zur Entwicklung des Wirtschaftsrechts in Deutschland seit dem späten 19. Jahrhundert, JURA 2007, 342, 343.

² *Ignor/Rixen*, Grundprobleme und gegenwärtige Tendenzen des Arbeitsstrafrechts, NSTZ 2002, 510.

praktischen Anwendung vielfach aufeinander aufbauen, empfiehlt sich eine integrierte Betrachtung, die von der ungeteilten Lebenswirklichkeit her – dem durch Sanktionsdrohungen regulierten Arbeitsmarkt – für juristische Orientierung sorgt.“³

Juristische Orientierung fängt mit der Methode an. Wirtschaftsstrafrecht darf man mit seinem Nestor *Tiedemann* als strafrechtliche Flankierung des öffentlichen und privaten Wirtschaftsrechts mit seinen überindividuellen Rechtsgütern und Rechtsregeln ansehen⁴. Wirtschaftsstrafrecht schützt also den durch die Marktordnung verfaßten „Wettbewerb“ und die Interventionen des Staates sowie das für jede Wirtschaftsordnung konstitutive Vertrauen der Marktteilnehmer in die Normdurchsetzung.

Normativ ist das Wirtschaftsstrafrecht geprägt durch das schmale Wirtschaftsstrafgesetz, das 1949 die Nachkriegsbewirtschaftung durch Versorgungssicherstellungsgesetze und Preisregeln flankierte⁵ und mit der *Erhardschen* Marktwirtschaft 1954 umgestellt werden mußte. Hinzu kommen die beiden Reformgesetze zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976 und 1986⁶, die gezielt den Tätern im weißen Kragen an denselben wollten⁷.

Für Arbeitsstrafrecht war hier kaum Platz – mit merkwürdigen Friktionen: § 5 WiStrG sanktioniert die Mietpreisüberhöhung als Vorstufe zum Mietwucher des § 291 Abs. 1 Nr. 1 StGB schon ab einer Überschreitung des ortsüblichen Mietzinses um 20 %. Für den Lohnwucher des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB gibt es keine entsprechende Flankierung – und zwar nicht einmal für jenen Sonderfall des Berufsbildungsgesetzes, der für Auszubildende eine „angemessene Ausbildungsvergütung“ vorschreibt.

Eine leichte normative Zurechnung bedeutet die verfahrensrechtliche Zuständigkeit für Wirtschaftsstrafsachen des § 74c GVG. Dort immerhin rechnet dessen Abs. 1 Nr. 6 auch arbeitsstrafrechtliche Normen ein – wie den Lohnwucher, § 266a StGB sowie die Tatbestände aus AÜG, SGB III und dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz. Inwieweit die Zuständigkeitsvoraussetzung „soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind“ das Arbeitsleben einbezieht, ist nicht recht klar.

3 *Ignor/Rixen*, NStZ 2002, 510.

4 *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Allgemeiner Teil (AT), 2004, Rn. 39 ff.

5 Dazu *Dähn*, Das Wirtschaftsstrafgesetz und das Preisstrafrecht, in: *Baumann/Dähn* (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, 1972, S. 56ff.

6 Erstes und Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.7. 1976, BGBl. I 1976, S. 2034 und vom 15.5. 1986, BGBl. I, 1986, S. 781.

7 Dazu *Achenbach*, Ordnungsfaktor Wirtschaftsstrafrecht, Strafverteidiger 2008, 324 f.

- 9 Der Begriff des Arbeitsstrafrechts ist alt⁸ – 1928 beschäftigte sich der 35. Deutsche Juristentag mit dem Thema „Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft“ – vor allem vor Ausbeutung; Gutachter war kein geringerer als *Hugo Sinzheimer*. Eben hieran knüpft eine Untersuchung von *Lampe* in der Festschrift Maurach 1972 an – mit der Forderung nicht nur das tote Kapitalvermögen, sondern auch das lebendige Arbeitsvermögen (also: Humankapital wie man heute unwörtlich sagt) strafrechtlich zu schützen. So bleiben Themen aktuell. Bezeichnend ist, daß die „Arbeitskraft“ als ausdrücklich genanntes Schutzgut nurmehr in älteren Regelungen wie § 21 Mutterschutzgesetz und § 58 Abs. 5 JArbSchG⁹ auftaucht; das moderne Arbeitsschutzgesetz verzichtet darauf (dessen § 26 schützt Leben und Gesundheit). Der Gesetzgeber konzentriert sich auf den – allerdings weit verstandenen – Gesundheitsschutz.
- 10 Das Arbeitsstrafrecht hat dieselben Diskussionen erlebt wie das Wirtschaftsstrafrecht – einerseits die Forderung nach Entpönalisierung und Effektivierung der außerstrafrechtlichen Normdurchsetzung vor allem durch *Herschel*¹⁰, andererseits die Forderung nach schärferem Strafrechtsschutz, um der Rechtsignoranz zu begegnen, etwa durch den Bundesarbeitsrichter *Reinecke*¹¹. Inzwischen ist die Diskussion abgeebbt. Der Gesetzgeber schafft neue Akzente – vor allem mit der Verschärfung des § 266a StGB, mit dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und dem AEntG – ohne ein dogmatisches Konzept oder gar ein System des Arbeitsstrafrechts. Die Praxis muß mit diesen Schwächen des genuinen Arbeitsstrafrechts leben – und zugleich Wechselwirkungen mit allgemeinen Straftatbeständen erfassen. So spielen in den beiden wichtigen Verfahren Hartz/Volkert und AUB/Schelsky nicht betriebsverfassungsrechtliche Strafnormen die Hauptrolle – schon wegen des läppischen Strafrahmens von bis zu einem Jahr. Vielmehr „spielt die Musik“ einmal im Untreuetatbestand und zum anderen bei der Steuerhinterziehung, weil das im Zuge der Korruptionsbekämpfung geschaffene Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG erstaunliche arbeitsstrafrechtliche Nebenwirkungen zeitigt.

8 Zur Entwicklung *Hahn*, Arbeitsstrafrecht, 1991, S. 21 ff.

9 Dazu *Schoden*, Jugendarbeitsschutzgesetz, 5. Aufl. 2004, § 58 Rn. 9.

10 *Herschel*, Entpönalisierung des Arbeitsrechts, Festschrift Lange, 1976, S. 477 ff.; hierfür auch *Hahn* (Fn. 8), S. 301 ff.

11 *Reinecke*, Die Rolle des Strafrechts bei der Durchsetzung des Arbeitsrechts, AuR 1997, 139 ff.

II. Disparates Arbeitsstrafrecht

1. Nur historisch zu begreifen: Sicherung des Vertragsgehorsams

Daß die Arbeitspflicht nur schwer durchzusetzen ist, hat im Allgemeinen Landrecht die Kriminalstrafe für Arbeitsvertragsbruch (II 8 § 359 ALR: drei Tage Gefängnis bei Wasser und Brot) nach sich gezogen¹²; schon die Reichsgewerbeordnung hat stattdessen eine gesetzliche Privatstrafe vorgesehen, und auch dieser § 125 GewO ist inzwischen gefallen, so daß der Arbeitgeber die Arbeitspflicht nurmehr mit einer Vertragsstrafe durchsetzen kann. Der letzte Straftatbestand zur Sicherung der Vertragstreue des Arbeitnehmers – die Übertretung des „Weglaufens mit der Heuer“ fiel 1974.

Immerhin kennt das Seearbeitsrecht noch den Straftatbestand des § 115 Seemannsgesetz – Nichtbefolgung dienstlicher Anordnungen und dadurch bewirkte Gefährdung von Menschen, Schiff oder Ladung.

Flankierende Sanktionstatbestände – vor allem das Bewirtungsverbot insbesondere an „Blauen“ Montagen (II 8 § 363 ALR), das später noch als Verbot der Lohnzahlung in Gaststätten in der Gewerbeordnung zu finden war (§ 115a GewO a.F.), dürfen der historischen Betrachtung überlassen bleiben.

2. Zentral: Individualschutz

a. Einseitig arbeitnehmerschützende Grundrichtung des Arbeitsstrafrechts

Arbeitsstrafrecht dient – wie das Arbeitsrecht – in allererster Linie dem Schutz des Arbeitnehmers und zwar vor dem Arbeitgeber. Dabei steht der Arbeitsschutz – also der Schutz von Leib und Leben des Arbeitnehmers – im Vordergrund, inzwischen modernisiert und ergänzt um den Persönlichkeitsschutz unter Einschluß des Datenschutzes.

Dahinter steht eine ganz eigene, dem Wirtschaftsstrafrecht eher fremde Funktionalität – nämlich das Rechtsschutzdefizit im Arbeitsrecht: Das Arbeitsrecht schützt den Arbeitnehmer – gerade vor seinem Arbeitgeber. Der arbeitsrechtliche Schutz verschafft dem Arbeitnehmer als Vertragspartner Individualrechte, die er grundsätzlich selbst durchsetzen muß – vor allem im Klagewege, mitunter auch durch ein Zurückbehaltungsrecht, etwa bei fehlenden Arbeitsschutzvorkehrungen.

¹² Dazu *Hahn* (Fn. 8), S. 23 f.

- 16 Schon der selbstbewußte und gut informierte Arbeitnehmer „neigt“ im bestehenden und funktionierenden Arbeitsverhältnis nicht dazu, seinen Arbeitgeber mit Klagen zu erfreuen; Rechtsverstöße werden vielfach hingenommen, um das funktionierende Rechtsverhältnis nicht zu belasten. Die persönliche Komponente der Arbeitsleistung läßt den Arbeitnehmer – außerhalb des öffentlichen Dienstes – vollkommen zu Recht befürchten, mit rechtlichen Vorhaltungen, gar förmlichen Beschwerden als Querulant zu gelten oder doch jedenfalls das persönliche Grundvertrauen zu beschädigen. Das behindert den beruflichen Aufstieg und kann sogar zur wechselseitigen Entfremdung und schließlich zur Lösung führen.
- 17 Erst recht hat der „drangsalierte“ Arbeitnehmer – zumal wenn er mäßig intelligent oder spracharm ist oder sich in einer Zwangslage befindet – Anlaß, im bestehenden Arbeitsverhältnis auf Rechtsschutz zu verzichten. Gerade wenn er auf das Arbeitsverhältnis angewiesen ist, wird er keine Spirale der Auseinandersetzung auslösen wollen, an deren Ende – Kündigungsschutz hin oder her – typischerweise doch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses steht.
- 18 Ich will zur Illustration nur ein kleines persönliches Erlebnis schildern. Als ich noch in Freiburg Assistent gewesen bin, habe ich an einem Donnerstag Abend im Kaufhaus gegen 19.30 Uhr ein blasses Mädchen Ware räumen sehen – auf Nachfrage sagte sie, daß sie seit 7.00 Uhr in der Früh mit nur einer zwanzigminütigen Pause gearbeitet habe – und daß sie 17 Jahre alt sei. Das ist für den Arbeitsrechtler deutlich zu lang, weil nicht nur die nach dem Arbeitszeitgesetz absolute tägliche Höchstarbeitszeit von zehn Stunden überschritten war, weil die vorgeschriebene Mindestpause nicht gewährt worden war und weil sogar der deutlich schärfere Jugendarbeitsschutz mit einer strikten achteinhalbstündigen Maximalarbeitszeit und seinen verlängerten Ruhepausen von 60 Minuten verletzt worden ist. Wer erwartet von einer solchen Arbeitnehmerin, daß sie gegen ihren Arbeitgeber vorgeht? Ich habe den Betrieb bei der Gewerbeaufsicht angezeigt.
- 19 Gerade wegen dieser Eigenart setzt das Arbeitsrecht auf Schutz durch Dritte und nachgerade durch den Staat als Garanten der Arbeitsrechtsordnung. Große Teile des Arbeitsrechts sind öffentlich-rechtlich ausgestaltet und begründen arbeitspolizeiliche Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Staat – die dieser qua Gewerbeaufsicht kontrolliert und durchsetzt. Sanktioniert werden Verstöße vor allem als Ordnungswidrigkeiten. Ganz selten greifen bei „beharrlichen“ Verstößen oder im Fall einer konkreten Gefährdung spezielle Strafvorschriften – wie insbesondere § 26 Arbeitsschutzgesetz. Das entspricht der rechtspolitischen Forderung *Sinz-*

heimers, der den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis strafbewehren will¹³.

Dabei fällt sogleich der eher läppische Strafraum solcher Tatbestände auf, der typischerweise ein Jahr Freiheitsstrafe als Obergrenze auswirft. Selbst die vorsätzliche Gefährdung von Arbeitskraft oder Gesundheit der (werdenden) Mutter – von der Leibesfrucht ist nicht die Rede – ist in § 21 Abs. 3 Mutterschutzgesetz nur mit diesem Strafmaß bedroht. 20

Verfolgungseifer der Staatsanwälte können solche Bagatelltatbestände nicht auslösen. Gesundheit und Leben der Arbeitnehmer werden strafrechtlich durch scharfe Straftatbestände nur dann geschützt, wenn auch die Allgemeinheit betroffen ist. Man denke an die Baugeschädigung des § 319 StGB, die nicht nur Passanten, sondern gerade auch die auf dem Bau Beschäftigten schützt¹⁴ – und früher als Vorschrift des Bauarbeiterschutzes verstanden worden ist¹⁵. 21

Scharfen Strafrechtsschutz gewährleisten auch hier nur allgemeine Strafvorschriften, also Tötungs- und Körperverletzungsdelikte sowie besondere Gefährdungsdelikte. Wird ein Arbeitnehmer getötet oder verletzt, ist vielfach das Strafrecht die einzig ernsthafte Sanktion. Denn für Fahrlässigkeit wird der Arbeitgeber von der Unfallversicherung enthaftet. Eine zivilrechtliche Schadenshaftung setzt gleich doppelten Vorsatz voraus: von der Pflicht-/Rechtsgutverletzung und dem angerichteten Schaden. Daß das Strafrecht hinreichend leistungsfähig ist, zeigt die unproblematische Einarbeitung des sogenannten Mobbing in den Körperverletzungstatbestand¹⁶. Eben diese Tauglichkeit des allgemeinen Körperverletzungstatbestands hat *Sinzheimer* bereits 1928 betont¹⁷. 22

b. Selten: Entgeltschutz

Entgeltschutz im Sinne eines Ausbeutungsschutzes¹⁸ gewährt der Lohnwuchertatbestand des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Er bereitet den Strafgerich- 23

13 *Sinzheimer*, Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft, in: Verhandlungen zum 35. Deutschen Juristentag, 1928, S. 361, 374 ff.

14 Dazu *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil (BT), 2006, Rn. 549; *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 319 Rn. 6; *Lackner/Kühl*, StGB, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 319 Rn. 1.

15 *Klee*, Das Geldstrafengesetz vom 21. Dezember 1921 und seine Bedeutung für das Arbeitsrecht, NZfA 1922, Sp. 346; auch dazu *Sinzheimer* (Fn. 13), S. 366 f.

16 Etwa OLG Celle 17.3. 2008 – 1 Ws 105/08, NJW 2008, 2202; ausführlich *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz – Strafbarkeitsrisiko oder Strafbarkeitslücke, 2006, S. 78 ff.

17 *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 364 ff.

18 *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 388 ff.

ten dogmatische Probleme, die zugleich das Standardproblem akzessorischer Straftatbestände aufzeigen. Ein Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat gemeint, der Lohnwuchertatbestand könne sich schon aus einer Abweichung des Lohnsatzes vom branchentypischen Tarifvertrag ergeben¹⁹. Den Arbeitsrechtler erstaunt das, weil der normale Tarifvertrag nicht für alle Arbeitsverhältnisse einer Branche gilt und auch nicht stets marktprägend wirkt. Der Wuchertatbestand kann aber in Übereinstimmung mit dem Zivilrecht nur die Vertragsungerechtigkeit gegenüber den marktüblichen Verhältnissen aufgreifen²⁰. Der Strafsenat geht also offenbar von einer umfassenden Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen aus – die das Tarifrecht nicht kennt. Diesem Fehlurteil ist freilich schon *Radbruch* erlegen und wurde von *Sinzheimer* entsprechend korrigiert²¹.

- 24 Ein – zu Recht, weil polit-symbolisch bramarbasierender – weithin unbekannter Sonderwuchertatbestand findet sich in § 233 StGB. Als „Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft“ wird mit gegenüber dem Wuchertatbestand erstaunlich hoher Strafe von bis zu zehn Jahren auch derjenige bestraft, der eine Beschäftigung zu Arbeitsbedingungen im auffälligen Mißverhältnis gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern bringt. Diese Merkwürdigkeit läßt sich allenfalls dadurch mildern, daß die Nähe zur eben dort bestraften Sklaverei, Leibeigenschaft oder Schuldknechtschaft zu einer Qualifizierung führt. Außerdem muß eine auslandsaufenthaltstypische Hilflosigkeit oder Zwangslage ausgenutzt worden sein.
- 25 Sonderfall des strafrechtlichen Entgeltsschutzes ist der Mindestlohnverstoß nach § 5 AEntG; diese Ordnungswidrigkeit schützt weniger den einzelnen Arbeitnehmer als vielmehr das Entgeltgefüge. Darauf ist zurückzukommen.
- 26 Ein zweites Problem wird selten bedacht: Der Lohnwucher bestraft die Vertragsungerechtigkeit, also daß der Arbeitsvertrag ein unangemessen niedriges Entgelt vorsieht. Von diesem Vertragsunrecht zu scheiden ist die konkrete Bezahlung des Arbeitnehmers: Wer dem Arbeitnehmer weniger

19 BGH 22.4. 1997 – 1 StR 701/96, BGHSt 43, 53 = Eza § 302a StGB Nr. 1 = AP Nr. 52 zu § 138 BGB = NZA 1997, 1167; zustimmend OLG Köln 28.3. 2003 – 1 Zs 120/03-19/03, NStZ-RR 2003, 212; *Reinecke*, in seiner Anmerkung zu BGH 22.4. 1997, AuR 1997, 453 ff.; *Peter*, Rechtsschutz für „Niedriglöhner“ durch Mindestlohn, AuR 1999, 289, 293; *Löw*, Lohnwucher – Unangemessene Entgeltvereinbarungen und ihre Folgen, MDR 2004, 734; kritisch *Bernsmann*, Zu den Folgen einer willkürlichen Zuständigkeitsbegründung im Strafprozeß und zum Lohnwucher, Anmerkung zu BGH 22.4. 1977, JZ 1998, 629, 631 ff.

20 BayObLG 31.8. 1984 – Rreg. 4 St 112/84, NJW 1985, 873 = wistra 1985, 36 = JR 1985, 166; *Stree/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 14), § 291 Rn. 18; *Fischer*, StGB, 56. Aufl. 2009, § 291 Rn. 19.

21 Vgl. *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 390 f. in Fn. 73.

zahlt, als er schuldet, begeht keinen Wucher. Die Realerfüllung ist strafrechtlich auch dann nicht geschützt, wenn der Arbeitnehmer in Not gerät; Arbeitslohn ist kein Unterhalt im Sinne von § 170 StGB. Nur wenn der Arbeitgeber von vornherein nicht vorhat, den Arbeitnehmer schuldentsprechend zu bezahlen, schützt der Betrugstatbestand²².

Insofern ist einmal darauf hinzuweisen, daß das Arbeitsrecht der Gewerbeordnung früher die sogenannte Realerfüllung gegen einzelne Mißbrauchsformen explizit sicherte²³ – auch und gerade mit Sanktionsnormen. Davon ist nur das Kreditierungsverbot des § 107 Abs. 2 GewO geblieben – und ohne überschießende Sanktion.

Deutlich wird diese Diskrepanz für den Fall, daß staatliche Mindestlöhne nicht bezahlt werden. Hier sind drei unterschiedliche Reaktionen zu verzeichnen:

- Das klassische Tarifvertragsrecht legt die Durchsetzung tariflicher Entgelte und damit auch des allgemeinverbindlichen Entgelttarifvertrags ausschließlich in die Hände des betroffenen Arbeitnehmers. Dabei kann er die Durchsetzungshilfe seiner Gewerkschaft nutzen; diese hat aber keine eigene Rechtsstellung, kann insbesondere nicht im Wege der Prozeßstandschaft vorgehen. Die Nichterfüllung bleibt zunächst reines Vertragsunrecht²⁴. 29
- Mindestentgelte nach dem Heimarbeitsgesetz und dem derzeit in Modernisierung befindlichen Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen werden von den Ländern im Wege der Prozeßstandschaft durchgesetzt. Eigenständige Sanktionen für die Nichterfüllung sind nicht vorgesehen. 30
- Neu dagegen ist das AEntG. Dessen § 5 erklärt es zur Ordnungswidrigkeit, wenn geschuldete Mindestarbeitsbedingungen aus nach diesem Gesetz für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen nicht gewährt, also auch wenn Mindestentgelte nicht gezahlt werden. Das Bußgeld ist beeindruckend: bis zu 500.000 €. 31

Man sieht also zuerst: Es gibt einen Trend zur Verschärfung des Entgelt-schutzes. Dieser aber ist freilich auf den Zufall beschränkt, daß eine Branche unter das AEntG fällt; außerhalb von dessen Anwendungsbereich bleibt die Nichterfüllung zwingender Mindestentgelte sanktionslos – womöglich ein Verstoß gegen Art. 3 GG. 32

22 Dazu *Tiedemann*, BT (Fn. 14), Rn. 545; *Lampe*, Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft, Festschrift Maurach, 1972, S. 375 ff., 389.

23 Dazu *Minnameier*, Gewerberechtliche Entgeltvorschriften im modernen Arbeitsrecht, 2001.

24 Gegen jede Sanktion *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 390; dazu noch *Hahn* (Fn. 8), S. 327.

- 33 Diese Entgeltsicherungsfunktion fällt freilich etwas hinter § 266a StGB zurück. Seitdem diese Norm die Nichtzahlung des vom Arbeitgeber geschuldeten Sozialversicherungsbeitrags auf den gesamten Beitrag erstreckt hat – und zugleich das Sozialversicherungsrecht klarstellt, daß die Beitragsschuld schon bei Entstehung der objektiven Entgeltschuld akzessorisch mitentsteht (und nicht wie im Steuerrecht erst an den Zahlungszufluß anknüpft) – geht phänotypisch jede Entgeltunterzahlung mit einer Straftat nach § 266a StGB einher. Denn kein Arbeitgeber führt „vorsorglich“ Sozialversicherungsbeiträge auf ein fiktives höheres Entgelt ab als dasjenige, das er dem Arbeitnehmer in der Entgeltabrechnung als geschuldet zuerkennt. Damit aber läuft jede straflose Entgeltverkürzung gegenüber Arbeitnehmern auf eine strafbare Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen hinaus. Vorsatz ist vorausgesetzt; Eventualvorsatz ist freilich leicht zu bejahen.

c. Mitunter: individueller Arbeitgeberschutz

- 34 Daß Arbeitsstrafrecht vor allem „Arbeitgeberstrafrecht“ ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch der Arbeitgeber strafrechtlich schutzbedürftig ist. Der Sonderstrafatbestand des § 17 UWG schützt Geschäftsgeheimnisse vor dem Geheimnisverrat durch Arbeitnehmer – aber nur soweit dieser zu Zwecken des Wettbewerbs geschieht. Effektiv ist das nicht – Geheimnisverrat ist schwer nachweisbar, die tatbestandlichen Anforderungen an die Geheimhaltungsbedürftigkeit sind groß und das Strafmaß des § 17 UWG ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren nicht gerade üppig. Die Vorschrift wirkt strafrechtlich kaum – sie ist zivilrechtlich als Anspruchsgrundlage für wettbewerbliche Unterlassungsklagen von Bedeutung²⁵. Kommt es doch einmal zu einer der seltenen Verurteilungen, sind die Strafen zahm – selbst für die Geheimnishehler als treibende Kraft. So wurde das Verleiten eines Mitarbeiters zur Herausgabe von 100.000 Adressen mit 80 Tagessätzen²⁶ geahndet; das dürfen Nachahmungstäter als Ansporn empfinden. Strenger sind die Bayern; das viel zu früh verschiedene Bayerische Oberste hat die Verurteilung zu 150 Tagessätzen wegen eines einzigen ausgespähten Anzeigenauftrags über eine Gebrauchtwagenofferte gebilligt²⁷.
- 35 Der Sonderschweigetatbestand für Betriebsräte in § 120 BetrVG ist nicht nur wegen seines auf ein Jahr verringerten Strafmaßes wirkungslos. Er verlangt zudem noch vom Arbeitgeber, daß dieser die geheimhaltungsbedürftige Tatsache ausdrücklich als solche bezeichnet hat. Weil die Tat ab-

25 Dazu *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. 2008, § 17 Rn. 63 ff.

26 OLG Karlsruhe 6.5. 2002 – 2 Ss 208/02, RDV 2003, 246.

27 BayObLG 25.9. 2000 – 4 St RR 114/2000, NStZ 2001, 202 = wistra 2001, 73 = ZIP 2000, 2177.

solutes Antragsdelikt ist, kommt es praktisch zu keiner Strafverfolgung: Ein Arbeitgeber, der seinen Betriebsrat anzeigt, darf mit Machtrepresionen in Mitbestimmungsfragen rechnen.

Ein vor allem kriminologisch zu bearbeitendes Feld sind Eigentums- und Vermögensdelikte zu Lasten der Arbeitgeber. Sonderstraftatbestände braucht es nicht. Diebstahl, Unterschlagung, Betrug und Untreue reichen aus. Wer die Praxis kennt, weiß, daß das Unrechtsbewußtsein bei Arbeitnehmern nicht groß ist. Viele halten sich für berechtigt, den als unzureichend empfundenen Lohn „aufzubessern“. Im produzierenden Gewerbe verschwindet viel – bis zum Werkzeugsatz im Wert von 10.000 €. Jeder Insolvenzverwalter weiß, daß er die Betriebsmittel schnell sichern muß – sonst beginnt die Insolvenz mit massenhafter Selbstbedienung. 36

Strafrechtliche Ahndung und – soweit für mich ersichtlich – auch die kriminologische Durchdringung ist selten. Vielfach wollen die Arbeitgeber ein Strafverfahren und die damit verbundene Öffentlichkeit vermeiden. Der Zwang zu *Compliance*²⁸ kann diese Haltung mittelfristig ändern – weil das Übergehen von Straftaten im Betrieb als *compliance*-widrige Duldung und Ermutigung verstanden wird. Der Versuch, über Kündigung und Schadensersatz zu sanktionieren, scheitert mitunter an Arbeitsgerichten, die Verständnis für Straftäter haben. Wenn eine deutsche Arbeitsrichterin den Spind eines Arbeitnehmers nicht als Gewahrsamsexklave ansieht, weswegen der Arbeitnehmer dort angesammelte Arbeitsmaterialien, Arbeitskleidung und Pflegemittel im Wert von 900 € sich „nicht zum eigenen betriebsfremden Gebrauch zueignen wollte“, mithin also keine Unterschlagung vorliege und deswegen die fristlose Kündigung scheitere²⁹, so darf das erschrecken. 37

Auf der anderen Seite berichten Praktiker, daß Strafanzeigen gegen Arbeitnehmer, vor allem wegen kleinerer Eigentumsdelikte, aber auch wegen des häufiger werdenden Eingehungsbetrugs – vor allem durch Vorlage gefälschter Zeugnisse – selten verfolgt werden. 38

Das gilt gerade für den Entgeltbetrug, bei dem der Arbeitnehmer entweder seine Abwesenheit im Betrieb verschweigt (und Fremdstempeln läßt) oder eine kurze Erkrankung oder einen Arzt- oder Behördenbesuch vortäuscht, um ohne Arbeitsleistung Entgelt zu erhalten, das ihm nicht zusteht. Das kann man – wie mir Staatsanwälte sagten – als Bagatellkriminalität auffassen. In der Summe werden erhebliche volkswirtschaftliche Schäden verursacht. 39

28 Dazu *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, Corporate Compliance – Grundlagen und Umsetzung, BB-Special 5/2008, 1 ff.

29 ArbG Stuttgart 5.1. 2006 – 25 Ca 4010/05.

d. Kein kollektives Rechtsgut

- 40 Man kann mit *Tiedemann* jede zentral individualschützende Norm dadurch dem Wirtschaftsstrafrecht zuschlagen, daß die Summe des Einzelschutzes als kollektives Rechtsgut begriffen wird. So meint *Tiedemann*, das Arbeitssicherheitsstrafrecht schütze nicht nur den einzelnen Arbeitnehmer, sondern gerade auch die Arbeitssicherheit als überindividuelles Rechtsgut³⁰.
- 41 Das ist eine zunächst nur begriffliche Einordnung. Selbstredend läßt sich aus der Summe der geschützten Einzelinteressen ein kollektives Gesamtinteresse formulieren. Nur folgt daraus gerade kein eigenständiges Schutzgut, das eines eigenen Strafrechtsschutzes würdig wäre.
- 42 Vielmehr bedarf es hierfür einer besonderen „überschießenden“ Schutztendenz, die ein spezifisches Schutz- und Verfolgungsbedürfnis auslöst. Solche kollektiven Rechtsgüter lassen sich mit dem Ansatz von *Hefendehl*³¹ durchaus punktuell feststellen. Der Lohnwucher etwa schützt nicht nur den Einzelnen vor unzureichendem Arbeitsentgelt und vor Machtmißbrauch; er will gerade auch Marktexzesse nach unten begrenzen³². Entgegen *Hefendehl*³³ hat er also durchaus eine kollektive Dimension. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen ist für Markt und Wettbewerb ebenfalls kollektiv konstitutiv. Nur Geschäftsgeheimnisse schützen Wettbewerbsvorsprünge durch Innovation und Anstrengung. Mit deren Vertraulichkeit wird also auch der Wettbewerb geschützt. Eben deshalb steht § 17 auch im UWG.

3. Echtes Arbeitsmarktstrafrecht

a. Außenwirtschaftrechtliche Flankierung des Arbeitsmarktes

- 43 Ausländer dürfen in Deutschland nicht ohne weiteres arbeiten. Sie bedürfen – wenn sie weder aus der EU noch aus dem EWR stammen – nicht nur eines Aufenthaltstitels zum Schutz der inländischen Beschäftigungsstruktur; sie dürfen darüber hinaus auch den inländischen Arbeitskräften keinen Unterbietungswettbewerb machen. Diese Vorgaben – inzwischen im Aufenthaltsgesetz geregelt – waren immer schon strafbewehrt.

30 *Tiedemann*, BT (Fn. 14), Rn. 535.

31 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, insbesondere S. 252 ff.

32 Zur Bedeutung des Sozialwuchers im Rahmen des § 291 StGB vgl. LG Darmstadt 25.5. 1973 – 22 KL2 6/72, NJW 1975, 549; *Fischer* (Fn. 20), § 291 Rn. 1.

33 *Hefendehl* (Fn. 31), S. 277.

Mittlerweise ist der Straftatbestand in die §§ 10 und 11 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes gewandert³⁴. Strafbar ist danach die Beschäftigung eines Ausländers ohne die erforderliche Erlaubnis *und* zu schlechteren Bedingungen als sie Inländern gewährt wird (§ 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III, §§ 4 Abs. 3, 39 Abs. 2, 41 Aufenthaltsg). Zwar wird immer wieder betont, die Vorschriften schützen die Ausländer vor Ausbeutung³⁵. Das wird durch ständige Wiederholung nicht richtig. Wie das AEntG schützen die §§ 10, 11 Schwarzarbeitsbekämpfungsg die inländischen Arbeitnehmer vor solcher Unterbietungskonkurrenz, die ihre Arbeitsbedingungen unter Druck setzen und ihre Arbeitsplätze gefährden könnte³⁶.

b. „Subventionsbetrug“ durch Leistungsmissbrauch

Ein § 264 StGB vergleichbarer Straftatbestand ist § 9 des Schwarzarbeitsbekämpfungsg³⁷. Das Erschleichen von Sozialleistungen unter gleichzeitigem Marktauftritt als Dienst- oder Werkunternehmer zweckentfremdet die Hilfe zum Lebensunterhalt als (unzulässige) Subvention. Dieser Leistungsmissbrauch verzerrt die Wettbewerbsbedingungen, weil der solchermaßen „Subventionierte“ die Zuwendung zur Unterbietung seiner redlichen Konkurrenten nutzen kann.

Merkwürdigerweise werden Arbeitnehmer, die zugleich Sozialleistungen beziehen und am Arbeitsmarkt „verbilligt“ auftreten, von der Norm nicht erfaßt. Der Arbeitnehmerstatus wird so zur Schutzbehauptung.

c. Kein effektiver Korruptionsschutz

§ 299 StGB sorgt – nach einigen Regelverschärfungen – inzwischen für einen effektiven Korruptionsschutz auf dem vom UWG erfaßten Markt für Güter und Dienstleistungen – im Interesse eines unverfälschten und unlauteren Wettbewerbs, wie die vormalige Stellung der Norm als § 12 UWG belegt.

Für den Arbeitsmarkt taugt die Norm eben deshalb nicht. Wie ich anderenorts³⁸ eingehend dargetan habe, verlangt die Vorschrift auf der Passivseite der Bestechung ein Unternehmen (geschäftlichen Betrieb), weswegen

34 Eingehend hierzu *Brenner*, Die strafrechtliche Bekämpfung der Schwarzarbeit unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte, 2008, S. 200 ff.; zu vorherigen Regelungszuständen etwa *Reinecke*, AuR 1997, 139, 141.

35 *Brenner* (Fn. 34), S. 201; *Fehn*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, §§ 10, 11 Rn. 4; *Boxleitner*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kapitel 17 Rn. 32.

36 Insoweit zutreffend *Boxleitner*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Fn. 35), Kapitel 17 Rn. 32.

37 Dazu *Brenner* (Fn. 34), S. 181 ff.

38 *Rieble*, Gewerkschaftsbestechung?, CCZ 2008, 121, 122 ff.

die Bestechung von Gewerkschaften und anderen Arbeitnehmervereinigungen wie der AUB nach dieser Vorschrift nicht strafbar sein kann. Sie verlangt überdies eine Unrechtsvereinbarung über die Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen – also auf den vom UWG erfaßten Markt. Weder die Betätigung einer Arbeitnehmervereinigung noch des Betriebsrats sind solche Leistungen. Das UWG kann hier nicht gelten. Besonders mißlich: Sogar die echte Arbeitsmarktbestechung eines Personalverantwortlichen für Einstellung oder Beförderung bleibt nach dieser Vorschrift straflos – weil der Arbeitnehmerwettbewerb auf dem Arbeitsmarkt nicht dem UWG unterfällt³⁹. Das ist mißlich, aber nur vom Gesetzgeber zu ändern.

- 49 „An den Rändern“ zwischen Arbeitsmarkt und Gütermarkt kann die Vorschrift gleichwohl wirken. Das betrifft erstens Gütermarktentscheidungen, an denen Betriebsratsmitglieder faktisch mitwirken, so im Fall Iveco Magirus/Märkl: Hier hatte der seinerzeitige Betriebsratsvorsitzende von der Nürnberger Versicherung einen erklecklichen Betrag dafür erhalten, daß er die Versicherung als Träger der betrieblichen Altersversorgung installierte⁴⁰. Der Vertragsschluß zwischen Arbeitgeber und Versicherung unterfällt dem Versicherungsmarkt, damit dem UWG – kein Arbeitsmarktprivileg.
- 50 Ein großer Graubereich tut sich bei den Schulungen für Betriebsräte nach § 37 Abs. 6 und 7 BetrVG auf. Hier verdienen Gewerkschaften – trotz einem vom Bundesarbeitsgericht postulierten Gewinnverbot⁴¹ – Geld und dementsprechend gibt es Einflußnahmen auf die Schulungsvergabe – vom opulenten Beiprogramm bis hin zum echten „Kickback“. Betriebsratsschulungen sind gewiß dem allgemeinen Dienstleistungsmarkt zuzuordnen; hier herrscht Wettbewerb auch im Verhältnis zu privaten Schulungsunternehmen. Die eigentliche Frage lautet indes: Wer übt ökonomisch und wettbewerblich die „Schulungsnachfrage“ aus – der Betriebsrat oder der Arbeitgeber? Im ersten Fall scheidet die strafbare korruptive Nachfragebeeinflussung aus – weil der Betriebsrat kein Unternehmen im funktionalen Sinne ist.
- 51 Mit Schwierigkeiten können auch gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien rechnen, vor allem im Bereich der Altersversorgung. Soweit die Unternehmen nicht zwangsweise durch den Tarifvertrag (und dessen Allgemeinverbindlicherklärung) angeschlossen sind, sondern wettbewerblich

39 Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 430; Rieble/Klebeck, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758, 768.

40 <http://www.swp.de/Aktuell/Nachrichten/3605882/screen>.

41 Vgl. BAG 31.10. 1972 – 1 ABR 7/72, BAGE 24, 459 = AP Nr. 2 zu § 40 BetrVG 1972 = DB 1973, 528; BAG 30.3. 1994 – 7 ABR 45/93, BAGE 76, 214 = AP Nr. 42 zu § 40 BetrVG 1972 = NZA 1995, 382.

che Entscheidungsspielräume bestehen⁴², agieren solche gemeinsamen Einrichtungen als Unternehmen im Wettbewerb. § 299 StGB ist eröffnet.

4. Strafrechtliche Sicherung des kollektiven Arbeitsrechts?

a. Betriebsverfassung und § 119 BetrVG

§ 119 BetrVG ist eine imponierende Strafvorschrift, die kaum Strafurteile, 52
aber dafür viele Seiten wissenschaftlicher Diskussion hervorbringt. Neuerdings wird die Vorschrift interessant, vor allem nach der Verurteilung von *Hartz* und *Volkert*. In der Tat ermöglicht die Norm mit ihren drei Tatbeständen eine gewisse Sicherung der Mitbestimmungsordnung des Betriebsverfassungsgesetzes.

Vorab anzumerken ist, daß im Bundespersonalvertretungsgesetz eine entsprechende Strafvorschrift fehlt – offenbar ist nur die Privatwirtschaft an- 53
fällig. Überdies sind Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bislang nicht geschützt; das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 26 MitbestG ist ohne strafrechtliche Flankierung. Anders immerhin verhält es sich mit der Europäischen Aktiengesellschaft: Die SE ist umfassend – also sowohl hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter im besonderen Verhandlungsgremium, dem SE-Betriebsrat wie im Aufsichts- oder Verwaltungsrat – nach § 45 Abs. 2 Nr. 3 in Verbindung mit § 44 Nr. 3 SEBG geschützt. Das wird die Frage aufwerfen, ob die DGB-Gewerkschaften, allen voran die IG Metall, ihre Praxis der Verpflichtung zur Abführung der Aufsichtsratsantienen an die Böckler-Stiftung aufrecht erhalten kann. Denn das ist eine Benachteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gegenüber den Anteilseignervertretern – und also eine Straftat.

Die drei Tatbestandsvarianten sind streng getrennt zu sehen – weil sie an 54
unterschiedliche betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben anknüpfen:

- Einfach zu verstehen mit Blick auf das strenge Ehrenamtsprinzip des BetrVG ist das strafbewehrte Begünstigungsverbot in Abs. 1 Nr. 3. Weil das Gesetz das Ehrenamtsprinzip scharf formuliert, ist jede gesetzlich nicht vorgesehene Vorteilsgewährung an ein einzelnes Betriebsratsmitglied – nicht aber an das Gremium als solches – eine Begünstigung. Jede großzügige Betriebsratsbezahlung⁴³, jede nach dem BetrVG nicht vorgesehene Schulung eines Betriebsratsmitglieds⁴⁴ und jede vom BetrVG nicht gedeckte Freistellung unter

42 Vgl. EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5863 = AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag = EzA Art. 81-82 EG-Vertrag 1999 Nr. 1 = ZIP 2000, 34 für die Reichweite des Kartellrechts; dazu auch *Rieble* (Fn. 39), Rn. 860 ff.

43 Eingehend *Rieble*, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276 ff.

44 BAG 11.8. 1993 – 7 ABR 52/92, AP Nr. 92 zu § 37 BetrVG 1972 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 117 = NZA 1994, 517; LAG Schleswig-Holstein 21.1. 1999 –

Entgeltfortzahlung ist eine Begünstigung. Umgekehrt ist die arbeitsvertragliche Benachteiligung ihrerseits klar gefaßt.

- 55 • Große Probleme bereitet das Behinderungs- und Störungsverbot des Betriebsrats nach Nr. 2. Trotz des Gebots zur vertrauensvollen Zusammenarbeit soll die Betriebsverfassung Konflikte bewältigen. Dementsprechend kommt es vielfach zu Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über die Betriebsratsrechte. Nicht jede Unbotmäßigkeit des Arbeitgebers ist strafbare Behinderung. Das verbietet schon das Rechtsstaatsprinzip⁴⁵. Von einer Behinderung kann man mithin nur sprechen, wenn der Arbeitgeber einen schlechthin unvertretbaren Standpunkt einnimmt. Nur eine solche Engführung des Straftatbestands verhindert zudem, daß die Strafverfolgungsdrohung als Waffe gegen den Arbeitgeber angesehen wird. Das ist keine theoretische Gefahr. Ein aktuell laufendes Ermittlungsverfahren umfaßt insbesondere den Vorwurf, Arbeitgeberbeauftragte hätten bei einer Betriebsversammlung dazwischengerufen und damit die Arbeit des Betriebsrats behindert. Mehr kann ich mit Rücksicht auf das laufende Verfahren nicht sagen. Damit vertritt die Strafanzeige ein verfassungswidriges, ja stalinistisches Verständnis der Meinungs- und Kommunikationsfreiheit. Sinn einer Betriebsversammlung ist der offene Meinungs austausch in der Belegschaft und die quasi-demokratische Rückkoppelung des Betriebsrats gegenüber der Belegschaft (§§ 43 Abs. 1 Satz 1, 45 Satz 2 BetrVG). Trappistische Schweigegebote verfehlen diesen Zweck und belegen ein operatives Wahrheitsverständnis. Dasselbe gilt für kritische betriebsöffentliche Meinungsäußerungen des Arbeitgebers. Kritik muß man aushalten können; sie kann schon wegen Art. 5 GG keine strafbare Behinderung sein⁴⁶. Allerdings mußte erst das Bundesverfassungsgericht dem LAG Baden-Württemberg erklären, daß eine vom Arbeitgeber herausgegebene Werkszeitung, in der der Betriebsrat kritisiert wird, nicht verboten werden darf. Das wäre Preszensur⁴⁷. Die Nichterfüllung von Informationspflichten schließlich ist nach § 121 BetrVG „nur eine Ordnungswidrigkeit“; mithin kann

4 TaBV 29/98, NZA-RR 2000, 336; *Kreutz*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 8. Aufl. 2005, § 78 Rn. 65.

45 Dazu *Hunold*, „Rechtfertigungsdruck“ auf den Betriebsrat als Behinderung der Betriebsratsarbeit?, BB 1999, 1492 ff.

46 Dazu *Rieble*, Betriebsratswahlwerbung durch den Arbeitgeber?, ZfA 2003, 283, 302 ff.; *Hunold*, BB 1999, 1495; *Bengelsdorf*, Anmerkung zu BAG 19.7. 1995, EzA § 43 BetrVG 1972 Nr. 3.

47 BVerfG 8.10. 1996 – 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28 = EzA Art. 5 GG Nr. 23 = AP Nr. 3 zu Art. 5 Abs. 1 GG Pressefreiheit = NJW 1997, 386.

eine solche Erschwerung der Betriebsratstätigkeit noch keine strafbare Behinderung sein.

- Schwieriger noch ist der Tatbestand der Beeinflussung der Betriebsratswahl in Nr. 1 – durch Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung von Vorteilen. Diese Vorschrift läßt sich – wie das Urteil gegen *Schelsky* und andere zeigt, sehr weit begreifen.⁴⁸ Richtig ist das gleichwohl nicht. Zuerst flankiert die Norm den Wahlschutz des § 20 Abs. 1 und 2 BetrVG. Nur ein Verhalten, das gegen diese betriebsverfassungsrechtlichen Verbote verstößt, ist überhaupt mit Strafe bedroht⁴⁹. Gerade für den Beeinflussungstatbestand ist Vorsicht geboten: Da die Norm an jedermann adressiert ist, wäre jeder Wahlhelfer, jede Gewerkschaft, die ihre Liste unterstützt, sogleich im Dunstkreis des Strafbannes. Ohne dies hier allzusehr zu vertiefen⁵⁰ führt das letztlich – und in Übereinstimmung mit dem ausdifferenzierteren Wahlstrafrecht im StGB, welches *Dannecker* für eine systemische Analyse des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG fruchtbar gemacht hat – dazu, daß nur die unmittelbare Beeinflussung der aktiven Stimmabgabe oder der passiven Kandidatur strafbar sein kann⁵¹. Vorteilsgewährung entspricht der Wählerbestechung in § 108b Abs. 1 StGB; Nachteilsandrohung der Wählernötigung in § 108 StGB⁵². Daß Betriebsratswahlen im übrigen strafrechtlich schärfer geschützt sein sollen als demokratische Wahlen und solche in den Sozialversicherungen (§ 108d StGB), ist kaum zu begründen.

Die zentrale Schwäche der Vorschrift ist, neben ihrem unzureichenden Strafmaß von maximal einem Jahr, vor allem die Ausgestaltung als absolutes Antragsdelikt nach § 119 Abs. 2 BetrVG (wie früher §§ 12, 22 UWG). Antragsberechtigt sind „nur“ Arbeitgeber, Betriebsrat und die im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Soweit es um den Mitbestimmungsfilz der Betriebsratsbegünstigung geht, entscheiden also Täter und Interessierte⁵³. Denn 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. Anders gewendet: Das Bundesar-

48 LG Nürnberg 24.11. 2008 – 3 KLS 501/s 1777/08.

49 *Dannecker*, Der strafrechtliche Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und ihrer Mitglieder, Festschrift Gitter, 1995, S. 167, 178.

50 Dazu schon *Rieble*, ZfA 2003, 283, 288 ff.

51 *Dannecker*, Festschrift Gitter, 1995, S. 167, 180; ebenso *Rieble*, ZfA 2003, 283, 290; *ders.*, CCZ 2008, 121, 127. Ähnlich *Sax*, Die Strafbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, 1975, S. 169 und 179 f.

52 Vgl. *Sax* (Fn. 50), S. 164 ff.

53 *Rieble*, CCZ 2008, 121, 125 f.

beitsgericht schützt den Mitbestimmungsfilz⁵⁴. Zu Strafanträgen wegen Nr. 3 kommt es mithin nur dann, wenn die Konkurrenz verwickelt ist (also: IG Metall und ver.di gegen AUB), oder wenn, wie im Fall *Volkert*, das Medieninteresse zu groß ist. Aber auch in den Fällen der Nr. 1 und 2 kommt es nur selten zu Strafverfahren – weil die Sanktion zu gering ausfällt und Betriebsräte solche Störungen normalerweise mit betrieblichen Gegenstörungen beantworten und regeln. Dieses strenge Strafantragserfordernis steht schließlich der Wertung im Wege, hier gehe es im wirtschaftsstrafrechtlichen Sinn um überindividuelle Rechtsgüter. Sie müßte die Justiz auch von Amts wegen schützen dürfen.

- 58 Allerdings führt das neue Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 1 EStG dazu, daß Kosten, die Unternehmen aus der Betriebsratsbegünstigung oder der Wählerbestechung erwachsen, nicht steuerlich absetzbar sind. Weil die wenigsten Unternehmen über Schwarzgeldkassen verfügen, werden solche Zahlungen ordnungsgemäß verbucht. Das führt in die Strafbarkeit der Steuerhinterziehung nach § 370 AO – und zu den Ermittlungsbefugnissen der Betriebsprüfung und Steuerfahndung⁵⁵.

b. Strafrechtsfreie Tarifzone?

- 59 Daß die Tarifautonomie vom Strafrecht verschont bleibt, ist vor allem einem historischen Mißbrauch des Strafrechts geschuldet. Die Reichsgewerbeordnung sah in § 152 umfassende Koalitionsfreiheit unter Ausschluß des Koalitionszwangs vor. Dies sicherte der Straftatbestand des § 153 RGewO:

„Wer Andere durch Anwendung körperlichen Zwanges, durch Drohungen, durch Ehrverletzung oder durch Verrufserklärung bestimmt oder zu bestimmen versucht, an solchen Verabredungen (§ 152) Theil zu nehmen, oder ihnen Folge zu leisten, oder Andere durch gleiche Mittel hindert oder zu hindern versucht, von solchen Verabredungen zurückzutreten, wird mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft, sofern nach dem allgemeinen Strafgesetz nicht eine höhere Strafe eintritt.“

- 60 Jede sinnvolle Fortentwicklung wurde vereitelt, weil sich der *Staat* seit 1897 *parteilich auf die Arbeitgeberseite* geschlagen und die Vorschriften als Kampfmittel gegen die Gewerkschaftsbewegung eingesetzt hatte. Insbesondere die Strafsenate des RG haben § 153 GewO in nachteilendem Ge-

54 BAG 19.9. 2006 – 1 ABR 53/05, NZA 2007, 518 = EzA Art. 9 GG Nr. 89 = AP Nr. 5 zu § 2 BetrVG 1972 mit kritischer Anmerkung *Rieble*, Betriebsverfassungsrechtlicher Gewerkschaftsbegriff, RdA 2008, 35; *ders.*, NZA 2008, 276, 278.

55 Dazu *Rieble*, NZA 2008, 276, 278 f.

horsam extensiv ausgelegt und den Arbeitskampf kriminalisiert⁵⁶. Der zutreffende Hauptvorwurf lautet: Das RG hat diese Vorschriften ausgedehnt, indem es über die Freiheit des Arbeitnehmers von der Gewerkschaft hinaus die Freiheit des Arbeitgebers vor der Gewerkschaft und dem Streik abgeleitet hat⁵⁷. Vernünftige Erwägungen der Zivilsenate des RG, die die vollständige Rechtslosstellung der Arbeitsmarktkartelle als Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit und die Anerkennung des Tarifvertrags in Art. 159 WRV angesehen haben⁵⁸, kamen zu spät.

Diese „wirkliche Kriminalisierung des Streikrechts“ hat später als Denkfigur letztlich die vernünftigen Ansätze der Weimarer Zeit und der 50er und 60er Jahre erschwert, dem eindeutig unzulässigen Streik (und der Aussperrung) als illegitimer Machtausübung mit den Straftatbeständen von Nötigung und Erpressung zu begegnen. Die Streitschrift *Ostendorfs* über die „Kriminalisierung des Streikrechts“ von 1987 rechtfertigt sogar Betriebsbesetzungen und spricht dem Arbeitgeber das für den Schutz durch § 123 StGB erforderliche Hausrecht ab⁵⁹. 61

Kollektivmacht wird durch unsere Rechtsordnung sinnvoll begrenzt – eine umfassende „Kampfmittelfreiheit“, die kollektive Interessenkonflikte ausschließlich durch Machtaustrag ohne Regeln lösen ließe, wäre einer Rechtsordnung unwürdig. Dementsprechend ist mit vielen Stimmen aus der Literatur⁶⁰ der schlechthin (oder evident) unzulässige Arbeitskampf 62

56 Dazu eingehend *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 54 ff.; *Schröder*, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, 1988, S. 331 ff.; siehe auch *Umbreit*, Fünfundzwanzig Jahre Deutscher Gewerkschaftsbewegung, 1915, S. 123 ff.; *Rieble* (Fn. 39), Rn. 147 ff.

57 RG 6.10. 1890 – 1893/90, RGSt 21, 114; im einzelnen *Schröder* (Fn. 56), S. 337 ff. und schon *von Schicker*, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. 1901, §§ 152 und 153.

58 RG 2.7. 1925 – IV 154/25, RGZ 111, 199; vorausschauend bereits RG 20.1. 1910 – VI 660/08, RGZ 73, 92 ff. für die Wirksamkeit eines Tarifvertrags. Dazu *Hedemann*, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 38 ff., 84 ff.

59 *Ostendorf*, Kriminalisierung des Streikrechts, 1987, Rn. 59 ff., 72 ff.

60 Schon *Nipperdey*, Grenzlinien der Erpressung durch Drohung, 1917, S. 55 ff.; dazu *Löwisch/Krauß*, AR-Blattei SD 170.10 Arbeitskampf und öffentliche Ordnung Rn. 10, 17 f.; *Rieble*, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht Band II, Halbband 2, 7. Auflage 1970, S. 1053; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 14), § 240 Rn. 25; *H. Schröder*, Streik und Strafrecht, BB 1953, 1015 ff.; *Hellenthal*, Zur Rechtswidrigkeit von sogenannten Betriebsbesetzungen, NZA 1987, 52 ff.; *Loritz*, Betriebsbesetzungen – ein rechtswidriges Mittel im Arbeitskampf, DB 1987, 223 f.; *Niese*, Streik und Strafrecht, 1954, S. 17 ff.; zum „Studentenstreik“ als Nötigung BGH 8.10. 1981 – 3 StR 449/81, NJW 1982, 189 = NStZ 1982, 158 = MDR 1982, 157; zu den „Stahlaktionstagen“ als Nötigung BGH 5.5. 1988 – 1 StR 5/88, BGHSt 35,

als widerrechtliche Nötigung und mit Blick auf verfolgte Vermögensziele auch als Erpressung zu unterbinden.

- 63 Zu bedenken ist schließlich, daß Arbeitnehmer vor ihren Koalitionen und Gewerkschaften zu schützen sind. Das betrifft einmal den Eintrittszwang im Rahmen eines – schlechthin unzulässigen – *closed shop*: „Das Arbeitsverhältnis sichert einem Arbeitnehmer die wirtschaftliche Existenz. Diese darf nicht vom Beitritt oder Austritt aus einer Gewerkschaft abhängig gemacht werden.“⁶¹ Die bei Volkswagen geübte Praxis, daß der Betriebsrat mit Zustimmung des Arbeitgebers externe Bewerber „besichtigt“ und diesen klar macht, daß der Betriebsrat der Einstellung nur nach Beitritt zur IG Metall zustimmt⁶² (woraus Organisationsgrade von 97 % resultieren) ist also Nötigung und Erpressung – mit Blick auf die Beiträge als Vermögensvorteil.
- 64 Weithin anerkannt ist auch, daß die Gewerkschaft im Streikfall die Arbeitswilligen überzeugen muß und nicht durch Betriebsblockade von der Arbeit abhalten darf⁶³. Deswegen die bekannte „Drei-Meter-Gasse“! Betriebsblockaden sind insofern also Nötigung der Arbeitswilligen.
- 65 Der vom Gesamtbetriebsratsvorsitzenden *Klemm* im Jahr 2004 gegen die damalige DaimlerChrysler AG veranstaltete betriebliche Arbeitskampf⁶⁴ war wegen der fehlenden gewerkschaftlichen Führung, wegen des fehlenden Tarifziels und wegen Verstoßes gegen das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot des § 74 Abs. 2 BetrVG schlechthin unzulässig. Sein Ziel, der Verzicht auf ein Sanierungsprogramm, hatte Vermögensrelevanz. Die Staatsanwaltschaft hatte ein durch Strafanzeige eingeleitetes Ermittlungs-

270 ff. mit Anmerkung *Müller-Roden*, Rheinhausen im Lichte der Nötigungsrechtsprechung, ZRP 1988, 409 ff.

61 BAG 2.6. 1987 – 1 AZR 651/85, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG mit Anmerkung *Rüthers* = EzA Art. 9 GG Nr. 43 = NZA 1988, 64; weiter EGMR 11.1. 2006 – 52562/99 und andere, *Schmidt-Westphal/Urban*, Besprechung zu EuGH 11.1. 2006, RIW 2006, 378, 381 (Sörensen und Rasmussen/Dänemark); inoffizielle Übersetzung: www.menschenrechte.ac.at/docs/06_1/06_1_04; EuGHMR 13.8. 1981, EuGRZ 1981, 559 (Young, James und Webster); *Scholz*, Unvereinbarkeit des *closed shop* mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, AÖR 106 (1981), 79 ff.; BVerfG 10.1. 1995 – 1 BvF 1/90 und andere, BVerfGE 92, 26 = NZA 1995, 272 = AP Nr. 76 zu Art. 9 GG (Flaggenreister): Recht auf Beitritt zu einer anderen Gewerkschaft.

62 „Götterdämmerung in Wolfsburg“, SZ vom 9./10.7. 2005.

63 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86, AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BAGE 58, 364 = NZA 1988, 846; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 11 Rn. 5 ff.; *Seiter* (Fn. 56), S. 520 ff.

64 SZ vom 15.7. 2004 und 18.7. 2004; FAZ vom 16.7. 2004 und 23.7. 2004.

verfahren gleichwohl verständnisinnig eingestellt⁶⁵; die Generalstaatsanwaltschaft hat dies gehalten: „Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß die Vertretung der Arbeitnehmer grundsätzlich das Recht hatte, gegen die massiven Forderungen des Vorstandes, der den Abbau von mehreren tausend Arbeitsplätzen in Aussicht gestellt hatte, ebenso massive Einwände geltend zu machen. Im Hinblick auf das vom Beschuldigten von Anfang an erklärte Ziel einer Einigung und der Hinnahmebereitschaft gegenüber finanziellen Einbußen läßt sich jedenfalls nicht begründen, daß der Einsatz von Protestaktionen (Nötigungsmittel) mit dem Ziel, gegen wirtschaftliche Einbußen den Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen zu erreichen (Zweck) als verwerflich anzusehen wäre.“⁶⁶ Das ist der klassische Fernziel-Fehler, mit dem sich alles begründen läßt und der letztlich eine Tarifen-sur fordert. Wie würde die Staatsanwaltschaft auf eine unzulässige Angriffsaussperrung reagieren, mit der die Arbeitgeber eine Lohnsenkung durchzusetzen suchen? Mit Verständnis? Und rechtfertigt dieses „gute Motiv“ auch den Eingriff in die Beschäftigungsverhältnisse der Arbeitswilligen?

c. Unausgelotete Untreue

Daß die Untreue eine wirtschaftsstrafrechtliche Wollmilchsau ist, soll hier nicht hinterfragt werden⁶⁷. Sie spielt eine gewisse Rolle auch in den beiden prominenten Arbeitsstrafverfahren: *Hartz* habe Untreue begangen, weil er für *Volkert* Geld in die Hand nahm, obzwar jener für VW nichts bewirkte oder Wohlwollen schon schuldet⁶⁸. Und *Schelsky* habe an der Untreue zu Lasten der Siemens AG mitgewirkt, weil unsaubere Abrechnungen letztlich zu schwarzen Kassen und zur Vereitelung der Finanzkontrolle geführt haben⁶⁹ – ganz unabhängig davon, ob die AUB eine geldwerte Gegenleistung für all die Millionen erbracht hat.

65 Einstellungsverfügung 5.8. 2005 – 140 Js 113356/04 W. Dazu *Große-Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1365 ff. und *ders.*, Krisenmanagement: Umgang mit Straftaten im Unternehmen, in diesem Band, S. 135 ff.

66 Der Generalstaatsanwalt in Stuttgart, Ermittlungsverfahren gegen Erich Klemm 6.10. 2005 – 23 Zs 1634/05.

67 Dazu etwa *Matt*, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-) Recht und Moral, NJW 2005, 389; *Dierlamm*, Untreue – ein Auffangtatbestand?, NSTZ 1997, 534 ff.; *Günther*, Die Untreue im Wirtschaftsrecht, Festschrift Weber, 2004, S. 311 ff.; *Hamm*, Kann der Verstoß gegen Treu und Glauben strafbar sein?, NJW 2005, 1993 ff.

68 LG Braunschweig 2.2. 2007 – 6 KLS 48/06, CCZ 2008, 34 mit Anmerkung *Rieble*; LG Braunschweig 22.2. 2008 – 6 KLS 20/07, juris; *Rieble*, NZA 2008, 276, 279 f.

69 Der Geheime von Siemens muss ins Gefängnis, SZ online vom 24.11. 2008: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/247/448978/text/>. Die Ausfertigung der Entscheidung des LG Nürnberg lag bei Manuskriptschluß noch nicht vor!

- 67 Eine ganz andere und bislang nirgendwo eingehend behandelte Frage ist es, ob die Untreue ihre Auffangfunktion auch im Arbeitsstrafrecht entfalten kann. Dabei geht es um die „Schädigung“ der Arbeitnehmer durch Betriebsrat oder Gewerkschaft. Gerade der Betriebsrat ist nach dem BetrVG zu massiven Eingriffen in die Einzelarbeitsverhältnisse befugt: Er kann insbesondere über das Mitbestimmungsrecht bei Kurzarbeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Arbeitszeit der Mitarbeiter reduzieren – und damit zugleich ihr Einkommen. Mitunter geschieht dies sogar als „Kurzarbeit Null“. Über das Arbeitsverhältnis als Existenzgrundlage „verfügt“ der Betriebsrat, wenn er gemeinsam mit dem Arbeitgeber einen Interessenausgleich mit Namensliste (§ 1 Abs. 5 KSchG) vereinbart und damit den individuellen Kündigungsschutz weithin und unmittelbar entwertet. Die zentrale – sowohl arbeitsrechtlich wie strafrechtlich zu beantwortende – Frage lautet nun, ob diese intensive Rechtsmacht mit einer entsprechenden Vermögensbetreuungspflicht als Amtspflicht im Sinne von § 23 BetrVG korrespondiert. Mit Blick auf die Vorträge der Kollegen *Vogel* und *Lobinger* will ich dies nur anhand eines Beispiels aufwerfen: Vielfach kommen in der Praxis Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zustande, wonach der Arbeitgeber eine Entlassung durchführen darf, der Betriebsrat aber darauf besteht, daß nur Nichtgewerkschafter entlassen werden⁷⁰. Das Zugeständnis der Betriebsratsmitglieder kann auch dadurch erkaufte werden, daß Betriebsräte „besondere Abfindungen“ erhalten. Die Arbeitnehmer dürfen sich verraten und verkauft fühlen. Das LAG Sachsen meint nun gerade erst, daß die durch Begünstigung der Betriebsratsmitglieder zustande gekommene Vereinbarung nicht einmal unwirksam sei – weil die begünstigten Betriebsratsmitglieder nicht mit dem vertragsschließenden Betriebsrat identisch seien⁷¹. Wenn dann nicht einmal das Strafrecht Schutz gewährt, sind die Arbeitnehmer im Stich gelassen.

III. Wohin treibt das Arbeitsstrafrecht?

- 68 Wenn die Eigenart des Wirtschaftsstrafrechts im Schutz kollektiver Rechtsgüter liegt – und hierzu auch Marktregeln (Wettbewerb) und grundlegende rechtliche Institutionen zählen, dann muß das Strafrecht auch fragen, ob die Arbeitsmarktregeln vergleichbar „offensiv“ durchzusetzen sind. Solange und soweit der Gesetzgeber – erwartbar – schweigt, geht es um die Schlagkraft des Kernstrafrechts, namentlich durch Nötigung, Erpressung und Untreue.
- 69 Dafür streitet nicht nur der effektive Schutz des Individuums vor überbordender Kollektivmacht, sondern vor allem die Regel- und Rechtstreue als

70 LAG Köln 29.7. 2004 – 5 Sa 63/04, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 45a.

71 LAG Sachsen 27.8. 2008 – 2 Sa 752/07, juris.

Eigenwert und vertrauensbildende Markt-Funktionsvoraussetzung. Anders gewendet: Der durch *von Ihering* geforderte Kampf ums Recht darf gerade dem Strafrecht abverlangt werden.

Freilich sieht sich ein extensives Arbeitsstrafrecht Einwänden ausgesetzt. 70

- Arbeitsrechtliche Vorfragen und Komplexität:

Die Akzessorietät auch des Arbeitsstrafrechts bedeutet erhebliche Komplexität – nicht anders als im Wirtschaftsstrafrecht. Vermeidbar ist das nur um den Preis des Verzichts auf jeglichen Strafrechtsschutz. Insofern müssen Staatsanwälte Arbeitsrecht und Arbeitsrechtler Strafrecht lernen.

- Abschreckung, Rechtsunsicherheit und erlaubtes Risiko: 71

Marktverhalten reagiert auf Ungewißheiten und Risiken und ist einer systemimmanenten Beanstandungsgefahr ausgesetzt. Strafrechtliche Flankierung einfachen Rechts kann Marktteilnehmer mit so erheblichen Rechtsrisiken belegen, daß erlaubte Verhaltensweisen zu riskant werden – weil das Strafrecht einen Sicherheitsabstand erzwingt.

So führt die strafrechtliche Ahndung unzureichender Entgeltzahlung – sei es unmittelbar über § 5 AEntG, sei es mittelbar über § 266a StGB – dazu, daß sich Ermittlungsbeamte, insbesondere der Finanzkontrolle Schwarzarbeit aber auch Staatsanwälte und Strafrichter, mit feinsinnigen Arbeitsrechts- und Sozialversicherungsrechtsfragen auseinandersetzen müssen. Schon die fälschliche Nichtanwendung eines Tarifvertrags kann zur Unterzahlung führen – auch dann, wenn man sich mit Blick auf feinsinnige Rechtsfragen intensiv streiten kann. So kann der Mindestlohntarif der Gebäudereinigung nur für das Handwerk gelten. Denn nur für das Handwerk sind die tarifschließenden Innungen tarifzuständig. Eine einfache Reinigung „nach Hausfrauenart“ fällt handwerksrechtlich nicht darunter. Aber weiß das die Finanzkontrolle Schwarzarbeit? 72

Sinzheimer meinte deshalb: „Insbesondere muß eine kriminelle Bestrafung tarifwidriger Lohnauszahlung abgelehnt werden. Ein Eingreifen des Strafrichters in die feinnervigen kollektiven Rechtsbeziehungen unserer Zeit könnte nur Schaden stiften. Das kollektive Recht ist autonomes Recht. Es will und soll sich selbst schützen.“⁷² Nun hat sich dieses Verständnis seit seiner Zeit – 1928 – geändert. Heute rufen gerade die Tarifparteien nach Staatshilfe und Staatsschutz auf dem Arbeitsmarkt. Das stolze Bekenntnis zu Eigenständigkeit und Unabhängigkeit von öffentlicher Unterstützung gilt manchen gar als unmoralisch (Ackermann-Effekt). 73

Deswegen ist es grundsätzlich richtig, nicht wegen der „Feinnervigkeit“ auf Strafrechtsschutz zu verzichten. Doch muß das erlaubte Rechtsrisiko 74

72 *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 390.

geschützt werden – durch eine entsprechende Anwendung des § 193 StGB, der einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken enthält. Nicht jede Rechtsanmaßung ist Unrecht⁷³ – das muß auch das Strafrecht akzeptieren.

75 • Kriminalisierung des Arbeitsrechts?

Eng damit zusammen hängt die Warnung vor der „Kriminalisierung“ des Arbeitsrechts oder des Streikrechts. Damit ist wenig gewonnen: Was eindeutig rechtswidrig ist und erhöhten Unrechtsgehalt aufweist, darf bestraft werden. Darin liegt keine Kriminalisierung an sich erlaubten Tuns oder von Bagatellverstößen, sondern lediglich die Durchsetzung der staatlichen Rechtsordnung notfalls mit den Mitteln des Strafrechts.

76 Ich kann deshalb nicht verstehen, wenn *Lampe* 1972 meint, Arbeitsstrafatbestände sollten – auch soweit es um Gesundheitsschutz geht – als Antragsdelikte konzipiert sein, bei denen aber nicht irgend ein „abstrakt gefährdeter Arbeitnehmer“, sondern eine vernünftige Aufsichtsbehörde das Antragsrecht habe⁷⁴. Das ist eine Kollektivismus-typische Vormundschaft gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer und entlarvt letztlich die Vehemenz, mit der der Autor zuvor zum Schutz des Arbeitsvermögens geschrieben hat. Eine Absage hiergegen erteilt etwa § 44 Abs. 2 BDSG, der zwar immerhin Datenschutzstellen zum Strafantrag ermächtigt, aber eben auch den Betroffenen (also den Arbeitnehmer). Ein Strafantragsrecht von Aufsichtsbehörden demonstrierte nur, daß der Gesetzgeber den Staatsanwaltschaften wenig Sachkompetenz zutraut – obzwar diese bei relativen Antragsdelikten durchaus selbst beurteilen dürfen, ob das öffentliche Interesse für die Strafverfolgung streitet.

77 Umgekehrt wird man sagen müssen: Auch das Arbeitsstrafrecht verfolgt keine moralischen Zwecke; es ist kein Opportunitätsinstrument, um mißliebige Marktteilnehmer zu verfolgen; es darf nicht zum Gesinnungsstrafrecht entarten, weswegen äußerste Vorsicht bei der Handhabung von Generalklauseln wie im Nötigungstatbestand geboten ist⁷⁵. Umgekehrt muß das eindeutig rechtswidrige auch ebenso eindeutig unterbunden werden.

78 Auch insoweit ist den Akteuren des Arbeitsrechts – und gerade den Gewerkschaften und Betriebsräten – respektvoll zu begegnen: Nicht die kleinherzige Verfolgung durch eine Strafjustiz, die besser weiß, wie man Arbeitnehmerinteressen verfolgt, ist das Gebot, sondern die kluge Selbstbeschränkung auf harte Fälle mit eklatanten strafwürdigen Rechtsbrüchen.

73 Zur zivilrechtlichen Sicht *Kaiser*, Schadensersatz wegen fahrlässiger Rechtsanmaßung, Festschrift Canaris, 2007, S. 531 ff.

74 *Lampe*, Festschrift Maurach, 1972, S. 383.

75 *Gropp/Sinn*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Münch-KommStGB), Bd. 3, 2003, § 240 Rn. 114.

Das Arbeitsrecht lebt in besonderer Weise von der Kungelei. Kollektivstreitigkeiten werden gedealt, im Kündigungsschutzprozeß wird verglichen. Über allen Kungeleien, die den Arbeitgeber etwas kosten und die nicht vom Unternehmensinhaber selbst gedeckt sind, schwebt das Damoklesschwert der Untreue. Wer als „Gutsverwalter“ einen Straftäter im Kündigungsschutzprozeß um dessen hinreichend bewiesene Straftat abfindet, begeht Untreue⁷⁶. Wer als Angestellter mit dem Betriebsrat eine nach § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksame Betriebsvereinbarung schließt, die den Arbeitgeber zu nicht geschuldeten Leistungen veranlaßt, der veruntreut. Die im kollektiven Arbeitsleben üblichen Machtspiele wird man künftig auch unter dem Aspekt von Nötigung und Erpressung zu sehen haben. Rechtswidrige Kampfmaßnahmen sind also gefährlich. 79

Klee äußert in seiner Analyse des Arbeitsstrafrechts von 1922 zum Schluß: „Aber auch hier muß sich der Kriminalist bewußt bleiben, daß die Gesundung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse in erster Linie nicht von den Mitteln der Strafjustiz, sondern von dem Geiste der Gemeinschaft abhängt, in dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer selbst an diese Aufgabe herangehen.“⁷⁷ Nun darf man dem Arbeitsmarkt und seine Akteure wenig Einsicht zutrauen. 80

Eher mag man die wirtschaftsstrafrechtliche Frage hierher übernehmen, ob nicht andere, bessere Steuerungsmechanismen denkbar sind. Am Ende gilt freilich die Erkenntnis des großen *Franz von Liszt*, der das Strafrecht zur Durchsetzung der Rechtsordnung fordert⁷⁸. Eben der Rechtstreuegedanke – der neuerdings zur Formulierung von Organisationspflichten insbesondere der Unternehmen fruchtbar gemacht wird⁷⁹ – streitet für ein effektives Arbeitsstrafrecht. Der Staat ist Garant der Arbeitsmarktverfassung und muß diese auch durchsetzen – will er nicht das Grundvertrauen in die Marktverfassung gefährden. 81

Deshalb führt kein Weg daran vorbei: Mehr Arbeitsstrafrecht im wirtschaftsstrafrechtlichen Sinne!

76 Vgl. BGH 9.12. 2004 – 4 StR 294/04, NStZ-RR 2002, 83 = wistra 2005, 178 = EzA § 13 AÜG Nr. 17.

77 *Klee*, NZfA 1922, Sp. 350.

78 *von Liszt*, Lehrbuch des Strafrechts, 6. Auflage 1894, S. 65; auf ihn beruft sich *Sinzheimer*, in: Verhandlungen (Fn. 13), S. 375.

79 Dazu *Schneider/Schneider*, Konzern-Compliance als Aufgabe der Konzernleitung, ZIP 2007, 2061 ff.; *Hauschka*, Corporate Compliance – Unternehmensorganisatorische Ansätze zur Erfüllung der Pflichten von Vorständen und Geschäftsführern, AG 2004, 461 ff.