

[41] 6. Der Hilfsantrag ist unbegründet. Der Feststellungsantrag ist im Umfang der Abweisung des Hauptantrags aus den gleichen Erwägungen wie dieser unbegründet.

[42] 7. Die gegen den Beteiligten zu 3. gerichteten Anträge sind unbegründet. Dieser ist nicht Handlungsstörer. Er hat lediglich sein nachträgliches Einverständnis mit der Verbreitung des Streikaufrufs durch den Beteiligten zu 4. erklärt, jedoch nicht selbst daran mitgewirkt. Gegen ihn käme daher nur ein vorbeugender Unterlassungsantrag in Betracht. Dieser stellt jedoch einen anderen Streitgegenstand dar (*BAG* v. 20. 11. 2012 – 1 AZR 611/11, Rn. 80 f.). Wird ein Unterlassungsbegehren zunächst nur mit einer Wiederholungsgefahr begründet, kann dies in der Rechtsbeschwerde nicht auf eine Erstbegehungsgefahr gestützt werden, weil dort kein neuer Streitgegenstand eingeführt werden kann [...].

Anmerkung

Professor Dr. Dr. h.c. Detlev W. Belling, M.C.L.,
Potsdam*

I. Der 1. Senat des *BAG* hatte im Wesentlichen darüber zu befinden, ob der Arbeitgeber verlangen kann, dass ein Arbeitnehmer es unterlässt, dessen Kommunikationstechnik (E-Mail-Konto) zu benutzen, um die Belegschaft für einen Warnstreik zu mobilisieren. Er gehörte dem Betriebsrat an. Im Gegensatz zu den Vorinstanzen ließ der erkennende Senat offen, ob der Arbeitnehmer dabei als Betriebsratsmitglied handelte. Das war für den Senat im Ergebnis egal. Denn – anders als das Berufungsgericht annahm – ergebe sich aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG kein Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers, wenn der Betriebsrat oder ein Mitglied gegen das darin ausgesprochene Arbeitskampfverbot verstoße. Für den erkennenden Senat kam es auch nicht darauf an, ob das E-Mail-Konto zu den Sachmitteln des Betriebsrats gehörte. Den Unterlassungsanspruch entnahm der Senat allein § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. Im Ergebnis ist ihm zuzustimmen, in wesentlichen Teilen der Begründung aber nicht.

II. Sofern das E-Mail-Konto von einem Arbeitnehmer, der *nicht als Amtsträger* handelte, zu einem Streikaufruf benutzt wurde, stützt der Senat den Unterlassungsanspruch wegen Beeinträchtigung des Eigentums an der Kommunikationstechnik zu Recht auf § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Anspruch besteht unabhängig davon, ob es sich um ein Sachmittel des Betriebsrats oder um ein Arbeitsmittel des Arbeitnehmers handelt. Die vom erkennenden Senat vorgenommene Güterabwägung zwischen dem Schutz des Arbeitgeberinteresses und der individuellen Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers ist zutreffend.

Handelte der Arbeitnehmer dagegen *als Betriebsratsmitglied*, was – nach der Rechtsprechung des 1. Senats – im Zweifel anzunehmen sein dürfte¹ und vom Tatsachengericht auch bejaht wurde, ist die Abwägung der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG mit dem Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit dem Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB überflüssig. Schon deshalb war es angebracht zu klären, ob der Arbeitnehmer den Streikaufruf als Amtsträger verbreitete. Die Duldungspflicht nach § 1004 Abs. 2 BGB ist nämlich in diesem Fall durch § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG ausgeschlossen. Aus der Bestimmung ergibt sich, dass der Arbeitgeber den Aufruf zum Warnstreik nicht zu dulden verpflichtet ist. Arbeitskampfmaßnahmen durch die Betriebspartner sind vom Gesetz-

geber untersagt.² Das gilt auch für einzelne Betriebsratsmitglieder.³ „Tun-Dürfen“ und „Dulden-Müssen“ entsprechen einander.“⁴ Nur eine rechtmäßige, nicht aber eine untersagte Beeinträchtigung muss der Eigentümer dulden.

1. Wurde das E-Mail-Konto von einem Arbeitnehmer, der *als Betriebsratsmitglied* handelte, zu einem Streikaufruf benutzt, geht es weniger um den expropriierenden, als vielmehr um den betriebsverfassungswidrigen Charakter des Eingriffs. Im Vordergrund steht nicht die Anmaßung von Befugnissen, welche der Eigentümer kraft seines Eigentums hat⁵, sondern die Rechtswidrigkeit der Amtsführung des Betriebsrats und seiner Mitglieder. Dadurch unterscheidet sich der Missbrauch der Telekommunikationsanlage zum Streikaufruf durch das Betriebsratsmitglied von deren Missbrauch durch einen Arbeitnehmer, der nicht Amtsträger ist. Der Unterlassungsanspruch ergibt sich in diesem Fall, wenn auch nicht ausschließlich, aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG. In diesem wichtigsten Aspekt der Entscheidung, der den Rechtsschutz bei Pflichtverletzungen des Betriebsrats und seiner Mitglieder betrifft⁶, ist dem erkennenden Senat zu widersprechen.

2. Der Senat wendet sich von seinem früheren Beschluss⁷ stillschweigend ab. Er lehnt im Anschluss an die Rechtsprechung des 7. Senats⁸ einen Unterlassungsanspruch aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG ab. Der 7. Senat hatte – entgegen dem 6. Senat⁹ – erkannt, dass Verstöße des Betriebsrats gegen das Verbot parteipolitischer Betätigung keinen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers aus § 74 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 BetrVG gegenüber dem Betriebsrat begründen. Wesentlich neue Argumente führt der 1. Senat nicht ins Feld. Auch mit den Gegenpositionen von *Husemann*¹⁰, *Reichold*¹¹, *Burger/Rein*¹² und *Wiebauer*¹³ setzt er sich nicht auseinander, sofern sie überhaupt erwähnt werden.

Die neuen Entscheidungen des 1. und 7. Senats sind von grundlegender Bedeutung. Es ist zu befürchten, dass der dadurch eingeleitete Wandel das Verständnis von § 2 Abs. 1 BetrVG beeinflussen wird. Denn der 1. Senat sieht in seinem Beschluss § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG als Konkretisierung und Ergänzung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 Abs. 1 BetrVG¹⁴. Hat das *BAG* nun den Weg eingeschlagen, die Qualität von § 2 Abs. 1 BetrVG als Rechtssatz oder als Anspruchsgrundlage¹⁵ zu leugnen?

3. a) Im Rahmen der Auslegung von § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG nach dem *Wortlaut* betont der 1. Senat, dass die Bestimmung Maßnahmen des Arbeitskampfs zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat – zwar – für „unzulässig“ erkläre, ein Unterlassungsgebot aber nicht ausdrücklich vorsehe. Aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Unterlassungsgebots schließt er, dass kein entsprechender Unterlassungs-

² Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, zu BT-Drs. VI/2729, S. 10.

³ Siehe unten II.5.e).

⁴ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 180.

⁵ *Wilhelm*, Sachenrecht, 1993, Rdnr. 678.

⁶ Im Außenverhältnis zuletzt *BGH AP* Nr. 110 zu § 40 BetrVG 1972; und *OLG Frankfurt a. M.*, Urteil v. 16. 12. 2013 – 1 U 184/10.

⁷ *BAG AP* Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972, II.2.

⁸ *AP* Nr. 12 zu § 74 BetrVG 1972.

⁹ Vgl. *BAG AP* Nr. 3 zu § 74 BetrVG 1972.

¹⁰ *Husemann* Anm. zu *AP* Nr. 12 zu § 74 BetrVG 1972.

¹¹ *Reichold* RdA 2001, 58.

¹² *Burger/Rein* NJW 2010, 3613.

¹³ *Wiebauer* BB 2010, 3091.

¹⁴ Vgl. dazu i. Ü. unten II.4.b)cc)-dd).

¹⁵ Für die Wertung von § 2 BetrVG als Anspruchsnorm: *BAG AP* Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972; a. A. *Richardi*, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 2, Rdnr. 21.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Potsdam.

¹ *BAG AP* Nr. 10 zu Art. 9 GG.

anspruch bestehe. Das überzeugt schwerlich; denn der erkennende Senat interpretiert das Schweigen des Gesetzgebers auf der Rechtsfolgenseite nicht. Der Senat unterstellt, der Gesetzgeber habe dadurch den Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers selbst bei einem groben Verstoß des Betriebsrats gegen § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG ausschließen wollen. Dabei stützt sich der Senat nur noch auf § 23 Abs. 1 BetrVG, indem er die Bestimmung um das Wort „allein“ ergänzt. Welcher Grund, welcher Regelungszweck den Gesetzgeber zu einer derartigen Regelung bewegen haben sollte, lässt der Senat im Ungewissen. Die teleologische Auslegung meidet er.

b) Der allgemeine Sprachsinn ergibt: Wenn eine Handlung rechtlich unzulässig ist, wenn sie vom Gesetzgeber untersagt ist, muss man sie unterlassen. Und das *RG*¹⁶ formulierte klar: Zur Verteidigung gegen Unrecht ist Rechtsschutz zu gewähren. Bei einer rechtlich unzulässigen Handlung muss nicht die Bejahung, sondern die Verneinung eines Unterlassungsanspruchs besonders begründet werden. Denn dem Gesetzgeber kann im Zweifel nicht unterstellt werden, dass er rechtswidriges Verhalten sanktionslos hinzunehmen bereit ist.¹⁷

c) Auch im Übrigen bestätigt der Blick auf bürgerlich-rechtliche Unterlassungsansprüche die Auslegung des Senats nicht. Zwar ordnet der Gesetzgeber Unterlassungspflichten z. B. in §§ 12 Satz 2, 541, 862 Abs. 1 Satz 2, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie in § 21 Abs. 1 Satz 2 AGG an und nennt auch die Rechtsfolge ausdrücklich, wenn auch unter Verwendung prozessrechtlicher Terminologie: „auf Unterlassung klagen“. Aber selbst § 1004 Abs. 1 BGB leidet an der tatbestandlich unklaren Fixierung des Anspruchs und ist daher auslegungsbedürftig¹⁸; tatbestandlich ist § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG sogar prägnanter. Durch §§ 12 Satz 2, 541, 862 Abs. 1 Satz 2, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie § 21 Abs. 1 Satz 2 AGG werden aber Unterlassungsansprüche aus anderen Normen nicht ausgeschlossen, die keine derartige Rechtsfolge enthalten. Es besteht kein *numerus clausus* der gesetzlichen Unterlassungsansprüche. § 226 BGB und § 906 Abs. 3 BGB zeigen das beispielhaft. § 226 BGB bildet die Grundlage für den Unterlassungsanspruch unmittelbar¹⁹; bei § 906 BGB ergibt sich diese Rechtsfolge aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dass der Gesetzgeber Unterlassungspflichten unterschiedlich formuliert, zeigen auch § 78 BetrVG („dürfen nicht“) und § 79 BetrVG („verpflichtet, ... nicht zu ...“). Aus § 1353 Abs. 1 BGB ergibt sich ein Anspruch auf Unterlassung von Ehebruch und anderen Ehwidrigkeiten, obwohl der Gesetzeswortlaut diesen nicht vorsieht. Auch § 743 Abs. 2 BGB enthält ohne entsprechende Formulierung unmittelbar einen Unterlassungsanspruch.²⁰ Aus § 823 Abs. 1 BGB, Art. 9 Abs. 3 GG ergibt sich ein Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen.²¹ Auf Art. 9 Abs. 3 GG, §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB stützt der 1. Senat die Unterlassungsklage, wenn der Arbeitgeber die erlaubte Werbe- und Informationstätigkeit einer Gewerkschaft in seinem Betrieb untersagt.²² Die Beispiele ließen sich fortsetzen.

d) Die Argumente des 1. und 6. Senats stehen diametral im Widerspruch zu dem vom BAG geprägten allgemeinen,

über § 23 Abs. 3 BetrVG hinausgehenden und aus § 2 Abs. 1 BetrVG abgeleiteten Unterlassungsanspruch des Betriebsrats. Das BAG stellte in diesem Zusammenhang fest, dass Unterlassungsansprüche als selbständige, einklagbare Nebenleistungsansprüche ohne gesetzliche Normierung bestehen können. Das ist bei der Verletzung eines absolut geschützten oder eines gemäß § 823 Abs. 2 BGB geschützten Rechts unbestritten und auch für vertragsrechtliche Beziehungen anerkannt (§ 242 BGB).²³ Verlangte man für den Unterlassungsanspruch stets eine normierte Anspruchsgrundlage, wäre der allgemeine Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten aus § 87 BetrVG undenkbar.²⁴

e) Für einen Unterlassungsanspruch genügt ein Handlungsverbot, das der Sicherung eines schutzwürdigen Interesses dienen soll.²⁵ Das vom Gesetzgeber durch § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG geschützte Interesse besteht im Folgenden: Arbeitskampfmaßnahmen im Rahmen der Betriebsverfassung schwächen die Tarifautonomie.²⁶ Sie beeinträchtigen den Betriebsfrieden und das Betriebsgeschehen. Zu deren Schutz scheidet in der Betriebsverfassung der Arbeitskampf als Rechtsinstitut aus; der Betriebsrat hat eine rein betriebsverfassungsrechtliche Stellung.²⁷ Das Gebot der Neutralität des Betriebsrats im Arbeitskampf dient auch dazu, die Kampfparität zu sichern, schützt damit die Koalitionsfreiheit als Grundrecht (Art. 9 Abs. 3 GG) und nicht zuletzt das Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) des Betriebsinhabers, das auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfasst.²⁸

4. a) Dem „systematischen Gesamtzusammenhang des Betriebsverfassungsgesetzes“ entnimmt der 1. Senat, dass „den Betriebsparteien keine individuellen Rechtspositionen vermittelt“ werden, „die Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs sein könnten“.²⁹ Dass der systematische Gesamtzusammenhang des BetrVG und die Konzeption von § 23 BetrVG dem Unterlassungsanspruch aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG widersprechen, wird vom 1. Senat behauptet, aber nicht begründet. Die grundlegende Wertung des BetrVG wird nicht nachgewiesen. Das erstaunt, hatte doch der 6. Senat des BAG³⁰ ausgeführt, es seien „keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß ... der Arbeitgeber bei Verstößen des Betriebsrats gegen die ihm obliegenden betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflichten allein auf die Möglichkeiten nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verwiesen wäre“. Die Vorschrift kann wegen der im Vergleich zu § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG unterschiedlichen Rechtsfolgen nämlich gerade nicht als abschließende Sonderregelung angesehen werden, welche einen Unterlassungsanspruch ausschließt.³¹

23 BAG AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972, Rdnr. 32.

24 Vgl. BAG AP Nr. 12 zu § 74 BetrVG 1972; Reichold RdA 2011, 58, 61; vgl. auch Richardi (Fn. 15), § 2 Rdnr. 21.

25 Henckel AcP 174 (1974), 97, 113.

26 Germelmann, Der Betriebsfrieden im Betriebsverfassungsrecht, 1972, S. 115.

27 Germelmann (Fn. 26), S. 99.

28 BAG AP Nr. 10, 11 und 26 zu Art. 9 GG; BGHZ 55, 261, 263; 175, 35, 41 m. w. N.; 187, 177, 180; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Bd. 1, Art. 14 Rdnr. 132; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rdnr. 95 (Stand: Dez. 2013); Schlick NJW 2009, 3139; Wendt, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 14 Rdnr. 26 u. 47; a. A. Bryde, in: v. Münch, GG, 6. Aufl. 2012, Bd. 1, Art. 14 Rdnr. 18; Wieland, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rdnr. 63. Das BVerfG hat bislang offengelassen, ob das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vom Schutz des Art. 14 GG mitumfasst ist; NJW 2010, 3501, 3502 m. w. N.; NVwZ 2009, 1426; anders noch BVerfGE 1, 264, 277 f.

29 Anders noch BAG AP Nr. 2 zu § 23 zu BetrVG 1972, II.2.

30 BAG AP Nr. 3 zu § 74 BetrVG 1972.

31 Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rdnr. 422.

16 RGZ 72, 251, 254.

17 BAG AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

18 Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 12, Rdnr. 4.

19 RGZ 72, 251, 254.

20 Vgl. BGH NZM 2013, 873, 874 f.

21 BAGE 122, 134, 149.

22 BAG AP Nr. 10 und 11 zu Art. 9 GG.

b) aa) Die Annahme des 1. Senats wäre allenfalls zutreffend, hätte § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG nur eine allgemeine Ordnungsfunktion, ohne für den Arbeitgeber und den Betriebsrat subjektive Rechte zu begründen.³² Auf rein objektives Recht mag die Überschrift von § 74 BetrVG „Grundsätze für die Zusammenarbeit“ hindeuten. *v. Koppentfels-Spies*³³ meint, § 74 Abs. 2 BetrVG stecke lediglich „den Rahmen bzw. die Grundlagen der betriebsverfassungsrechtlichen Friedens- und Kooperationsordnung ab“. Die darin enthaltenen Regelungen begründeten „keine individuellen Rechte oder Rechtspositionen“. Damit stünde die Quintessenz der Norm indes „nur auf dem Papier“. § 74 Abs. 2 BetrVG wäre seiner Schutzwirkung weitgehend beraubt.

bb) Ob die betriebsverfassungsrechtliche (absolute) Friedenspflicht aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG den von einer Arbeitskämpfmaßnahme betroffenen Betriebspartner schützt, richtet sich nach dem Zweck, dem die Pflicht dient: Sie muss individualschützenden Charakter haben. Das ist anzunehmen, wenn der Betroffene in einem subjektiven Recht verletzt wird. Der Individualschutz muss im Aufgabenbereich der Norm liegen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Vorschrift dem Schutz von Individualinteressen in „Jedermannbeziehungen“ dient und deshalb zugleich ein Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB ist.³⁴ Es genügt der Schutz von Individualinteressen in einer rechtlichen Sonderbeziehung, wie sie zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat besteht.³⁵ Die Betriebsratsmitglieder haben ihr Amt während eines Arbeitskamps *im Interesse* der Belegschaft *und des Arbeitgebers* neutral wahrzunehmen.³⁶ Zu dessen Individualinteressen gehören, soweit sich das in § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG enthaltene Verbot an den Betriebsrat richtet, die Unternehmerfreiheit, die Koalitionsfreiheit, das Eigentumsrecht am Betrieb sowie seine Vermögensinteressen.³⁷ Abwegig wäre es anzunehmen, dass § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG allein die Gewerkschaft vor der Konkurrenz durch den Betriebsrat bewahren solle.

cc) Gegen die Annahme rein objektiven Rechts spricht außerdem der enge Zusammenhang von § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG und § 2 Abs. 1 BetrVG. Eine Generalklausel, die mit Einzelatbeständen verbunden ist, zwingt zu enger interpretativer Verbindung beider.³⁸ § 74 Abs. 2 BetrVG ist eine konkretisierende Spezialregelung zu § 2 Abs. 1 BetrVG.³⁹ Er ist ein konkreter Ausschnitt aus der allgemeinen aus § 2 Abs. 1 BetrVG hervorgehenden Pflicht zu betriebsverfassungsrechtlicher Neutralität und sichert die Koalitionsfreiheit.

dd) Auch § 2 Abs. 1 BetrVG ist eine unmittelbar verpflichtende Rechtsnorm und nicht nur ein Programmsatz.⁴⁰

Das wird durch entsprechende Urteile bestätigt, in denen § 2 Abs. 1 BetrVG ausdrücklich als Rechtsgrundlage für einen Unterlassungsanspruch sowohl des Arbeitgebers als auch des Betriebsrats herangezogen wurde.⁴¹ Die Norm bildet die „Magna Charta der Betriebsverfassung“⁴² und fordert von den Adressaten (Betriebspartnern) unmissverständlich Kooperation. Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit wirkt konstruktiv, effektiv und sinnvoll nur, wenn es den Betriebspartnern wechselseitig Rechtsansprüche verschafft. Mit der Wahl des Betriebsrats (§§ 1, 7 ff. BetrVG) wird ein gesetzliches (betriebsverfassungsrechtliches) Schuldverhältnis begründet,⁴³ aus dem nicht nur unvollkommene Verbindlichkeiten von Betriebsrat und Arbeitgeber hervorgehen.⁴⁴ Mit einer Verpflichtung korrespondiert regelmäßig ein entsprechendes subjektives Recht, das einen Anspruch begründet (§ 194 Abs. 1 BGB i. V. mit § 241 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB). Daher bestehen einklag- und durchsetzbare Leistungspflichten von Betriebsrat und Arbeitgeber zu vertrauensvoller Zusammenarbeit, deren Einhaltung von jeder Seite sowohl in Form von Tun als auch in Form von Unterlassen gefordert werden kann.⁴⁵ Der Gesetzgeber erwartet vom Arbeitgeber, dass dieser den Betriebsrat mitentscheiden lässt und ihm betriebliche Angelegenheiten, sogar das Wohl seines Betriebs, anvertraut. Das ist dem Arbeitgeber vom Gesetzgeber nur zuzumuten, wenn der Betriebsrat seine Aufgaben pflichtgemäß und redlich wahrnimmt und nicht funktionswidrig missbraucht.

Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich deshalb aus § 2 Abs. 1 BetrVG in Verbindung mit einer jeweils dem BetrVG zu entnehmenden Konkretisierung der Kooperationsmaxime und -grundlage, wenn nicht schon unmittelbar daraus. So wie die Interessengegensätze auf Seiten des Betriebsrats durch anspruchsbewehrte (auch auf Unterlassung gerichtete) Mitbestimmungsrechte gelöst werden, wird dem Arbeitgeber ein gleichwertiges Mittel zur Aufrechterhaltung des Betriebsfriedens an die Hand gegeben, wenn der Betriebsfrieden durch Arbeitskämpfmaßnahmen seitens des Betriebsrats gestört wird. Daher kann der Arbeitgeber verlangen, dass der Betriebsrat nicht arbeitskampferstärkend auf der Arbeitnehmerseite tätig wird.⁴⁶

5. a) Offenbar übernimmt der 1. Senat die Argumentation des 7. Senats⁴⁷, die sich auf das Verbot parteipolitischer Betätigung (§ 74 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 BetrVG) bezieht. Der 7. Senat weist darauf hin, dass durch die Versagung des Unterlassungsanspruchs eine Verkürzung der Rechte des Arbeitgebers nicht eintreten werde; denn der Arbeitgeber könne die Rechtmäßigkeit einer bestimmten Betätigung des Betriebsrats im Wege der Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO klären lassen, wobei die Missachtung der Feststellung

32 *v. Koppentfels-Spies*, in: Festschrift für Uwe Blaurock, 2013, S. 213, 221 f.

33 A.a.O. (Fn. 32).

34 Vgl. *Richardi* (Fn. 15), § 74, Rdnr. 56; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I., 1977, S. 1127; gegen die Einordnung von § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG als Schutzgesetz auch: *Kreutz*, in: GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 74, Rdnr. 94; a. A. *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, 6. Aufl. 2010, § 74 Rdnr. 37.

35 *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990, S. 312 ff.

36 *BAG NZA* 1989, 353, 354.

37 Zum Letzten: *Richardi* (Fn. 15), § 74, Rdnr. 56; *Besgen*, in: Beck-OK, BetrVG, Stand: Juni 2014, § 2 Rdnr. 12.

38 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 446.

39 So bereits *Germelmann* (Fn. 26), S. 50, 61 u. 75.

40 *BAG AP Nr. 1* zu § 74 BetrVG 1972; vgl. auch *LAG Sachsen v. 7. 12. 2012 – 3 TaBV 15/12*; *Wiese NZA* 2003, 1113, 1119 f. m. w. N.; *Kruse*,

Die Rechte des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat aus der Betriebsverfassung, 2010, S. 22.

41 *LAG Hessen RDV* 2005, 170; *ArbG Paderborn DB* 1998, 678; *ArbG Mannheim AiB* 2001, 48; vgl. auch *BAG AP Nr. 23* zu § 23 BetrVG 1972.

42 *Richardi* (Fn. 15), § 2, Rdnr. 4.

43 *BAGE* 76, 364, 372 f.; vgl. auch *BAGE* 89, 139, 148; *BAG NZA* 1997, 274, 277; *Kruse* (Fn. 40), S. 14–17; ebenso wohl *Gottwald BB* 1997, 2427, 2428; a. A. *Reichold*, Anm. zu AP Nr. 81 zu § 40 BetrVG 1972. Andere lassen ein (vermögensrechtliches) Schuldverhältnis erst – und nur – durch die Kostentragungspflicht aus § 40 Abs. 1 BetrVG entstehen; *BAG AP Nr. 71* zu § 40 BetrVG 1972; *Junker/Band/Feldmann BB* 2000, 14; *Richardi RdA* 2013, 317, 318.

44 A. A. *v. Hoyningen-Huene NZA* 1989, 121, 123.

45 A. A. *Richardi* (Fn. 15), § 2, Rdnr. 21, der für den negatorischen Besetzung- und Unterlassungsanspruch eine gesetzliche Grundlage nicht für erforderlich hält.

46 *Worzalla*, in: *Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke*, BetrVG, 9. Aufl. 2014, § 74 Rdnr. 61; *Kruse* (Fn. 40), S. 88–94.

47 *BAG AP Nr. 12* zu § 74 BetrVG 1972.

als grob pflichtwidriges Verhalten (i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) zu werten sei.

b) Unter der Prämisse, dass § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG „den Betriebsparteien keine individuellen Rechtspositionen vermittelt“⁴⁸, müsste auch die Feststellungsklage scheitern, auf welche der 7. Senat den Arbeitgeber aber verweist. Denn sie setzt einen Feststellungsanspruch voraus, der sich nur aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG ergeben kann. Dazu muss die Bestimmung aber dem Arbeitgeber (wie dem Betriebsrat) eine individuelle Rechtsposition vermitteln.⁴⁹

c) Den Arbeitgeber auf das Verfahren nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu verweisen, verwehrt es ihm, unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei einem Fehlverhalten des Betriebsrats oder einzelner Mitglieder sukzessiv vorzugehen. Er ist von vornherein darauf beschränkt, auf die Auflösung des Betriebsrats oder den Ausschluss des betreffenden Mitglieds hinzuwirken. Das mildere Mittel des Unterlassungsanspruchs als vorbeugender Rechtsschutz ist demgegenüber vorzuziehen. Dem Betriebsrat wird die Grenze seiner Handlungsfähigkeit bewusst gemacht, also dafür gesorgt, dass er künftig richtig handelt; es wird ausgeschlossen, dass er in Wahrnehmung eines vermeintlichen Freiheitsraums Rechtspflichten verletzt⁵⁰. Die gestufte Vorgehensweise und der dadurch mögliche Erhalt der personellen Zusammensetzung des Betriebsrats sind für die vertrauensvolle Zusammenarbeit von Betriebsrat und Arbeitgeber förderlicher als die sofortige Durchführung von Amtsenthebungsverfahren.⁵¹

d) Abgesehen davon können Feststellungsanträge nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verfolgt werden; denn einstweilige Feststellungsverfügungen sind generell unzulässig.⁵² Die deshalb mit der Verneinung eines Unterlassungsanspruchs wegfallende Möglichkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes führt – entgegen der Ankündigung des BAG – doch zu einer erheblichen Verkürzung der Rechte des Arbeitgebers.⁵³ Jedenfalls ist keine schnelle, dem Betriebsfrieden dienliche gerichtliche Klärung entsprechender Konflikte mehr möglich.⁵⁴ Wie *van Straelen*⁵⁵ ausführt, kann der Arbeitgeber nicht auf das Ausschlussverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG verwiesen werden, weil der Arbeitskampf seiner Natur nach kurzfristige Maßnahmen erfordert. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass mit dem Ablauf der Amtsperiode das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung des Ausschlussverfahrens entfällt.⁵⁶

e) Ferner führt der 7. Senat an, der Unterlassungsanspruch wäre wegen der Vermögenslosigkeit des Betriebsrats und der sich daraus ergebenden fehlenden Vollstreckbarkeit wirkungslos. Dabei wird unterstellt, dass ein vollstreckbarer Titel gegenüber einem Betriebsrat ohne Wirkung sei. Gegen das Bestehen eines Rechtsanspruchs spricht dessen fehlende Vollstreckbarkeit aber keineswegs, wie schon der 6. Senat⁵⁷ erkannt hatte.⁵⁸ § 888 Abs. 3 ZPO und § 120

Abs. 3 FamFG wären sinnlos, wenn es wegen des Ausschlusses der Vollstreckung schon am Anspruch fehlte.⁵⁹ Die Unterlassungspflicht ist im materiellen Recht vorgegeben. Ihm ist das Vollstreckungsrecht nachgeordnet. Der Rückschluss von der fehlenden Vollstreckbarkeit auf das Nichtbestehen eines materiellen Anspruchs ist unzulässig.

Außerdem richtet sich § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG nicht nur an den Betriebsrat als Gremium, sondern auch an dessen Mitglieder.⁶⁰ Gegenüber einem Betriebsratsmitglied scheidet die Vollstreckbarkeit nicht wegen mangelnder Vermögensfähigkeit. Erforderlich ist lediglich, dass sich der arbeitsgerichtliche Beschluss nicht nur gegen den Betriebsrat als Gremium, sondern auch gegen das einzelne Betriebsratsmitglied richtet⁶¹ – wie es im hier streitigen Verfahren auch vom Arbeitgeber beantragt wurde. Vereinzelt wird darüber hinaus vorgeschlagen, bei einem Vorgehen gegen den Betriebsrat die Vollstreckung gegen die einzelnen Betriebsratsmitglieder zu richten.⁶² Die herrschende Meinung lehnt das zwar zu Recht ab,⁶³ eine Auseinandersetzung mit dieser Position hätte aber nahegelegen⁶⁴.

III. 1. Wenn der Betriebsrat und/oder seine Mitglieder Maßnahmen des Arbeitskampfs ergreifen, besteht ein Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers – unabhängig davon, ob durch die Arbeitskampfmaßnahme sein Eigentum (z. B. Kommunikationsanlage) missbraucht wird, also auch, wenn eigene Mittel der Betriebsratsmitglieder oder Dritter benutzt werden. Neben § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG ergibt sich ein entsprechender Anspruch auch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog).

2. Arbeitskampfmaßnahmen durch den Betriebsrat und/oder seine Mitglieder sind ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Arbeitgebers.⁶⁵ Ein (ersatzbewehrter) Eingriff in den Gewerbebetrieb ist nach der Rechtsprechung des *BGH* bei Verletzung einer Norm gegeben, welche den (einzelnen) Betrieb schützen soll.⁶⁶ § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG ist eine solche. Sie dient – neben den Individualinteressen von Arbeitgeber (und Betriebsrat)⁶⁷ – der Beibehaltung des Betriebsfriedens und damit dem Schutz des Betriebs. Gerade durch das Verbot des Aufrufens, Einleitens und Durchführens von Arbeitskampfmaßnahmen von Seiten des Betriebsrats wird der Betrieb geschützt.

3. Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung des 1. Senats ist zu vermuten, dass die Unterlassungsklage des Arbeitgebers abgewiesen werden wird, wenn der Betriebsrat oder seine Mitglieder in amtlicher Funktion eigene Mittel zum Zweck des Arbeitskampfs einsetzen und der Betrieb streikbedingt stillgelegt wird. Es spricht viel dafür, dass in

⁴⁸ Siehe oben II.4.a).

⁴⁹ Vgl. zum Verbot parteipolitischer Betätigung im Betrieb *Richardi* (Fn. 15), § 74, Rdnr. 72.

⁵⁰ Vgl. *Henckel* AcP 174, 97, 113.

⁵¹ Vgl. *Burger/Rein* NJW 2010, 3613, 3615.

⁵² *LAG München* NZA-RR 2005, 354.

⁵³ Ebenso *Reichold*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2014, § 74 BetrVG Rdnr. 19; weitgehend: *Weller* BB 2014, 832, der die Mittel des § 23 Abs. 1 BetrVG in der Praxis für unbrauchbar hält.

⁵⁴ *Husemann*, Anm. zu AP Nr. 12 zu § 74 BetrVG 1972; *Reichold* RdA 2011, 58, 62.

⁵⁵ *van Stralen*, Der Rollenkonflikt des Arbeitnehmervertreters zwischen Betriebsratsmitglied und Gewerkschaftsfunktionär, 2012, S. 140.

⁵⁶ *BAG* AP Nr. 9 zu § 23 BetrVG 1952; *van Straelen* (Fn. 55), S. 127.

⁵⁷ *BAG* AP Nr. 3 zu § 74 BetrVG 1972.

⁵⁸ *Kreutz*, in: *GK-BetrVG* (Fn. 34), § 74 Rdnr. 90; *Brox/Rüthers* (Fn. 31), Rdnr. 422.

⁵⁹ Zu § 888 Abs. 3 ZPO bereits *Schwipper*, Öffentliche Meinungsäußerungen des Betriebsrats und seiner Mitglieder – Zulässigkeit und Grenzen, 2012, S. 272 f.; *Wiebauer* BB 2010, 3091, 3094; *Husemann*, Anm. zu AP Nr. 12 zu § 74 BetrVG 1972.

⁶⁰ *BAG* AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße; AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972; *Gamillscheg* (Fn. 34), S. 1127; *Belling* (Fn. 35), S. 223–229, 320.

⁶¹ *Kreutz*, in: *GK-BetrVG* (Fn. 34), § 74 Rdnr. 90.

⁶² *Jahnke*, Zwangsvollstreckung in der Betriebsverfassung, 1977, S. 73 ff.; *Rewolle* BB 1974, 888; *Kreutz*, in: *GK-BetrVG* (Fn. 34), § 74, Rdnr. 90; vgl. auch *LAG Baden-Württemberg* DB 1996, 2084 f. a. E.

⁶³ *Matthes/Spinner*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, 8. Aufl. 2013, § 85 Rdnr. 18 m. w. N.

⁶⁴ *Husemann*, Anm. zu AP Nr. 12 zu § 74 BetrVG 1972.

⁶⁵ So schon *Bulla* RdA 1962, 385, 388.

⁶⁶ *BGHZ* 69, 128, 141.

⁶⁷ Siehe oben II.4.b)bb).

einem solchen Fall die Verfassungsbeschwerde des Arbeitgebers, gestützt auf Art. 14 Abs. 1 GG⁶⁸, Erfolg haben wird.

IV. Vorrangig ergibt sich der Unterlassungsanspruch nach allem aber unmittelbar aus § 74 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG. Der Arbeitgeber kann verlangen, dass der Betriebsrat und seine Mitglieder ihre betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht erfüllen und Arbeitskampfmaßnahmen unterlassen.⁶⁹ Der Begriff der Kampfmaßnahme ist weit auszulegen.⁷⁰ Von der betrieblichen Neutralitäts- und Friedenspflicht erfasste Maßnahmen, wie z. B. die Information und Werbung für eine bestimmte Gewerkschaft oder für Gewerkschaften überhaupt⁷¹ finden sich bei *Gamillscheg*⁷².

V. Zu guter Letzt *Charles Darwin*: „Nichts ist beständiger als der Wandel.“ Das gilt glücklicherweise auch für die gegenwärtige Rechtsprechung des 1. und 7. Senats des BAG zu § 74 Abs. 2 BetrVG.

⁶⁸ Siehe oben II.3.e).

⁶⁹ Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972; OLG Saarbrücken v. 13. 6. 2012 – 1 U 357/11; *Belling* (Fn. 35), S. 354; *Kruse* (Fn. 40), S. 29, 94.

⁷⁰ *Germelmann* (Fn. 26), S. 105.

⁷¹ BAG AP Nr. 10 und 11 zu Art. 9 GG.

⁷² *Gamillscheg* (Fn. 34), S. 1125 f.; *Germelmann* (Fn. 26), S. 112, nimmt an, dass im Rahmen des Arbeitskampfverbots eine Pflicht besteht, rechtswidrigen Kampfmaßnahmen der Belegschaft auf betrieblicher Ebene entgegenzutreten und zu versuchen, sie beizulegen.

Strafrecht

Neben der Auslegung des § 299 StGB dreht sich die Entscheidung des BGH in einem zweiten Schwerpunkt um die Begründung des Vermögensschadens im Fall der Untreue zu Lasten einer Kommanditgesellschaft. Karsten Schmidt (JZ 2014, 878, in diesem Heft) nimmt die Ausführungen des 1. Strafsenats zum Anlass, Diskrepanzen zwischen gesellschafts- und strafrechtlicher Betrachtung aufzuzeigen und fordert, Letztere auf eine neue Grundlage zu stellen.

StGB §§ 266, 299 Abs. 1.

1. Keine Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB durch den Betriebsinhaber.

2. Zum Vermögensschaden bei Untreue zu Lasten einer Kommanditgesellschaft.

BGH, Urteil v. 10. 7. 2013 – 1 StR 532/12 (Leitsätze d. Red.).

Das LG hat die Angeklagten wegen Untreue in drei Fällen jeweils zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Dagegen wenden sich die Angeklagten mit ihren auf mehrere Verfahrensrügen und die näher ausgeführte Sachrüge gestützten Revisionen. Mit auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen beanstandet die Staatsanwaltschaft die unterbelebene tateinheitliche Verurteilung der Angeklagten wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in zwei Fällen.

Die Revisionen der Angeklagten führen auf eine Verfahrensrüge zur Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen und zur Zurückverweisung der Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des LG. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Revisionen der Staatsanwaltschaft bleiben ohne Erfolg.

I. Das LG hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

1. Die Angeklagten waren im Hochseeschleppergeschäft tätig und betrieben ab dem Jahr 2005 den Bau der drei Hochseeschlepper T., J. und U. Eigentümerinnen der Schlepper sollten sog. Einschiffsgesellschaften – jeweils in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG – werden, die als Publikumsgesellschaften konzipiert waren. In Umsetzung dieses Vorhabens erwarben die Angeklagten Vorratsgesellschaften, die aufgrund von Gesellschaftsverträgen vom 4. 3. 2005 in die T. GmbH & Co. KG sowie vom 26. 9. 2005 in die J. GmbH & Co. KG bzw. die U. GmbH & Co. KG umfirmiert wurden. Die Angeklagten waren Geschäftsführer und – neben anderen – Mitgesellschafter der am 10. 3. 2005 gegründeten, in allen drei Einschiffsgesellschaften als Komplementärin

fungierenden AHT GmbH und zugleich als Kommanditisten an den Einschiffsgesellschaften beteiligt.

Bereits am 5. 1. 2005 – „noch im Gründungsstadium und vor Beitritt weiterer Gesellschafter“ – hatte die „T. GmbH & Co. KG in Gründung“ – vertreten durch die H. GmbH, deren Geschäftsführer und alleinige Gesellschafter die Angeklagten waren – einen Vertrag über den Bau des Hochseeschleppers T. mit einem Konsortium bestehend aus der M.w. GmbH und der M. AG abgeschlossen. Am 10. 8. 2005 folgten die Vertragsabschlüsse der „J. GmbH & Co. KG in Gründung“ bzw. der „U. GmbH & Co. KG in Gründung“ mit dem Konsortium hinsichtlich der Schlepper J. und U.

Den Vertragsabschlüssen waren Ende des Jahres 2004 Gespräche der Angeklagten mit dem früheren Mitangeklagten E. vorausgegangen, der bei der M. AG als Leiter der Abteilung „...“ für den Bau von Hochseeschleppern und Tankern zuständig war. Dabei waren die Angeklagten und E. übereingekommen, dass als Gegenleistung für die Erteilung der Bauaufträge an jeden der beiden Angeklagten 750 000 € je Schiff fließen sollten. E. sollte 500 000 € je Schiff für die organisatorische Umsetzung der Vereinbarung erhalten. Mittels dieser Vereinbarung gelang es E., die Aufträge über den Bau der Schlepper für das Konsortium zu sichern und potentielle Konkurrenten für die Herstellung der Schiffe auszuschließen.

Um der Vereinbarung einen unverfänglichen Anstrich zu geben, schlossen die Angeklagten mit dem Konsortium M.w. GmbH/M. AG mehrere „Memoranda of Understanding“, die auf Seiten des Konsortiums von E. unterzeichnet wurden, obwohl er nicht über eine Einzelvertretungsbefugnis für das Konsortium verfügte. Inhalt der „Memoranda of Understanding“ war zum einen die Verpflichtung des Konsortiums zur Zahlung von 750 000 € je Schiff – deklariert als „owner's discount“ – an jeden der beiden Angeklagten. Zum anderen sollte die M.w. GmbH nach Abschluss eines „finder's fee agreement“ 500 000 € je Schiff an ein zwischengeschaltetes Unternehmen zahlen, das den Betrag nach Abzug einer Provision in Höhe von 25 000 € an E. weiterleiten sollte.

In Umsetzung der Vereinbarung wurden in die internen Kostenkalkulationen des Konsortiums für die Herstellung der Schlepper Leerpositionen aufgenommen bzw. reale Positionen gezielt zu hoch angesetzt und so der Betrag von 2 Mio. € je Schiff, der an die Angeklagten und E. fließen sollte, auf den von den Einschiffsgesellschaften zu zahlenden Werklohn aufgeschlagen. Bei Errichtung der Gesellschaftsverträge der Einschiffsgesellschaften am 4. 3. 2005 bzw. 26. 9. 2005 ließen sich die Angeklagten die zuvor abgeschlossenen Schiffsbauverträge von den (übrigen) Gesellschaftern der jeweiligen Kommanditgesellschaft genehmigen, ohne diesen gegenüber die mit E. getroffene Schmiergeldabrede offengelegt zu haben. Kurz vor Fertigstellung der Schlepper T. im April 2007 sowie J. im Oktober 2007 und U. im April 2008 wurden die vereinbarten Beträge von den Angeklagten bzw. für E. gegenüber der M. w. GmbH in Rechnung gestellt und von dieser auch beglichen. Weder durch die Angeklagten noch durch E. waren Leistungen an die Einschiffsgesellschaften oder an das Konsortium erbracht worden, die diese Zahlungen rechtfertigten. Die Angeklagten verwendeten die ihnen zugeflossenen Beträge zur Leistung ihrer Kommanditeinlagen in die Einschiffsgesellschaften.

Der gesamte Werklohn einschließlich des darin enthaltenen Schmiergeldanteils von 2 Mio. € pro Schiff wurde nach Übergabe der Schlepper im Auftrag der Angeklagten von der jeweiligen Einschiffsgesellschaft an die M. AG zur Auszahlung gebracht.

Im Zeitpunkt der Fertigstellung der Schlepper und Zahlung des Werklohns hielten die Angeklagten sowie die von ihnen als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertretene T. H. GmbH & Co. KG insgesamt 65 % der Kommanditeile der jeweiligen Einschiffsgesellschaft, die verbleibenden 35 % der Anteile hielten angeworbene Kommanditisten. Die Komplementärin der Einschiffsgesellschaften, die AHT GmbH, deren Geschäftsführer und – neben anderen – Mitgesellschafter die Angeklagten waren, war weder am Vermögen noch am Gewinn und Verlust der Einschiffsgesellschaft beteiligt, für die Kommanditisten war eine Gewinn- und Verlustbeteiligung im Verhältnis ihrer Einlage vereinbart.

2. Das LG hat das Geschehen als Untreue in drei Fällen gewertet (Fall 3.2.2. T., Fall 3.2.3. J., Fall 3.2.4. U.). Den Vermögensnachteil i. S. von § 266 StGB hat es darin gesehen, dass die drei Einschiffsgesellschaften auf Veranlassung der Angeklagten den Werklohn für die Schlepper T., J. und U. jeweils in voller Höhe an das Konsortium auszahlten, obwohl die zugrunde liegenden Verträge im Hinblick auf die Schmiergeldabrede in einem Umfang von 2 Mio. € sittenwidrig i. S. von § 138 BGB und damit teilnichtig gewesen seien. Einen Vermögensnachteil hat das LG nur angenommen, soweit die Kommanditeile der angeworbenen Kommanditisten betroffen waren, und hat diesen unter Zugrundelegung der festgestellten Beteiligungsquote von 35 % auf 700 000 € je Schiff beziffert.