

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Festheft für Heinz Krejci zum 75. Geburtstag

Mit einem Geleitwort von **Elisabeth Böhler**

und Beiträgen von

Nikolaus Arnold
Elisabeth Böhler
Markus Dellinger
Michael Enzinger
Stephan Frotz
Thomas Haberer
Hanns F. Hügel
Susanne Kalss
Peter Konwitschka
Christian Nowotny
Walter H. Rechberger

Johannes Reich-Rohrwig
Gerhard Saria
Georg Schima
Karsten Schmidt
Manfred Straube
Rainer van Husen
Arthur Weilingner
Irene Welser
Rudolf Welser
Jörg Zehetner



Linde

Zivil-, betriebsverfassungs- und strafrechtliche Beurteilung der „Anfütterung“ von Betriebsräten

GEORG SCHIMA*

Heinz Krejci hat ein wissenschaftliches Werk geschaffen, das in seiner Breite einzigartig ist. Wenn auch der Jubilar seit 1985 den aufgrund des Unfalltodes von *Fritz Schönherr* vakant gewordenen Lehrstuhl für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Wien bekleidete und *Heinz Krejci* sich in dessen Folge stark dem Unternehmensrecht zuwendete, prägte doch auch das Arbeitsrecht sein Werk entscheidend. Es umrahmte – zeitlich gesehen – geradezu sein Schaffen: Der Habilitationsschrift aus 1972 zum Betriebsübergang¹ (zweifelloos kein rein arbeitsrechtliches Werk) steht die erst vor wenigen Monaten und schon während der schweren Krankheit des Jubilars abgelieferte und hoch beachtenswerte 400-Seiten-Arbeit zum Recht auf Streik² gegenüber, die der Diskussion in Österreich neuen Auftrieb gab. Dies alles ist Grund genug, in einer gesellschaftsrechtlichen Fachzeitschrift *Heinz Krejci* mit einem Beitrag zu würdigen, der ein im Kern arbeitsrechtliches, dh betriebsverfassungsrechtliches Problem behandelt, jedoch weit darüber hinausführend zivil- und strafrechtliche Aspekte und Folgen des Themas aufgreift. Dem beschränkten Platzangebot gehorchend können viele Fragen nur angerissen und nicht erschöpfend vertieft werden. Möge der kurze Beitrag dem Jubilar dennoch Freude bereiten.

I. Problemstellung

Das hier behandelte Thema beschäftigt die Arbeitsrechtslehre, aber auch die Judikatur in Deutschland schon seit geraumer Zeit.³ Die Problematik trat in jüngerer Zeit erneut ins Bewusstsein der Öffentlichkeit, als das Jahresgehalt des Siemens-Gesamtbetriebsratsvorsitzenden *Lothar Adler* in Höhe von 300.000 € bekannt wurde. Dies ist freilich – wie mir deutsche Kollegen und Arbeitsrechts-Professoren bestätigten – bei DAX-Großunternehmen in unserem Nachbarland keine Seltenheit, sondern eher die Regel als die Ausnahme.⁴ Begründet wird diese Praxis meist damit, dass es auf diese Weise dem Betriebsratsvorsitzenden eines Großunternehmens, dessen Vorstandsmitglieder siebenstellige Jahresgehälter bezögen, besser ermöglicht werde, „auf Augenhöhe“ mit der Unternehmensleitung zu verhandeln.⁵

Dieser in Deutschland teilweise lebhaft geführten und auch den Gegenstand wissenschaftlicher Veranstaltungen bildenden Diskussion⁶ steht in Österreich ein erstaunlich anmutendes wissenschaftliches Stillschweigen gegenüber. Erstaunlich ist dies deshalb, weil der Grund dafür kaum sein kann, dass Unternehmenspraktiken, deren Gegenstand (Geld-)Zuwendungen an den Betriebsrat bzw an einzelne Betriebs-

ratsmitglieder bilden, nur in Deutschland, nicht aber hierzu-lande vorkommen.⁷

Das Thema reicht ja auch deutlich über die Gewährung von nicht funktionsadäquaten „Überbezügen“ an (Zentral-) Betriebsratsvorsitzende hinaus. Es umfasst grundsätzlich jedwede (im Gesetz eben nicht vorgesehene) Geldleistung an den Betriebsrat und seine Mitglieder (soweit damit nicht die gesetzlich in § 72 ArbVG vorgeschriebene Sachmittelausstattung substituiert wird; siehe unten Pkt II.1.) und selbstverständlich teure Einladungen auf Unternehmenskosten zu diversen Veranstaltungen vom Oktoberfest bis zum Champions-League-Finale, deren Zweck wohl unschwer darin erkannt werden kann, die eingeladenen Betriebsratsmitglieder dem Unternehmen gegenüber „günstig“ zu stimmen.

Man kann sich des Eindrucks nicht ganz erwehren, dass in der österreichischen Arbeitsrechtsdiskussion dieses Problem gleichsam „sozialpartnerschaftlich totgeschwiegen“ wird. Gerade dies bildet einen überzeugenden Grund, sich aus rechtlicher Sicht damit etwas näher zu beschäftigen.

II. Ehrenamtlichkeit der Betriebsratstätigkeit und Begünstigungsverbot

1. Gesetzeslage

Sowohl für Deutschland als auch für Österreich gilt ein gesetzliches Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot zugunsten von Betriebsratsmitgliedern, aber ebenso das Gebot der Ehrenamtlichkeit der Mandatsausübung (§ 115 Abs 1 ArbVG) und das – in Deutschland über § 119 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) sogar strafbe-

* Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L. (HSG), LL.M. (Vaduz) ist Rechtsanwalt in Wien sowie Honorarprofessor für Unternehmens- und Arbeitsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

¹ *Krejci*, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag (1972).

² *Krejci*, Recht auf Streik (2015).

³ *Sparchholz/Trümner*, Die strafrechtliche Verantwortung von Betriebsratsmitgliedern (2009).

⁴ *Byers*, Die Höhe der Betriebsratsvergütung, NZA 2014, 65.

⁵ Aus rechtspolitischer Sicht wäre eine solche Vorgangsweise ja zumindest diskutabel; mit dem geltenden Recht ist sie aber weder in Deutschland noch in Österreich vereinbar (siehe im Text).

⁶ Vgl zB *Rieble*, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276; *Geffken*, Betriebsratsgehalt oder Korruption? (Stand: April 2016), online abrufbar unter http://www.drgeffken.de/index.php?id=aktuelleinfos&no_cache=1&L=0&tx_ttnews%5Btt_news%5D=214&tx_ttnews%5BbackPid%5D=17.

⁷ Dem entspricht auch die anwaltliche Erfahrungspraxis des Autors: (Im Gesetz nicht vorgesehene) Geldzuwendungen zumindest an das Organ Betriebsrat und Einladungen kommen auch in Österreich sehr wohl vor.

wehrte – Verbot der Begünstigung bloß aufgrund der Betriebsratsstätigkeit.⁸ Gem § 119 Abs 1 Z 3 BetrVG ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe zu betrafen, wer (ua) ein Mitglied oder Ersatzmitglied des Betriebsrats, Gesamtbetriebsrats oder Konzernbetriebsrats „um seiner Tätigkeit willen ... benachteiligt oder begünstigt.“ Voraussetzung für die Strafbarkeit ist eine persönliche Begünstigung des Betriebsratsmitglieds; Zuwendungen (wie zB erhöhte Sachmittelausstattung) an das Gremium fallen ebenso wenig darunter wie Leistungen an Dritte, soweit der Vorteil nicht dem Betriebsratsmitglied persönlich zukommt.⁹

Die deutsche Rspr hat hier – anders als die österreichische (bei wohl kaum unterschiedlicher Ausgangslage) – schon diverse Fälle von Begünstigung identifiziert, so zB die Hinaufsetzung der Arbeitszeit während der Freistellungsphase unter Gewährung eines entsprechend erhöhten Entgelts, die Vergütung von betriebsratsbedingter Mehrarbeit oder die Gewährung höherer Reisekostensätze als bei anderen Arbeitnehmern.¹⁰ Nicht strafbar ist nach § 119 BetrVG das begünstigte Betriebsratsmitglied.

Es gilt daher für beide Länder der Befund, dass die Bezahlung von Arbeitsentgelten an (freigestellte) Belegschaftsvertreter, die mit keinem noch so günstig angenommenen, fiktiven Karriereverlauf denkmöglich vereinbar sind,¹¹ sondern sich im angeführten Beispiel von Herrn *Adler* um ein Vielfaches davon entfernen, einen Verstoß gegen das Gebot der Ehrenamtlichkeit (in Österreich: § 115 Abs 1 ArbVG) bzw das Begünstigungsverbot (in Deutschland: § 119 BetrVG) bedeutet. Dasselbe gilt für die Gewährung von Geldzuwendungen, weil § 72 ArbVG nur einen Anspruch der Belegschaftsvertretung auf die Beistellung von Sacherfordernissen kennt.¹² Dass Einladungen von Betriebsratsmitgliedern zu reinen Vergnügungsveranstaltungen auf Kosten des Arbeitgebers unter das Begünstigungsverbot fallen, damit rechtswidrig und in Deutschland jedenfalls auf Arbeitgeberseite, in Österreich nur in speziellen Ausnahmefällen (dazu unten Pkt IV.) strafbar sind, unterliegt keinem Zweifel.

2. Zweiseitig zwingendes Betriebsverfassungsrecht

Eine von *Jabornegg* begründete These¹³ aufgreifend judiziert der OGH in stRSpr, dass die Normen des Betriebsverfassungsrechts zweiseitig zwingender Natur sind, sodass nicht nur Abweichungen zulasten der Belegschaft(svertretung) nicht gültig vereinbart werden können, sondern auch Begünstigungen keinen rechtlichen Bestand haben.¹⁴ Davon erfasst ist nicht etwa nur die Leistung nicht vorgesehener Geldzuwendung an den Betriebsrat oder seine Mitglieder, sondern zB auch die Einräumung von im Gesetz nicht vorgesehenen Mitbestimmungsrechten (wie die Gestattung zusätzlicher Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat etc). Für Geldzuwendungen an den Betriebsrat oder Betriebs-

ratsmitglieder gilt daher auch bei lang dauernder faktischer Gewährung gerade nicht der im Arbeitsrecht sonst zum Tragen kommende Grundsatz, dass die mehrmals und ohne Vorbehalt erfolgende Erbringung von nicht geschuldeten Leistungen zu einer vertraglichen Verfestigung führt.¹⁵

III. Zivil- und betriebsverfassungsrechtliche Rechtsfolgen von „Anfütterungsmaßnahmen“

1. Allgemeines

Während Verstöße gegen das gesetzliche Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot (§ 115 Abs 3 ArbVG) in der Praxis von den betroffenen Belegschaftsvertretungen sehr wohl aufgegriffen werden und auch einschlägige Rspr existiert,¹⁶ werden Verstöße gegen das Ehrenamtlichkeitsgebot bzw gegen das Begünstigungsverbot in Österreich kaum „aktenkundig“. Erklärbar ist dies – wie schon gesagt – sicher nicht mit gegenüber Deutschland völlig anders gearteten rechtstat-sächlichen Voraussetzungen; eher schon mit einer stärkeren Konsensorientiertheit im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Abgesehen davon liegt es in der Natur der Sache, dass unzulässige Begünstigungen von Betriebsratsmitgliedern, die nicht vom Empfänger sofort zurückgewiesen, sondern vielmehr angenommen werden, kaum den Gegenstand eines behördlichen Verfahrens bilden, weil weder der Zuwendungsgeber noch der Zuwendungsempfänger daran ein Interesse haben können. Arbeitnehmer erfahren von derartigen Begünstigungen naturgemäß aber kaum etwas.

Gleichwohl können die Rechtsfolgen derartiger „Anfütterungsmaßnahmen“ für die Beteiligten gravierend sein.

2. Kündigung und Entlassung von begünstigten Betriebsratsmitgliedern

Betriebsratsmitglieder unterliegen einem besonderem Kündigungs- und Entlassungsschutz. Zu klären ist, ob die Gewährung unberechtigter Vorteile an Betriebsratsmitglieder und deren Entgegennahme einen Kündigungs- oder Entlassungsgrund verwirklichen können.

Das Gesetz enthält jeweils taxative Aufzählungen von Kündigungs- bzw Entlassungsgründen, sodass Ausdehnungen auf vergleichbare Fälle grundsätzlich nicht in Betracht kommen.¹⁷

Der Kündigungsgrund nach § 121 Z 3 ArbVG setzt voraus, dass das Betriebsratsmitglied „die ihm auf Grund des Arbeitsverhältnisses obliegende Pflichten beharrlich verletzt“ und dem Betriebsinhaber die Weiterbeschäftigung aus Gründen der Arbeitsdisziplin nicht zugemutet werden kann. Die Entgegennahme ungerechtfertigter Vorteile in der Eigenschaft als Betriebsratsmitglied verwirklicht diesen Tatbestand zweifellos nicht, weil keine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt werden. Abgesehen davon wäre es auch nicht einschichtig, dass der „anfütternde“ Arbeitgeber sich auf einen Entlassungsgrund gegenüber dem Empfänger berufen könnte.

⁸ Vgl dazu *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG, § 115 Rz 13; *Rieble*, NZA 2008, 276 ff; OGH 10.7.1991, 9 ObA 133/91, ZAS 1992/16 (*Resch*); 18.3.1992, 9 Obs 2/92; 16.10.2002, 9 ObA 109/02y, DRdA 2003/22 (*Holzer*).

⁹ Vgl *Löwisch/Kaiser*, BetrVG⁹ (2010) § 119 Rz 40 f mwN.

¹⁰ Gleich die Beispiele bei *Löwisch/Kaiser*, BetrVG⁹, § 119 Rz 40.

¹¹ Vgl die Entgeltfortzahlungsverpflichtung des Betriebsinhabers im Falle der Freistellung gem § 117 Abs 1 ArbVG.

¹² Vgl OGH 10.7.1991, 9 ObA 133/91.

¹³ Vgl *Jabornegg*, Absolut zwingendes Betriebsverfassungsrecht, in FS *Strasser* (1983) 367 (379 ff).

¹⁴ Vgl OGH 17.3.1993, 9 ObA 606/92; 15.9.1994, 8 ObA 276/94; 22.5.2003, 8 ObA 8/03i.

¹⁵ Vgl dazu zB OGH 5.4.2013, 8 ObA 54/12t; 19.12.2013, 9 ObA 142/13t; 25.9.2014, 9 ObA 84/14i.

¹⁶ Vgl dazu zB OGH 17.1.1990, 9 ObA 347/89, ZAS 1994/1 (*Aigner*).

¹⁷ Vgl OGH 19.8.1998, 9 ObA 76/98m, DRdA 1999/60 (*Ch. Klein*); 21.5.2003, 9 ObA 64/03g; *Wölliger* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011) § 121 ArbVG Rz 1.

Unter den in § 122 ArbVG geregelten Entlassungstatbeständen passt bei näherem Besehen auch keiner auf die hier interessierenden Fallkonstellationen. § 122 Abs 1 Z 3 ArbVG setzt voraus, dass das Betriebsratsmitglied im Dienste untreu ist „oder sich in seiner Tätigkeit ohne Wissen des Betriebsinhabers von dritten Personen unberechtigt Vorteile zuwenden lässt.“

Damit fallen Zuwendungen, die vom Arbeitgeber selbst stammen, jedenfalls heraus. Aber auch die Zuwendung von dritter Seite (zB von einem anderen Konzernunternehmen) verwirklicht den Entlassungstatbestand nicht, weil unter „Tätigkeit“ iSd § 122 Abs 1 Z 3 ArbVG die Tätigkeit als Arbeitnehmer und nicht die als Betriebsratsmitglied zu verstehen ist. Die Zuwendung muss, um einen Entlassungstatbestand zu verwirklichen, dazu bestimmt und geeignet sein, den Arbeitnehmer in seinem dienstlichen Verhalten zugunsten Dritter und zum Nachteil des Arbeitgebers zu beeinflussen.¹⁸ Es muss daher ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Arbeitnehmers als Arbeitnehmer und der Annahme des Vorteils bestehen.¹⁹ § 122 Abs 1 Z 3 ArbVG soll also den Arbeitgeber vor korruptivem und gegen seine Interessen gerichtetem Verhalten eines Arbeitnehmers schützen, der gleichzeitig Betriebsratsmitglied ist. Zuwendungen an Betriebsratsmitglieder werden aber – gleichgültig, ob sie vom Arbeitgeber selbst oder zB einem dritten Konzernunternehmen kommen – typischerweise geleistet, um das Betriebsratsmitglied im Interesse des Arbeitgebers günstig zu stimmen und seine Amtsführung zu beeinflussen.

3. Abberufung, Kündigung oder Entlassung von begünstigten Organmitgliedern oder Repräsentanten des Arbeitgebers

Sehr wohl in Betracht kommen indes die Abberufung bzw Entlassung oder zumindest die begründete Kündigung von Vertretern bzw Repräsentanten des Arbeitgebers im Falle ungerechtfertigter Vorteilszuwendungen an Betriebsratsmitglieder.

Wird das Arbeitgeberunternehmen in der Rechtsform einer AG geführt und trifft den Vorstand für die „Anfütterung“ von Betriebsratsmitgliedern eine Verantwortung, weil er es aktiv veranlasst, gebilligt oder geduldet hat, könnte beim Vorstandsmitglied der Abberufungsgrund der groben Pflichtverletzung nach § 75 Abs 4 Fall 1 AktG vorliegen.²⁰

Das Vorliegen dieses Abberufungsgrundes setzt mE nicht unbedingt voraus, dass das Verhalten im Einzelnen strafbar ist, was – wie gezeigt werden wird – *de lege lata* nur sehr selten der Fall sein dürfte. Fraglos wird es im Einzelfall auf die Schwere des Verstoßes ankommen. Eine einmalige Einladung von Belegschaftsvertretern auf Unternehmenskosten zu einem – wenn auch teuren – Fußballmatchbesuch wird idR keinen Abberufungsgrund verwirklichen; die Finanzierung einer Karibikreise aber schon. Bestehen im Unternehmen darüber hinaus spezielle Richtlinien, die solches Verhalten ausdrücklich für verpönt erklären, wird der Abberufungsgrund umso eher vorliegen.

Bei Verwirklichung des Tatbestands nach § 75 Abs 4 Fall 1 AktG kann auch die Entlassung aus dem Anstellungsvertrag so gut wie immer gerechtfertigt werden.²¹

Für GmbH-Geschäftsführer gilt *mutatis mutandis* dasselbe, jedoch mit der Maßgabe, dass üblicherweise gem § 16 Abs 1 GmbHG die Abberufung nicht an Gründe gebunden ist.

Trifft der Vorwurf der ungerechtfertigten „Anfütterung“ von Betriebsratsmitgliedern sonstige Repräsentanten des Arbeitgebers (insb Personalleiter) kommt grundsätzlich der Entlassungsgrund der Untreue im Dienst und/oder der Vertrauensunwürdigkeit nach § 27 Z 1 AngG in Betracht. Auch hier wird es von der Schwere des Verstoßes, dem Ausmaß und allenfalls der Dauer der Zuwendungen abhängen, ob ein Entlassungsgrund gegeben ist. Bedeutet die Zuwendung darüber hinaus einen Verstoß gegen unternehmensinterne Compliance-Vorschriften, wird ein Entlassungsgrund umso eher vorliegen.

Erreicht das Verhalten nicht die Intensität eines Entlassungsgrundes, wird typischerweise zumindest ein personenbezogener Kündigungsgrund nach § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG vorliegen. Dagegen könnte der gekündigte Arbeitnehmer (zB Personalleiter) nicht einwenden, dass die Zuwendung „die betrieblichen Interessen“ nicht „nachteilig berühre“, weil die Zuwendung ja gleichsam im Interesse des Arbeitgebers erfolgt sei.

Dass dieses Argument nicht verfangt, ist evident. Mit ihm könnte nämlich jedwede strafbare Bestechung gerechtfertigt werden, weil diese ja darauf abzielt, dem Arbeitgeber „zusätzliches Geschäft“ zu verschaffen. Da die Gewährung gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile – unabhängig von ihrer Strafbarkeit – jedenfalls rechts- und gesetzwidrig ist, berührt sie die betrieblichen Interessen zweifellos nachteilig. Die Rechtsfolgen können bei Bekanntwerden des Vorfalles für das Unternehmen auch unangenehm werden, weil die Reaktion der Belegschaft unter Umständen heftig ausfallen kann, wenn sie sich mit korrumpierten Betriebsratsmitgliedern konfrontiert sieht. Darüber hinaus drohen rufschädigende Medienberichte etc.

4. Bereicherungs- und schadenersatzrechtliche Konsequenzen

„Überdotationen“ unterliegen rechtlich demselben Schicksal wie im Gesetz nicht vorgesehene Geldzuwendungen an das Belegschaftsvertretungsorgan, die nach der Rspr nicht nur sofort begründungslos eingestellt, sondern auch zurückgefordert werden können.²² Dasselbe gilt umso mehr für im Gesetz nicht vorgesehene Zuwendungen entweder an den Betriebsrat selbst oder an dessen Mitglieder zur persönlichen Verwendung oder auch zur Verteilung an die Belegschaft. Und ganz besonders gilt dies für teure Einladungen an Betriebsratsmitglieder auf Unternehmenskosten.

Der Rückforderungsausschluss des § 1174 ABGB wird in den praktisch relevanten Konstellationen kaum eingreifen. Danach kann nicht zurückgefordert werden, was jemand wesentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat. Unzulässige Zuwendungen an Betriebsratsmitglieder erfolgen in der Praxis aber typischerweise nicht zur Bewirkung einer Handlung, die *per se* unzulässig wäre, son-

¹⁸ Floretta in Floretta/Strasser, ArbVG (1975) 869; Wolligger in ZellKomm², § 122 ArbVG Rz 39.

¹⁹ Wolligger in ZellKomm², § 122 ArbVG Rz 39.

²⁰ Zu diesem Abberufungsgrund ausführlich G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 448 ff.

²¹ G. Schima, Aufsichtsrat, Rz 489.

²² Vgl zB OGH 15.1.1992, 9 ObA 227/91.

dem betreffen jenen Bereich, in dem dem Betriebsrat eben Ermessen zukommt, das nach der – freilich verfehlten²³ – Rspr des OGH²⁴ zudem so gut wie keiner gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Wenn der Betriebsrat – motiviert durch die Zuwendung – einem für das Unternehmen etwas billigeren Sozialplan zustimmt oder vom Arbeitgeber begehrten Versetzungen die Zustimmung erteilt, begehrt er dabei in aller Regel keine „*unerlaubte Handlung*“ iSd § 1174 ABGB.²⁵

Ungeachtet der üblicherweise gegebenen Rückforderbarkeit der ungerechtfertigten Zuwendungen kann der Arbeitgeber von den für die Leistung der Zuwendungen verantwortlichen Organmitgliedern bzw Repräsentanten (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Personalleiter etc) die Zuwendung im Wege des Schadenersatzes ersetzt verlangen.

IV. Strafrechtliche Beurteilung der „Anfütterung“ von Betriebsräten

1. Vorbemerkung

Spätestens an dieser Stelle drängt sich unweigerlich die Frage auf, ob solche Verhaltensweisen – abgesehen von der zivilrechtlichen Unwirksamkeit und Rückforderbarkeit der geleisteten Zahlungen und möglichen Konsequenzen in Bezug auf den Bestand von Arbeitsverhältnissen – strafrechtlich relevant sind. Denn der Sache nach geht es ja bei im Gesetz nicht vorgesehenen Zuwendungen an Betriebsratsmitglieder im weitesten Sinn um vom Arbeitgeber nicht ganz uneigennützig unternommene Versuche, den Betriebsrat gewogen zu stimmen und vielleicht zu erreichen, dass bei heiklen Personalmaßnahmen in Zukunft die Verhandlungen einfach und die Lösungen für das Unternehmen billiger werden. Untechnisch ausgedrückt könnte man daher getrost von „Bestechung“ sprechen.

Damit gilt es die Frage zu klären, ob das Verhalten des zahlenden Arbeitgebers bzw der für ihn handelnden Organwalter und Repräsentanten²⁶ und das Verhalten des oder der zahlungsempfangenden Belegschaftsvertreter gerichtlich strafbar ist.

2. Untreue

Zunächst ist eine mögliche Strafbarkeit wegen Untreue nach § 153 StGB zu prüfen. Dabei stellen sich zumindest zwei Hindernisse: Zum einen wird einem Vorstandsmitglied bzw Geschäftsführer bzw Personalleiter des Arbeitgebers, der dem Betriebsrat etwas mehr zukommen lässt, als ihm nach dem Gesetz zusteht, um ihn günstig zu stimmen, typischerweise der (zumindest bedingte) Schädigungsvorsatz gegenüber dem Vermögen des Machtgebers (Arbeitgebers) fehlen.²⁷ Ein sich so verhaltender Vorstand bzw Geschäftsführer will den Arbeitgeber ja typischerweise gerade nicht schädigen, sondern ihm – unter Umständen auch ökonomisch durchaus messbare – Vorteile dadurch verschaffen, dass der Betriebsrat sich in heiklen Fällen als weniger harter Verhandler geriert und dem Unter-

nehmen zB bei Rationalisierungsmaßnahmen nicht zu viele Hindernisse in den Weg legt. Freilich ist nach dem gegenwärtigen Stand der Untreue-Judikatur und dem Umbruch, in dem sich diese befindet,²⁸ zu konstatieren, dass die Rspr zunehmend in solchen Fällen den Schädigungsvorsatz mit dem Argument bejaht, der rechtswidrig vom Arbeitgeber angestrebte Erfolg sei kein in die Rechnung einzustellender Vorteil, sondern der gesetzlich nicht geschuldete Mittelabfluss ein vom zahlenden Organmitglied billigend in Kauf genommener Vermögensnachteil.²⁹ Eine solche Betrachtungsweise ist zwar mE ebenso unrichtig wie die in der höchstgerichtlichen Rspr zu bemerkende Tendenz, bei klassischer Bestechung den untreue-relevanten Schädigungsvorsatz gegenüber dem Machtgeber anzunehmen und § 153 StGB damit immer mehr zu einem Straftatbestand für (allzu) riskante Geschäfte verkommen zu lassen,³⁰ kann aber für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden.

Die Annahme von Untreue beim zahlenden Arbeitgeber scheitert aber auch aus einem anderen Grund: Untreue setzt grundsätzlich die bewusste Hinwegsetzung über Pflichten voraus, die dem Vermögensschutz des Machtgebers dienen.³¹ Mit der Anfang 2016 in Kraft getretenen Novelle des § 153 StGB hat der Gesetzgeber dies sogar explizit klargestellt.³² Einen solchen Schutzzweck weisen jene Vorschriften, die die Ehrenamtlichkeit der Betriebsratstätigkeit sichern (§ 115 Abs 1 ArbVG), jedoch nicht auf und dieser Befund gilt mE in gleicher Weise für Deutschland. Die gesetzlich verpflichtende Ehrenamtlichkeit und das Begünstigungsverbot haben den erkennbaren Zweck, eine unbefangene Interessenvertretung sicherzustellen und den Betriebsrat von Einflüssen des Arbeitgebers frei zu halten,³³ nicht jedoch jenen, das Vermögen des Arbeitgebers zu schützen.

3. Korruptionsstrafrecht

3.1. Beurteilung des Arbeitgeberverhaltens

IZm dem Korruptionsstrafrecht kommen die Tatbestände „*Bestechung*“ nach § 307 StGB, „*Vorteilzuwendung*“ nach § 307a StGB oder „*Vorteilzuwendung zur Beeinflussung*“ nach § 307b StGB in Betracht. Alle diese Delikte setzen freilich voraus, dass die Zuwendung an einen „*Amtsträger*“ iSd § 74 Abs 1 Z 4a lit d StGB erfolgt.

²³ Vgl die in Österreich zu Recht auf breite Ablehnung im Schrifttum gestoßene *Libro*-Entscheidung des OGH vom 30.1.2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p); vgl dazu G. Schima, Das Unbehagen an der Untreue, Der Standard vom 5.2.2014; Kalss, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur *Libro*-Entscheidung, *ecolex* 2014, 496; Bollenberger/Wess, *Libro*-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014, 247; Zollner, Organuntreue und Einverständnis der Gesellschafter, in FS Reich-Rohrwig (2014) 265; G. Schima, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in FS Reich-Rohrwig (2014) 161; ders, Einlagenrückgewähr und Untreue bei Aktionszustimmung, RdW 2015, 344; ders, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288; Hollaender, AnWB 2014, 327; Kapsch/Kier, Untreuestrafbarkeit zu Lasten einer Aktiengesellschaft, JBl 2014, 599; Lewisch/N. Huber, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung? RdW 2014, 567; Lewisch, Gesellschaftsrecht und Strafrecht nach „*Libro*“, in Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit Jahrbuch 2014 (2014) 19.

²⁴ Vgl OGH 30.1.2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p).

²⁵ Vgl G. Schima, Der Standard vom 5.2.2014; Milchrahm/Rauter, *Libro*-Urteil als Auftakt zu neuer Prozesslawine? Die Presse vom 3.2.2014.

²⁶ Vgl Kirchbacher/Presslauer in Höpfl/Ratz, StGB², § 153 Rz 42. Dies hat der OGH gerade in der *Libro*-Entscheidung freilich nicht beachtet, weil das gesetzliche Einlagenrückgewährverbot dem Schutz der Gläubiger und dem Schutz einzelner Gesellschafter vor Verkürzung dient, nicht aber dem Schutz des Vermögens der Gesellschaft im Verhältnis zum Alleingesellschafter; vgl G. Schima, Dividendenausschüttung, 184 ff; ders, RdW 2015, 351 f.

²⁷ Vgl dazu G. Schima, Reform des Untreuetatbestandes und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015, 286 (287).

²⁸ Vgl Resch in Strasser/Tabornegg/Resch, ArbVG, § 115 Rz 8.

Üblicherweise sind Betriebsratsmitglieder keine Amtsträger; sie können es aber dann sein, wenn sie als Organ (Mitglied) oder Bediensteter eines Unternehmens tätig sind, an dem eine oder mehrere inländische oder ausländische Gebietskörperschaften unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 50 % des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt sind, das eine solche Gebietskörperschaft allein oder gemeinsam mit anderen solchen Gebietskörperschaften betreibt oder durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht oder das der Rechnungshofkontrolle unterliegt.

Ist das Betriebsratsmitglied in den Aufsichtsrat entsendet, erfüllt es die Organqualität iSd § 74 Abs 1 Z 4a lit d StGB. Ob die Eigenschaft als „Bediensteter“ vorliegt, ist dagegen mE fraglich, weil das Betriebsratsmitglied in den hier interessierenden Fallkonstellationen ja nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer, sondern als Betriebsratsmitglied handelt. Jedenfalls ist eine Amtsträgereigenschaft von Betriebsratsmitgliedern unter den gerade aufgezählten Voraussetzungen denkbar.

3.2. Beurteilung des Betriebsratsverhaltens

So steht nun noch die Klärung an, ob sich das eine Geldzuwendung – sei es in Form krass überhöhter Gehälter oder sei es in Form offener Geldgeschenke oder Einladungen etc – erhaltende Betriebsratsmitglied strafbar macht. Die Delikte des § 304 („Bestechlichkeit“), des § 305 („Vorteilsannahme“) und des § 306 StGB („Vorteilsannahme zur Beeinflussung“) setzen wie die Bestechungsdelikte aufseiten des Arbeitgebers voraus, dass die Zuwendungen an einen „Amtsträger“ (oder Schiedsrichter) erfolgt sind und werden im gegebenen Zusammenhang daher zumeist ausscheiden (siehe oben Pkt IV.3.1.).

Somit verbleibt nur der Tatbestand des § 309 StGB, die „Geschenkannahme und Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten“. ³⁴ Danach ist ein Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens, der im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt,

³⁴ Vgl dazu auch G. Schima/Liemberger/Toscani, Der GmbH-Geschäftsführer (SWK-Spezial, Juni 2015) 264.

mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer einem Bediensteten oder einem Beauftragten eines Unternehmens im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung für ihn oder einen anderen einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt.

Hier stehen zwei Hindernisse der Strafbarkeit des zahlungsempfangenden Betriebsratsmitglieds entgegen: Zum einen wird der Bezug der Geldzuwendung zu einer ganz bestimmten „Rechtshandlung“ in der Praxis schwerfallen oder unmöglich sein, geht es doch eher um die generelle Beeinflussung der Amtsführung. Zum anderen fehlt es mE am Merkmal des Handelns „im geschäftlichen Verkehr“, ³⁵ wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat Zuwendungen leistet, um ihn in seiner Amtsführung zu beeinflussen.

4. Ergebnis

Als Fazit verbleibt daher, dass selbst die – untechnisch gesprochen – mehr oder weniger offene „Bestechung“ von Belegschaftsvertretern, um sie zu einer für den Arbeitgeber angenehmen und kostengünstigeren Amtsführung zu animieren, in Österreich im Regelfall, dh, wenn nicht ausnahmsweise Amtsträgereigenschaft des Betriebsratsmitglieds vorliegt, *de lege lata* weder auf Geber- noch auf Nehmerseite gerichtlich strafbar ist. ³⁶ Darüber sollte mE doch bei Gelegenheit nachgedacht werden, weil an der grundsätzlichen Strafbarkeit zumindest der Leistung offener und dem persönlichen Vorteil des Empfängers dienenden Zuwendungen an Betriebsratsmitglieder, um diesen in seiner Amtsführung zu beeinflussen, wenig Zweifel bestehen kann. Das Mindeste wäre die Verankerung eines Verwaltungsstrafatbestands mit ordentlicher Strafdrohung im ArbVG selbst.

³⁵ Thiele in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, StGB, § 309 Rz 67.

³⁶ Zu bedenken ist noch Folgendes: Zahlungen an den Betriebsrat werden grundsätzlich Bestandteil des Betriebsratsfonds. Sofern dieser nicht bereits existiert, entsteht er bei Zahlung einer entsprechenden Überdotation. Wenn der Betriebsrat (oder eines der Betriebsratsmitglieder) über die dem Fonds zugehörigen Mittel missbräuchlich verfügt, kann dies strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Dem Betriebsratsfonds fallen aber nur Zuwendungen zu, die einem der in § 73 Abs 1 ArbVG angeführten Zwecke dienen, wozu Vergünstigungen zum persönlichen Vorteil eines Betriebsratsmitglieds, um dieses in seiner Amtsführung zu beeinflussen, natürlich nicht zählen; zum Entstehen des Betriebsratsfonds und seiner eigenen Rechtspersönlichkeit vgl Kallab in ZellKomm², § 74 ArbVG Rz 1 f.

Problembereiche und Lösungen praxisnah erläutert

Mit AbgAG 2012 und
FinStG-Novelle 2014

NEU

Linde
SELBSTANZEIGE
NACH § 29 FinStG

Selbstanzeige nach
§ 29 FinStG

Schrottmeyer
3., akt. Aufl. 2016
392 Seiten, geb.
ISBN 978-3-7073-3148-6
EUR 88,-

AUCH
online
www.lindeonline.at

Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise Bücher inkl. 10 % MwSt.