

Zu den Grenzen des Tatbestandes der Untreue bei unzulässigen „Vergünstigungen“ für Betriebsräte

Wolfgang Brandstetter, Wien

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Zur Rechtsstellung von Betriebsräten
- III. Zum Tatbestand der Untreue (§ 153 StGB)
- IV. Ergänzende strafrechtliche Bemerkungen
- V. Zusammenfassung

I. Einleitung

In Deutschland hat die Staatsanwaltschaft Stuttgart im Frühjahr 2019 gegen sechs Manager der Porsche AG ein Strafverfahren wegen des Tatbestandes der Untreue eingeleitet, weil diese als vertretungsbefugte Organe dem früheren Betriebsratsvorsitzenden zum Nachteil des Unternehmens unzulässige Vorteile gewährt haben sollen. „Es besteht der Verdacht“, so die Staatsanwaltschaft, „dass möglicherweise einem ehemaligen Betriebsratsmitglied der Porsche AG mit Rücksicht auf dessen Tätigkeit unverhältnismäßig hohe und damit nicht gerechtfertigte Vergütungen gezahlt worden sind.“¹⁾

Ein ähnliches Verfahren ist bereits seit mehr als zwei Jahren bei der Staatsanwaltschaft Braunschweig gegen frühere VW-Manager anhängig, gegen die der Verdacht besteht, einem Betriebsratsvorsitzenden über Jahre hindurch ein zu hohes Salär genehmigt zu haben.²⁾

Der Fall erinnert an den im Jahr 2015 aufgeflogenen Skandal um geheime Boni, Schmiegelder und Vergütungsreisen zugunsten von Betriebsräten und zum Nachteil von VW, der mit Schuldsprüchen und teilweise unbedingten Haftstrafen endete.³⁾

Derartige Fälle machen deutlich, dass es zwischen den Interessen der Unternehmen einerseits und jenen der Arbeitnehmervertreter andererseits ein auch strafrechtlich gefährliches Spannungsverhältnis gibt, das leicht

1) Handelsblatt vom 18. 5. 2019, www.handelsblatt.com.

2) Handelsblatt vom 18. 5. 2019, www.handelsblatt.com.

3) Handelsblatt vom 28. 6. 2015, www.handelsblatt.com.

dazu führen kann, dass Manager die gesetzlichen Grenzen der Vergütung für Belegschaftsvertreter negieren, vielleicht sogar in der subjektiven Vorstellung, dies letztlich im Interesse des Unternehmens zu tun.

Hier stellt sich die Frage nach den strafrechtlichen Grenzen, wobei insbesondere der Tatbestand der Untreue in Betracht kommt, und das nicht nur in Deutschland, wo es entsprechende Verfahren gab und gibt, sondern auch in Österreich, wo dieses Problem – soweit ersichtlich – in der Strafrechtspraxis noch nicht vorkam.

Dies lässt sich mit den Unterschieden der Tatbestände nach deutschem und österreichischem Recht nicht vollends erklären. Zwar folgt die deutsche Untreue als „Treuebruchtatbestand“ einer weitergehenden Konzeption als der österreichische „Missbrauchtatbestand“, und lässt für die Tathandlung auch jede Vorsatzform genügen, während nach österreichischem Recht hinsichtlich des Befugnismissbrauchs Wissenslichkeit vorliegen muss.⁴⁾ Dennoch ist das Grundproblem dasselbe, und daher soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, inwiefern auch nach österreichischem Recht strafrechtliche Risiken für den Fall gesetzlich nicht gedeckter oder jedenfalls nach Art oder Höhe unzulässiger Zuwendungen an Arbeitnehmervertreter durch die vertretungsbefugten Organe eines Unternehmens bestehen.

Der Autor kann dabei mit großer Freude an die regelmäßigen Fachgespräche anknüpfen, die es schon in den frühen Achtzigerjahren des vorigen Jahrhunderts an der Universität Wien zwischen den Assistenten des Instituts für Strafrecht und Kriminologie und jene des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht, die damals beide in der Liebiggasse domiziliert waren, gab. Mit *Franz Marhold*, der auch immer ein „homo politicus“ war, verbindet den Autor darüber hinaus auch die Erinnerung an unser gemeinsames Engagement als Interessensvertreter für die Assistenten der Universität Wien, das auch dazu führte, dass der Autor selbst für einige Zeit als Mitglied des Dienststellenausschusses eine betriebsratsähnliche Funktion ausgeübt hat – allerdings selbstverständlich ohne irgendwelche Vergünstigungen!

II. Zur Rechtsstellung von Betriebsräten

Die Rechtsstellung von Mitgliedern des Betriebsrats ist durch einige vom ArbVG vorgegebene Grundsätze geprägt, die für die Unternehmensleitung absolut verbindlich sind.⁵⁾ Im vorliegenden Zusammenhang ist wesentlich, dass es sich beim Betriebsratsmandat gem § 115 ArbVG um ein Ehrenamt handelt, das grundsätzlich unentgeltlich und außerhalb der Arbeitszeit auszuüben ist, sofern nicht Freistellungsansprüche nach § 117

4) Pfeifer in SbgK § 153 Rz 5 mwN.

5) Ausführlich dazu *Kietaihl*, Arbeitsrecht I¹⁰ (2017) 128 ff mwN.

ArbVG bestehen. Betriebsräte üben mit ihrer Funktion strenggenommen keine Tätigkeit für das Unternehmen aus, sondern haben ein freies politisches und ehrenamtliches Mandat zur Vertretung der Belegschaft.⁶⁾

Die Ehrenamtlichkeit soll die Unabhängigkeit der Betriebsräte sichern sowie offenbar auch den äußeren Anschein der Käuflichkeit von vornherein verhindern. Daraus folgt auch, dass Betriebsratsmitglieder aus ihrem Vertretungsmandat keinerlei Vorteile erlangen dürfen und Bevorzugungen oder auch Benachteiligungen jeglicher Art verboten und gegebenenfalls als absolut nichtig zu werten wären.⁷⁾

Hier ergibt sich eine Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Strafrecht, zumal Verstöße gegen zwingende arbeitsrechtliche Regeln durch die Unternehmensführung, wenn sie finanziell zum Nachteil des Unternehmens sind, sehr leicht als Befugnismissbrauch im Sinne der Untreue verdächtig werden können.

Im Folgenden sollen einige typische Fragestellungen, die sich in diesem Zusammenhang ergeben können, kurz dargestellt und strafrechtlich untersucht werden.

III. Zum Tatbestand der Untreue (§ 153 StGB)

Untreue begeht, wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt (§ 153 Abs 1 StGB). Die Untreue ist dadurch geprägt, dass ein Machthaber (Bevollmächtigter) dem Machtgeber (Vertretungsmachtgeber) durch missbräuchliche Ausnutzung seiner rechtlichen Befugnis einen Vermögensschaden zufügt.⁸⁾ Auf der subjektiven Tatseite muss der Täter hinsichtlich des Missbrauchs der Befugnis wissentlich handeln, hinsichtlich aller anderen Tatbestandselemente, insbesondere des Vermögensschadens, reicht bedingter Vorsatz aus.

Die Untreue schützt somit das Vermögen des Machtgebers. Sie dient nicht dem Schutz Dritter. Die Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften allein kann keine Untreue begründen, sie muss vielmehr unmittelbar vermögensschädigend für den Machtgeber (das Unternehmen) sein und durch den Missbrauch der Vertretungsbefugnis erfolgen. Dies ergibt sich bereits aus dem Charakter der Untreue, welche auf die finanzielle Schädigung des Machtgebers abstellt, indem der Machthaber „untreu“ gegenüber dem Machtgeber handelt. Klargestellt wurde dies auch durch die durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 eingefügte Definition des Befugnismissbrauchs in § 153 Abs 2 StGB, die bewusst auf den „Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten“ abstellt.

6) Näher dazu *Spielbüchler*, Wider die Zähmung der Räte, in FS Strasser, 613 mwN.

7) *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 129.

8) *Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht Besonderer Teil II² (2017) § 153 Rz 3; *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ (2017) § 153 Rz 2.

Ein Befugnismissbrauch liegt vor, wenn ein Machthaber im Rahmen seines im Außenverhältnis bestehenden rechtlichen Könnens gegen das interne Dürfen verstößt, indem er sich über ihn im Innenverhältnis treffende Vorgaben hinwegsetzt.⁹⁾ § 153 Abs 2 StGB enthält nun eine Legaldefinition des Befugnismissbrauchs. Demnach missbraucht seine Befugnis, „*wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen*“.

Seit dieser Neuregelung durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 gilt daher:

Entscheidend für die Beurteilung, ob es sich um einen Befugnismissbrauch im Sinne einer Untreue handelt, ist, ob *in unvertretbarer Weise* gegen Regeln verstoßen wurde, die das Innenverhältnis zwischen Machthaber und Machtgeber regeln *und* dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Ein solcher unvertretbarer Fehlgebrauch kann sich aus Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung oder Vertrag, aus Einzelanweisungen des Machtgebers oder aus den Grundsätzen redlicher und verantwortungsbewusster Geschäftsführung ergeben, die sich am Interesse des Vertretenen bzw des wirtschaftlich Berechtigten orientieren.¹⁰⁾ Missbrauch ist – so eine ältere Definition – „jedes den Interessen des Vertretenen abträgliche Verhalten bei Gebrauch der Vollmacht“,¹¹⁾ dies freilich nur im Rahmen des durch den Tatbestand der Untreue geschützten Rechtsguts, und das ist ausschließlich das Vermögen des Machtgebers. Rechtswidrige Vertretungshandlungen, die nicht gezielt gegen dieses Rechtsgut gerichtet sind, scheiden daher als Untreue aus.¹²⁾ Auch dies wollte der Gesetzgeber 2015 klarstellen, um den vielfachen Versuchen, die Untreue interpretativ auf Bereiche jenseits des geschützten Rechtsguts auszudehnen, gezielt entgegenzuwirken.

Unvertretbar ist der Gebrauch der Vertretungsmacht, wenn er außerhalb des Bereichs des vernünftigerweise Argumentierbaren liegt. Es muss sich um einen qualifizierten Regelverstoß handeln.¹³⁾ Ein Machthaber, der seine Entscheidung sorgfältig vorbereitet und an den Interessen des Unternehmens bzw des wirtschaftlich Berechtigten orientiert und seine Entscheidung auf Grundlage der eingeholten Informationen trifft, ist in der Regel nicht wegen Untreue strafbar.

9) OGH JBl 1991, 532; JBl 1986, 397; EvBl 1983/112; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 153 Rz 28; Fuchs/Reindl-Krauskopf, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I⁵ (2015) 226; Flora in Leukauf/Steininger, StGB Kommentar⁴ § 153 Rz 17.

10) OGH LSK 1984/42; EvBl 1970/16; SSt 26/10; JAB zum StRÄG 2015, 5; Birkbauer/Hilf/Tipold, Besonderer Teil I⁴ § 153 Rz 11; Flora in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 153 Rz 17.

11) OGH SSt 62/10.

12) In diesem Sinne – und in Abgrenzung zur deutschen Judikatur zu den „schwarzen Kassen“ – auch Komenda, ZWF 2015, 264 mwN.

13) Bericht des Justizausschusses, 728 BlgNR 25. GP 10.

Kein Missbrauch liegt vor, wenn dem Machthaber ein Ermessenspielraum eingeräumt ist und er sich innerhalb dieses Ermessenspielraumes bewegt. Bei einer sorgfaltsgemäßen Ausübung des unternehmerischen Interesses im Sinne der aus dem Gesellschaftsrecht stammenden „Business-Judgement-Rule“ liegt kein Befugnismissbrauch und damit keine Untreue vor. Damit wurde die Tathandlung – so ausdrücklich die Gesetzesmaterialien – in Anlehnung an die zum Gesellschaftsrecht entwickelte „Business-Judgement-Rule“ restriktiver gefasst.¹⁴⁾

Um einen Befugnismissbrauch handelt es sich also nur bei einem rechtlich unvertretbaren Fehlgebrauch des Ermessens. Die Vertretbarkeit des Gebrauchs einer Befugnis ist stets aus der ex-ante Sicht eines objektiven Dritten zum Zeitpunkt des Gebrauchs der Befugnis zu beurteilen.¹⁵⁾ Es ist daher zu fragen, ob ein sorgfältiger und umsichtiger Machthaber in der konkreten Situation des Betroffenen zum damaligen Zeitpunkt dieses Verhalten gesetzt hätte.

Nach der Definition handelt es sich nur dann um einen für die Untreue relevanten Befugnismissbrauch, wenn gegen Regeln verstoßen wird, die dem Vermögensschutz dienen. Verstöße gegen bloß organisatorische oder andere Regeln, die nicht dem Schutz des Vermögens des Machtgebers, sondern Interessen Dritter dienen, können keinen Befugnismissbrauch iSd § 153 StGB begründen. Dies gilt beispielsweise für Verstöße gegen Vorschriften, die auf den Schutz des Wettbewerbs abzielen, oder auch für Schutzvorschriften zugunsten von Gläubigern, Subventionsgebern oder allgemeiner Rechtsgüter wie der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft, die im Regelfall durch andere Tatbestände oder Sanktionsmechanismen abgedeckt sind.¹⁶⁾

Die Rsp verlangt, dass bei der Frage, ob ein Befugnismissbrauch vorliegt, von den „wirtschaftlich-faktischen“ Gegebenheiten auszugehen ist.¹⁷⁾ Daher soll gezielt auf die Interessen des wirtschaftlich Berechtigten Bezug genommen werden. Ob Regeln verletzt wurden, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen, oder andere Regeln, die für den Rechtsschutzaspekt nicht relevant sind, ist jeweils konkret anhand der in Betracht kommenden Regeln über das interne Dürfen zu prüfen.

Darüber hinaus wurde durch § 153 Abs 2 auch klargestellt, dass nur Missbräuche, die unmittelbar zu Schädigungen des durch den Untreuetatbestand geschützten Rechtsschutzobjekts führen, tatbestandsmäßig sein können, nicht aber Handlungen, die ein anderes geschütztes Rechtsgut verletzen.

14) Bericht des Justizausschusses, 728 BlgNR 25. GP 5.

15) *Kert*, Untreue aus strafrechtlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Untreue NEU (2017) 1 (10).

16) Siehe zB §§ 153b oder 156 StGB.

17) OGH 27. 7. 1982, 10 Os 170/80 SSt 53/45.

In diesem Sinne hat der OGH erst kürzlich in einer bemerkenswerten Entscheidung klargestellt, dass Bestechungszahlungen, die tatbestandsmäßig im Sinne der Korruptionstatbestände sind, nicht schon allein deshalb auch den Untreuetatbestand erfüllen müssen, weil es bei den Bestechungsdelikten eben um eine andere Art der Rechtsgutsbeeinträchtigung geht als bei der Untreue.¹⁸⁾

Ein Verhalten kann also nur dann als Untreue tatbestandsmäßig sein, wenn der Befugnismissbrauch die durch den Tatbestand geschützten Rechtsgüter verletzt, das vertretungsbefugte Organ somit durch den Missbrauch seiner Vertretungsbefugnis den Rechtsträger, für den es vertretungsbefugt ist, unmittelbar am Vermögen schädigt.

Auf die Sichtweise eines Managers und vertretungsbefugten Organs heruntergebrochen heißt das: Ein rechtswidriger Befugnismissbrauch muss das Unternehmen finanziell schädigen, um Untreue sein zu können.

Auf die hier zu klärenden Sachverhalte bezogen folgt daraus, dass nur jene Verstöße gegen arbeitsrechtliche Vorschriften tatbestandsmäßig sein können, die das Unternehmen schädigen, nicht aber Benachteiligungen von Betriebsräten, die arbeitsrechtlich genauso verboten sind, das Unternehmen aber nicht unmittelbar am Vermögen schädigen.

Umgekehrt ist aber ein rechtswidriges und von der Vertretungsbefugnis nicht gedecktes Verhalten nicht schon allein deshalb legitimiert und nicht als Untreue tatbestandsmäßig, weil es dem Unternehmen mittelbar oder im Endeffekt auch ökonomisch zu nützen vermag. Auch hier kommt es auf die unmittelbare vermögensrechtliche Auswirkung auf das Unternehmen an.

Die gehaltsmäßige Überzahlung von Mitgliedern des Betriebsrats eines Unternehmens oder die Zuwendung sonstiger vermögenswerter Leistungen, die ihm aufgrund seines angestammten Dienstverhältnisses eindeutig nicht zustehen, schädigt das Unternehmen und ist daher fraglos objektiv tatbestandsmäßig im Sinne der Untreue.

Schwieriger zu beurteilen sind jedoch jene Fälle, in denen Betriebsräte bereits längere Zeit freigestellt sind, sodass die arbeitsrechtlich gebotene Verhinderung jeglicher Benachteiligung voraussetzt, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch aufgrund eines hypothetischen Karriereverlaufs ohne Betriebsratsmandat ermittelt werden muss. Dem Betriebsratsmitglied ist, so die hL und Judikatur, der mutmaßliche Verdienst zu ersetzen, also jenes Entgelt, welches er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin bezogen hätte.¹⁹⁾ Dabei hat sich der Dienstgeber innerhalb der durch das Benachteiligungsverbot und Bevorzugungsverbot gezogenen Grenzen zu bewegen. Diese Beurteilung, die nach objektiven Kriterien vorzunehmen ist und sich nach hL ausschließlich auf die Leistungen des Betriebsrats in seinem angestammten Beruf, nicht aber auf jene als Betriebsrat zu beziehen

18) OGH 26. 2. 2019, 17 Os 8/18 g, insbesondere S 40 mwN.

19) OGH 13. 2. 1992, 9 ObA 1/91 ZAS 1993, 5 mwN.

hat,²⁰⁾ kann im Einzelfall schwierig sein und beinhaltet jedenfalls gewisse Bandbreiten bei der Beurteilung des hypothetischen Karriereverlaufs des Betriebsrats innerhalb der Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer.

Für solche Fälle ist die 2015 erfolgte Neuregelung des § 153 StGB, die auch die Absicht verfolgte, Verunsicherung des Managements hintanzuhalten, hilfreich. Der objektive Tatbestand ist nunmehr nur dann erfüllt, wenn der Befugnisträger „in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“ (§ 153 Abs 2 StGB).

In jenen Fällen, in denen es sich eindeutig um eine Überzahlung der Belegschaftsmitglieder des Betriebsrats handelt, ist dies jedenfalls zu bejahen. Dasselbe würde auch ganz generell gelten, wenn einem Mitglied des Betriebsrats die zur Erfüllung seiner Obliegenheiten zu gewährende Freizeit günstiger vergütet wird als die Arbeitszeit der übrigen Arbeitnehmer vergleichbarer Qualifikation und Einstufung. Genau dies ist arbeitsrechtlich eindeutig verboten, um die Unabhängigkeit des Betriebsratsmandats abzusichern, und es schädigt das Unternehmen an seinem Vermögen. Der objektive Tatbestand des § 153 StGB wäre in derartigen Fallkonstellationen daher eindeutig erfüllt.

In jenen Fällen aber, in denen – insbesondere bei längeren Dienstfreistellungen – im Rahmen des Entgeltausfallsprinzips der hypothetische Karriereverlauf nachzuvollziehen ist,²¹⁾ um den Betriebsrat auch nicht zu benachteiligen, wird man den dann bestehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum im Sinne der „Business-Judgement-Rule“ zu beachten haben, die dann zur Anwendung kommt, wenn ein Ermessensspielraum besteht. Nur dann, wenn der Ermessensspielraum vom Machthaber überschritten wurde, liegt ein Befugnismissbrauch iSd § 153 Abs 2 StGB vor.

Weitere Voraussetzung für die Strafbarkeit wegen Untreue ist der Eintritt eines Vermögensschadens als Folge des Befugnismissbrauchs. Ein Vermögensschaden ist jede effektiv eingetretene, in Geld bezifferbare Einbuße an Vermögenssubstanz.²²⁾ Die Schadensermittlung erfolgt nach herrschender Meinung durch Gesamtsaldierung, indem die Vermögenssituation des Geschädigten vor und nach der missbräuchlichen Handlung ermittelt und verglichen wird.²³⁾ Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der missbräuchlichen Verfügung sind für die Frage des Schadenseintritts nicht von Bedeutung.²⁴⁾

20) *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 140f mwN.

21) *Resch in Jabornegg/Resch*, ArbVG § 117 Rz 44 ff.

22) *EvBl* 1997/32; *JBl* 1988, 125.

23) *OGH* 19. 4. 1994, 11 Os 10/94 SSt 62/10; *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹³ (2015) § 153 Rz 11; *Kienapfel/Schmoller*, BT II² § 153 Rz 91; *Kirchbacher/Presslauer* in *WK*² § 153 Rz 39; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 153 Rz 28; *Pfeifer* in *SbgK* § 153 Rz 34; aA etwa *Fuchs*, Alles Untreue – Behindert das Strafrecht die Wirtschaft, in *BMJ* (Hrsg), 42. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2015) 5 (8 f); *Velten*, Vermögensschaden bei Schmiergeldzahlungen und Risikogeschäften, *AnwBl* 2013, 687 (698 ff).

24) *Kienapfel/Schmoller*, BT II² § 153 Rz 82.

Ein Vermögensschaden kann etwa durch die Bezahlung von unbegründeten Forderungen²⁵⁾ oder Zahlung eines überhöhten Preises²⁶⁾ eintreten, oder aber auch durch das Zahlen überhöhter Löhne oder Vergünstigungen an Betriebsräte. Dadurch tritt ein effektiver Verlust an der Vermögenssubstanz und damit ein Vermögensschaden ein, womit dieses Tatbestandsmerkmal des § 153 Abs 1 StGB erfüllt wäre.

Auf der subjektiven Tatseite verlangt der Tatbestand der Untreue, dass der Täter die Befugnis wissentlich missbraucht²⁷⁾ und im Hinblick auf die Schädigung am Vermögen zumindest mit Eventualvorsatz handelt. Ferner muss sich der Vorsatz auf den Kausalverlauf – zumindest in seinen groben Zügen – erstrecken.²⁸⁾ Das Erfordernis der Wissentlichkeit in Bezug auf den Missbrauch der Befugnis bedeutet, dass es nicht ausreichend ist, wenn der Täter einen solchen Missbrauch bloß für möglich hält. Vielmehr muss der Täter einen Befugnismissbrauch für gewiss halten (§ 5 Abs 3 StGB). Dies geht weit über die schlichte Kenntnis eines Umstandes hinaus.²⁹⁾ Bestehen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Befugnisausübung und handelt der Täter dennoch, genügt dies den Vorsatzerfordernissen nicht, denn Zweifel stehen der Gewissheit jedenfalls entgegen.³⁰⁾ Auch ein erst nachträglich erlangtes Wissen über den Missbrauch reicht nicht aus. Ob der Täter vom Befugnismissbrauch wissen hätte müssen oder wissen hätte können, sagt nichts über seinen tatsächlichen Vorsatz zum Tatzeitpunkt aus.³¹⁾ So reicht der Hinweis darauf, dass der Täter schon aufgrund seiner Tätigkeit oder Position wissen hätte müssen, dass er derartige Geschäfte nicht vornehmen darf, noch nicht zur Begründung der Wissentlichkeit aus.³²⁾

Der (zumindest) bedingte Vorsatz auf die Vermögensschädigung erfordert, dass der Täter den Schaden ernstlich für möglich gehalten und sich mit ihm auch abgefunden hat. Er muss den Vermögensschaden konkret vorhergesehen haben. Darüber hinaus hat er den Schaden – über bloße Gleichgültigkeit im Sinne innerer Teilnahmslosigkeit hinaus – auch willensmäßig hinzunehmen, dh sich damit positiv abzufinden.³³⁾ Der Täter muss daher die Schädigung nicht nur für naheliegend ansehen, sondern damit auch einverstanden sein.³⁴⁾

Auch hier wird man in jenen Fällen, die mit der notwendigen Beurteilung eines hypothetischen Karriereverlaufs und den damit unvermeidbaren Rechtsunsicherheiten verbunden sind, mit strafrechtlichen Vor-

25) EvBl 1987/37.

26) Vgl EvBl 1983/112; *Kienapfel/Schmoller*, BT II² § 153 Rz 82.

27) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁵ Z 11 Rz 17; näher *Komenda* in *Hinterhofer*, *Praxis-*handbuch Untreue (2015) 41 ff.

28) Vgl *Komenda* in *Hinterhofer*, Handbuch 48 f.

29) *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁵ Z 11 Rz 17.

30) Vgl *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I³ § 153 Rz 21.

31) *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 100.

32) Ausführlich dazu *Kert* in *Kodek*, Untreue NEU 18.

33) SSt 57/90; OGH 13 Os 29/75; SSt 47/27.

34) *Kirchbacher*, WK² StGB § 146 Rz 115.

würfen sehr vorsichtig sein müssen. Ein auch subjektiv-tatbestandsmäßiges Verhalten der vertretungsbefugten Organe ist in solchen Fällen praktisch nur schwer vorstellbar. Dafür spricht auch, dass es in jenen praktischen Fällen, in denen ungerechtfertigte Überzahlungen arbeitsgerichtlich festgestellt wurden, soweit ersichtlich noch nie zu einer Strafanzeige dieser Arbeitsgerichte kam.

Festzuhalten ist auch, dass man bei Fehlen des Vorsatzes nicht auf Fragen eines Rechts- oder Verbotsirrtums eingehen muss, weil es sich hier um eine einem allfälligen Rechtsirrtum vorgelagerte Vorsatzfrage hinsichtlich des Untreuetatbestandes handelt.

Wenn es tatsächlich zu Überzahlungen oder ungerechtfertigten Vorteilszuwendungen kommt, so sind diese als rechtsgrundlose Leistungen zurückzufordern. Zur Rückforderung des zu viel geleisteten Entgelts ist der Betriebsinhaber nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet. Dies zum einen aufgrund des betriebsverfassungsrechtlichen Bevorzugungsverbots,³⁵⁾ aber auch aus Gründen des Schutzes des Vermögens der vertretenen Gesellschaft. Denn ein Befugnismissbrauch kann auch in einem Unterlassen liegen, wenn es zum einen eine entsprechende Pflicht gibt, ein bestimmtes Tun zu setzen, und zum anderen das Unterlassen einem Tun im Unrechtsgehalt gleichwertig ist (§ 2 StGB).

Wenn also ein vertretungsbefugtes Organ eine eindeutig rechtswidrige Zahlung oder Vergünstigung von einem Betriebsrat nicht zurückfordert, so erfüllt auch dies den objektiven Tatbestand der Untreue. Diese Verpflichtung zur Rückforderung rechtsgrundlos geleisteter Zahlungen wird nur durch rechtliche Grenzen eingeschränkt, die im Bereich der Verjährung oder auch arbeitsrechtlich insofern gegeben sein können, als der „gutgläubige Verbrauch“ bei Dienstnehmern dem entgegenstehen kann. Bei Angestellten sind solche Zahlungen dann nicht zurückzufordern, wenn sie im guten Glauben empfangen und verbraucht wurden, wobei der rückfordernde Arbeitgeber die Unredlichkeit des Empfängers zu beweisen hat.³⁶⁾

Verzichtet der Arbeitgeber auf die Rückforderung rechtsgrundloser Zahlungen an Betriebsräte, obwohl diese möglich und aussichtsreich ist, dann verstößt er seinerseits wieder gegen das arbeitsverfassungsrechtliche Bevorzugungsverbot und schädigt das Unternehmen. Auch das kann daher Untreue begründen. Dafür, was in der Praxis konkret zu tun ist, können und müssen jedoch gerade aus der Sicht des Unternehmens auch verfahrensökonomische Aspekte beachtlich sein, denn letztlich geht es bei der Untreue um den Schutz des Vermögens des Unternehmens und nichts sonst, was durch den neuen Abs 2 des § 153 nochmals klargestellt wurde. Es wird daher in diesen Fällen um eine individuelle und stark einzelfallbezogene Beurteilung gehen müssen. Diese wird aber notwendig sein, will man ein strafrechtliches Risiko für das Management vermeiden.

35) Resch in Jabornegg/Resch, ArbVG § 115 Rz 15; Reissner, Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern 160 ff.

36) OGH Arb 3893.

IV. Ergänzende strafrechtliche Bemerkungen

Abschließend sei der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass es in Österreich auch denkbar ist, dass in (teilweise) verstaatlichten Unternehmen Beamte mit Bescheidverfahren über die den Betriebsräten zustehenden Entgelte zu entscheiden haben, die diesfalls im Regelfall auch selbst Beamte sind.³⁷⁾

In diesem Zusammenhang muss der Hinweis darauf genügen, dass in solchen Fällen anstelle des Tatbestandes der Untreue jener des Missbrauchs der Amtsgewalt in Betracht kommt, die Prüfung der strafrechtlichen Relevanz jedoch weitgehend parallel zur Untreue verläuft. Die Eigenschaft als „Amtsträger“ iSd § 74 Z 4 a StGB kann Betriebsräten, die Beamte sind, aber praktisch gesehen in Österreich nicht mehr zukommen, sodass sich eine nähere Auseinandersetzung mit den Korruptionstatbeständen erübrigt.

Erwähnenswert ist auch, dass es beim Tatbestand der Untreue gem § 167 StGB die Möglichkeit gibt, durch rechtzeitige, freiwillige und vollständige Schadensgutmachung straflos zu werden.

V. Zusammenfassung

1. Die gehaltmäßige Überzahlung von Mitgliedern des Betriebsrats eines Unternehmens oder die Zuwendung von vermögenswerten sonstigen Leistungen, die ihnen nicht zustehen und auch bei hypothetischer Betrachtung ihres Karriereverlaufs ohne Betriebsratsmandat nicht zugestanden wären, ist rechtswidrig, arbeitsrechtlich verboten und schädigt das Unternehmen, sodass im Regelfall auch der objektive Tatbestand der Untreue zu bejahen ist. Dieser ist – seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 – dann erfüllt, wenn der Befugnisträger „in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“ (153 Abs 2 StGB). Dies wird nur in arbeitsrechtlich wirklich eindeutigen Fällen zu bejahen sein. In jenen Fällen, in denen der Entgeltfortzahlungsanspruch unter Bezugnahme auf den hypothetischen Karriereverlauf zu ermitteln ist, ergeben sich naturgemäß Ermessensspielräume. Im Ergebnis ist jedoch festzuhalten: wenn die Überzahlung oder sonstige Leistung zugunsten von Betriebsräten arbeitsrechtlich verboten ist und das Unternehmen schädigt, handeln die dafür verantwortlichen vertretungsbefugten Organe objektiv tatbestandsmäßig gem § 153 StGB.
2. Rechtsgrundlos geleistete Zahlungen sind – soweit rechtlich möglich – zurückzufordern, auch wenn sie für sich nicht strafbar waren. Ein Verzicht darauf kann ebenfalls als Untreue strafbar sein.

37) Siehe dazu besonders aufschlussreich *Wolf*, Zur Rechtsstellung der an Post und Telekom zugewiesenen Bundesbeamten, *ecolex* 2008, 938 mwN.