

Entlassung bei behaupteten Strafrechtsverstößen – Hürden und Fallstricke

Inhaltsübersicht

I.	Der Strafrechtsverstoß als Entlassungsgrund.....	344
A.	Die strafbare Handlung als Vertrauensunwürdigkeit	345
B.	Die strafbare Handlung als Untreue im Dienst.....	349
II.	Unverzüglichkeit der Geltendmachung	349
III.	Konkrete Beispiele aus der Judikatur	352
A.	Finanzaffäre Salzburg – Entlassung wegen Urkundenmanipulation im Rahmen der Dienstertüllung	352
B.	Spekulationsgeschäfte der BAWAG/Haftungserklärungen des ÖGB...	354
C.	Cannabiskonsum außerhalb der Dienstzeiten	356
D.	„Eigengeschäft“ eines Kellners	357
IV.	Fazit.....	357

In jüngerer Zeit häufen sich – gerade im Bereich des „white collar crime“ – Fälle, in denen Dienstnehmer, insbesondere Organe oder leitende Angestellte, strafrechtlichen Ermittlungen ausgesetzt sind. In solchen Fällen stellt sich regelmäßig die Frage, ob die Beschäftigung des betreffenden Mitarbeiters für das Unternehmen weiter zumutbar ist. Überraschenderweise gibt es zu den verschiedenen in diesem Zusammenhang auftretenden Problemen keine eindeutige, quasi „patentierete“ Lösung. Vielmehr ist es meist nicht einfach, sowohl die Intensität des entsprechenden Vorwurfs, als auch die Frage des für eine Entlassung optimalen Zeitpunktes richtig anzusetzen. Gerade noch nicht entschiedene, in den Medien umfassend berichtete Fälle wie die Geschehnisse rund um die Leitung des Burgtheaters, aber auch andere, weniger spektakuläre Fälle zeigen, mit welchen Unsicherheiten und rechtlichen Risiken derartige Entlassungen verbunden sind. Der gegenständliche Beitrag behandelt primär die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen strafrechtliche Bestimmungen aus arbeitsrechtlicher Sicht einen Entlassungsgrund darstellen kann. Selbst wenn dies aber feststeht, stellt sich unweigerlich die weitere Frage, wann dieser Grund geltend

gemacht werden muss, damit die Entlassung noch „rechtzeitig“ ausgesprochen wird. Ist der maßgebliche Zeitpunkt der erste, oft vage Verdacht, das sichere Erkennen des Verstoßes durch den Arbeitgeber, der Beginn der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen oder gar erst die Anklageerhebung? Oder kann der Arbeitgeber gefahrlos noch länger zuwarten? Diese grundsätzlichen Fragen werden anhand konkreter aktueller Beispiele aus der Judikatur erörtert, wobei ein besonderes Augenmerk auf praktische Aspekte und auch auf das Aufzeigen allfälliger Fallstricke gelegt wird.

I. Der Strafrechtsverstoß als Entlassungsgrund

Bekanntlich kann gem § 25 AngG sowohl das befristete als auch das unbefristete Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Angestelltem von jedem Vertragspartner aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung beendet werden. Von einer Entlassung spricht man dann, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet. Wichtige Gründe, die den Arbeitgeber zu diesem Schritt berechtigen, zählt § 27 AngG exemplarisch auf; demnach liegt unter anderem dann ein wichtiger Grund vor, wenn der Angestellte im Dienste „untreu“ oder „vertrauensunwürdig“ ist, durch längere Freiheitsstrafe oder sonst eine erhebliche Zeit nicht anwesend ist, oder er Tötlichkeiten, Ehrverletzungen oä gegen den Dienstgeber begangen hat.

Einen wichtigen Grund, der konkret in der Begehung einer Straftat liegt, nennt das Gesetz allerdings nicht. Das AngG nimmt nur insofern in einer ex-post-Betrachtung direkt auf das Strafrecht Bezug, als es in § 27 Z 5 anordnet, dass der Dienstgeber insbesondere auch dann zur Entlassung des Dienstnehmers berechtigt ist, wenn dieser durch eine längere Freiheitsstrafe an der Verrichtung seiner Dienste gehindert ist. Dieser tatsächliche „Ausfall“ des Dienstnehmers, weil er ins Gefängnis muss, mag ein wenig spät erscheinen, sodass sich der Arbeitgeber idR sehr wohl fragt, ob er schon vorher, also schon beim Verdacht des Vorliegens einer strafbaren Handlung tätig werden kann und auf welche Punkte er dabei besonders zu achten hat.

Wesentlich ist, dass § 27 AngG die wichtigen Gründe für eine „vorzeitige Entlassung“ bloß demonstrativ anführt. Anerkannt ist, dass ein wichtiger Grund auch bei Vorliegen anderer Tatbestände existieren kann. Ein solcher anderer Grund muss jedoch – den explizit genannten Entlassungsgründen vergleichbar – so schwerwiegend sein und das Vertrauen des Arbeitgebers derart erschüttern, dass ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist.¹

Ein Strafrechtsverstoß kann zB dann einen Entlassungsgrund darstellen, wenn es sich bei dem begangenen Delikt um ein Zuwiderhandeln gegen die

Interessen des Arbeitgebers handelt: Der Angestellte greift in die Kasse, er stiehlt Waren des Dienstgebers aus dem Regal, er füllt seine Überstundenabrechnungen zu seinen eigenen Gunsten unrichtig aus. Durch ein solches Verhalten wird ein Angestellter idR den Entlassungsgrund der Untreue im Dienst gemäß § 27 Z 1 erste Alternative AngG verwirklichen. Weiters könnte durch eine strafbare Handlung aber auch der Entlassungsgrund der (allgemeinen) Vertrauensunwürdigkeit gemäß § 27 Z 1 letzte Alternative AngG erfüllt sein, wobei ein entsprechendes Delikt nicht zwingend gegen den Arbeitgeber selbst gesetzt worden sein muss. So ist zB derjenige als Geldbote unbrauchbar, der in seiner Freizeit einen Banküberfall begangen hat, und wer wegen Delikten gegen Minderjährige verurteilt wurde, kommt als Lehrer nicht mehr in Betracht. Ein gewisser Zusammenhang zwischen dem geschützten Rechtsgut und den Interessen, welche der Täter im Beruf zu respektieren und zu schützen hat, reicht hier aus.

Als Ausgangspunkt kann also festgehalten werden: Eine strafbare Handlung stellt nur dann einen Entlassungsgrund dar, wenn sie entweder unter einen der in § 27 AngG aufgelisteten wichtigen Gründe subsumierbar ist (zB Z 1, „Untreue“ oder „Vertrauensunwürdigkeit“), oder wenn nachgewiesen werden kann, dass der Entlassungsgrund sonst in seiner Bedeutung mit jenen des § 27 AngG vergleichbar ist.

A. Die strafbare Handlung als Vertrauensunwürdigkeit

Grundsätzlich gilt, dass nicht jede Pflichtverletzung automatisch zu einer Vertrauensunwürdigkeit führt, die den Arbeitgeber zu einer Entlassung berechtigt. Vielmehr ist nach der Rechtsprechung der Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit nur dann gegeben, „wenn der Arbeitgeber befürchten muss, dass der Angestellte seine Pflichten nicht mehr getreulich erfüllen werde, sodass dadurch die dienstlichen Interessen des Arbeitgebers gefährdet sind“.² Das Verhalten des Arbeitnehmers muss zudem dergestalt sein, dass das Vertrauen des Arbeitgebers grundlegend erschüttert wird und ihm, wie bereits erwähnt, eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.

In diesem Zusammenhang sind gerade an leitende Angestellte besonders hohe und somit strengere Anforderungen als an einfache Dienstnehmer zu stellen. Maßgeblich ist zusätzlich auch die Art des Betriebes und das dafür erforderliche, in die Angestellten gesetzte Vertrauen³ sowie die Position des Angestellten im Unternehmen.⁴

2 Vgl zB 9 ObA 35/12f; 8 ObA 46/09m (dazu im Detail noch unten); RIS-Justiz RS0029547.

3 Vgl RIS-Justiz RS0029652; Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 72 ff mwN.

4 Vgl zB 9 ObA 35/12f; Pfeil in ZellKomm² § 27 AngG, Rz 25 f.

1 Vgl RdW 1996, 491; Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 1; Pfeil in ZellKomm² § 27 AngG, Rz 11; RIS-Justiz RS0029095.

Bei der Beurteilung, ob eine strafbare Handlung eine zur Entlassung berechtigende Vertrauensunwürdigkeit auslöst, ist in einem ersten Schritt zu unterscheiden, ob es sich um eine strafbare Handlung handelt, die mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht oder nicht, wobei an Straftaten, die außerhalb des Dienstverhältnisses begangen werden, ein weitaus strengerer Maßstab anzulegen ist. Mit anderen Worten: Hängt die (mögliche) Straftat mit dem Dienstverhältnis unmittelbar zusammen, zB weil sie – wie der Untreueatbestand – überhaupt nur im Dienst begangen werden kann, ist eine Entlassung leichter möglich, als wenn die Straftat mit dem Arbeitsverhältnis selbst gar nichts zu tun hat.

Für beide Fallgruppen – also innerhalb oder außerhalb des Dienstverhältnisses – gilt jedoch, dass nicht jede strafbare Handlung, ja nicht einmal jede strafrechtliche Verurteilung schon per se einen Entlassungsgrund darstellt. Die arbeitsrechtliche Judikatur ist hier oft recht großzügig. Dass nicht jede strafrechtliche Verurteilung ausreicht, wollen manche auch daraus ableiten, dass der bereits erwähnte § 27 Z 5 AngG nur dann einen Entlassungsgrund vorsieht, „wenn der Angestellte durch eine längere Freiheitsstrafe an der Verrichtung seiner Dienste gehindert ist“. Im Umkehrschluss soll das bedeuten, dass eine „kürzere“ Freiheitsstrafe also noch keinen Entlassungsgrund darstellt, und der Gesetzgeber nicht wollte, dass jede strafrechtliche Handlung einen wichtigen Grund darstellt, der zu einer Entlassung berechtigen soll.⁵ Diese Argumentation ist jedoch keinesfalls zwingend, denn gerade die Gleichstellung der längeren Freiheitsstrafe mit einer längeren Abwesenheit aus sonstigen Gründen zeigt, dass der Hauptgrund in der längeren Abwesenheit per se liegt, die es dem Arbeitgeber eben unzumutbar macht, das Dienstverhältnis weiter fortzusetzen. Die Frage, ob letztlich eine „längere“ oder aber eine „kürzere“ Freiheitsstrafe wegen eines Strafdelikts verhängt wird, ist für die Entlassungsmöglichkeit daher nicht entscheidend.

Selbstverständlich kann eine strafbare Handlung nämlich auch dann einen Entlassungsgrund darstellen, wenn es zu keiner rechtskräftigen Verurteilung gekommen ist, das begangene Delikt aber zu einer Vertrauensunwürdigkeit führt, welche die Weiterbeschäftigung des Angestellten unzumutbar macht. Aus der strafbaren Handlung muss eine moralische Unzuverlässigkeit, Unehrlichkeit, Unsittlichkeit oder Böswilligkeit ersichtlich werden.⁶ Zu berücksichtigen sind bei dieser Beurteilung vor allem die Schuldintensität, die näheren Umstände der Begehung der Tat, das bisherige Verhalten des Angestellten und seine Einsichtsfähigkeit.

Unter diesen Gesichtspunkten stellen jedenfalls Verbrechen und Vergehen aus Gewinnsucht (zB Diebstahl, Betrug oder Untreue) im Rahmen des Dienstverhältnisses sowie deren Versuch einen Entlassungsgrund wegen

5 Vgl. Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 85.

6 Vgl. Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 73.

Vertrauensunwürdigkeit dar.⁷ Festzuhalten ist jedoch, dass für den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit weder eine Schädigungsabsicht, noch der Eintritt eines konkreten Schadens erforderlich ist.⁸

Für eine Entlassung muss der Sachverhalt nach hM ausreichend geklärt sein; ein bloßer Verdacht, dass ein Angestellter eine Straftat begangen haben könnte, ist nicht ausreichend. Vor Ausspruch der Entlassung muss der Arbeitgeber also prüfen, ob sich der Angestellte tatsächlich eines pflichtwidrigen Verhaltens schuldig gemacht hat oder nicht. Er muss nach hM zumindest versuchen, den Sachverhalt, der den gänzlichen Vertrauensentzug rechtfertigen soll, aufzuklären.⁹

Gerade diese dünnen Lehrbuchsätze führen in der Praxis jedoch zu vielfältigen Schwierigkeiten. Denn prüft der Dienstgeber zu lang, so wird ihm idR später entgegengehalten werden, er sei dem – unten noch näher erörterten – Gebot der Unverzüglichkeit nicht nachgekommen oder habe gar auf die Geltendmachung des Entlassungsgrundes verzichtet. Spricht er die Entlassung hingegen zu schnell und ohne nähere Prüfung des Sachverhaltes aus, so kann er in weiterer Folge leicht in Beweisnotstand geraten, wenn der Entlassene die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses bekämpft. Denn immerhin liegt die Beweislast für das Vorliegen des Entlassungsgrundes beim Dienstgeber.

Großzügiger wird hinsichtlich der Abberufung eines Vorstandsmitglieds argumentiert, da hier der Maßstab der Integrität ein höherer ist. Nach Kalss¹⁰ soll schon der bloße Verdacht, ein Vorstandsmitglied habe eine strafbare Handlung begangen, manchmal bereits ausreichend sein, um eine Pflichtverletzung annehmen zu dürfen, die gemäß § 75 Abs 4 AktG einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Abberufung (und damit idR auch zur arbeitsrechtlichen Entlassung) darstellt. Dies sei insbesondere bei einem „starken Verdacht“ denkbar, wobei „auch der Bezug des Verstoßes bzw. des Verdachts zur beruflichen Tätigkeit zu berücksichtigen sein werde“. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens durch die untersuchenden Behörden soll hingegen nach dieser Ansicht per se an der Beurteilung der Frage, ob nun entlassen werden darf oder nicht, nichts ändern. Diese Tatsache alleine stelle – für sich genommen – noch keinen wichtigen Grund dar, der zur Abberufung eines Vorstandsmitglieds berechtigen würde.¹¹ Hinzuzufügen ist hier freilich, dass sich im Laufe eines derartigen Verfahrens oft neue Fakten für den Arbeit-

7 Vgl. Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 85 ff (mwN).

8 Vgl. Pfeil in ZellKomm² § 27 AngG, Rz 23.

9 Vgl. Pfeil in ZellKomm² § 27 AngG, Rz 35; RIS-Justiz RS0028842; zB 8 ObA 29/01s.

10 Vgl. Kalss in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2011, 131.

11 Vgl. Kalss in Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2011, 131 (144).

geber ergeben werden, die ein Zuwarten mit der Entlassung als riskant erscheinen lassen. Denn wenn der Sachverhalt – etwa durch Zeugenaussagen aus dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren – doch sehr eindeutig belegbar ist, ist fraglich, worauf der Dienstgeber dann noch warten soll, und ob die Weiterbeschäftigung wirklich noch zumutbar ist.

Kommt es nach Abschluss der Ermittlungen zu einer Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft, begründet dies zwar – klarerweise – keine eigenständige Pflichtverletzung, doch hat sich die Faktenlage hier schon sehr stark verdichtet. Mit Sicherheit müsste daher – im Fall eines Vorstandsmitglieds – der zuständige Aufsichtsrat die Anklageerhebung als Anlass nehmen, um neuerlich zu beurteilen, ob dieser nunmehr erhärtete Verdacht auf Begehung einer strafbaren Tat, nicht doch zu einer Vertrauensunwürdigkeit führt und daher einen wichtigen Grund darstellt.¹²

Im Einklang mit der hL betont *Kalss* in diesem Zusammenhang aber auch, dass umgekehrt nicht jeder tatsächliche Strafrechtsverstoß oder jede Verurteilung einen wichtigen Grund im Sinne des § 75 Abs 4 AktG bedeutet.

Sowohl für die Beurteilung, wann ein strafrechtswidriges Verhalten Anlass zur Abberufung eines Vorstandsmitglieds gibt, als auch für die Beurteilung, wann ein solches Verhalten einen Entlassungsgrund im Sinne des § 27 AngG darstellt, ist – wie so oft – die Konstellation des Einzelfalles maßgeblich.¹³ Zu warnen ist hier aus der Sicht des Arbeitgebers aber davor, den „richtigen“ Zeitpunkt zu versäumen und die Entlassung zu spät auszusprechen.

Grundsätzlich kann selbstverständlich auch eine strafbare Handlung eines Angestellten, die mit dem Dienstverhältnis in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht, zu einer Vertrauensunwürdigkeit führen und daher zur Entlassung berechtigen.¹⁴ Dies gilt auch für außerhalb der Dienstzeit begangene Straftaten. Denkbar sind sowohl Vorfälle, die überhaupt völlig außerhalb des Dienstverhältnisses liegen, als auch solche, die zeitlich vor Abschluss des Arbeitsvertrages begangen wurden. Es bedarf jedoch jedenfalls eines gewissen inneren, sachlichen Zusammenhangs dieses außerdienstlichen Verhaltens mit der dienstlichen Position und dem Aufgabenbereich des Angestellten. Zu verallgemeinernd wäre es hingegen, generell festzuhalten, dass im Zweifel außerdienstliches Verhalten eher nicht geeignet sein werde, eine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit zu rechtfertigen.¹⁵

B. Die strafbare Handlung als Untreue im Dienst

Den Entlassungsgrund der Untreue im Dienst begeht, wer vorsätzlich und bewusst pflichtwidrig gegen dienstliche Interessen des Arbeitgebers verstößt.¹⁶ Dabei muss es sich um objektiv berechnete sachliche Interessen des Arbeitgebers handeln. Auch hier gilt jedoch der Maßstab der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung.

Die Untreue im Dienst wird oft als Sondertatbestand der Vertrauensunwürdigkeit angesehen, sodass das oben Gesagte auch hier Anwendung findet. Maßgeblich ist die Befürchtung des Arbeitgebers, dass der Angestellte auch künftig seiner Treuepflicht nicht mehr „getreulich“ nachkommen wird.¹⁷ Als erheblich wird jedenfalls eine dienstliche Untreue um des eigenen Willens wegen sowie – wie bereits oben A. dargestellt – die Begehung von Eigentumsdelikten angesehen.¹⁸

Anders als beim Entlassungsgrund der Vertrauenswürdigkeit bedarf es bei der „Untreue im Dienst“ eines vorsätzlichen Verstoßes gegen die Treuepflicht des Angestellten. Das Tatbild der Untreue iSd § 153 StGB ist ein Paradebeispiel dieses Entlassungsgrundes, aber nicht unbedingt Voraussetzung; schon eine zivilrechtliche Pflichtwidrigkeit reicht aus. Ohne diesen Vorsatz, der auch die Gefährdung der dienstlichen Interessen mitumfassen muss, kann aber dennoch der weitere, oben bereits erörterte Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit verwirklicht sein.¹⁹

II. Unverzüglichkeit der Geltendmachung

§ 25 AngG nennt keine fixe Frist, binnen der eine Auflösung aus wichtigem Grund erklärt werden muss. Jedoch ist in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass eine Auflösung aus wichtigem Grund unverzüglich nach Bekanntwerden dieses Grundes geltend zu machen ist; ansonsten besteht das Risiko der Verwirkung des Entlassungsrechtes. Ein Dienstnehmer darf mit der Ausübung seines Entlassungsrechtes also nicht so lange warten, dass der Arbeitnehmer aus diesem Zögern auf einen Verzicht der Geltendmachung schließen könnte, vielmehr soll der Dienstnehmer nach der hehren Absicht des Gesetzes „nicht ungebührlich lange über sein weiteres dienstrechtliches Schicksal im Unklaren gelassen werden.“²⁰ Tatsächlich ist eben auch relevant, ob eine weitere Fortsetzung des Dienstverhältnisses dem Arbeitgeber zumutbar ist; wartet er zu lange und „behält“ den Dienst-

12 Ibid.

13 Vgl RIS-Justiz RS0029652; *Kalss* in Lewisch, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2011, 131 (140).

14 Vgl RIS-Justiz RS0029333; RS0029343; 9 ObA 35/12f.

15 So aber *Friedrich* in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 80 mwN und Rz 101; RIS-Justiz RS0029333.

16 Vgl *Pfeil* in ZellKomm² § 27 AngG, Rz 5.

17 Vgl RIS-Judikatur RS0029547.

18 Vgl *Friedrich* in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 8.

19 Vgl 8 ObA 251/97p; *Friedrich* in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 27 Rz 10 f; *Pfeil* in ZellKomm² § 27 AngG, Rz 6.

20 Vgl zB 9 ObA 35/12f; RIS-Justiz RS0031799.

nehmer weiterhin, so hat er damit zum Ausdruck gebracht, dass dies sehr wohl der Fall ist.

In der Praxis gehen die Frage der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, der Verwirkung des Entlassungsrechts oder eines stillschweigenden Verzichts hierauf – bis hin zu einer Verzeihung – fließend ineinander über. Wieder kann man dem Dienstgeber nur raten, bei Vorliegen einer konkreten nachweisbaren Verdachtslage nur ja nicht allzu lang zuzuwarten. Wenig überraschend, ist auch die Frage, ob eine Entlassung rechtzeitig oder verspätet vorgenommen wurde, nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.²¹

Der Judikatur ist daher zu entnehmen, dass keine fixe zeitliche Grenze festgelegt werden kann, binnen derer eine Entlassung auszusprechen ist. Berücksichtigt werden müssen vielmehr die Erfordernisse des Wirtschaftslebens, die Betriebsverhältnisse, und insbesondere die Organisationsform.²² Es darf also der Anspruch an die „Unverzüglichkeit“ auch nicht überspannt werden.

So ist beispielsweise bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit einer Entlassung bei einer juristischen Person darauf Bedacht zu nehmen, dass die Willensbildung umständlicher ist als bei einer natürlichen Person. Es bedarf einer gewissen Zeit, um sich mit anderen Leitungs- oder Kontrollorganen abzustimmen und evtl juristischen Rat einzuholen. In seiner stRSp hält der OGH auch fest, dass solche Verzögerungen anerkannt werden müssen, die in der Natur des Dienstverhältnisses oder sonst in den besonderen Umständen des Falles sachlich begründet sind.²³ In einzelnen Fallkonstellationen hat der OGH hingegen auch ausgesprochen, dass eine Überlegungsfrist von drei Tagen nach Kenntnis des Sachverhalts und aller relevanten Fakten bereits verspätet ist.²⁴ Liegt beispielsweise ein Geständnis des betreffenden Dienstnehmers gegenüber dem Gesamtvorstand vor, und reagiert dieser nicht unverzüglich durch Ausspruch der Entlassung, so kann dieses Versäumnis später nicht mehr gutgemacht werden. Eine allgemein anerkannte Frist, die noch als „angemessen“ angesehen wird, lässt sich also schon aus der „allgemeinen“ Entlassungsjudikatur nicht ableiten.

Umso größere Schwierigkeiten macht daher potentiell strafrechtswidriges Verhalten, zumal letztgültige Sicherheit erst mit einer rechtskräftigen Verurteilung vorliegt. So lange kann der Dienstgeber aber in der Regel gerade unter dem Gesichtspunkt der Unverzüglichkeit nicht warten. Daher stellt sich hier in besonderem Ausmaß die Frage, welcher Zeitpunkt der richtige ist. Wie bereits oben ausgeführt, stellt der bloße, nicht eindeutig belegte Verdacht eines strafrechtswidrigen Verhaltens in der Regel noch keinen wichtigen Grund dar. Der Dienstgeber ist hier verpflichtet, den Sachverhalt so

21 Vgl RIS-Justiz RS0031571; *Friedrich* in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 25 Rz 47.

22 Vgl RIS-Justiz RS0031789.

23 Vgl RIS-Justiz RS0029328

24 Vgl RIS-Justiz RS0028995

genau wie möglich zu ermitteln; erst wenn klar ist, was dem Angestellten konkret vorgeworfen wird, liegt ein wichtiger Grund vor, der zur Entlassung berechtigen kann.²⁵ Dies steht auch im Einklang mit der stRSp zur Rechtzeitigkeit, der zu Folge dem Arbeitgeber in Fällen, in denen vorerst bloß ein undurchsichtiger, zweifelhafter Sachverhalt vorliegt, den er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zunächst gar nicht aufklären kann, das Recht zugebillt wird, mit der Entlassung bis zur einwandfreien Klarstellung aller wesentlichen Tatumstände zuzuwarten.²⁶ Vorausgesetzt wird hier jedoch, dass die erforderlichen Ermittlungen und Erhebungen ohne weiteres Zögern durchgeführt werden und die Entlassung dann auch tatsächlich unmittelbar nach Abschluss der Ermittlungen ausgesprochen wird.²⁷ Dies wird manchmal auch mit der Unschuldsvermutung iSd § 8 StPO in Verbindung mit Art 6 EMRK begründet. Dabei wird jedoch nicht ausreichend beachtet, dass die Unschuldsvermutung ein strafrechtlicher Grundsatz ist, der im Zivil- und Arbeitsrecht eben nicht gilt. Vielmehr muss hier ein Arbeitgeber, der zu lange zuwartet, um sich hundertprozentig sicher zu sein, dann häufig das Argument hinnehmen, dass die Entlassung spät, nämlich zu spät erfolgt ist.

Daher ist es uE zu weitgehend, generalisierend festzuhalten, dass den Parteien das Recht zuzubilligen ist, bei unklaren Sachverhalten ein strafgerichtliches Urteil abzuwarten. Vielmehr ist in der Praxis keineswegs gesichert, dass bei einer längeren Prozessdauer das Recht zur vorzeitigen Auflösung nicht doch verwirkt wird.²⁸ Wenn sich der Arbeitgeber durch das Strafverfahren weitere Aufschlüsse erwartet, fordern daher manche, dass er dies dem Dienstnehmer gegenüber klar zum Ausdruck bringt und ihm mitteilt, dass er sich durch das Zuwarten nicht des Rechts zur vorzeitigen Beendigung begibt.²⁹ Andererseits kann gerade eine solche Erklärung, wenn sie nicht völlig eindeutig ist, auch als Verzicht gedeutet werden. Im Zweifel ist dem Arbeitgeber bei hinreichend substantiierten Verdachtsmomenten daher dazu zu raten, eher „auf Risiko“ zu entlassen.

In diesem Zusammenhang darf auch nicht vergessen werden, dass der Entlassungsgrund der Vertrauenswürdigkeit an sich eben nicht an das Begehen einer Straftat gebunden ist. Vielmehr muss „irgendeine“ Handlung zur Vertrauensunwürdigkeit führen. Es wäre daher unrichtig, sich darauf zu verlassen, dass ein bestimmter Verfahrensschritt, sei es die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, die Anklageerhebung oder auch die Verurteilung entweder per se einen wichtigen Grund darstellt oder aber für die Rechtzeitigkeit der Entlassung maßgeblich ist.

25 Vgl RIS-Justiz RS0028842.

26 Vgl RIS-Justiz RS0029297.

27 Vgl zB 8 ObA 49/01s.

28 Großzügig noch 4 Ob 98/81.

29 Vgl *Friedrich* in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 25 Rz 36 mwN.

Dass es hier immer wieder zu Überraschungen kommen kann, und der Arbeitgeber von der Judikatur zwischen der vorzeitig zu früh ausgesprochenen Entlassung, die deshalb unwirksam ist, weil die ursprünglich angenommenen Verdachtsmomente doch nicht ausreichen, und der ebenfalls unwirksamen verspätet ausgesprochenen Entlassung, weil er zu lange zugewartet hat, hin und her gerissen wird, mögen ein paar jüngere, in der Folge kurz dargestellte Entscheidungen demonstrieren. Besonders zwei davon sind wegen ihrer Öffentlichkeitswirksamkeit allgemein bekannt; dass in diesen beiden Fällen trotz einer gewissen längeren Dauer der Überlegungen eine Rechtzeitigkeit der ausgesprochenen Entlassungen angenommen wurde, mag auf den ersten Blick überraschen, hängt aber vielleicht mit Ausmaß und Bedeutung der entsprechenden Vorwürfe und auch mit der Höhe der eingetretenen Schäden zusammen. Ein dritter Fall beschäftigte sich mit der Entlassung wegen eines nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Dienstaufübung stehenden strafbaren Verhaltens, die letztlich trotz einer recht langen Kenntnis des Arbeitgebers über das Verhalten als rechtzeitig beurteilt wurde. Hingegen wurde in einer anderen Entscheidung eine Entlassung wegen strafrechtswidrigen Verhaltens, die nur 6 Tage nach Bekanntwerden des Verhaltens ausgesprochen wurde, als verspätet beurteilt.

III. Konkrete Beispiele aus der Judikatur

A. Finanzaffäre Salzburg – Entlassung wegen Urkundenmanipulation im Rahmen der Dienstverpflichtung

Die – auch in den Medien breit erörterte – „Finanzaffäre Salzburg“ endete mit einer jüngst ergangenen Entscheidung des OGH, in der die Entlassung der ehemaligen Leiterin des Finanzreferats des Landes Salzburg als berechtigt und rechtzeitig bestätigt wurde.³⁰

Hintergrund der (auch politisch nicht folgenlos gebliebenen) Affäre war es bekanntlich, dass das Land Salzburg rund 350 Millionen Euro durch risikoreiche Finanzgeschäfte verloren hat.³¹ Im Mittelpunkt des straf- und arbeitsrechtlichen Interesses stand die zuständige Referatsleiterin, die „über einen längeren Zeitraum hindurch entgegen konkret bestehenden Weisungen und amtsinternen Vollmachten, die ein Vieraugen-Prinzip vorgaben, Unterschriften eines Mitarbeiters auf Originaldokumenten kopiert und Protokolle über Finanzbeiratssitzungen, die vom Bundesrechnungshof im Zuge einer Sonderprüfung angefordert wurden, zwecks Verschleierung allenfalls das Land belastender Fakten nachträglich verändert hatte.“

30 OGH 24. 3. 2014, 8 ObA 57/13k.

31 Die Presse, Finanzaffäre: Rathgeber zu Recht entlassen, Online Ausgabe 22. 4. 2014 [zuletzt abgerufen am 28. 5. 2014].

Der OGH ging bei seiner Entscheidung von folgendem zeitlichen Ablauf der Geschehnisse aus: Schon im Sommer 2012 wurden schwerwiegende Vorwürfe wegen weisungswidriger Geschäftsabschlüsse gegen die Referatsleiterin erhoben, sodass ihr bereits am 17. 7. 2012 ein Teil der bisherigen Entscheidungskompetenzen entzogen wurde. Da aber weder der vorgesetzte Abteilungsleiter der Referatsleiterin, noch der Leiter der Personalabteilung, noch der politische Ressortverantwortliche bis zum 5. 12. 2012 Kenntnis über die Urkundenmanipulationen hatten, wurde die Entlassung erst am 7. 12. 2012, also zwei Tage nach Kenntnis dieses Umstandes durch die genannten Personen, ausgesprochen.

Daraufhin brachte die Referatsleiterin Klage auf Feststellung des aufrechten Vertragsbedienstetenverhältnisses ein, die bereits in erster Instanz abgewiesen wurde. Die innerhalb von zwei Tagen ab Information des zuständigen Personalverantwortlichen ausgesprochene Entlassung wurde als rechtzeitig und (nicht erstaunlicherweise) auch der Sache nach als berechtigt beurteilt. Das Oberlandesgericht Linz bestätigte diese Entscheidung und betonte – ebenfalls nicht allzu überraschend –, dass „bei Bediensteten mit größerer Vertrauensstellung generell ein strengerer Maßstab hinsichtlich der Vertrauensunwürdigkeit anzulegen sei als bei Dienstnehmern mit untergeordneter Tätigkeit.“ Weiters sprach das Berufungsgericht aus, dass die einzelnen Handlungen schon je für sich sehr schwerwiegende Verfehlungen darstellen, die dem Dienstgeber eine Weiterbeschäftigung unzumutbar machen.

Die außerordentliche Revision wurde vom OGH zurückgewiesen. Dabei betonte der OGH neuerlich, dass die Frage, ob eine Entlassung rechtzeitig oder verspätet vorgenommen wurde, nur nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist. Dabei dürfe jedoch der Grundsatz, dass Entlassungsgründe unverzüglich geltend zu machen sind, nicht überspannt werden. „Verzögerungen im Ausspruch der Kündigung von Vertragsbediensteten können insoweit anerkannt werden, als sie in der Sachlage, also in der Natur des Dienstverhältnisses oder sonst in den besonderen Umständen des Falles sachlich begründet sind.“³²

Die in diesem Zusammenhang stehenden Ermittlungen der Strafbehörden wegen Untreue haben – soweit bekannt – bis heute zu keiner Anklage geführt. Ob bereits strafrechtliche Ermittlungen zum Zeitpunkt der Entlassung in Gange waren, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen und wurde vom OGH auch nicht als Grundlage für die Frage der Rechtzeitigkeit der Entlassung herangezogen.

Die Frage, wann ein Entlassungsgrund geltend gemacht werden muss, wird also auch in dieser Entscheidung nicht abschließend beantwortet. Man hat das Gefühl, dass nicht zuletzt die enormen, auch politischen Auswirkungen der Causa dazu beigetragen haben mögen, die Entlassung letztlich nicht

32 OGH 24. 3. 2014, 8 ObA 57/13k mwN.

als unberechtigt einzustufen. Überraschend ist allerdings, dass ungeachtet des Umstandes, dass der Referatsleiterin bereits im Sommer 2012 Entscheidungskompetenzen entzogen wurden, zulässigerweise mit dem Ausspruch der Entlassung noch knapp fünf Monate (!) zugewartet werden durfte. Immerhin ist der Entzug von Kompetenzen durch den Vorgesetzten ein deutlicher Hinweis darauf, dass dem Dienstgeber schon zu diesem Zeitpunkt erkennbar war, dass „etwas nicht stimmt“. Es erstaunt daher auf den ersten Blick, dass eine dennoch erst im Dezember ausgesprochen Entlassung noch den Kriterien der Rechtzeitigkeit entspricht.

Wie auch in der außerordentlichen Revision vorgebracht, wäre die Beurteilung der Frage relevant, ob das Wissen eines Abteilungsleiters über einen Entlassungsgrund dem (hier) öffentlich-rechtlichen Dienstgeber zurechenbar war. Zur Frage, ob die Veränderung der Finanzbeiratsprotokolle durch die Referatsleiterin mit Kenntnis und Genehmigung des vorgesetzten Abteilungsleiters erfolgte, führt der OGH nur kurz aus, dass dieses Vorbringen nicht mit den Feststellungen der Vorinstanzen in Einklang zu bringen ist. Bemerkenswert ist hier jedoch, dass dennoch festgehalten wird, dass ein bloßes „Wegsehen“ des Vorgesetzten nicht mit einer positiven Kenntnis und noch weniger mit einer ausdrücklichen Genehmigung von konkreten Manipulationen gleichgesetzt werden kann.

Die Lösung der Frage der Zurechenbarkeit des Wissens des vorgesetzten Abteilungsleiters über bestimmte Handlungen an das Land Salzburg als Dienstgeber bleibt aber letztlich offen. Der OGH stützt seine Entscheidung vielmehr darauf, dass ohnedies schon das Einkopieren der Unterschrift eines anderen Mitarbeiters auf Originaldokumente, wovon der vorgesetzte Abteilungsleiter auch nach den eigenen Angaben der Referatsleiterin nichts wusste, als Entlassungsgrund gewertet wurde, der offenbar tatsächlich erst im Dezember 2012 bekannt wurde.³³

B. Spekulationsgeschäfte der BAWAG/Haftungserklärungen des ÖGB

Auch die im Zusammenhang mit dem BAWAG-Skandal ausgesprochene Entlassung des vormaligen Präsidenten des Österreichischen Gewerkschaftsbundes (ÖGB) wurde vom OGH als berechtigt und rechtzeitig beurteilt.³⁴

Hintergrund dieser Entscheidung war es, dass der Präsident des ÖGB (der ÖGB war damals über verschiedene Zwischengesellschaften zu 54 % an der BAWAG beteiligt) bereits im Jahr 2001 in die Erstellung einer Haftungserklärung für eine der Zwischengesellschaften involviert war. Diese Zwischengesellschaft gab gegenüber der BAWAG eine Garantie der Werthaltigkeit bestimmter Wertpapiere und Verträge ab, und zwar zu einer Zeit, als

bereits massive Verluste der BAWAG durch verschiedene Spekulationsgeschäfte bekannt waren.

Im Mai 2005 wurden dann auf Antrag des ÖGB-Präsidenten, der die übrigen Präsidiumsmitglieder weder über den Verluste der Bank noch über die 2001 abgegebene Haftungserklärung informiert hatte, auch die restlichen 46 % der BAWAG gekauft. In weiterer Folge realisierten sich massive Verluste der Bank, sodass Eigenkapitalzuschüsse des ÖGB erforderlich wurden. Erst kurz nach diesem Zeitpunkt, am 20. 3. 2006, wurden die Präsidiumsmitglieder über die massiven Verluste im Jahr 2000 und die in diesem Zusammenhang vom ÖGB, vertreten durch dessen damaligen Präsidenten, ausgestellten Bürgschaften informiert. Im Anschluss an diese Offenlegung trat dieser am 27. 3. 2006 von seinem Amt als Präsident zurück. Damals – also eine Woche nach Information der übrigen Präsidiumsmitglieder – wurde von einer Entlassung noch Abstand genommen, da täglich neue Informationen bekannt wurden. Mitte April lagen der neuen Leitung des ÖGB dann die Haftungserklärung aus dem Jahr 2001 sowie Protokolle aus dem Jahre 1998 vor, in denen die Weisung zur Verschwiegenheit des Vorstandes festgehalten war. Am 19. April wurde von der Staatsanwaltschaft Wien deshalb ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Zwischen dem 28. und dem 30. April erfuhr der ÖGB den konkreten Umfang der ihn treffenden Haftungen in den USA. Unmittelbar darauf, nämlich noch am 30. April 2006, wurde die Entlassung ausgesprochen.

Der Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit wurde hier vom OGH als berechtigt beurteilt. Er betont in der Entscheidung wieder, dass unter diesen Entlassungsgrund jede Handlung eines Angestellten fällt, die mit Rücksicht auf ihre Beschaffenheit und ihre Rückwirkung auf das Arbeitsverhältnis – bei objektiver Betrachtung – den Angestellten des dienstlichen Vertrauens seines Arbeitsgebers unwürdig erscheinen lässt, weil zu befürchten ist, dass das Verhalten die dienstlichen Interessen des Arbeitgebers gefährdet. Dies gilt gerade für Arbeitnehmer in leitender Position. Schon die mangelnde Information aller Präsidiumsmitglieder vor Abgabe der weitergehenden Haftungserklärung durch das gesamte Präsidium im Jahr 2006 stellte eine solche Vertrauensunwürdigkeit dar, zumal diese Information für das Präsidium maßgeblich gewesen wäre.

Da es sich im gegenständlichen Fall um eine „besonders komplexe Entscheidungsfindung“ handelte und nicht davon auszugehen war, dass die neue Leitung des ÖGB auf das Recht zur Geltendmachung des Entlassungsgrundes verzichteten wollte, beurteilte der OGH den Ausspruch der Entlassung (noch) als rechtzeitig, obwohl zwischen dem Bekanntwerden, dass Informationen zurückgehalten worden waren, und der tatsächlichen Entlassung mehr als ein Monat lag.

³³ Ibid.

³⁴ OGH 21. 12. 2009, 8 ObA 46/09m.

C. Cannabiskonsum außerhalb der Dienstzeiten

Ein Angestellter konsumierte in seiner Freizeit, also außerdienstlich, mit einem ihm unterstellten Mitarbeiter Cannabis und erwarb später von diesem auch weiteren „Stoff“ entgeltlich. Dieser Konsum und Erwerb veranlasste seinen Arbeitgeber, eine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit auszusprechen. Der OGH beurteilte diesen Entlassungsgrund als berechtigt und den Ausspruch der Entlassung als rechtzeitig.³⁵

Bei dem Mitarbeiter handelte es sich um einen Außendienstmitarbeiter und Regionalmanager. Über sein rechtswidriges Verhalten wurde der General Manager am 12. 3. 2008 von jenem Mitarbeiter informiert, mit dem der Außendienstmitarbeiter gemeinsam Cannabis konsumiert hatte. Der General Manager ging anfangs von einem „Racheakt“ des anzeigenden Mitarbeiters gegen seinen Vorgesetzten aus und forderte daher diesen auf, seine Vorwürfe zu konkretisieren und schriftliche Unterlagen vorzulegen. Nach mehreren Urgenzen überreichte dieser Mitarbeiter erst knapp drei Monate später, nämlich am 6. 5. 2008, Unterlagen aus dem gegen den Außendienstmitarbeiter geführten Gerichtsakt. Unverzüglich informierte der General Manager den Geschäftsführer, der dann am folgenden Morgen die Entlassung aussprach.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts genoss der Außendienstmitarbeiter in dieser Funktion eine besondere Vertrauensposition, die durch seine Handlungen erschüttert wurde. Dadurch, dass er als unmittelbarer Vorgesetzter mit seinem eigenen Mitarbeiter gemeinsam Cannabis konsumierte, machte er sich erpressbar und büßte maßgeblich an Autorität ein. Dass ein möglicher Interessenskonflikt (zB keine Information an den Arbeitgeber über negative Handlungen des untergeordneten Mitarbeiters aus Furcht vor Verratenwerden) höchstwahrscheinlich zu Lasten des Arbeitgebers gelöst worden wäre, war für den OGH ausreichend. Ein Zusammenhang des Verstoßes mit dem Arbeitsverhältnis und die Befürchtung, dass der Angestellte seine Pflichten nicht mehr getreulich erfüllen werde, sodass dadurch die dienstlichen Interessen des Arbeitgebers gefährdet sind, wurde ebenfalls als maßgeblich erkannt. In dieser Entscheidung wiederholt der OGH auch, dass an leitende Angestellte strengere Anforderungen zu stellen sind.

Zur Rechtzeitigkeit des Ausspruches der Entlassung führt der OGH aus, dass nach den Umständen des Falles dem Arbeitgeber keine Verzögerung des Entlassungsausspruches zur Last zu legen war. Der General Manager habe nämlich in dem Zeitpunkt, als er erstmals von den Vorwürfen erfahren hat, einen nachvollziehbaren Grund gehabt, um an deren Wahrheitsgehalt zu zweifeln. Nach stRsp muss ein Arbeitgeber bei unklarem Sachverhalt diesen objektivieren und so gut als möglich aufklären. Ein schlüssiger Verzicht auf die Geltendmachung des Entlassungsgrundes kann darin nicht gesehen werden. Sofern der Dienstgeber, wie im hier gegenständlichen Fall, die

Entlassung unverzüglich nach Bekanntwerden der (substantiierten) Vorwürfe ausspricht, verwirkt er durch die Ermittlungen sein Entlassungsrecht nicht.

D. „Eigengeschäft“ eines Kellners

Die Entlassung eines Mitarbeiters eines Restaurants 6 Tage nach Kenntnis des Restaurantleiters über den Entlassungsgrund wurde als verspätet erachtet.³⁶

Hintergrund dieses Falles ist, dass ein Kellner eine von einem Gast bestellte Speise nicht bonierte, um den entsprechenden Betrag selbst einzunehmen. Über diese Vorgangsweise erlangte der Restaurantleiter am 26. 11. 2011 Kenntnis, informierte den Wirt jedoch erst am 2. 12. 2011, der sodann umgehend die Entlassung aussprach.

Diese 6-tägige Frist wurde jedoch sowohl von den Vorinstanzen, als auch vom OGH als verspätet beurteilt, da nach stRSp der Kenntniserlangung durch den Arbeitgeber die Kenntnisnahme durch seinen Stellvertreter oder durch einen ganz oder teilweise mit Personalangelegenheiten verfassten leitenden Angestellten gleichzuhalten ist, auch wenn dieser dem Arbeitgeber nicht unverzüglich von dem Entlassungsgrund berichtet hat. Vielmehr muss sich der Arbeitgeber die Kenntnis dieser Person vom Entlassungsgrund unabhängig davon gegen sich gelten lassen, ob er sie zu Vornahme einer Entlassung ermächtigt hat oder ob er diese nur selbst aussprechen könnte.

IV. Fazit

Ob ein strafrechtswidriges Verhalten wirklich gesetzt wurde, ist üblicherweise nicht sofort, sondern erst nach umfassenden Ermittlungen feststellbar. Dennoch kann der Arbeitgeber nicht schweigend so lange zuwarten, bis eine rechtskräftige verurteilende Entscheidung vorliegt. Er hat also die Wahl zwischen Scylla und Charybdis: Er kann entweder das Risiko eingehen, die Entlassung auszusprechen, bevor das strafrechtswidrige Verhalten ausreichend aufgeklärt wurde und dadurch zu riskieren, dass dieses Verhalten keinen wichtigen Grund darstellt, oder jenes, zu spät zu agieren und somit die Verwirkung des Entlassungsrechts befürchten zu müssen. Dass es sich stets, wie auch der OGH betont, um eine Einzelfallentscheidung handelt, macht die Sache nicht leichter. Die vorstehenden Entscheidungen zeigen, dass der OGH in besonders schwerwiegenden und einen hohen Schaden verursachenden Fällen dazu bereit ist, das Erfordernis der Unverzüglichkeit großzügiger zu Gunsten des Dienstgebers zu sehen. Dennoch sollte sich dieser nicht darauf verlassen, so lange zuzuwarten, bis jede Facette im Detail geklärt ist, denn dann könnte es zu spät sein.

³⁵ OGH 29. 5. 2012, 9 ObA 35/12f.

³⁶ Vgl OGH 29. 4. 2014, 9 ObA 43/14k.