

# Rechtsgutachten von Prof. Firlei zur Frage eines Regresses der Anwalts- und Verfahrenskosten im sg „SWAP-Prozess“

## Medieninformation

und Unterlage für den Workshop  
des Österreichischen Städtebundes am 22.2. 2018

„Die Haftung der Städte – Städte in Haft“

### A. Kurzfassung:

I. Ein Anspruch auf Übernahme der Anwalts-  
Verfahrenskosten besteht auch bei rechtskräftiger  
Verurteilung, wenn in Ausübung von Dienstpflichten  
gehandelt wurde. Vom Dienstgeber bereits übernommene  
Kosten können daher nicht zurückgefordert werden.

II. Die Fürsorgepflicht erfordert die Übernahme der Verfahrenskosten  
auch im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung, wenn die  
Dienstnehmer in Erfüllung ihrer Dienstpflichten weisungs- bzw  
auftragsgemäß gehandelt haben. Im Zuge der Erfüllung der  
Dienstpflicht in ein Verfahren involviert zu werden, ist immer ein  
dienstliches und kein privates Risiko, auch dann, wenn aus  
strafrechtlicher Sicht das Tatbild der Untreue oder ein sonstiges Delikt  
(das gilt auch für auch Vorsatzdelikte) verwirklicht wurde.

III. Der Strafanspruch des Staates und der arbeitsrechtliche Schutz  
sind strikt zu trennen. Es widerspricht der dienstlichen  
Abhängigkeitssituation, von Dienstnehmern Widerstand gegen  
vermutete strafbare Handlungen in Betrieb / Unternehmen /  
Dienststelle zu einzufordern. Der Dienstnehmer ist nicht Instrument  
der Umsetzung von Strafrecht im Betrieb. Ob eine strafbare  
Handlung, zB in Fällen der Untreue vorliegt, ist ex ante zumeist nicht  
zu klären, schon deswegen, weil der Dienstnehmer keinen  
umfassenden Zugang zur Gesamtheit der relevanten Sachverhalte  
hat.

IV. Die Befürchtung des erweiterten Kollegiums der Stadt Salzburg, im Falle der Unterlassung eines Regresses wegen Untreue (§ 153 StGB) belangt zu werden, ist unberechtigt. Freiwillige Zuwendungen an Dienstnehmer sind auf Grund der Wertungen der geltenden Arbeitsrechtsordnung nicht als Befugnismissbrauch zu qualifizieren. „Freiwillige Leistungen“ oder auch ein Verzicht auf die Geltendmachung von Rechten gegenüber Dienstnehmern sind übliche Bestandteile des österreichischen Arbeitsrechts. Die Zuerkennung solcher Leistungen ist nicht strafbar.

V. Hauptberuflich tätige politische Amtsträger sind „dienstnehmerähnliche Personen“. Daher sind die Regeln des Dienstrechts auch auf sie analog anwendbar. Die Anwalts- und Verfahrenskosten sind durch die Bezüge nach dem Salzburger Bezügegesetz nicht abgedeckt.

VI. Eine Limitierung der vorzuschießenden Verfahrenskosten ist problematisch. Die Zulässigkeit hängt von der näheren Ausgestaltung ab. Die Höhe der zu übernehmenden Kosten muss ein wirksames, den Standards einer optimalen Verteidigung entsprechendes Verfahren ermöglichen.

## B. Erläuterungen zu ausgewählten Einzelfragen

### 1. Anlass

Das erweiterte Kollegium der Stadt Salzburg hat am 21.9. 2017 beschlossen, die für die im Zuge des sg „SWAP-Prozess“ übernommenen Anwalts- und Verfahrenskosten der beschuldigten Bediensteten und des Bürgermeisters in vollem Umfang zurückzufordern, falls die Verurteilung in erster Instanz rechtskräftig wird. Die Stadt stützte sich dabei auf Gutachten, die diese Rückforderung befürworten. Ein Motiv für den Beschluss war die Befürchtung, dass bei Unterlassung der Geltendmachung eines Regresses die Organmitglieder einer Anklage wegen Untreue ausgesetzt sein könnten.

Die Gewerkschaft „UNION“ hat als zuständige Vertretung der Gemeindebediensteten aus diesem Anlass Univ.-Prof. Dr. Klaus Firlei (Universität Salzburg, Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht) mit der Prüfung der diesbezüglichen Rechtslage beauftragt, insbesondere mit der Prüfung der Frage, ob ein Regress möglich bzw sogar verpflichtend vorzunehmen ist.

### 2. Dienstbedingtes Risiko auch bei Verurteilung

Die 128 Seiten umfassende Expertise widerlegt aus unterschiedlichen Perspektiven die Auffassung, im Falle einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung seien die Anwalts- und Verfahrenskosten vom Dienstnehmer zu tragen. Die Überlegung, es handle sich dabei um ein Handeln im Bereich der „Privatsphäre“ der Dienstnehmer und deren Verhalten sei daher nicht betriebsbedingt, ist für Firlei nicht schlüssig. Rechtsgrundlage für die Kostenübernahme des Dienstgebers sind nicht nur die Regelungen des Dienstrechts über den Aufwandsersatz (in der Stadt Salzburg va § 187 MagBeG, ausgelegt analog zur „Risikohaftung“ nach § 1014 ABGB in Verbindung mit den Haftungserleichterungen nach dem DHG), sondern vor allem die Fürsorgepflicht, die dazu vorrangig herangezogen werden muss. Dadurch ist es möglich, jene „planwidrigen“ Lücken, die bei Anwendung von § 187 MagBeG, § 20 Abs 1 GehG, § 23 Abs 4 BDG, § 1014 ABGB und des DHG entstehen können, zu schließen. Diese Vorgangsweise sei methodisch geboten. Die erwähnten speziellen Normen verdrängen nämlich nicht die tragenden Schutzziele der Fürsorgepflicht.

### 3. Bei planwidrigen Lücken ist die Fürsorgepflicht heranzuziehen – Folge ist eine Kostenübernahmepflicht auch bei Verurteilung

Firlei kritisiert, dass die Fürsorgepflicht in der bisherigen Diskussion zu Unrecht vernachlässigt wurde. Es wurde nicht erkannt, dass durch die Heranziehung von § 1014 ABGB (in Analogie auch für den öffentlichen Dienst) nicht alle Schutzinteressen, die von der Fürsorgepflicht erfasst sind, Berücksichtigung finden. Die Fürsorgepflicht hält auch dann den Dienstgeber zur Übernahme der Kosten an, wenn der Dienstnehmer im Strafverfahren verurteilt wird, soweit der Dienstnehmer vom Dienstgeber angeordnete bzw aus den Dienstpflichten (Arbeitspflicht, Treuepflicht) resultierende Aufgaben erfüllt. In solchen Fällen ist das Verfahren immer dienstbedingt und kippt bei Verurteilung nicht, wie dies

teilweise vertreten wird, in die „Privatsphäre“. Es ist, so das Gutachten, dem Dienstnehmer nicht zumutbar und oft mangels Kenntnis oder mangels einer einigermaßen risikofreien ex ante Beurteilung des Sachverhalts gar nicht möglich, gegen die Anforderungen und Erwartungen des Dienstgebers zu handeln. Der Dienstnehmer ist in seiner rechtlichen Stellung im Betrieb oder in einer Dienststelle nicht Garant einer Einhaltung des Strafrechts durch den Dienstgeber.

#### **4. Die Übernahme der Kosten dient nicht nur der Finanzierung von „schuldlos“ involvierten Dienstnehmern**

Das Gutachten hält fest, dass Strafrecht und Arbeitsrecht strikt zu trennen sind. Das Strafrecht setzt die Strafansprüche des Staates durch, das Arbeitsrecht schützt den Arbeitnehmer. Eine strafrechtliche Verurteilung setzt den arbeitsrechtlichen Schutz nicht automatisch außer Kraft. Im Strafrecht spielen soziale Funktionen und Interessenlagen keine Rolle, hingegen wird im Dienstrecht (gerade auch über die lückenfüllende Heranziehung der Fürsorgepflicht) dafür gesorgt, dass die spezifischen Bedingungen, die in Dienstverhältnissen herrschen (Abhängigkeit, Gehorsamspflicht, Loyalitätspflichten, Angewiesenheit auf den Arbeitsplatz) ausreichend zum Tragen kommen.

Die Finanzierung der Kosten von dienstbedingten Strafverfahren gegen Dienstnehmer hat keineswegs nur die Funktion, dem zu Unrecht (strafrechtlich) beschuldigten Dienstnehmer eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen, sondern der Schutz erstreckt sich auch auf die Gewährleistung von Waffengleichheit im Prozess, auf das Bemühen um eine möglichst geringe Strafhöhe, von der weitere schwerwiegende Rechtsfolgen abhängen, auf den Schutz des Ansehens in der Öffentlichkeit, auf die Einbringung von Rechtsmitteln, auf die Widerlegung von Rechtsmeinungen und Sachverhaltsdarstellungen der Staatsanwaltschaft ua.

Diese durch die Fürsorgepflicht gewährleisteten Schutzfunktionen hängen mit dem Ausgang des Verfahrens aber nicht zusammen, sondern sind auch bei Verurteilungen oder bei Unterliegen in einem Zivilprozess für den Dienstnehmer von großer Bedeutung.

In diesem Zusammenhang ist auch das Argument, im öffentlichen Dienst müssten strafrechtswidrige Weisungen verweigert werden, arbeitsrechtlich verfehlt. Gerade wenn der Dienstgeber (möglicherweise) strafrechtswidrige Verhaltensweisen anordnet oder erwartet, wäre es absurd, die in der Folge entstehenden dienstbedingte Kosten der Involvierung in ein Verfahren auf diesen zu überwälzen.

#### **5. Ex ante Prüfung der Strafbarkeit unzumutbar, zum Teil unmöglich und/oder riskant**

Firlei legt dar, dass in vielen Fällen für den Dienstnehmer eine umfassende ex ante Prüfung der Frage der Strafrechtswidrigkeit nicht zumutbar, oft schon aus Gründen der Verfügbarkeit von Zeit und sonstigen Ressourcen gar nicht möglich ist. Es widerspricht fundamentalen arbeitsrechtlichen Grundsätzen, vom Dienstnehmer zu verlangen, unakzeptable Risiken bis hin zum Arbeitsplatzverlust einzugehen, um im Betrieb quasi als Anwalt des Strafrechts zu agieren. Gerade im öffentlichen Dienst ist die Gehorsamspflicht besonders ausgeprägt. Ein möglicher Konflikt zwischen strafbaren Handlungen und der

Befolgung der Dienst- und Loyalitätspflichten darf nicht auf dem Rücken der Dienstnehmer ausgetragen werden. Gerade in Fällen, in denen es um § 153 StGB (Untreue) geht, ist die Rechtslage oft so unsicher, auch in Bezug auf die Subsumierbarkeit des Sachverhalts (nicht selten ist sie ungewiss bis zur höchstgerichtlichen Entscheidung), dass den Dienstnehmern eine etwaige ex ante erfolgende Fehlbeurteilung nicht insofern zum Nachteil gereichen kann, als sie die oft beträchtlichen Anwalts- und Prozesskosten selbst zu tragen haben.

## **6. Verpflichtung zur Verweigerung strafrechtswidriger Weisungen dienstrechtlich irrelevant**

Generell gilt, dass die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zum Weisungsrecht („keine Durchführung strafrechtswidriger Weisungen“) entgegen vereinzelt Meinungen in der Literatur nicht als Argument dafür herangezogen werden können, dass ein strafrechtswidriges Verhalten in den Bereich der Eigenverantwortung des Dienstnehmers fällt und daher eine Verpflichtung der Übernahme der Verfahrenskosten in solchen Fällen nicht besteht. Die erforderliche Dienstbedingtheit liegt nur dann nicht vor, wenn der Dienstnehmer eigenmächtig bzw gegen die Erwartungen, Aufträge und Weisungen des Dienstgebers ein strafrechtliches Delikt begeht. Die Durchführung strafgesetzwidriger Weisungen kann zwar zu einer strafrechtlichen Verurteilung, nicht aber zum Entfall der Fürsorgepflicht führen, wodurch die Pflicht zur Übernahme der Kosten des Prozesses entfallen würde.

## **7. Rückwirkungen eines drohenden Regresses auf die Geltendmachung des Rechts auf Finanzierung der Kosten durch den Dienstgeber**

In den bisher vorliegenden Gutachten zur Übernahme der Verfahrenskosten (Berka, Jabornegg, Firlei, ebenso aber die WKStA) wird richtig vertreten, dass die Verfahrenskosten auf jeden Fall vom Dienstgeber vorläufig zu tragen sind. Zu beachten ist dabei aber, dass ein drohender Regress die Inanspruchnahme dieses Rechts durch die Beschuldigten stark beeinträchtigen wird.

## **8. Öffentliche Interessen an der Übernahme der Kosten durch den Dienstgeber**

Nach den Ausführungen von Firlei ist auch zu beachten, dass an der Übernahme der dienstbedingten Verfahrenskosten ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und deren Finanzierung auch einer motivierenden und aufgabenorientierten Personalpolitik entspricht. Mit Dienstnehmern, die befürchten müssen, bei loyaler Erfüllung ihrer Dienstpflichten im Falle einer Verurteilung das Verfahren finanzieren zu müssen (oder auf eine wirksame Verteidigung zu verzichten), werden immer wieder als „Sand im Getriebe“ eine effiziente öffentliche Verwaltung blockieren (müssen). Es besteht die Gefahr, dass in der hierarchisch gegliederten öffentlichen Verwaltung eine Parallelprüfung auf die Vereinbarkeit der jeweiligen Tätigkeit der Dienstnehmer (also der Vorhaben des verfassungsrechtlich legitimierten Dienstgebers) mit dem Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht) Einzug hält. Risikofreudigkeit und mutige Entscheidungen werden heute zunehmend gefordert – bei

gleichzeitigen erheblichen rechtlichen Risiken gerade bei wirtschaftlichen Vorgängen (Bauvorhaben, Ausschreibungen, Großprojekten, Umweltverträglichkeitsprüfungen, Finanzierungsfragen, Partnerschaften mit privaten Unternehmen etc). Es kann der Rechtsordnung nicht unterstellt werden, dass politisch gewollte Projekte aller Art über eine Pflicht der Dienstnehmer zur Überprüfung der Strafbarkeit konterkariert werden können. Auch aus diesen Gründen darf das Risiko einer Strafverfolgung hinsichtlich der Verfahrenskosten nicht auf die Dienstnehmer überwältigt werden darf.

## 8. Zur Höhe der Anwaltskosten

Das Gutachten vertritt, dass eine Limitierung der vorzuschießenden Verfahrenskosten problematisch ist. Deren Höhe muss ein wirksames, den Standards einer optimalen Verteidigung entsprechendes Verfahren ermöglichen. Der Maßstab sind dabei in Bezug auf die Anwaltskosten die berufs- und standesrechtlichen Vorschriften und bestehende Tarife. Kriterien sind auch die Komplexität des Falles, der Umfang der Akten, die Erforderlichkeit, rechtliche Argumente sorgfältig zu untermauern, die Notwendigkeit der Heranziehung von Spezialisten ua. Rechtsanwälte sind dazu verpflichtet, ihre Mandanten optimal zu vertreten und alle Chancen einer erfolgreichen rechtlichen Vertretung zu nutzen. Dabei ist den Rechtsvertretern auch der dafür notwendige Spielraum einzuräumen.

## 9. Die Nichtgeltendmachung eines Regresses wäre keine Untreue

Ein Punkt im Gutachten ist auf Grund seiner Bedeutung für das Verhalten der zuständigen Organe der Stadt Salzburg in der Frage des Regresses besonders hervorzuheben: Auf Grund der Entscheidung des Stadtsenats vom 21.9. 2017, die Verfahrenskosten im Falle einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung zur Gänze zurückzufordern, ist die Frage aufgeworfen, wie das Verhältnis von arbeitsrechtlichen Zuwendungen des Dienstgebers zum Straftatbestand der Untreue zu sehen ist.

Die arbeitsrechtliche Situation ist für die Qualifizierung als Untreue die entscheidende Vorfrage. Es steht jedem Dienstgeber frei, seinen Dienstnehmern gesetzlich nicht vorgesehene, sogenannte freiwillige Leistungen zuzuerkennen. Die Zuerkennung von Sozialleistungen, Essensbons, Badeplätzen, Zulagen, Kinderbetreuungsmöglichkeiten, Gesundheitsförderung, zusätzlichen Urlaubstagen, aber eben auch einer freiwilligen Absicherung gegen Prozessrisiken, usw ist daher grundsätzlich kein Befugnismissbrauch iS des Untreuetatbestandes. Freiwillige Leistungen sind fester Bestandteil des Dienstrechts und der dienstrechtlichen Praxis. Der Dienstgeber ist auch nicht dazu gezwungen, offene Ansprüche gegen Dienstnehmer durchzusetzen. Die Zuerkennung freiwilliger Leistungen arbeitsrechtlicher Natur ist daher kein Befugnismissbrauch iS des § 153 StGB. Selbst wenn die Kosten des Verfahrens entgegen der im Gutachten vertretenen Meinung nicht übernommen werden müssten, kann der Dienstgeber auf eine Geltendmachung des Regresses verzichten. Dafür gibt es auch durchaus sachliche Gründe (soziale Gründe, Vermeidung einer Verunsicherung der Dienstnehmerschaft, insbes aber Handeln im Interesse des Dienstgebers ua). Es sei bedauerlich, so das Gutachten, dass diese Rechtsfrage vor der Beschlussfassung nicht eingehender geprüft wurde, zumal sich die dabei herangezogenen Rechtsmeinungen nur auf den Anspruch, nicht aber auf die Frage einer Verpflichtung zu dessen Geltendmachung beziehen.

## 10. Analoge Anwendung des Dienstrechts auf politische Amtsträger

Die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft vertritt die Auffassung, die arbeitsrechtlichen Grundsätze betreffend die Kostenübernahmepflicht des Dienstgebers seien auf politische Amtsträger nicht anzuwenden. In Übereinstimmung mit Peter Jabornegg (Linz) und Walter Berka (Salzburg) vertritt dazu das Gutachten Firlei, dass das Bezügegesetz in Hinblick auf diese Ansprüche eine Lücke aufweist und diese Aufwendungen durch die gesetzlich festgelegten Bezüge zB des Bürgermeisters nicht abgedeckt sind. Zum anderen seien die hauptberuflich tätigen politischen Amtsträger als „dienstnehmerähnliche Personen“ anzusehen, so dass die dienstrechtlichen Schutzbestimmungen analog auf für diesen Personenkreis zur Anwendung kommen.

---

### Zur Person des Referenten:

Klaus Firlei, geb. 1947 in Salzburg; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Salzburg; 1971 Promotion zum Dr. jur.; 1981 Habilitation für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Arbeitsbeziehungen an der Universität Salzburg zum Thema einer funktionsorientierten Dogmatik der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung; seit 1985 als ao. Univ.-Prof, seit 1999 als Univ.-Prof. am Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Univ. Salzburg tätig; Lehrverpflichtungen u. a. an den Universitäten Linz und Klagenfurt; weitere Schwerpunkte der universitären Lehre und Forschung: Gender und Recht, Trendforschung, insbes Zukunft der Arbeit, politische Ökonomie, Informationstechnik und Recht; Personalmanagement, Kapitalismustheorie.

Die Schwerpunkte der Publikationstätigkeit liegen in den Bereichen Arbeitsrecht, Sozialrecht, Sozialpolitik, Politische Ökonomie, Europarecht, Medizinrecht, Psychotherapierecht, Verfassungsrecht, Kapitalismuskritik, Ethik und Recht; Frau im Arbeits- und Sozialrecht. Zuletzt: Mitarbeit Handbuch Medizinrecht; Gmundner Kommentar; Zukunft der Arbeitsverfassung; Lohndumping; Mindestlohn/Grundeinkommen.

1989 bis 1999 Abgeordneter zum Salzburger Landtag, Verfassungs- und Europaspreecher; von 1999 bis 2005 Co-Geschäftsführer Leitung der Salzburg-Kommissionen; seit 1999 Präsident des Kuratoriums der Robert-Jungk-Stiftung / Internationalen Bibliothek für Zukunftsfragen in Salzburg.