

TE OGH 2025/3/19 9ObA96/24v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.03.2025

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Mag. Ziegelbauer als Vorsitzenden, den Hofrat Dr. Hargassner und die Hofrätin Dr. Wallner-Friedl sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Pflug (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Nicolai Wohlmuth (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei A* AG, *, vertreten durch Körber-Risak Rechtsanwalts GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei A*, vertreten durch Haider Obereder Pilz Rechtsanwält:innen GmbH in Wien, wegen 192.243,77 EUR brutto sA und Feststellung, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. August 2024, GZ 10 Ra 42/24f-60, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Teilurteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 21. März 2024, GZ 12 Cga 68/19k-56, Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

[1] Der Beklagte war ab * 1978 bei der Klägerin beschäftigt. Ab * 1998 war er freigestelltes Betriebsratsmitglied, ab * 2004 freigestellter Vorsitzender des (Angestellten-)Betriebsrats des kaufmännisch-technischen Personals. 2009 verdiente der Beklagte ca 5.600 EUR brutto monatlich, dies 14 mal jährlich, zusätzlich erhielt er aus seiner Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der * 15.000 EUR jährlich.

[2] Im April 2009 wurden im Zuge des bevorstehenden Verkaufs der Klägerin an die * AG bei der Klägerin umfangreiche Sparmaßnahmen beschlossen.

[3] Mitte 2009 trafen die drei freigestellten Betriebsratsmitglieder (der Beklagte und seine beiden Stellvertreter) und der damalige Vorstand der Klägerin eine „Vereinbarung über die Einstufung der Position Freigestellter Betriebsrat – A* AG – kaufmännisches und technisches Personal“ („Grundsatzvereinbarung“), wonach dem Vorsitzenden des Betriebsrats mit Freistellung unter anderem ein monatliches Bruttogehalt in Höhe von 10.300 EUR zustehe, es sei denn, es stehe aus einer anderen Funktion ein höheres Gehalt zu.

[4] Am 22. 12. 2009 schloss die Klägerin mit den drei freigestellten Betriebsratsmitgliedern Zusatzvereinbarungen zu ihren Dienstverträgen, durch die unter anderem deren Gehälter rückwirkend zum 1. 10. 2009 auf die in der Grundsatzvereinbarung genannten Beträge für die Zeit ihrer Betriebsratstätigkeit angepasst wurden. Demnach

gebührte dem Beklagten zusätzlich zu seinem Grundgehalt in Höhe von 5.789,91 EUR eine Verwendungszulage in Höhe von 4.510,09 EUR sowie eine monatliche Kilometergeldpauschale in Höhe von 220 EUR.

[5] Diese Vereinbarungen erfolgten, weil der Beklagte sowie die beiden anderen freigestellten Betriebsratsmitglieder der Ansicht waren, dass ihre bisherige Entlohnung zu niedrig war. Der damalige Vorstand der Klägerin teilte diese Ansicht.

[6] Nach einer Neubesetzung des Vorstands wurden die Bezüge des Beklagten sowie seiner beiden Stellvertreter jedoch wieder gekürzt, wogegen alle drei Klage auf die jeweiligen Entgeltdifferenzen erhoben.

[7] Nach Einholung eines Rechtsgutachtens durch die Klägerin sowie einer von ihr beauftragten Untersuchung der Vereinbarungen aus dem Jahr 2009 durch die * unterzeichneten am * 2012 die drei freigestellten Betriebsratsmitglieder, somit der Beklagte und seine beiden Stellvertreter, und der (neue) Vorstand der Klägerin eine „Gemeinsame Erklärung“, wonach die „Grundsatzvereinbarung“ von der Klägerin widerrufen wurde, eine neue Richtlinie ausgelobt sowie neue Zusatzvereinbarungen zum Dienstvertrag mit den drei unterzeichnenden Mitgliedern des Betriebsrats abgeschlossen wurden. Nach der neuen Richtlinie sollte die Vergütungslogik für freigestellte Betriebsräte im Sinn einer Festlegung einer fiktiven Karriere zur Anwendung kommen. Mit der weiters zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Zusatzvereinbarung zum Dienstvertrag wurde für die Dauer der Freistellung als Vorsitzender des Betriebsrats mit dem Beklagten ein Bruttomonatsgesamtbezug in Höhe von 10.661 EUR 14 mal jährlich sowie eine Kilometergeldpauschale in Höhe von 220 EUR 12 mal jährlich vereinbart. Ausdrücklich vereinbart wurde, dass dieser Bruttomonatsgesamtbezug im Hinblick auf die mit der Tätigkeit als freigestelltes Mitglied des Betriebsrats verbundene mögliche Beeinträchtigung der Karriereöglichkeiten im Betrieb festgesetzt werde, dieser solle eine allenfalls damit verbundene Benachteiligung im Sinn des § 115 ArbVG ausgleichen. Nach Ende der Freistellung werde der Dienstnehmer auf das Endgehalt der Verwendungsgruppe 8 nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag eingestuft. In den gerichtlich anhängigen Verfahren wurde „Ruhe“ vereinbart und die einbehaltenen Bezüge nachgezahlt. [7] Nach Einholung eines Rechtsgutachtens durch die Klägerin sowie einer von ihr beauftragten Untersuchung der Vereinbarungen aus dem Jahr 2009 durch die * unterzeichneten am * 2012 die drei freigestellten Betriebsratsmitglieder, somit der Beklagte und seine beiden Stellvertreter, und der (neue) Vorstand der Klägerin eine „Gemeinsame Erklärung“, wonach die „Grundsatzvereinbarung“ von der Klägerin widerrufen wurde, eine neue Richtlinie ausgelobt sowie neue Zusatzvereinbarungen zum Dienstvertrag mit den drei unterzeichnenden Mitgliedern des Betriebsrats abgeschlossen wurden. Nach der neuen Richtlinie sollte die Vergütungslogik für freigestellte Betriebsräte im Sinn einer Festlegung einer fiktiven Karriere zur Anwendung kommen. Mit der weiters zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Zusatzvereinbarung zum Dienstvertrag wurde für die Dauer der Freistellung als Vorsitzender des Betriebsrats mit dem Beklagten ein Bruttomonatsgesamtbezug in Höhe von 10.661 EUR 14 mal jährlich sowie eine Kilometergeldpauschale in Höhe von 220 EUR 12 mal jährlich vereinbart. Ausdrücklich vereinbart wurde, dass dieser Bruttomonatsgesamtbezug im Hinblick auf die mit der Tätigkeit als freigestelltes Mitglied des Betriebsrats verbundene mögliche Beeinträchtigung der Karriereöglichkeiten im Betrieb festgesetzt werde, dieser solle eine allenfalls damit verbundene Benachteiligung im Sinn des Paragraph 115, ArbVG ausgleichen. Nach Ende der Freistellung werde der Dienstnehmer auf das Endgehalt der Verwendungsgruppe 8 nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag eingestuft. In den gerichtlich anhängigen Verfahren wurde „Ruhe“ vereinbart und die einbehaltenen Bezüge nachgezahlt.

[8] Ab Mai 2020 war der Beklagte nicht mehr freigestellter Betriebsratsvorsitzender, sondern in der Abteilung * als *, eingestuft in Verwendungsgruppe 7, Stufe 9, mit einem Bruttogehalt in Höhe von 6.447,61 EUR (14x jährlich) beschäftigt.

[9] Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage 192.243,77 EUR brutto sA sowie die Feststellung, dass der Beklagte einen Anspruch auf ein monatliches Bruttogehalt von nicht mehr als 6.446,61 EUR habe. Die Klägerin habe im April 2009 im Zuge des bevorstehenden Verkaufs an die * AG umfangreiche Einsparungsmaßnahmen beschlossen, anlässlich derer die damals drei freigestellten Betriebsratsmitglieder, darunter auch der Beklagte, mit dem damaligen Vorstand eine (eingangs wiedergegebene) Grundsatzvereinbarung getroffen hätten, wodurch sich eine deutlich überhöhte Gehaltszahlung im Ausmaß von 88 % für den Beklagten ergeben habe. Gleichzeitig sei vereinbart worden, dass die Gehaltsverrechnung der drei Betriebsratsmitglieder nicht mehr über die interne Personalverrechnung, sondern extern abgewickelt werden sollte. Außerdem sei die Vereinbarung auch mit dem „Closing mit der *“ bedingt gewesen und ab 1. 10. 2009 so umgesetzt worden. Für diese Erhöhung habe es keinen plausiblen Grund gegeben mit Ausnahme des

anzunehmenden Umstands, dass dies die Forderung des Beklagten und seiner Stellvertretung zur Umsetzung des Sparpakets 2009 gewesen sei, welches zu umfangreichen Gehaltseinbußen der Belegschaft geführt habe. Es sei von einem kollusiven Zusammenwirken mit dem damaligen Vorstand auszugehen. Im Zuge des Vorstandswechsels sei 2012 nach externen Überprüfungen ein Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Privilegierungsverbot festgestellt worden, dies habe zum Abschluss der „Gemeinsamen Erklärung“ des damaligen Vorstandsmitglieds mit den freigestellten Betriebsratsmitgliedern geführt; allerdings habe diese Vereinbarung für den Beklagten und seine Stellvertreter keine Wirkung entfalten sollen. Nach einem erneuten Vorstandswechsel der Klägerin sei festgestellt worden, dass der Beklagte (und seine Stellvertreter) diese überhöhten Bezüge von zuletzt 12.056,27 EUR genossen hätten, wodurch gegen das betriebsverfassungsrechtliche Privilegierungsverbot nach § 115 ArbVG verstoßen worden sei, weil er bei einem fiktiven Karriereverlauf und wohlwollender Betrachtung nur Anspruch auf 6.446,61 EUR gehabt hätte. Aufgrund der somit absolut nichtigen Vereinbarungen werde die rechtsgrundlos geleistete Gehaltsdifferenz zwischen fiktivem Karriereverlauf und den tatsächlichen Bezügen im nicht verjährten Umfang zurückgefordert. Einen gutgläubigen Verbrauch könne der Beklagte deshalb nicht einwenden, weil er spätestens 2012 auch die Rechtsberatung durch einen renommierten Rechtsanwalt in Anspruch genommen habe und mit dem Ergebnis der Gutachten der damaligen Rechtsberater der Klägerin konfrontiert worden sei. [9] Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage 192.243,77 EUR brutto sA sowie die Feststellung, dass der Beklagte einen Anspruch auf ein monatliches Bruttogehalt von nicht mehr als 6.446,61 EUR habe. Die Klägerin habe im April 2009 im Zuge des bevorstehenden Verkaufs an die * AG umfangreiche Einsparungsmaßnahmen beschlossen, anlässlich derer die damals drei freigestellten Betriebsratsmitglieder, darunter auch der Beklagte, mit dem damaligen Vorstand eine (eingangs wiedergegebene) Grundsatzvereinbarung getroffen hätten, wodurch sich eine deutlich überhöhte Gehaltszahlung im Ausmaß von 88 % für den Beklagten ergeben habe. Gleichzeitig sei vereinbart worden, dass die Gehaltsverrechnung der drei Betriebsratsmitglieder nicht mehr über die interne Personalverrechnung, sondern extern abgewickelt werden sollte. Außerdem sei die Vereinbarung auch mit dem „Closing mit der *“ bedingt gewesen und ab 1. 10. 2009 so umgesetzt worden. Für diese Erhöhung habe es keinen plausiblen Grund gegeben mit Ausnahme des anzunehmenden Umstands, dass dies die Forderung des Beklagten und seiner Stellvertretung zur Umsetzung des Sparpakets 2009 gewesen sei, welches zu umfangreichen Gehaltseinbußen der Belegschaft geführt habe. Es sei von einem kollusiven Zusammenwirken mit dem damaligen Vorstand auszugehen. Im Zuge des Vorstandswechsels sei 2012 nach externen Überprüfungen ein Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Privilegierungsverbot festgestellt worden, dies habe zum Abschluss der „Gemeinsamen Erklärung“ des damaligen Vorstandsmitglieds mit den freigestellten Betriebsratsmitgliedern geführt; allerdings habe diese Vereinbarung für den Beklagten und seine Stellvertreter keine Wirkung entfalten sollen. Nach einem erneuten Vorstandswechsel der Klägerin sei festgestellt worden, dass der Beklagte (und seine Stellvertreter) diese überhöhten Bezüge von zuletzt 12.056,27 EUR genossen hätten, wodurch gegen das betriebsverfassungsrechtliche Privilegierungsverbot nach Paragraph 115, ArbVG verstoßen worden sei, weil er bei einem fiktiven Karriereverlauf und wohlwollender Betrachtung nur Anspruch auf 6.446,61 EUR gehabt hätte. Aufgrund der somit absolut nichtigen Vereinbarungen werde die rechtsgrundlos geleistete Gehaltsdifferenz zwischen fiktivem Karriereverlauf und den tatsächlichen Bezügen im nicht verjährten Umfang zurückgefordert. Einen gutgläubigen Verbrauch könne der Beklagte deshalb nicht einwenden, weil er spätestens 2012 auch die Rechtsberatung durch einen renommierten Rechtsanwalt in Anspruch genommen habe und mit dem Ergebnis der Gutachten der damaligen Rechtsberater der Klägerin konfrontiert worden sei.

[10] Der Beklagte bestritt und wandte im Wesentlichen ein, dass für ihn als Betriebsratsmitglied auch das Benachteiligungsverbot gelte. Der Beklagte habe vor seiner Freistellung Karriere gemacht und wiederholt hervorragende Karriereangebote nicht angenommen. Eine unzulässige Privilegierung des Beklagten liege nicht vor, weil von der Klägerin ein objektivierbares Schema zur Bestimmung des Entgelts freigestellter Betriebsratsmitglieder erstellt worden sei. Zudem würde auch das fiktive Monatsentgelt eines Abteilungsleiters in etwa seinem Einkommen entsprechen. Die Vereinbarungen aus dem Jahr 2009 und 2012 seien wirksam. Abgesehen davon könnten Begünstigungen aufgrund einer allfällig unzulässig begünstigenden Vereinbarung vom Betriebsinhaber nicht zurückgefordert werden. Es bestehe kein Zusammenhang der von der Klägerin beanstandeten Vereinbarungen mit seiner Zustimmung zum Sparpaket 2009. Der Beklagte habe auf die Gültigkeit der Vereinbarung von 2009 mit dem damaligen Vorstand der Klägerin, die 2012 nach Einholung von Gutachten von Wirtschaftsprüfern und Juristen und auch dem nunmehrigen Vorstand der Klägerin bestätigt worden sei, sowie auf die Richtigkeit seiner Entgeltzahlungen vertrauen dürfen, er habe das Entgelt gutgläubig verbraucht.

[11] Das Erstgericht wies das Zahlungsbegehren mit Teilurteil ab. Das behauptete kollusive Zusammenwirken zwischen dem damaligen Vorstand der Klägerin und dem Beklagten sei im Beweisverfahren nicht hervorgekommen. Eine Rückforderbarkeit aufgrund einer absolut nichtigen Vereinbarung, die gegen zum Schutz der Belegschaft dienende Normen verstoße, sei a priori nicht ausgeschlossen, allerdings habe der Beklagte nicht erkennen können, dass die an ihn geleisteten Zahlungen allenfalls dem Privilegierungsverbot (§§ 115 bis 117 ArbVG) widersprochen hätten, es liege ein gutgläubiger Verbrauch vor. [11] Das Erstgericht wies das Zahlungsbegehren mit Teilurteil ab. Das behauptete kollusive Zusammenwirken zwischen dem damaligen Vorstand der Klägerin und dem Beklagten sei im Beweisverfahren nicht hervorgekommen. Eine Rückforderbarkeit aufgrund einer absolut nichtigen Vereinbarung, die gegen zum Schutz der Belegschaft dienende Normen verstoße, sei a priori nicht ausgeschlossen, allerdings habe der Beklagte nicht erkennen können, dass die an ihn geleisteten Zahlungen allenfalls dem Privilegierungsverbot (Paragraphen 115 bis 117 ArbVG) widersprochen hätten, es liege ein gutgläubiger Verbrauch vor.

[12] Das Berufungsgericht hob über Berufung der Klägerin das Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Das Berufungsgericht bejahte grundsätzlich die Rückforderbarkeit des zu viel Bezahlten bei Verletzung des Privilegierungsverbots unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung zur zulässigen Anpassung pro futuro. Es fehlten dem Ersturteil jedoch Feststellungen zum fiktiven Karriereverlauf des Beklagten; deshalb sei ein nach objektiven Gesichtspunkten anzustellender Vergleich mit dem tatsächlich erhaltenen Gehalt des Beklagten nicht möglich, weshalb die primär zu klärende Rechtsfrage, ob eine unzulässige Besserstellung des Beklagten im fraglichen Zeitraum erfolgt sei, nicht beantwortet werden könne. Es lasse sich weiters die Frage nach einem allfälligen gutgläubigen Verbrauch der zu Unrecht dem Beklagten erbrachten Leistungen mangels nachvollziehbarer Begründung der Feststellungen im Ersturteil nicht abschließend beurteilen.

[13] Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, weil zur Frage der Rückforderbarkeit des an ein Betriebsratsmitglied wegen Verletzung des Privilegierungsverbots nach § 115 ArbVG zu viel Bezahlten noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliege. [13] Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, weil zur Frage der Rückforderbarkeit des an ein Betriebsratsmitglied wegen Verletzung des Privilegierungsverbots nach Paragraph 115, ArbVG zu viel Bezahlten noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliege.

[14] Gegen diese Entscheidung richtet sich der von der Klägerin beantwortete Rekurs des Beklagten, mit dem die Wiederherstellung des klagsabweisenden Ersturteils, hilfsweise die Rückverweisung an die Vorinstanzen beantragt wird.

Rechtliche Beurteilung

[15] Der Rekurs ist zur Klarstellung zulässig, er ist allerdings nicht berechtigt.

[16] Der Rekurswerber macht geltend, dass der Schutzzweck des § 115 ArbVG keine Rückforderung gebiete. Diese Bestimmung schütze nur die Belegschaft, nicht aber den Betriebsinhaber. Bejahte man die Rückforderbarkeit, müssten Betriebsräte, die nach ihrer fiktiven Karriere bezahlt werden, immer mit einer solchen rechnen, stünden also ständig unter dem Druck der Sanktion der Rückforderung. Auch aus der Rechtsprechung ergebe sich, dass Begünstigungen nur für die Zukunft beendet werden dürften. Bereits geleistete Entgelte könnten hingegen – außer im Fall eines hier nicht vorliegenden kollusiven Zusammenwirkens – nicht rückgefordert werden. Die Rückforderung erfolge hier auch wider Treu und Glauben, sei doch die Vereinbarung von 2009 im Jahr 2012 bestätigt worden. [16] Der Rekurswerber macht geltend, dass der Schutzzweck des Paragraph 115, ArbVG keine Rückforderung gebiete. Diese Bestimmung schütze nur die Belegschaft, nicht aber den Betriebsinhaber. Bejahte man die Rückforderbarkeit, müssten Betriebsräte, die nach ihrer fiktiven Karriere bezahlt werden, immer mit einer solchen rechnen, stünden also ständig unter dem Druck der Sanktion der Rückforderung. Auch aus der Rechtsprechung ergebe sich, dass Begünstigungen nur für die Zukunft beendet werden dürften. Bereits geleistete Entgelte könnten hingegen – außer im Fall eines hier nicht vorliegenden kollusiven Zusammenwirkens – nicht rückgefordert werden. Die Rückforderung erfolge hier auch wider Treu und Glauben, sei doch die Vereinbarung von 2009 im Jahr 2012 bestätigt worden.

[17] Dazu ist voranzustellen, dass der Oberste Gerichtshof nicht verpflichtet ist zu bloß unter Umständen möglichen, aber noch nicht feststellungsmäßig gesicherten Fallgestaltungen Stellung zu nehmen (RS0088931 [T3]). Es ist somit derzeit auf die Frage, ob ein Verstoß gegen das Privilegierungsverbot der §§ 115 ff ArbVG vorliegt und ob der Beklagte

einen allfälligen Überbezug gutgläubig verbraucht hat, nicht näher einzugehen. [17] Dazu ist voranzustellen, dass der Oberste Gerichtshof nicht verpflichtet ist zu bloß unter Umständen möglichen, aber noch nicht feststellungsmäßig gesicherten Fallgestaltungen Stellung zu nehmen (RS0088931 [T3]). Es ist somit derzeit auf die Frage, ob ein Verstoß gegen das Privilegierungsverbot der Paragraphen 115, ff ArbVG vorliegt und ob der Beklagte einen allfälligen Überbezug gutgläubig verbraucht hat, nicht näher einzugehen.

[18] Im Übrigen kann, wenn das Berufungsgericht der Ansicht ist, dass der Sachverhalt in der von ihm dargestellten Richtung noch nicht genügend geklärt ist, der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, dem nicht entgegentreten (RS0042179; insb [T20]). Zweck des Rekurses ist nur die Überprüfung der Rechtsansicht der zweiten Instanz durch den Obersten Gerichtshof; ist die dem Aufhebungsbeschluss zugrunde liegende Rechtsansicht richtig, kann der Oberste Gerichtshof nicht überprüfen, ob die Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist (RS0042179 [T17, T22, T23]).

[19] Für den Fall, dass sich im weiteren Verfahren tatsächlich ein Verstoß gegen das Privilegierungsverbot herausstellen sollte, ist zur Frage der Rückforderbarkeit von nach § 115 ArbVG zu viel Bezahltem nach der derzeitigen Aktenlage Folgendes auszuführen: [19] Für den Fall, dass sich im weiteren Verfahren tatsächlich ein Verstoß gegen das Privilegierungsverbot herausstellen sollte, ist zur Frage der Rückforderbarkeit von nach Paragraph 115, ArbVG zu viel Bezahltem nach der derzeitigen Aktenlage Folgendes auszuführen:

I. Zum Benachteiligungs- und Privilegierungsverbot römisch eins. Zum Benachteiligungs- und Privilegierungsverbot

[20] 1.1. Gemäß § 115 Abs 1 ArbVG ist das Mandat des Betriebsratsmitglieds ein Ehrenamt, das – soweit nicht anderes bestimmt wird – neben den Berufspflichten auszuüben ist. Die Mitglieder des Betriebsrats dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht beschränkt und wegen dieser, insbesondere hinsichtlich des Entgelts, der Aufstiegsmöglichkeiten und betrieblicher Schulungs- und Umschulungsmaßnahmen, nicht benachteiligt werden. Durch das Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot des § 115 Abs 1 ArbVG soll einerseits verhindert werden, dass der Betriebsinhaber Mitglieder des Betriebsrats in der Ausübung ihrer Tätigkeit einschränkt und damit die Interessenvertretungsaufgabe erschwert oder unmöglich macht. Andererseits wird dem Betriebsinhaber untersagt, jene Arbeitnehmer, die ein Betriebsratsmandat haben, hinsichtlich ihrer Arbeitsbedingungen zu benachteiligen, um sie dadurch für ihr Eintreten für die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebs zu „bestrafen“ bzw andere Arbeitnehmer davon abzuhalten, in Hinkunft die Aufgaben eines Betriebsratsmitglieds zu übernehmen (9 ObA 53/24w Rz 20; Schneller in Gahleitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht6 § 115 ArbVG, Rz 29; vgl auch Köck, „Fiktive Karriere“ und andere Sonderprobleme der dauernden Freistellung von Betriebsratsmitgliedern, ZAS 2020/35, 210 [211]). [20] 1.1. Gemäß Paragraph 115, Absatz eins, ArbVG ist das Mandat des Betriebsratsmitglieds ein Ehrenamt, das – soweit nicht anderes bestimmt wird – neben den Berufspflichten auszuüben ist. Die Mitglieder des Betriebsrats dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht beschränkt und wegen dieser, insbesondere hinsichtlich des Entgelts, der Aufstiegsmöglichkeiten und betrieblicher Schulungs- und Umschulungsmaßnahmen, nicht benachteiligt werden. Durch das Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot des Paragraph 115, Absatz eins, ArbVG soll einerseits verhindert werden, dass der Betriebsinhaber Mitglieder des Betriebsrats in der Ausübung ihrer Tätigkeit einschränkt und damit die Interessenvertretungsaufgabe erschwert oder unmöglich macht. Andererseits wird dem Betriebsinhaber untersagt, jene Arbeitnehmer, die ein Betriebsratsmandat haben, hinsichtlich ihrer Arbeitsbedingungen zu benachteiligen, um sie dadurch für ihr Eintreten für die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebs zu „bestrafen“ bzw andere Arbeitnehmer davon abzuhalten, in Hinkunft die Aufgaben eines Betriebsratsmitglieds zu übernehmen (9 ObA 53/24w Rz 20; Schneller in Gahleitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht6 Paragraph 115, ArbVG, Rz 29; vergleiche auch Köck, „Fiktive Karriere“ und andere Sonderprobleme der dauernden Freistellung von Betriebsratsmitgliedern, ZAS 2020/35, 210 [211]).

[21] 1.2. Das Betriebsratsmitglied darf aber aus dem Mandat auch keinen Vorteil ziehen („Privilegierungsverbot“; vgl RS0051303, RS0051326). Das Gebot der Ehrenamtlichkeit soll einerseits den Anschein der Käuflichkeit der Betriebsratsmitglieder und deren Entfremdung von der Belegschaft vermeiden; andererseits sichert es die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder (Resch in Jabornegg/Resch/Födermayr, ArbVG § 115 Rz 11 ff [Stand: 1. 4. 2021, rdb.at]). Schutzobjekt der Ehrenamtlichkeit ist die Belegschaft und ihr Anspruch auf eine vom Betriebsinhaber unbeeinflusste Interessenvertretung (9 ObA 133/12t Punkt 1.2). [21] 1.2. Das Betriebsratsmitglied darf aber aus dem Mandat auch keinen Vorteil ziehen („Privilegierungsverbot“; vergleiche RS0051303, RS0051326). Das Gebot der Ehrenamtlichkeit soll einerseits den Anschein der Käuflichkeit der Betriebsratsmitglieder und deren

Entfremdung von der Belegschaft vermeiden; andererseits sichert es die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder (Resch in Jabornegg/Resch/Födermayr, ArbVG Paragraph 115, Rz 11 ff [Stand: 1. 4. 2021, rdb.at]). Schutzobjekt der Ehrenamtlichkeit ist die Belegschaft und ihr Anspruch auf eine vom Betriebsinhaber unbeeinflusste Interessenvertretung (9 ObA 133/12t Punkt 1.2).

[22] 1.3.1. Gemäß § 117 Abs 1 ArbVG ist den freigestellten Betriebsratsmitgliedern das Entgelt fortzuzahlen. Die Höhe dieses Entgelts richtet sich danach, was das Betriebsratsmitglied verdient hätte, wenn es während dieser Zeit gearbeitet hätte. Es gilt daher das Ausfallsprinzip. Zu ersetzen ist nur der mutmaßliche Verdienst. Dieser umfasst das, was der betreffende Arbeitnehmer, hätte er nicht eine die Freistellung erfordernde Betriebsratsfunktion bekleidet, nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge – also mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – weiterhin bezogen hätte (9 ObA 53/24w Rz 22; 9 ObA 10/21t Rz 5; 9 ObA 1/91; Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 § 117 ArbVG Rz 21; Resch in Jabornegg/Resch/Födermayr, ArbVG § 117 Rz 45). [22] 1.3.1. Gemäß Paragraph 117, Absatz eins, ArbVG ist den freigestellten Betriebsratsmitgliedern das Entgelt fortzuzahlen. Die Höhe dieses Entgelts richtet sich danach, was das Betriebsratsmitglied verdient hätte, wenn es während dieser Zeit gearbeitet hätte. Es gilt daher das Ausfallsprinzip. Zu ersetzen ist nur der mutmaßliche Verdienst. Dieser umfasst das, was der betreffende Arbeitnehmer, hätte er nicht eine die Freistellung erfordernde Betriebsratsfunktion bekleidet, nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge – also mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – weiterhin bezogen hätte (9 ObA 53/24w Rz 22; 9 ObA 10/21t Rz 5; 9 ObA 1/91; Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 Paragraph 117, ArbVG Rz 21; Resch in Jabornegg/Resch/Födermayr, ArbVG Paragraph 117, Rz 45).

[23] 1.3.2. Dieses Prinzip gilt auch für die Ermittlung des mutmaßlichen Verdienstes eines länger freigestellten Betriebsratsmitglieds und dessen festzustellender mutmaßlicher betrieblicher Karriere bei länger andauernder Freistellung. Der Karriereverlauf ist anhand von Arbeitnehmern, die mit dem Betriebsratsmitglied vor dessen Freistellung weitgehend vergleichbar waren, zu fingieren. Auch der fiktive Karriereverlauf muss überwiegend wahrscheinlich sein, also einer typischerweise verlaufenden betrieblichen „Durchschnittskarriere“ entsprechen. Vergleichsgruppe sind daher nicht andere freigestellte Betriebsräte, sondern Arbeitnehmer ohne Freistellung. Verglichen wird mit dem durchschnittlichen Karriereverlauf von Nichtbetriebsratsmitgliedern. Dies entspricht dem Beschränkungs- und Benachteiligungs- wie dem Privilegierungsverbot. Betriebsratsmitglieder dürfen hinsichtlich des Entgelts und der Aufstiegsmöglichkeiten nicht benachteiligt werden. Andererseits ist aber auch eine höhere bzw günstigere Entgeltfortzahlung für die Betriebsratstätigkeit im Hinblick darauf unzulässig, dass die Zuwendung jeglicher materieller Vorteile aus dem Anlass der Betriebsratstätigkeit rechtswidrig ist (zuletzt 9 ObA 53/24w Rz 23 f mwN).

II. Zur Frage der Rückforderbarkeit von gegen das Privilegierungsverbot verstoßende Entgeltzahlungerrömisch zwei. Zur Frage der Rückforderbarkeit von gegen das Privilegierungsverbot verstoßende Entgeltzahlungen

[24] 1. Der Oberste Gerichtshof nahm bereits mehrmals zur absolut zwingenden Wirkung der betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen und der Unzulässigkeit von davon abweichenden einzelvertraglichen Vereinbarungen Stellung:

[25] 1.1. So sprach der Oberste Gerichtshof bereits im Jahr 1991 unter Bezugnahme auf einen Beitrag von Jabornegg (Zur Finanzierung der Betriebsratstätigkeit am Beispiel der Reisekosten, FS Floretta 527 [535 ff]) aus, dass die betriebsverfassungsrechtlichen Normen über die Tragung des Sachaufwands (§§ 72, 84 ArbVG) absolut zwingend sind, sodass auch eine einzelvertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung als unzulässig und nichtig angesehen werden muss. Soweit dennoch abweichende Vereinbarungen getroffen werden oder sich eine entsprechende faktische Übung eingebürgert hat, die im Sinne rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen gedeutet werden könnte, handelt es sich um ungültige Regelungen, die wegen Verstoßes gegen ein absolut zwingendes Gesetz keine Verpflichtungswirkung haben können, wenn auch der Betriebsinhaber derartige Leistungen nicht mehr zurückfordern kann (9 ObA 133/91 = RS0051078). [25] 1.1. So sprach der Oberste Gerichtshof bereits im Jahr 1991 unter Bezugnahme auf einen Beitrag von Jabornegg (Zur Finanzierung der Betriebsratstätigkeit am Beispiel der Reisekosten, FS Floretta 527 [535 ff]) aus, dass die betriebsverfassungsrechtlichen Normen über die Tragung des Sachaufwands (Paragraphen 72, 84, ArbVG) absolut zwingend sind, sodass auch eine einzelvertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung als unzulässig und nichtig angesehen werden muss. Soweit dennoch abweichende Vereinbarungen getroffen werden oder sich eine entsprechende faktische Übung eingebürgert hat, die im Sinne rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen gedeutet werden könnte, handelt es sich um ungültige Regelungen, die wegen Verstoßes gegen ein absolut zwingendes Gesetz keine Verpflichtungswirkung haben können, wenn auch der Betriebsinhaber derartige Leistungen nicht mehr zurückfordern

kann (9 ObA 133/91 = RS0051078).

[26] 1.2. Diese Rechtsansicht wurde hinsichtlich einer gewährten Funktionszulage in der kurz darauf ergangenen Entscheidung 9 ObA 227/91 (= RS0051303 [T1]) fortgeschrieben.

[27] 1.3. In der Entscheidung 9 ObA 133/12t bekräftigte der Oberste Gerichtshof seine Rechtsansicht und führte aus, dass ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Gebot verstößt, gemäß § 879 Abs 1 ABGB nichtig ist und nach ständiger Rechtsprechung Nichtigkeit infolge Gesetzeswidrigkeit dann anzunehmen ist, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich normiert wird oder der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäfts verlangt (RS0016837; RS0016840). Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute (9 ObA 133/12t Punkt 1.3; RS0016432 [T1]). Auch eine den Schutzzweck der §§ 115 bis 117 ArbVG beeinträchtigende Vereinbarung ist absolut nichtig (9 ObA 133/12t = RS0016432 [T13]). Auf die Nichtigkeit kann sich auch der Vertragspartner berufen, der diese bei Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre (RS0016432 [T2, T15]). Der Kläger könne daher aus einer Vereinbarung über im Sinn des § 115 ArbVG ungebührliche Sonderrechte als Betriebsratsmitglied keine Rechte ableiten, diese würden zu einem vom Gesetz verpönten Eingriff in die zwingende Regelung der Ehrenamtlichkeit der Betriebsratsmitglieder nach § 115 ArbVG führen. Auch könne er einen solchen Anspruch auch nicht aufgrund jahrelanger Übung infolge absoluter Nichtigkeit der Vereinbarung erwerben. Der Arbeitgeber sei daher berechtigt, die dem Kläger nicht gebührende Freistellung zu beenden (9 ObA 133/12t Punkt 2.; vgl auch RS0051326). [27] 1.3. In der Entscheidung 9 ObA 133/12t bekräftigte der Oberste Gerichtshof seine Rechtsansicht und führte aus, dass ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Gebot verstößt, gemäß Paragraph 879, Absatz eins, ABGB nichtig ist und nach ständiger Rechtsprechung Nichtigkeit infolge Gesetzeswidrigkeit dann anzunehmen ist, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich normiert wird oder der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäfts verlangt (RS0016837; RS0016840). Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute (9 ObA 133/12t Punkt 1.3; RS0016432 [T1]). Auch eine den Schutzzweck der Paragraphen 115 bis 117 ArbVG beeinträchtigende Vereinbarung ist absolut nichtig (9 ObA 133/12t = RS0016432 [T13]). Auf die Nichtigkeit kann sich auch der Vertragspartner berufen, der diese bei Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre (RS0016432 [T2, T15]). Der Kläger könne daher aus einer Vereinbarung über im Sinn des Paragraph 115, ArbVG ungebührliche Sonderrechte als Betriebsratsmitglied keine Rechte ableiten, diese würden zu einem vom Gesetz verpönten Eingriff in die zwingende Regelung der Ehrenamtlichkeit der Betriebsratsmitglieder nach Paragraph 115, ArbVG führen. Auch könne er einen solchen Anspruch auch nicht aufgrund jahrelanger Übung infolge absoluter Nichtigkeit der Vereinbarung erwerben. Der Arbeitgeber sei daher berechtigt, die dem Kläger nicht gebührende Freistellung zu beenden (9 ObA 133/12t Punkt 2.; vergleiche auch RS0051326).

[28] 2. Der Oberste Gerichtshof hatte aber noch nicht Stellung dazu zu nehmen, ob gegen das Privilegierungsverbot verstoßende Entgeltzahlungen auch rückwirkend zurückgefordert werden können.

[29] 2.1. Dazu wurde in der Literatur wie folgt Stellung genommen:

[30] Jabornegg (in FS Floretta 527 [535 f]) qualifiziert die betriebsverfassungsrechtlichen Normen über die Tragung des Sachaufwands (§§ 72, 84 ArbVG) als absolut zwingend, sodass auch eine einzelvertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung als unzulässig und nichtig angesehen werden müsse. Der Betriebsinhaber könne daher jederzeit seine Leistungen, nämlich die Finanzierung von Reisekosten der Betriebsratsmitglieder durch den Betriebsinhaber, auf das gesetzliche Maß herabsetzen. Dennoch erbrachte derartige Leistungen seien aber nicht mehr rückforderbar (s FN 19). [30] Jabornegg (in FS Floretta 527 [535 f]) qualifiziert die betriebsverfassungsrechtlichen Normen über die Tragung des Sachaufwands (Paragraphen 72, 84, ArbVG) als absolut zwingend, sodass auch eine einzelvertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung als unzulässig und nichtig angesehen werden müsse. Der Betriebsinhaber könne daher jederzeit seine Leistungen, nämlich die Finanzierung von Reisekosten der Betriebsratsmitglieder durch den Betriebsinhaber, auf das gesetzliche Maß herabsetzen. Dennoch erbrachte derartige Leistungen seien aber nicht mehr rückforderbar (s FN 19).

[31] Nach Resch (in Jabornegg/Resch/Födermayr, ArbVG § 115 Rz 32) kommt mangels gutgläubigen Verbrauchs grundsätzlich eine bereicherungsrechtliche Rückforderung nach § 1435 ABGB in Betracht, dies auch im Fall einer bestehenden einzelvertraglichen Rechtsgrundlage. Diese sei wohl ex tunc nichtig, wobei er von seiner zuvor

vertretenen Meinung (ZAS 1992/16), wonach diese ex nunc nichtig sei, abrückte. Es würde gerade der Normzweck des § 115 ArbVG vereitelt, würde man eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bereits a priori verneinen. Das gleichsam „gekaufte“ Betriebsratsmitglied könnte sich letztlich darauf verlassen, das unerlaubt Erhaltene rechtmäßig behalten zu können. Vorrangiges Schutzobjekt des Gesetzgebers sei die Belegschaft; nicht der Betriebsinhaber oder das einzelne Betriebsratsmitglied. Nach Ansicht von Resch könne die Belegschaft, vertreten durch den Betriebsrat, vom Betriebsinhaber sogar verlangen, dass dieser derartige verbotene Begünstigungen rückabwickle. [31] Nach Resch (in Jabornegg/Resch/Födermayr, ArbVG Paragraph 115, Rz 32) kommt mangels gutgläubigen Verbrauchs grundsätzlich eine bereicherungsrechtliche Rückforderung nach Paragraph 1435, ABGB in Betracht, dies auch im Fall einer bestehenden einzelvertraglichen Rechtsgrundlage. Diese sei wohl ex tunc nichtig, wobei er von seiner zuvor vertretenen Meinung (ZAS 1992/16), wonach diese ex nunc nichtig sei, abrückte. Es würde gerade der Normzweck des Paragraph 115, ArbVG vereitelt, würde man eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bereits a priori verneinen. Das gleichsam „gekaufte“ Betriebsratsmitglied könnte sich letztlich darauf verlassen, das unerlaubt Erhaltene rechtmäßig behalten zu können. Vorrangiges Schutzobjekt des Gesetzgebers sei die Belegschaft; nicht der Betriebsinhaber oder das einzelne Betriebsratsmitglied. Nach Ansicht von Resch könne die Belegschaft, vertreten durch den Betriebsrat, vom Betriebsinhaber sogar verlangen, dass dieser derartige verbotene Begünstigungen rückabwickle.

[32] Kietaihl (Grundfragen der Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsmandats, ZAS 2020/34) schließt sich weitgehend der Position Reschs an und bejaht angesichts des Normzwecks des Privilegierungsverbots und der absoluten Nichtigkeit widersprechender Vereinbarungen eine Rückforderung für die Vergangenheit, betont aber auch, dass im Einzelfall die Rückforderung nach den allgemeinen Grundsätzen über den gutgläubigen Verbrauch beschränkt sein könne. Nach Kietaihl sind die Ausführungen Jaborneggs dahingehend zu verstehen, dass er – da er sich in seinem Beitrag damit befasst, dass der Betriebsinhaber freiwillig die Reisekosten für die Betriebsratstätigkeit trägt, obwohl er nach dem Gesetz nur zur Sachmittelbeistellung verpflichtet wäre (§ 72 ArbVG) – nur in dieser speziellen Konstellation eine bereicherungsrechtliche Rückforderung ablehne, weil die Übernahme der Reisekosten als solche nicht verboten sei und als schlüssige Zuwendung an den Betriebsratsfonds zur Tragung des Geschäftsführungsaufwands gedeutet werden könne. Für Verstöße gegen das Privilegierungsverbot, wie insbesondere bei überhöhten Zahlungen, komme eine solche Deutung hingegen nicht in Betracht, weil darauf abzielende Abreden weder ausdrücklich noch schlüssig wirksam seien und daher keine Rechtsgrundlage für die Zahlung bestehen könne. Für diese Fälle gibt es nach Kietaihl dann aber auch keinen Grund, die bereicherungsrechtliche Rückforderung dem Grunde nach auszuschließen. [32] Kietaihl (Grundfragen der Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsmandats, ZAS 2020/34) schließt sich weitgehend der Position Reschs an und bejaht angesichts des Normzwecks des Privilegierungsverbots und der absoluten Nichtigkeit widersprechender Vereinbarungen eine Rückforderung für die Vergangenheit, betont aber auch, dass im Einzelfall die Rückforderung nach den allgemeinen Grundsätzen über den gutgläubigen Verbrauch beschränkt sein könne. Nach Kietaihl sind die Ausführungen Jaborneggs dahingehend zu verstehen, dass er – da er sich in seinem Beitrag damit befasst, dass der Betriebsinhaber freiwillig die Reisekosten für die Betriebsratstätigkeit trägt, obwohl er nach dem Gesetz nur zur Sachmittelbeistellung verpflichtet wäre (Paragraph 72, ArbVG) – nur in dieser speziellen Konstellation eine bereicherungsrechtliche Rückforderung ablehne, weil die Übernahme der Reisekosten als solche nicht verboten sei und als schlüssige Zuwendung an den Betriebsratsfonds zur Tragung des Geschäftsführungsaufwands gedeutet werden könne. Für Verstöße gegen das Privilegierungsverbot, wie insbesondere bei überhöhten Zahlungen, komme eine solche Deutung hingegen nicht in Betracht, weil darauf abzielende Abreden weder ausdrücklich noch schlüssig wirksam seien und daher keine Rechtsgrundlage für die Zahlung bestehen könne. Für diese Fälle gibt es nach Kietaihl dann aber auch keinen Grund, die bereicherungsrechtliche Rückforderung dem Grunde nach auszuschließen.

[33] Auch Andexlinger (DRdA 1991, 460) und Holzer (DRdA 2003/22, 261 [265]) vertreten die Ansicht, dass die Kondition der in der Vergangenheit erbrachten unzulässigen Leistungen möglich sei, sofern kein gutgläubiger Verbrauch stattgefunden habe.

[3 4] Mathy (Die Behandlung unzulässiger Zuwendungen des Betriebsinhabers an das Betriebsratsmitglied – Leistungskondition des Betriebsinhabers oder Herausgabeanspruch des Betriebsratsfonds? in Felten/Trost, 50 Jahre Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Johannes Kepler Universität Linz [2017] 51 ff) behandelt die Frage, welche Rechtsgrundlagen für eine Rückforderung zur Anwendung gelangen können und kommt im Ergebnis dazu, dass dem Betriebsratsfonds ein Herausgabeanspruch der unzulässigen Zuwendungen gestützt auf die zum Teil unmittelbar, zum

Teil analoge Anwendung des § 1009 Satz 1 ABGB einzuräumen sei. [34] Mathy (Die Behandlung unzulässiger Zuwendungen des Betriebsinhabers an das Betriebsratsmitglied – Leistungskondition des Betriebsinhabers oder Herausgabeanspruch des Betriebsratsfonds? in Felten/Trost, 50 Jahre Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Johannes Kepler Universität Linz [2017] 51 ff) behandelt die Frage, welche Rechtsgrundlagen für eine Rückforderung zur Anwendung gelangen können und kommt im Ergebnis dazu, dass dem Betriebsratsfonds ein Herausgabeanspruch der unzulässigen Zuwendungen gestützt auf die zum Teil unmittelbar, zum Teil analoge Anwendung des Paragraph 1009, Satz 1 ABGB einzuräumen sei.

[35] Schneller (in Gahleitner/Mosler, ArbVR 36 § 115 Rz 7) führt gegen die Rückforderung unzulässiger Zuwendungen bei bloß geringfügiger Besserstellung die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Betriebsratsmitglieds als Arbeitnehmer an; aus 9 ObA 133/12t sei die Möglichkeit einer ex tunc wirkenden Klage gemäß § 1431 ABGB herauszulesen. [35] Schneller (in Gahleitner/Mosler, ArbVR 36 Paragraph 115, Rz 7) führt gegen die Rückforderung unzulässiger Zuwendungen bei bloß geringfügiger Besserstellung die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Betriebsratsmitglieds als Arbeitnehmer an; aus 9 ObA 133/12t sei die Möglichkeit einer ex tunc wirkenden Klage gemäß Paragraph 1431, ABGB herauszulesen.

[3 6] Reissner (Ausgewählte Fragen zur Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern, inWachter/Burger, Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013, 131 [160 ff]) erwägt neben dem Bereicherungsanspruch der *condictio indebiti* eine Aufrechnung gegen Ansprüche des Arbeitnehmers.

[37] Marhold/Friedrich (Österreichisches Arbeitsrecht³ [2016] 651) und Klug (Die Grundsätze der Mandatsausübung des Betriebsrates [2001] 44) versagen hingegen dem Betriebsinhaber die Rückforderung mit dem Argument, dass typischerweise keine irrtümliche Leistung vorliegt.

[38] Auch Mosler (ZellKomm3 § 115 ArbVG Rz 12) geht unter Verweis auf 9 ObA 133/91 davon aus, dass Begünstigungen eines Betriebsratsmitglieds vom Betriebsinhaber nicht zurückgefordert werden können. Mosler differenziert allerdings in einer jüngeren Publikation (Wie weit reicht das Privilegierungsverbot für Betriebsratsmitglieder? in: Arbeits- und Sozialrecht als Haltung, FS Klein [2024], 171 [180]): In vielen Fällen werde es um eine falsche Berechnung bzw (zu) großzügige Entgeltfortzahlung gehen. Der Normzweck verlange in solchen Fällen zwar die Einstellung der Begünstigungen für die Zukunft, nicht aber die Rückabwicklung. In gravierenden Fällen, wenn insbesondere aufgrund der Höhe des zu viel bezahlten Entgelts eine Beeinträchtigung der Gegnerunabhängigkeit naheliege, spreche tatsächlich der Schutzzweck des § 116 bzw § 117 Abs 1 ArbVG dagegen, dass das betroffene Betriebsratsmitglied die Überzahlung endgültig behalten dürfe. Allerdings sei zu bedenken, dass die Vorteilsverschaffung vom Betriebsinhaber ausgehe und es nicht einsichtig sei, dass dieser sich trotz Rechtswidrigkeit seines Verhaltens auf die Rechtsunwirksamkeit berufen können solle. In solchen Konstellationen spreche viel dafür, dem Betriebsratsfonds einen Anspruch auf Herausgabe der unzulässigen Zuwendungen einzuräumen. [38] Auch Mosler (ZellKomm3 Paragraph 115, ArbVG Rz 12) geht unter Verweis auf 9 ObA 133/91 davon aus, dass Begünstigungen eines Betriebsratsmitglieds vom Betriebsinhaber nicht zurückgefordert werden können. Mosler differenziert allerdings in einer jüngeren Publikation (Wie weit reicht das Privilegierungsverbot für Betriebsratsmitglieder? in: Arbeits- und Sozialrecht als Haltung, FS Klein [2024], 171 [180]): In vielen Fällen werde es um eine falsche Berechnung bzw (zu) großzügige Entgeltfortzahlung gehen. Der Normzweck verlange in solchen Fällen zwar die Einstellung der Begünstigungen für die Zukunft, nicht aber die Rückabwicklung. In gravierenden Fällen, wenn insbesondere aufgrund der Höhe des zu viel bezahlten Entgelts eine Beeinträchtigung der Gegnerunabhängigkeit naheliege, spreche tatsächlich der Schutzzweck des Paragraph 116, bzw Paragraph 117, Absatz eins, ArbVG dagegen, dass das betroffene Betriebsratsmitglied die Überzahlung endgültig behalten dürfe. Allerdings sei zu bedenken, dass die Vorteilsverschaffung vom Betriebsinhaber ausgehe und es nicht einsichtig sei, dass dieser sich trotz Rechtswidrigkeit seines Verhaltens auf die Rechtsunwirksamkeit berufen können solle. In solchen Konstellationen spreche viel dafür, dem Betriebsratsfonds einen Anspruch auf Herausgabe der unzulässigen Zuwendungen einzuräumen.

[39] 2.2. Der Senat vertritt die Rechtsansicht, dass gegen das Privilegierungsverbot verstoßende gewährte Leistungen aus folgenden Gründen vom Betriebsinhaber nicht nur pro futuro eingestellt, sondern auch für in der Vergangenheit geleistete Zahlungen zurückgefordert werden können:

[40] 2.2.1. Die Kondiktion bei verbotenen und sittenwidrigen Verträgen (§ 879 ABGB) erfolgt nach § 877 ABGB. Die

Nichtigkeit des Vertrags führt dazu, dass die Causa für die Vermögensverschiebung wegfällt, was grundsätzlich zur Rückabwicklung des nichtigen Rechtsgeschäfts gemäß § 877 ABGB führt (RS0016325 [T11]; 9 Ob 40/18z, 4 Ob 10/19b je mwN). Die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nach § 877 ABGB entsprechen jenen der §§ 1431 und 1437 ABGB (8 Ob 130/07m; RS0016325 [T10]; Bollenberger/Bydlinski in KBB7 § 877 ABGB Rz 3). [40] 2.2.1. Die Kondiktion bei verbotenen und sittenwidrigen Verträgen (Paragraph 879, ABGB) erfolgt nach Paragraph 877, ABGB. Die Nichtigkeit des Vertrags führt dazu, dass die Causa für die Vermögensverschiebung wegfällt, was grundsätzlich zur Rückabwicklung des nichtigen Rechtsgeschäfts gemäß Paragraph 877, ABGB führt (RS0016325 [T11]; 9 Ob 40/18z, 4 Ob 10/19b je mwN). Die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nach Paragraph 877, ABGB entsprechen jenen der Paragraphen 1431 und 1437 ABGB (8 Ob 130/07m; RS0016325 [T10]; Bollenberger/Bydlinski in KBB7 Paragraph 877, ABGB Rz 3).

[41] 2.2.2. Nach Lehre und Rechtsprechung ist für die Rückabwicklung aber auch der Verbotszweck zu beachten: Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Leistungen aus einem gemäß § 879 ABGB nichtigen Rechtsgeschäft ist auf den Zweck der verletzten Norm, die die Ungültigkeit des Geschäfts bewirkt, Bedacht zu nehmen (RS0016325). Will das Verbotsgesetz nur die Entstehung durchsetzbarer Verpflichtungen verhindern, ohne eine tatsächlich vorgenommene Vermögensverschiebung zu missbilligen, so begründet die Nichtigkeit für sich allein keinen Rückforderungsanspruch (RS0016325 [T2]; siehe auch Bollenberger/Bydlinski in KBB7 § 877 ABGB Rz 2; Pletzer in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.03, § 877 Rz 6 mwN; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4, § 877 Rz 2 mwN). Ob das aufgrund eines nichtigen Vertrags Erhaltene zurückzugeben ist, entscheidet daher der Zweck der verletzten Norm (RS0016325 [T7; T11]). [41] 2.2.2. Nach Lehre und Rechtsprechung ist für die Rückabwicklung aber auch der Verbotszweck zu beachten: Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Leistungen aus einem gemäß Paragraph 879, ABGB nichtigen Rechtsgeschäft ist auf den Zweck der verletzten Norm, die die Ungültigkeit des Geschäfts bewirkt, Bedacht zu nehmen (RS0016325). Will das Verbotsgesetz nur die Entstehung durchsetzbarer Verpflichtungen verhindern, ohne eine tatsächlich vorgenommene Vermögensverschiebung zu missbilligen, so begründet die Nichtigkeit für sich allein keinen Rückforderungsanspruch (RS0016325 [T2]; siehe auch Bollenberger/Bydlinski in KBB7 Paragraph 877, ABGB Rz 2; Pletzer in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.03, Paragraph 877, Rz 6 mwN; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4, Paragraph 877, Rz 2 mwN). Ob das aufgrund eines nichtigen Vertrags Erhaltene zurückzugeben ist, entscheidet daher der Zweck der verletzten Norm (RS0016325 [T7; T11]).

[42] 2.2.3. Wie bereits ausgeführt, soll das Gebot der Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsmandats einerseits den Anschein der Käuflichkeit der Betriebsratsmitglieder und andererseits die Entfremdung von der Belegschaft vermeiden; zudem sichert es die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder. Schutzobjekt der Ehrenamtlichkeit ist die Belegschaft und ihr Anspruch auf eine vom Betriebsinhaber unbeeinflusste Interessenvertretung (9 ObA 133/12t Punkt 1.2). Es würde der Schutzzweck der Bestimmungen über das Privilegierungsverbot aber gerade dadurch unterlaufen werden, wenn zu viel bezahltes Entgelt nicht zurückgefordert werden könnte. Auf die Nichtigkeit kann sich auch der Vertragspartner berufen, der diese bei Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre (RS0016432 [T2; T15]; vgl auch 8 Ob 28/14x Pkt 3.; Bollenberger/Bydlinski in KBB7 § 879 ABGB Rz 27 mwN; Krejci in Rummel/Lukas, ABGB4 § 879 Rz 513; Graf in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.06 § 879 Rz 5; Riedler in Schwimann/Kodek ABGB5 V, § 879 Rz 46). [42] 2.2.3. Wie bereits ausgeführt, soll das Gebot der Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsmandats einerseits den Anschein der Käuflichkeit der Betriebsratsmitglieder und andererseits die Entfremdung von der Belegschaft vermeiden; zudem sichert es die Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder. Schutzobjekt der Ehrenamtlichkeit ist die Belegschaft und ihr Anspruch auf eine vom Betriebsinhaber unbeeinflusste Interessenvertretung (9 ObA 133/12t Punkt 1.2). Es würde der Schutzzweck der Bestimmungen über das Privilegierungsverbot aber gerade dadurch unterlaufen werden, wenn zu viel bezahltes Entgelt nicht zurückgefordert werden könnte. Auf die Nichtigkeit kann sich auch der Vertragspartner berufen, der diese bei Vertragsabschluss gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre (RS0016432 [T2; T15]; vergleiche auch 8 Ob 28/14x Pkt 3.; Bollenberger/Bydlinski in KBB7 Paragraph 879, ABGB Rz 27 mwN; Krejci in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 879, Rz 513; Graf in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.06 Paragraph 879, Rz 5; Riedler in Schwimann/Kodek ABGB5 römisch fünf, Paragraph 879, Rz 46).

[43] Wie Resch (in Jabornegg/Resch/Födermayr, ArbVG § 115 Rz 32) richtig anmerkt, geht es dabei auch gar nicht vorrangig um den Schutz des Betriebsinhabers oder des einzelnen Betriebsratsmitglieds, sondern um die Belegschaft als das vorrangige Schutzobjekt des Gesetzgebers. Eine Rückforderbarkeit besteht aber aufgrund der Rückabwicklung

des absolut nichtigen Rechtsgeschäfts lediglich zwischen den beiden Vertragspartnern. [43] Wie Resch (in Jabornegg/Resch/Födermayr, ArbVG Paragraph 115, Rz 32) richtig anmerkt, geht es dabei auch gar nicht vorrangig um den Schutz des Betriebsinhabers oder des einzelnen Betriebsratsmitglieds, sondern um die Belegschaft als das vorrangige Schutzobjekt des Gesetzgebers. Eine Rückforderbarkeit besteht aber aufgrund der Rückabwicklung des absolut nichtigen Rechtsgeschäfts lediglich zwischen den beiden Vertragspartnern.

[44] 2.2.4. Der Fall, dass beide Vertragsparteien über einen fiktiven Karriereverlauf irren, liegt nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht vor. Ob in einem solchen Fall aufgrund des Schutzzwecks eine absolute Nichtigkeit ex tunc vorläge, kann dahingestellt bleiben.

[45] 2.2.5. Den Ausführungen des Rekurses, wonach die Bejahung einer Rückforderung gerade zu einer beeinflussbaren und keinesfalls unabhängig agierenden Belegschaftsvertretung führe, weil diese (mit Ausnahme eines kollusiven Verhaltens) befürchten müsse, erhaltenes Entgelt zurückzahlen zu müssen, ist zu entgegnen, dass die Frage der Rückforderbarkeit als Folge einer absoluten Nichtigkeit von der Frage des gutgläubigen Verbrauchs zu trennen ist. Schutzzweck des § 115 ArbVG ist zudem nicht nur, dass der Betriebsinhaber sich „seinen“ Betriebsrat nicht „erkaufen“ können soll, sondern auch die Verhinderung der Entfremdung von der Belegschaft. [45] 2.2.5. Den Ausführungen des Rekurses, wonach die Bejahung einer Rückforderung gerade zu einer beeinflussbaren und keinesfalls unabhängig agierenden Belegschaftsvertretung führe, weil diese (mit Ausnahme eines kollusiven Verhaltens) befürchten müsse, erhaltenes Entgelt zurückzahlen zu müssen, ist zu entgegnen, dass die Frage der Rückforderbarkeit als Folge einer absoluten Nichtigkeit von der Frage des gutgläubigen Verbrauchs zu trennen ist. Schutzzweck des Paragraph 115, ArbVG ist zudem nicht nur, dass der Betriebsinhaber sich „seinen“ Betriebsrat nicht „erkaufen“ können soll, sondern auch die Verhinderung der Entfremdung von der Belegschaft.

[46] 2.2.6. Der nunmehr im Rekurs erhobene Einwand, wonach eine Rückforderung gegen Treu und Glauben verstoße sowie sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich sei, verstößt gegen das Neuerungsverbot (RS0042025).

[47] III. Da somit grundsätzlich die Möglichkeit einer Rückforderbarkeit von gegen das Privilegierungsverbot verstoßende Zahlungen zu bejahen ist, ist das Verfahren hinsichtlich des fiktiven durchschnittlichen Karriereverlaufs, zu dem das Erstgericht keine Feststellungen getroffen hat, jedenfalls ergänzungsbedürftig. Schon aus diesem Grund hat es bei der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zu bleiben. [47] römisch drei. Da somit grundsätzlich die Möglichkeit einer Rückforderbarkeit von gegen das Privilegierungsverbot verstoßende Zahlungen zu bejahen ist, ist das Verfahren hinsichtlich des fiktiven durchschnittlichen Karriereverlaufs, zu dem das Erstgericht keine Feststellungen getroffen hat, jedenfalls ergänzungsbedürftig. Schon aus diesem Grund hat es bei der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zu bleiben.

[48] IV. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO (RS0036035; RS0035976). [48] römisch vier. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO (RS0036035; RS0035976).

Textnummer

E144103

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2025:009OBA00096.24V.0319.000

Im RIS seit

18.04.2025

Zuletzt aktualisiert am

22.04.2026

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>