

Ausbau der Belegschaftsvertretung im Konzern durch die ArbVG-Novelle 1993

Von RA Dr. Georg Schima, Wien

1. Vorbemerkung

Durch die — in ihren hier interessierenden Teilen — am 1. 7. 1993 in Kraft getretene ArbVG-Novelle 1993¹⁾ erfolgten einige „konzernrelevante“ Neuerungen im österreichischen Betriebsverfassungsrecht²⁾.

Hier soll der diesbezüglich wichtigste Punkt der ArbVG-Novelle 1993 herausgegriffen und einerseits vorgestellt, andererseits auch bereits kritisch beleuchtet werden: Der Ausbau der Belegschaftsvertretung auf Konzernebene von einer „Arbeitsgemeinschaft der Betriebsräte im Konzern“ zu einer „Konzernvertretung“³⁾.

2. Ablöse der „ARGE“ durch die „Konzernvertretung“

2.1. Konzern als Voraussetzung der Errichtung

Der Gesetzgeber der ArbVG-Novelle 1993 hat sich entschlossen, die Neuregelung der Arbeitnehmervertretung auf Konzernebene auch durch eine Umbenennung des entsprechenden Belegschaftsorgans von „Arbeitsgemeinschaft der Betriebsräte (Zentralbetriebsräte)“ in „Konzernvertretung“ zu signalisieren. Ob der Inhalt der Novelle mit der äußeren Form Schritt zu halten vermag, wird unter anderem im folgenden Beitrag zu untersuchen sein.

Der neu gestaltete § 88a Abs 1 ArbVG ordnet an, daß in einem Konzern iS des § 15 AktG bzw des § 115 GmbHG, in dem in mehr als einem Unternehmen Betriebsräte bestehen, eine Konzernvertretung zur Vertretung der gemeinsamen Interessen der in diesem Konzern beschäftigten Arbeitnehmer errichtet werden kann. Der

Gesetzgeber hat daher daran festgehalten, daß das Belegschaftsorgan auf Konzernebene ein „fakultatives“ und kein zwingendes ist, wie auch im neuen § 40 Abs 4 a ArbVG deutlich wird⁴⁾.

An der Anknüpfung an den gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff hat sich durch die ArbVG-Novelle 1993 nichts geändert. Anders als der deutsche Gesetzgeber gestattet der österreichische die Bildung einer Konzernvertretung nicht nur im Unterordnungs-, sondern *auch im Gleichordnungskonzern*⁵⁾.

Erstmals geregelt wurde in § 88a Abs 10 auch die Problematik des „Konzerns im Konzern“⁶⁾. Bestehen in einem Konzern iSd § 15 AktG bzw § 115 GmbHG „Teilkonzerne“, so nehmen gem § 88a Abs 10 ArbVG aus den Teilkonzernen die in diesen errichteten Konzernvertretungen an der Errichtung der Konzernvertretung unter sinngemäßer Anwendung der §§ 88a Abs 1 bis 7 und 9 ArbVG⁷⁾ teil. Der Gesetzgeber des ArbVG hat dadurch

⁴⁾ Vgl EBRV 1078 BlgNR XVIII. GP 13; wenn die Gesetzesmaterialien ausführen, daß ein „Errichtungsbeschluß“ gefaßt werden müßte, weil die Bildung einer Konzernvertretung möglich, aber nicht zwingend sei, so ist diese Aussage mißverständlich bzw wirft die — an dieser Stelle freilich nicht weiter zu vertiefende — Frage auf, welche praktische Relevanz die Unterscheidung zwischen Belegschaftsorganen, die zu errichten sind und solchen die errichtet werden können, eigentlich aufweist. So spricht zwar zB § 40 Abs 4 ArbVG eindeutig davon, daß im gegliederten und zentral verwalteten Unternehmen (uA) ein Zentralbetriebsrat zu bilden ist, doch gibt es genügend derartige Unternehmen, in denen zwar in mehr als einem Betrieb Betriebsräte errichtet sind und ein Zentralbetriebsrat dennoch nicht gebildet ist. Auch bei „zwingenden“ Belegschaftsorganen besteht bekanntlich kein durchsetzbarer Zwang zur Errichtung gegenüber der Belegschaft.

⁵⁾ § 88a Abs 1 ArbVG verweist auf den gesamten § 15 AktG bzw § 115 GmbHG; für die BRD ergibt sich die Beschränkung auf Unterordnungskonzerne durch den in § 54 Abs 1 BetrVG enthaltenen Verweis auf § 18 Abs 1 dAktG, der nur den Unterordnungskonzern regelt: vgl *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*. BetrVG¹⁷⁾ Rz 8 zu § 54 mwN; vgl auch *Marhold*, Konzernmitbestimmung 12 Fn 12.

⁶⁾ Vgl zum Begriff *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht⁴⁾ 80f, die zutreffend betonen, daß es sich dabei primär um ein mitbestimmungsrechtliches und nicht um ein gesellschaftsrechtliches Problem handelt (dazu im folgenden).

⁷⁾ Dazu unten 2.2.

¹⁾ BGBl 1993/460.

²⁾ Zusätzlich wurde durch das BGBl 1993/460 auch das AUG in einem Konzernne betreffenden Punkt geändert und § 1 AUG ein Abs 4 angefügt, der vorsieht, daß § 10 Abs 1, 3 und 4 AUG auch bei der konzerninternen Überlassung iSd § 1 Abs 1 Z 5 AUG anzuwenden ist, „sofern die Überlassung nicht nur vorübergehend erfolgt“.

³⁾ Bei der Darstellung der Belegschaftsvertretung im Konzern wird — man möge es dem Verfasser verzeihen — die durch den neuen § 131f ArbVG eingeführte „Konzernjugendvertretung“ nicht behandelt.

den Begriff des „Teilkonzerns“ erstmals ins österreichische Recht eingeführt, dies aber in einer Art und Weise, die den Eindruck erweckt, als sei dieses Phänomen hierzulande allseits anerkannt und rechtlich einigermaßen exakt umschrieben. Ein Blick in das Schrifttum zeigt freilich das Gegenteil. Es ist kein Zufall, daß in der österreichischen gesellschaftsrechtlichen Diskussion der „Konzern im Konzern“ so gut wie keine Rolle zu spielen scheint⁸⁾, wohingegen das betriebsverfassungsrechtliche Schrifttum sich mit dem Phänomen des „mehrstufigen Konzerns“⁹⁾ schon beschäftigt hat.

In der BRD wird — ohne eine § 88a Abs 10 ArbVG vergleichbare Regelung — weitgehend anerkannt, daß „für den Bereich des BetrVG die Möglichkeit eines Konzerns im Konzern zu bejahen“ ist¹⁰⁾, wohingegen das deutsche gesellschaftsrechtliche Schrifttum dem Phänomen des Konzerns im Konzern nach wie vor sehr kritisch und größtenteils überhaupt ablehnend gegenübersteht¹¹⁾.

In Wahrheit geht es nämlich beim „Konzern im Konzern“ primär darum, ob es in einer Gruppe wirtschaftlich miteinander verbundener Unternehmen dadurch zu einer Verkürzung von Belegschaftsrechten auf Konzernebene kommen kann, daß die Konzernspitze (zB Obergesellschaft) auf die ihr (unmittelbar) nachgeordnete Unternehmen nur teilweise Einfluß nimmt und einem oder mehreren Unternehmen die selbständige Wahrnehmung von Agenden gegenüber dessen/deren nachgeordnete Unternehmen (zB Enkel- oder Urenkelgesellschaften der Konzernspitze) überläßt¹²⁾. Da es Sinn und Zweck einer Konzernvertretung sein muß, die Beteiligung der Konzernbelegschaft an den Entscheidungen der Konzernleitung sicherzustellen¹³⁾, erscheint es an sich konsequent, Konzernvertretungen auch dort errichten zu können, wo ein an sich abhängiges Unternehmen einen wesentlichen eigenen Entscheidungsspielraum gegenüber den ihm nachgeordneten Unternehmen besitzt, weil innerhalb

dieses Entscheidungsspielraumes eine Wahrnehmung der Belegschaftsinteressen gegenüber der (obersten) Konzernspitze naturgemäß nicht sinnvoll ist. Voraussetzung für die (betriebsverfassungsrechtliche, aber auch aufsichtsratsmitbestimmungsrechtliche) Anerkennung eines „Teilkonzerns“ muß jedoch sein, daß der „Konzernspitze des Unterkonzerns“ wesentliche Leitungsaufgaben zur eigenständigen Ausübung, also nicht bloß abgeleitete Befugnisse nach Art einer „Durchgangsstation“¹⁴⁾ übertragen sind und die Unterkonzernspitze diese — nicht an konkrete Weisungen der Oberkonzernspitze gebundene — Entscheidungskompetenz auch tatsächlich ausübt¹⁵⁾.

Der Gesetzgeber der ArbVG-Novelle 1993 hat diese Fragen nicht einmal angeschnitten¹⁶⁾, was aber ratsam gewesen wäre, weil sich die Existenz und Anerkennung von „Teilkonzernen“ nicht zwingend aus dem Wesen des Konzerns ergibt, läßt sich doch durchaus die Auffassung vertreten, „einheitliche Leitung“ und „Beherrschung“ seien etwas Unteilbares^{16a)}.

Da in Österreich relativ viele Konzerntochtergesellschaften mit ausländischen Müttern existieren¹⁷⁾, verdient die Beantwortung der Frage Beachtung, ob bzw wie eine Konzernvertretung bei Konzernen mit Auslandsbeziehung funktioniert. Auch diesbezüglich existiert nunmehr eine — wenn auch recht versteckt plazierte — Regelung: § 113 Abs 5, vorletzter Satz ArbVG bestimmt, daß die Beratungs- und Informationsrechte der Konzernvertretung sich „an die Konzernleitung bzw an die Unternehmensleitung des in Österreich herrschenden Unternehmens“ richten.

Auch wenn dies aus der zitierten Bestimmung nicht ganz klar hervorgeht, wird damit nichts anderes gesagt, als daß eine Konzernvertretung nur für Konzerne errichtet werden kann, deren herrschendes Unternehmen bzw deren einheitliche Leitung sich in Österreich befindet¹⁸⁾. Von der Annahme der Zulässigkeit der Errichtung einer Konzernvertretung in derartigen Fällen auszugehen, dieser aber mangels Vorhandenseins einer inländischen Konzernspitze keine Rechte zuzugestehen, oder solche Rechte gar gegenüber den abhängigen inländischen Unternehmen einzuräumen, wäre mE verfehlt. Im letzteren Fall würde zudem unzulässig und unnötig in die

⁸⁾ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind bei folgenden Autoren keine näheren Ausführungen dazu zu finden: *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht³ 31 ff; *Krejci*, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? GA 10. ÖJT I/1 229 ff; *Doralt*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, ZGR 1991, 252 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 818 ff; *Schiemer*, AktG² Anm 3.1 zu § 15 erwähnt immerhin den Begriff der „mittelbaren“ Abhängigkeit.

⁹⁾ Unter dieser Bezeichnung befaßt sich zB *Löschnigg*, Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat — organisationsrechtliche Probleme des § 110 ArbVG 128 ff mit dem „Konzern im Konzern“ und spricht von der Möglichkeit der Bildung „mehrerer arbeitsverfassungsrechtlicher Konzerne“ (*Löschnigg*, Entsendung 129).

¹⁰⁾ So vorsichtig *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG¹⁷ Rz 21 zu § 54 mwN.

¹¹⁾ Vgl *Koppensteiner*, in KölnKomm AktG² Rz 22 zu § 18 mwN; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht⁴ 80 f; *Semler*, Konzern im Konzern DB 1977, 805 ff, 808 f; *Sonnenschein*, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht 82 ff, insb 93 ff.

¹²⁾ Zutreffend *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht⁴ 80, die freilich nur auf die Problematik des deutschen MitbestG, dh auf die Aufsichtsratsentsendung, nicht jedoch auf die betriebsverfassungsrechtliche Dimension hinweisen.

¹³⁾ *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG¹⁷ Rz 21 zu § 54.

¹⁴⁾ *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG¹⁷ Rz 21 zu § 54; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht⁴ 80.

¹⁵⁾ Zutreffend *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG¹⁷ Rz 22 zu § 54; vgl BAG 21. 10. 1980 AP Nr 1 zu § 54 BetrVG 1972.

¹⁶⁾ Vgl die dürftigen Ausführungen in den EBRV 1078 BlgNR XVIII. GP 14.

^{16a)} Vgl zB *Löschnigg*, Die wirtschaftliche Mitbestimmung im Konzern und in der GmbH & Co KG, ZAS 1981, 9: „Bestimmt zB die Muttergesellschaft die Investitions-, Finanzierungs- und Absatzpolitik, die Tochtergesellschaft dagegen die Personal- und die Produktpolitik in den Enkelgesellschaften, so entsteht dennoch nur entweder ein Konzern oder überhaupt keiner, da der Konzernbegriff eine einheitliche Leitung voraussetzt. . . . Daß jedoch jedes von zwei oder mehr Unternehmen die einheitliche Leitung über dritte Gesellschaften innehat, ist begrifflich nicht möglich.“

¹⁷⁾ Vgl *Doralt*, ZGR 1991, 256.

¹⁸⁾ Für die BRD ist dies wohl überwiegend, nicht aber einheitlich anerkannt: wie hier zB *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG¹⁷ Rz 23 zu § 54; aM zB *Birk*, Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz, FS Schnorr von Carolsfeld 84.

Rechte der (Zentral-)Betriebsräte der abhängigen Unternehmen eingegriffen. Beim Unterordnungskonzern werden dabei wohl kaum Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen, weil der Sitz des herrschenden Unternehmens idR zweifelsfrei lokalisierbar ist^{18a)}. Beim — durch die österreichische Regelung ebenfalls erfaßten — Gleichordnungskonzern können die Dinge allerdings anders liegen. Die „einheitliche Leitung“ iSd § 15 Abs 1 AktG kann ohne Zweifel ja zB dadurch hergestellt werden, daß eine natürliche Person als Mehrheits- oder gar Alleingesellschafter mehrere Gesellschaften mit Sitz in Österreich faktisch kontrolliert, sodaß es für die Beantwortung der Frage, ob eine inländische Konzernspitze und damit die Möglichkeit der Errichtung einer österreichischen Konzernvertretung besteht, in derartigen Fällen auf den — uU wechselnden oder zB auf verschiedene Länder verteilten — Wohnsitz bzw gewöhnlichen Aufenthaltsort des kontrollierenden Gesellschafters ankommt.

Allerdings hindert das Vorhandensein einer ausländischen Konzernspitze die Errichtung einer österreichischen Konzernvertretung dann nicht, wenn im Inland zumindest eine „Unterkonzernspitze“ existiert, das ausländische Unternehmen daher einen mehrstufigen Konzern, der (teilweise) im Inland gelegen ist, beherrscht oder einheitlich leitet. In solchen Fällen kann eine Konzernvertretung gegenüber der inländischen Konzernspitze errichtet werden, wenn dieser gegenüber den nachgeordneten (österreichischen) Unternehmen wesentliche, seitens der ausländischen Konzernspitze zur eigenverantwortlichen Besorgung überlassene Befugnisse zukommen und diese auch ausgeübt werden¹⁹⁾.

Mit der hier vertretenen Auffassung wird — um Mißverständnissen vorzubeugen — nicht einem „nationalen Konzernbegriff“ das Wort geredet²⁰⁾; vielmehr ist die Maßgeblichkeit des Vorhandenseins einer inländischen Konzernspitze Ausdruck des im Betriebsverfassungsrecht nach überwiegender Auffassung nach wie vor geltenden Territorialitätsgrundsatzes²¹⁾ sowie des Fehlens entsprechender international-privatrechtlicher Kollisionsnormen.

2.2. Errichtung, Zusammensetzung und Geschäftsführung

Einen Fortschritt bedeutet zweifellos der Umstand, daß die Zusammensetzung der Konzernvertretung sich nicht mehr, wie dies bislang bei der Arbeitsgemeinschaft

der Fall war, nach den Beschlüssen der beteiligten (Zentral-)Betriebsräte richtet, sondern im Gesetz näher geregelt ist. Die Konzernvertretung wird mit Zustimmung von mindestens zwei Drittel der Zentralbetriebsräte errichtet, die zusammen mehr als die Hälfte der im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer repräsentieren. Bei der Ermittlung der Zahl der im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer sind jeweils die Zahlen der bei den letzten Zentralbetriebsratswahlen im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer zugrunde zu legen²²⁾. Die Versammlung der Zentralbetriebsratsvorsitzenden im Konzern hat durch Beschluß festzustellen, daß die gem Abs 1 erforderliche Zustimmung zur Errichtung der Konzernvertretung erteilt wurde²³⁾. Die Versammlung der Zentralbetriebsratsvorsitzenden wird von einem Zentralbetriebsratsvorsitzenden einberufen, dem die Leitung der Versammlung obliegt²⁴⁾. Sodann hat die Versammlung nach Maßgabe des § 88a Abs 6 die Zahl der jeweiligen Delegierten und Ersatzdelegierten durch Beschluß festzustellen. Die Zentralbetriebsratsvorsitzenden haben bis zu einem vom Einberufer festgesetzten Termin die Delegierten bzw Ersatzdelegierten bekanntzugeben²⁵⁾.

Jeder im Konzern errichtete Zentralbetriebsrat entsendet zwei Delegierte und die erforderliche Zahl von Ersatzdelegierten, sofern der Zentralbetriebsrat nicht mehr als 500 Arbeitnehmer vertritt. Die Zahl der Delegierten erhöht sich für je weitere 500 von einem Zentralbetriebsrat vertretene Arbeitnehmer um jeweils einen Delegierten, wobei Bruchteile von 500 für voll gerechnet werden. Die Entsendungsberechtigung liegt innerhalb des Zentralbetriebsrates bei der jeweils nach dem d'Hondtschen System an die Reihe kommenden wahlwerbenden Gruppe.

So begrüßenswert die Einführung fester Regeln über die Zusammensetzung der Konzernvertretung ist, so problematisch erscheint mE deren konkrete Ausgestaltung. Der Umstand, daß sämtliche Konzernunternehmen mit nicht mehr als 500 Arbeitnehmern in der Konzernvertretung dasselbe Gewicht besitzen und zwei Delegierte entsenden, wird die Bildung von Konzernvertretungen in vielen Fällen wohl nicht gerade fördern. Der Gesetzgeber dürfte hier die zwischen den Betriebsräten herrschende Solidarität überschätzt haben.

An einem für österreichische Größenverhältnisse nicht unrealistischen Zahlenbeispiel verdeutlicht: Ausgegangen sei von einem Konzern mit 3000 Arbeitnehmern und 8 Konzernunternehmen, von denen die beiden größten 900 bzw 800 Arbeitnehmer beschäftigen und die restlichen sechs Konzernunternehmen jeweils zwischen 50 und 250 Arbeitnehmern. Der Anreiz für die Zentralbetriebsräte der beiden größten Unternehmen, der Errichtung einer Konzernvertretung zuzustimmen bzw diese gar zu initiieren, dürfte gering sein, weil im Falle der Errichtung die Zentralbetriebsräte in den beiden weitaus größten Konzernunternehmen, die deutlich mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer repräsentieren, nur über insgesamt

^{18a)} Dieses wird regelmäßig, wenn auch nicht notwendigerweise, eine Gesellschaft sein.

¹⁹⁾ Vgl *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, BetrVG Rz 56 ff zu § 54; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG¹⁷ Rz 24 zu § 54; *Fuchs*, Der Konzernbetriebsrat 184 ff.

²⁰⁾ Vgl die Auseinandersetzung um die Anwendung des „Konzernprivilegs“ des § 1 Abs 2 Z 5 AUG auf grenzüberschreitende Konzerne bei *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 129 f; *G. Schima*, Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg, insbesondere bei grenzüberschreitender Überlassung, RdW 1992, 114 ff.

²¹⁾ Vgl die Nachweise bei *G. Schima*, RdW 1992, 115 Fn 16; vgl auch *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG¹⁷ Rz 25 zu § 54, die zutreffend die Arbeitnehmervertreter abhängiger Unternehmen außerhalb der BRD nicht an der Bildung des Konzernbetriebsrats für das innerhalb der BRD liegende herrschende Unternehmen teilnehmen lassen.

²²⁾ § 88a Abs 1 ArbVG.

²³⁾ § 88a Abs 2 ArbVG; nicht recht verständlich ist, daß das Gesetz für diese Zustimmung nicht einmal Schriftlichkeit fordert.

²⁴⁾ § 88a Abs 3 ArbVG.

²⁵⁾ § 88a Abs 4 ArbVG.

sechs Delegierte verfügen würden, die (Zentral-)Betriebsräte der übrigen Konzernunternehmen jedoch über 12 Delegierte, dh eine Zweidrittelmehrheit. Diese reicht nicht nur aus, um den Vorsitzenden zu wählen²⁶⁾, sondern auch dafür, gem § 88b Abs 4 ArbVG eine Geschäftsordnung zu beschließen, in der insbesondere die Errichtung, Zusammensetzung und Geschäftsführung eines Leitungsausschusses und eines Präsidiums, die Bezeichnung der Angelegenheiten, in denen dem Präsidium oder dem Leitungsausschuß das Recht auf selbständige Beschlußfassung zukommt, die Festlegung von Art und Umfang der Vertretungsmacht der Vorsitzenden des Präsidiums oder Leitungsausschusses und die Beiziehung anderer, nicht der Konzernvertretung angehörender Betriebsratsmitglieder mit beratender Stimme geregelt werden kann.

Im gerade erwähnten Fallbeispiel wären die Zentralbetriebsräte der beiden größten Unternehmen, weil sie mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer des Konzerns repräsentieren, immerhin in der Lage, die Errichtung einer Konzernvertretung zu *verhindern*. Variiert man den Fall jedoch geringfügig, nämlich in der Weise, daß die beiden größten Konzernunternehmen über jeweils 700 Mitarbeiter verfügen und die restlichen sechs Unternehmen zusammen über 1600, könnte eine Konzernvertretung auch *gegen den Willen*, ja ohne die Beteiligung der Zentralbetriebsräte der beiden größten Konzernunternehmen, durchgeführt werden. Es mutet merkwürdig an, daß der Gesetzgeber zwar hinsichtlich der Entsendungsrechte der wahlwerbenden Gruppen — dh auf „politischer“ Ebene — auf Verhältnismäßigkeit bedacht war und die beteiligten Belegschaftsvertreter auch „ermahnt“²⁷⁾, auf eine „angemessene Vertretung“ der Arbeiter und Angestellten, der einzelnen Betriebe sowie männlicher und weiblicher Arbeitnehmer Bedacht zu nehmen, andererseits jedoch nicht ausreichend dafür sorgt, daß die Konzernunternehmen in der Konzernvertretung entsprechend ihrer Größe — für die die Arbeitnehmeranzahl im Betriebsverfassungsrecht nach wie vor das tauglichste Kriterium ist — repräsentiert werden. Dagegen kann nicht eingewendet werden, die Interessen von Konzernunternehmen könnten durchaus gegenläufig sein. Dies trifft zwar zweifellos zu, doch kann diesem Umstand nicht dadurch Rechnung getragen werden, daß eine Minderheit mehr Gewicht bekommt als die Mehrheit.

Wenn in einem Konzernunternehmen ein Zentralbetriebsrat nicht zu errichten *ist*, fällt die Aufgabe der Teilnahme an der Errichtung der Konzernvertretung bzw der Entsendung von Delegierten dem Betriebsausschuß oder dessen Vorsitzenden und bei Fehlen eines solchen dem Betriebsrat oder dessen Vorsitzenden zu²⁸⁾. Ist das Unternehmen dagegen zwar zentralbetriebsratspflichtig, haben die Betriebsräte einen Zentralbetriebsrat jedoch nicht gewählt, kann die Belegschaft dieses Konzernunternehmens am Errichtungsvorgang sowie an der Entsendung nicht teilnehmen²⁹⁾.

²⁶⁾ Dafür genügt gem § 88b Abs 2 ArbVG die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

²⁷⁾ Anders kann die Vorschrift nicht verstanden werden.

²⁸⁾ § 88a Abs 8 ArbVG.

²⁹⁾ Arg e contrario aus § 88a Abs 8 ArbVG; so auch EBRV 1078 BlgNR XVIII. GP 13.

Die „*Tätigkeitsdauer der Konzernvertretung dauert vier Jahre*“³⁰⁾ und wird vorzeitig beendet durch die Auflösung des Konzerns³¹⁾ durch einen Auflösungsbeschluß nach § 88a Abs 9 ArbVG, für den aufgrund dieser Bestimmung dieselben Voraussetzungen wie für die Errichtung gelten, durch die Funktionsunfähigkeit von so vielen Zentralbetriebsräten (Betriebsausschüssen, Betriebsräten), daß nicht mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer im Konzern repräsentiert ist, durch einen Beschluß der Konzernvertretung mit einer Mehrheit von zwei Drittel ihrer Delegierten³²⁾, sowie durch gerichtliche Ungültigerklärung der Errichtung oder des Beschlusses gem § 88a Abs 4 ArbVG³³⁾.

2.3. Befugnisse der Konzernvertretung; Abschluß von Konzernbetriebsvereinbarungen?

Sowohl nach der ArbVG-Novelle 1986, mit der die Arbeitsgemeinschaft der Betriebsräte im Konzern eingeführt wurde, als auch nach der ArbVG-Novelle 1990 war klar, daß die Arbeitsgemeinschaft keine „Konzernbetriebsvereinbarungen“ in dem Sinne abschließen konnte, daß auf Arbeitnehmerseite das Konzernbelegschaftsorgan und auf Arbeitgeberseite die „Konzernspitze“ durch den Vertragsabschluß eine *den gesamten Konzern bindende Vereinbarung* begründen³⁴⁾. Durch die ArbVG-Novelle 1990 wurde allerdings die Arbeitsgemeinschaft der Betriebsräte im Konzern in § 29 ArbVG in den Kreis der betriebsvereinbarungsfähigen Belegschaftsorgane aufgenommen, wobei diese Betriebsvereinbarungsfähigkeit freilich nur im Rahmen der Kompetenzübertragung gem § 114 Abs 2 bis 4 ArbVG bestand³⁵⁾. Auch die ArbVG-Novelle 1990 änderte jedoch nichts daran, daß *auf Arbeitgeberseite kein (konzern-)betriebsvereinbarungsfähiges Organ* existiert.

Mit der Novelle 1993 wurden im Vergleich zu § 113 Abs 5 aF ArbVG die gegenüber der „Konzernleitung“ bzw der Unternehmensleitung des in Österreich herrschenden Unternehmens³⁶⁾ auszuübenden Befugnisse

³⁰⁾ Zwar ist der Inhalt eines Gesetzes zweifellos über dessen sprachlich formvollendete Ausgestaltung zu stellen, doch zeigen nicht zuletzt derartige, kaum mittelschulreife Formulierungen (vgl dagegen korrekt § 61 Abs 1, erster Satz ArbVG, den man eigentlich hätte abschreiben können), mit welcher legislatischen Lieblosigkeit hier vorgegangen wurde.

³¹⁾ Dies kann ein nach außen hin durchaus „unspektakulärer“ Vorgang sein, zB die Beendigung eines Beherrschungsvertrages oder die Auswechslung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsmitgliedern und setzt keineswegs gesellschaftsrechtliche Umgestaltungen oder gar Unternehmensverkäufe voraus.

³²⁾ Dieser Beschluß ist von dem durch die delegierenden Zentralbetriebsräte (Betriebsausschüsse, Betriebsräte) nach Maßgabe des § 88a Abs 1 und 9 ArbVG zu fassenden Auflösungsbeschluß zu unterscheiden.

³³⁾ Dazu unten 2.4.

³⁴⁾ Vgl hinsichtlich der Rechtslage nach der Novelle 1986 *Holzer*, Die Auswirkungen der ArbVG-Novelle 1986 im Recht der Betriebsvereinbarung, DRdA 1988, 316 ff, 317; hinsichtlich der Rechtslage nach der Novelle 1990 *Strasser*, Die Arbeitsverfassungsgesetznovellen des Jahres 1990, DRdA 1990, 413; vgl auch *Marhold*, Konzernmitbestimmung 15 f.

³⁵⁾ Darauf wies zutreffend *Marhold*, Konzernmitbestimmung 28 f hin.

³⁶⁾ § 113 Abs 5, vorletzter Satz ArbVG.

deutlich ausgebaut. Generell ist die Arbeitsgemeinschaft zuständig für die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat gem der neuen Bestimmung des § 110 Abs 6b ArbVG, sowie — bei unternehmensübergreifender Relevanz der Angelegenheit — für die Ausübung des Rechts auf Intervention gem § 90 ArbVG, des allgemeinen Informationsrechts gem § 91 ArbVG, des Beratungsrechts gem § 92 ArbVG sowie für die Mitwirkung an konzern eigenen Maßnahmen im Zusammenhang mit Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen gem §§ 94 und 95 ArbVG.

Weiters werden die wirtschaftlichen Informations- und Interventionsrechte gem § 108 ArbVG, die Mitwirkung an Betriebsänderungen gem § 109, wobei „§ 109 Abs 3 nur bei Betriebsänderungen iSd § 109 Abs 1 Z 1 bis 4 anzuwenden ist“³⁷⁾, sowie die Rechte gem § 89 Z 3 ArbVG hinsichtlich geplanter und in Bau befindlicher Betriebsstätten eines Unternehmens im Konzern, für das noch kein anderes Organ der Arbeitnehmerschaft zuständig ist, durch die Konzernvertretung ausgeübt, soweit die Interessen der Arbeitnehmer mehr als eines Unternehmens im Konzern betroffen sind und eine einheitliche Vorgangsweise, insbesondere durch Konzernrichtlinien erfolgt³⁸⁾. Im wesentlichen unverändert bleibt die Kompetenzübertragungsmöglichkeit in den Angelegenheiten der §§ 96, 96a und 97 ArbVG durch § 114 Abs 2 ArbVG.

Liest man § 113 Abs 5 Z 1 bis 4 mit Ausnahme des letzten Satzes, gewinnt man den Eindruck, die Konzernvertretung könne nunmehr „echte“ Konzernbetriebsvereinbarungen mit der Konzernleitung abschließen, die konzernweite Wirkung entfalten³⁹⁾. Daß dem nicht so ist, wird in § 113 Abs 5, letzter Satz klargestellt⁴⁰⁾. Von der Konzernvertretung abgeschlossene Betriebsvereinbarungen sind dieser Vorschrift zufolge „für jene Unternehmen verbindlich, deren Leitungen der Vereinbarung beigetreten sind“. Der Ausdruck „beigetreten“ verwirrt allerdings. Soll dies bedeuten, daß die Betriebsvereinbarung auf Arbeitgeberseite „zunächst“ mit der Konzernleitung geschlossen wird und die Vertretungsorgane der Konzernunternehmen dieser sich — allenfalls angewiesen durch die Konzernleitung — durch ihre Unterschrift „unterwerfen“? Davon kann wohl nicht ausgegangen werden, weil die fehlende Betriebsvereinbarungsfähigkeit der Konzernleitung als solcher ja weiterhin außer Streit steht, eine mit der Konzernleitung in dieser Eigenschaft getroffene schriftliche Abmachung daher keine Betriebsvereinbarung sein kann. Denkbar ist höchstens, daß eine mit der Konzernleitung abgeschlossene Vereinbarung, sofern erstere zB mit dem Vorstand des beherrschenden Unternehmens ident ist, als für das beherrschende Unternehmen geltende Betriebsvereinbarung gewertet werden kann. Dies wird im Zweifel wohl zu vermuten sein, ist letztlich aber eine Auslegungsfrage.

³⁷⁾ § 113 Abs 5 Z 3 lit b ArbVG.

³⁸⁾ § 113 Abs 5 Z 1 bis 4 ArbVG.

³⁹⁾ Vgl Marhold, Konzernmitbestimmung 28f der meint, im Falle der künftigen Einräumung von Mitwirkungsrechten auch gegenüber der Konzernleitung würde der durch die Verankerung der Arbeitsgemeinschaft der Betriebsräte im Konzern in § 29 ArbVG mit der Novelle 1990 geschaffene „Blankett-Tatbestand“ zur Konzernbetriebsvereinbarungsfähigkeit mutieren.

2.4. Errichtungsmängel und gerichtliche Bekämpfung

Wirklich unbefriedigend ist die Regelung oder besser gesagt „Nicht-Regelung“ der Rechtsfolgen einer fehlerhaften Errichtung der Konzernvertretung und ihrer gerichtlichen Bekämpfung ausgefallen. In der Regierungsvorlage war in § 88b Abs 5 Z 5 ArbVG vorgesehen, daß die „*offensichtliche*“ Einbeziehung nicht konzernangehöriger Unternehmen oder die „*offensichtliche*“ Nichteinbeziehung konzernangehöriger Unternehmen in die Errichtung zu einer gerichtlichen Ungültigerklärung führen soll, wobei für die Einbringung dieser Rechtsgestaltungsklage jedoch keine Frist vorgesehen war. Die *nicht* „*offensichtliche*“ Einbeziehung nicht konzernangehöriger Unternehmen oder Nichteinbeziehung konzernangehöriger Unternehmen sollte dagegen dazu führen, daß (im ersten Fall) die Mitgliedschaft der aus diesen Unternehmen entsendeten Delegierten endet bzw (im zweiten Fall) die Zentralbetriebsräte der irrtümlich nicht berücksichtigten Konzernunternehmen das Recht auf Entsendung der entsprechenden Zahl von Delegierten besitzen. Die letztgenannte Regelung wurde in § 88a Abs 7 ArbVG auch Gesetz.

Die „*offensichtliche*“ Berücksichtigung nicht konzernangehöriger Unternehmen oder Nichtberücksichtigung konzernangehöriger Unternehmen wurde durch den Sozialausschuß als spezifischer Anfechtungsgrund jedoch gestrichen, sodaß § 88a Abs 5 Z 5 ArbVG in seiner Gesetz gewordenen Fassung nur mehr die *Tatsache der Möglichkeit einer gerichtlichen Anfechtung* der Errichtung bzw des Beschlusses gem § 88a Abs 4 ArbVG erwähnt und als zusätzliche „Hilfestellung“ — dies wurde im Ausschuß offenbar gerade noch „entdeckt“ — bloß eine einmonatige Anfechtungsfrist ab Konstituierung der Konzernvertretung normiert⁴¹⁾.

Insbesondere enthält § 88b Abs 5 Z 5 ArbVG nicht nur keinerlei Anfechtungsgründe, sondern auch keinen Hinweis auf Anfechtungsberechtigte. Wenn im Ausschußbericht⁴²⁾ ausgeführt wird, zur Einbringung einer Klage sei „*jeder berechtigt, der ein rechtliches Interesse an der Korrektur der Errichtung der Konzernvertretung bzw ihrer Zusammensetzung hat, also sowohl die beteiligten bzw zu beteiligenden Organe der Arbeitnehmerschaft als auch die Konzernleitung*“, so ist dies in jeder Hinsicht unzutreffend und Ausdruck einer völligen Verkenntnis des Wesens einer Anfechtungsklage. § 88b Abs 5 Z 5 ArbVG ist — was der Ausschußbericht noch erkennt — ihrem Wesen nach eine auf Rechtsgestaltung gerichtete Anfechtungsklage, bei der üblicherweise⁴³⁾ der

⁴⁰⁾ Vgl auch EBRV 1078 BlgNR XVIII. GP 15.

⁴¹⁾ Warum die Frist mit der (als solcher nicht publizitätswirksamen) Konstituierung und nicht mit der (nicht durch Sanktionen erzwungenen) Mitteilung der Errichtung bzw Konstituierung gem § 88b Abs 8 ArbVG (vgl § 59 Abs 1 und 2 ArbVG) zu laufen beginnen soll, ist unerfindlich und Ausdruck beispielloser Schlamperei. Es kann doch wohl nicht so sein, daß die Unterlassung der Mitteilung der Konstituierung den Anfechtungsberechtigten die Möglichkeit der Klage versperrt.

⁴²⁾ 1118 BlgNR XVIII. GP 2.

⁴³⁾ Dies gilt nicht nur für die betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsgestaltungsklagen gem §§ 35, 59 und 81 Abs 5 ArbVG, sondern auch und insbesondere für Anfechtungen im Gesellschaftsrecht: vgl § 41 Abs 2 und 3 GmbHG, § 196 AktG.

Kreis der Anfechtungsberechtigten im Gesetz umschrieben ist. Diesen Kreis mit jenen Personen zu definieren, die ein „rechtliches Interesse“ besitzen⁴⁴⁾, wird dem Wesen einer Anfechtungsklage nicht gerecht und schafft allerhöchste Rechtsunsicherheit. Im übrigen ist die im AB enthaltene Aufzählung zumindest unvollständig, weil nicht die „Konzernleitung“ als nicht rechtsfähiges Gebilde, zumindest aber *nicht nur* diese, auf Arbeitgeberseite anfechtungsberechtigt ist, sondern ein „*rechtliches Interesse*“ iSd § 228 ZPO ohne Zweifel *jeder Unternehmensleitung* zukommt, kann die Konzernvertretung doch in mehreren Angelegenheiten — auch außerhalb einer Kompetenzübertragung — sogar Betriebsvereinbarungen mit den einzelnen Unternehmensleitungen abschließen.

Außerdem wird durch § 88b Abs 5 Z 5 ArbVG *keinesfalls die Möglichkeit einer — nicht fristgebundenen — auf Feststellung gerichteten Nichtigkeitsklage* nach dem Vorbild des § 60 ArbVG ausgeschlossen. Hinsichtlich einer solchen Klage erübrigt sich in der Tat eine Umschreibung der Anfechtungsberechtigten, selbst wenn sie nicht schadet⁴⁵⁾; die Erwähnung der Möglichkeit dieser Klage wäre aber wohl zu erwarten gewesen.

Was die zur gerichtlichen Bekämpfung führenden Mängel anbelangt, tappt man ebenfalls weitgehend im dunkeln, weshalb ein Rückgriff auf allgemeine, bei Wahlanfechtungen geltende Grundsätze und insbesondere auf die Trennlinie zwischen bloßer Anfechtbarkeit und absoluter Nichtigkeit zurückzugreifen sein wird. Verunglückt ist in diesem Zusammenhang § 88a Abs 7 ArbVG, der es als Grund der Beendigung für die Mitgliedschaft in der Konzernvertretung ansieht, wenn „sich nachträglich herausstellt“, daß ein nicht zum Konzern gehörendes Unternehmen bei der Konzernvertretung berücksichtigt wurde bzw im umgekehrten Fall dem Zentralbetriebsrat des irrtümlich nicht berücksichtigten Unternehmens ein Delegierungsrecht einräumt. Während der letztgenannte Fall noch weitgehend unproblematisch sein dürfte, ist im erstgenannten Fall völlig unklar, in welcher Form dieses „nachträgliche Herausstellen“ vor sich gehen soll. Wenn die betroffenen Delegierten oder die Konzernvertretung als solche nämlich die Auffassung vertreten, das Unternehmen gehöre zum Konzern, muß dem betroffenen Unternehmensinhaber, dh dem Vertretungsorgan des Unternehmensträgers, natürlich das Recht einer gerichtlichen Geltendmachung seines Standpunktes durch Erhebung einer auf Feststellung der fehlenden Konzernzugehörigkeit des Unternehmens gerichteten Klage eingeräumt werden⁴⁶⁾. In letzter Konsequenz kann dies freilich auch über Einrede geschehen, wenn zB die Konzernvertretung gegenüber der Leitung des betroffenen Unternehmens die in § 113 Abs 5 ArbVG regel-

ten Rechte geltend macht oder gar den Abschluß einer Betriebsvereinbarung erzwingen will.

Die eigenartige Regelung des § 88a Abs 7, letzter Satz, erster Halbsatz ArbVG erklärt sich wohl aus dem — an sich verständlichen — Bestreben des Gesetzgebers, bei ungerechtfertigter Einbeziehung bloß eines einzelnen Unternehmens in einem an sich existenten Konzern nicht die Möglichkeit einer völligen gerichtlichen Beseitigung der gesamten Konzernvertretung zu eröffnen.

Liegt überhaupt kein Konzern vor und wurde trotzdem eine Konzernvertretung errichtet, ist dies unzweifelhaft nicht bloß kein Anwendungsfall des § 88a Abs 7, letzter Satz ArbVG, sondern mE auch kein Anfechtungs-, sondern ein *absoluter Nichtigkeitsgrund*^{47b)}. Die Errichtung einer Konzernvertretung kann — ebenso wie die in letzter Zeit in der Praxis vermehrt vorgekommene Errichtung eines gesellschafts- und unternehmensübergreifenden „Zentralbetriebsrates“⁴⁸⁾ — keinesfalls der Wahl eines Betriebsrates im Nichtbetrieb gleichgehalten werden, die nur einen Anfechtungsgrund darstellt, weil in den beiden erstgenannten Fällen unzulässig in die Rechte dritter (physischer oder juristischer) Personen eingegriffen wird. Ließe man mit Ablauf der einmonatigen Anfechtungsfrist bei der Errichtung einer Konzernvertretung in einer nicht Konzernqualität aufweisenden Unternehmensgruppe oder (was noch krasser ist) bei der Wahl eines Zentralbetriebsrates in einer Unternehmensgruppe Heilung eintreten, könnten zB Belegschaftsorgane, die im Extremfall zur Gänze aus nicht dem betroffenen Unternehmen angehörigen Personen zusammengesetzt sind, die Leitung dieses Unternehmens zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen zwingen. *Dusak*⁴⁹⁾ hat zutreffend darauf hingewiesen, daß die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und absoluter Nichtigkeit eine fließende ist und auch in § 59 ArbVG angeführte Anfechtungsgründe bei entsprechender Intensität Nichtigkeitsgründe bilden könnten. Letztlich geht es darum, ob der Mangel von einer Art ist, daß sein Vorliegen unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und der Rechtsstaatlichkeit nach Ablauf der Anfechtungsfrist bei Abwägung aller Umstände hingenommen werden kann.

^{45b)} § 48e Abs 3 Z 1 BR-WO-Novellenentwurf betrachtet es (nur) als Anfechtungsgrund, wenn „im Zeitpunkt der Errichtung der Konzernvertretung kein Konzern nach § 48a Abs 1 vorgelegen ist“. Ob dadurch das Fehlen eines Konzernverhältnisses tatsächlich und generell zum bloßen Anfechtungsgrund „degradiert“ wird, ist aus mehreren Gründen allerdings zu bezweifeln. Erstens gilt für § 48e Abs 3, der die — im Gesetz nicht geregelten — Anfechtungsgründe (offenbar taxativ) umschreibt, das in Fn 46 zu § 48e Abs 2 bezüglich des Kreises der Anfechtungsberechtigten Gesagte. Zweitens läßt der Verweis in § 48e Abs 3 Z 1 auf § 48a Abs 1 die Deutung offen, daß damit nur das Nichtvorliegen eines Konzerns, in dem in mehr als einem Unternehmen Betriebsräte errichtet sind, gemeint ist. Drittens müßte auch bei Ablehnung dieser Argumentation die willkürliche, dh grob unrichtige Verkennung des Konzernbegriffs jedenfalls einen Nichtigkeitsgrund bilden.

⁴⁶⁾ Vgl VwSlg 9371 = Arb 9601 = ZAS 1979, 228 ff m Anm v Hanreich = ZfVB 1978/1/11; der Verfasser ist derzeit an nicht weniger als drei laufenden Verfahren beteiligt, wo es um eine solche Konstellation geht.

⁴⁷⁾ Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen; in Tomandl (Hrsg), Offene Fragen des Betriebsverfassungsrechts 16 ff, 24.

⁴⁴⁾ Auch diese „Umschreibung“ erfolgte, wie gesagt, jedoch nicht im Gesetz, sondern ist nur dem AB zu entnehmen.

⁴⁵⁾ Vgl zB § 34 Abs 3 ArbVG.

^{46a)} § 48e Abs 2 Z 3 des Entwurfs einer Novelle zur Betriebsrats-Wahlordnung 1974 räumt jedem „von der Errichtung betroffenen Konzernunternehmen“ das Anfechtungsrecht ein. Dies ist zwar an sich erfreulich, doch wirft § 48e Abs 2 BR-WO-Entwurf mE verfassungsrechtliche Probleme auf, weil der Gesetzgeber in § 88b Abs 5 Z 5 ArbVG es offenbar völlig dem Verordnungsgeber überlassen hat, den Kreis der Anfechtungsberechtigten festzulegen und letzterer sogar im Begriff ist, eine taxative Umschreibung vorzunehmen.

3. Fazit

Die obigen Ausführungen haben sicher längst nicht sämtliche Probleme aufgezeigt oder gar ausgelotet, me aber gezeigt, daß die neu geschaffene „Konzernvertretung“ nicht von einem durchwegs ausgegorenen Konzept geprägt ist, sondern die gesetzlichen Bestimmungen an vielen Stellen das zu ihrem Abschluß führende sozialpartnerschaftliche „Vorspiel“ leider nur allzu deutlich widerspiegeln.

Konnte man nach der ArbVG-Novelle 1990 sagen, daß der Gesetzgeber damit „an der Schwelle informeller Zusammenarbeit von Betriebsräten in einem Konzern hin zu einer echten Konzernbetriebsverfassung“⁴⁸⁾ stand, muß der Befund nach Vorliegen der ArbVG-Novelle 1993 wohl so lauten, daß der Gesetzgeber sich auf dieser Schwelle nunmehr häuslich niedergelassen zu haben scheint: eine fürwahr „österreichische Lösung“.

⁴⁸⁾ So Marhold, Konzernmitbestimmung 65.