

Rechtsträgerübergreifende Unternehmen im österreichischen Betriebsverfassungsrecht?

Von RA Dr. Georg Schima, Wien

1. Vorbemerkung

Der Begriff des „Unternehmens“, der nach § 40 Abs 4 ArbVG insb für die Möglichkeit der Bildung eines Zentralbetriebsrates von eminenter Bedeutung ist, schien — obwohl gesetzlich nicht, wie der Betriebsbegriff, definiert — jahrzehntelang keine allzu diffizilen Zweifelsfragen aufzuwerfen. In letzter Zeit hat sich dies — von der Rechtswissenschaft noch weitestgehend unbemerkt — jedoch geändert, weil mehrere (in verschiedenen Stadien befindliche) Gerichtsverfahren anhängig sind, in denen die Wahlen „rechtsformübergreifender“ Zentralbetriebsräte angefochten werden oder sogar deren Nichtigkeitsfeststellung begehrt wird. Der Autor, der (auf der Seite von Anfechtungsklägern) an einigen dieser Verfahren beteiligt ist, versucht im folgenden in kritischer Auseinandersetzung mit dem jüngst erschienenen Beitrag von *Grießer*¹⁾ eine Darlegung der am wesentlichsten erscheinenden rechtlichen Aspekte. Der Klarstellung halber ist anzumerken, daß die — wahrscheinlich nicht so bald abgeschlossene — Diskussion über das geschilderte Problem weit ernster zu nehmen ist als die bloße fachliche Auseinandersetzung zwischen zwei einschlägig tätigen Rechtsanwälten, deren Prozeßrollen zudem auch einmal wechseln könnten. Vielmehr wird sich der Verfasser bemühen aufzuzeigen, daß die von *Grießer* skizzierte Position nicht nur den deklarierten Willen des Gesetzgebers ignoriert, daher dogmatisch nicht haltbar ist und zu einem organisationsrechtlichen Chaos im Betriebsverfassungsrecht sowie einem Explodieren von Anfechtungs- und Nichtigkeitsprozessen führen würde, sondern daß der vermeintlich „mitbestimmungsfreundliche“ Ansatz *Grießers* gerade sein deklariertes Ziel einer Etablierung der „jeweils effektivsten Belegschaftsvertretung“²⁾ verfehlen, ja diesem Ziel letztlich sogar entgegenarbeiten würde.

2. „Rechtliche Einheit“ des Unternehmens — Meinungsstand

Wie *Grießer*³⁾ zwar etwas vereinfachend, grundsätzlich aber zutreffend ausführt, spitzt sich die in diesem Zusammenhang relevante Rechtsfrage darauf zu, ob mehrere juristische Personen betriebsverfassungsrechtlich auch ein die Voraussetzungen des § 40 Abs 4 ArbVG erfüllendes und daher zentralbetriebsratspflichtiges Unternehmen oder nur einen Konzern bilden können.

Die bisherigen österreichischen Äußerungen in Lehre und Judikatur zu dieser Frage sind — entgegen der den Eindruck einer gewissen Zersplittertheit hinterlassenden Darstellung *Grießers*⁴⁾ — eindeutig. Es wird durchwegs der Standpunkt eingenommen, daß das Unternehmen

durch eine „rechtliche Einheit“ gekennzeichnet sein muß, die freilich nicht mit Rechtspersönlichkeit gleichgesetzt werden kann⁵⁾, und daß auch enge wirtschaftliche Verflechtungen zwischen verschiedenen juristischen Personen (oder Personenhandelsgesellschaften) nicht zum Entstehen eines einheitlichen Unternehmens führen. Bereits die Einigungsämter haben diese Position früher fast ausnahmslos vertreten⁶⁾.

Bloß das EA Linz wich in einer — zeitlich zwischen seinen beiden oben zitierten, gegenteiligen Sprüchen angesiedelten — E vom 1. 4. 1976⁷⁾ davon ab und qualifiziert die im Kern aus zwei GmbHs bestehende Mayreder-Bauunternehmensgruppe als ein Unternehmen. Gerade diese E wurde vom VwGH mit Erk vom 5. 7. 1977⁸⁾ jedoch aufgehoben. Das (damals zuständige) Höchstgericht stellte klar, daß ein Unternehmen iSd § 40 Abs 4 ArbVG eine „vollkommen selbständige, in sich abgeschlossene, auch rechtliche Einheit“ bilden müsse, und selbst ein „enger wirtschaftlicher und persönlicher Zusammenhang zweier Unternehmen“ noch nicht zum Entstehen einer vollkommen selbständigen, in sich abgeschlossenen Einheit und damit einer Person im Rechtsinne führe⁹⁾.

Die Darstellung der bisherigen VwGH-Judikatur bei *Grießer*¹⁰⁾ verkehrt das tatsächliche Bild in sein gerades Gegenteil. Einerseits machen die zitierten Passagen aus

⁵⁾ Vgl die bei *Grießer*, *ecolex* 1994, 37, zitierten Stellungnahmen von *Tomandl* und *Strasser*. In Wahrheit geht es um die Einheit des Unternehmensrechtsträgers, weshalb die von *Grießer* vorgetragenen Ausführungen zur Frage, ob das Unternehmen eine Gesamtsache iSd § 302 HGB sei, sowie die Verweise auf § 1409 ABGB, § 8 JournG, § 23 Abs 3 AngG und § 3 AVRAG (vgl *Grießer*, *ecolex* 1994, 36 f) keinen für mich erkennbaren, relevanten Bezug zum behandelten Thema aufweisen.

⁶⁾ Vgl zB EA St Pölten 24. 3. 1955, Arb 6202; EA Linz 1. 3. 1965, Arb 8056; EA Linz 29. 5. 1975, Arb 9236; EA Innsbruck 1. 2. 1979, Arb 9760. EA Linz 22. 7. 1981, Arb 10.006 = ZAS 1982, 1, wo es ua wörtlich heißt: „Eine Unternehmenseinheit nach § 40 Abs 4 ArbVG, für deren mehrere Betriebe gem § 50 ArbVG getrennte Betriebsräte und gem § 80 ArbVG ein Zentralbetriebsrat zu wählen sind, ist nur dann gegeben, wenn auch eine rechtliche Einheit der Betriebe in einem Unternehmen vorliegt. Fehlt die rechtliche Einheit eines Unternehmens, weil zwei selbständige Rechtspersonen vorhanden sind, dann kann von einem Unternehmen iSd § 40 Abs 4 ArbVG nicht mehr gesprochen werden, mag die wirtschaftliche, personelle oder organisatorische Verflechtung der betroffenen Rechtspersönlichkeiten auch noch so eng sein.“

⁷⁾ Arb 9495.

⁸⁾ Arb 9601 = ZAS 1979, 228 mit zust Anm v *Heinrich*.

⁹⁾ Diese Wortwahl ist nicht ganz glücklich, weil — dies ist *Grießer* (*ecolex* 1994, 37 f) einzuräumen — das Unternehmen nicht Rechtssubjekt, sondern Rechtsobjekt ist. Aus der zitierten E des VwGH geht jedoch klar hervor, daß dieser die Einheit des Rechtsträgers meinte, wenn er ausführte, der Zentralbetriebsrat könne die ihm zustehenden Befugnisse, insb iSd § 113 Abs 4 ArbVG, „nur gegenüber einem Rechtsträger, der die notwendige Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit eines Zentralbetriebsrates ist, ausüben . . .“

¹⁰⁾ *ecolex* 1994, 37.

¹⁾ Betriebsverfassungsrecht: Unternehmen und Konzern, *ecolex* 1994, 36 ff, der in zumindest zwei dem Verfasser bekannten Prozessen „Konzernzentralbetriebsräte“ vertritt, diesen Umstand in seinem Beitrag allerdings nicht deutlich macht.

²⁾ *Grießer*, *ecolex* 1994, 36.

³⁾ *Grießer*, *ecolex* 1994, 36.

⁴⁾ *ecolex* 1994, 37 f.

der E des VwGH¹¹⁾ deutlich, daß das Höchstgericht seine Auffassung nicht bloß „*andeutete*“¹²⁾, und andererseits ist es schlichtweg falsch, daß der VwGH in seinem Erk vom 9. 3. 1971¹³⁾ „*ausdrücklich festgestellt*“ habe, daß „*zwei juristische Personen, die zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zwar keine Personengemeinschaft mit Rechtspersönlichkeiten bilden, jedoch kooperieren, gemeinsam ein einziges Unternehmen iSd Betriebsverfassungsrechts darstellen*“¹⁴⁾. Wie die Wortwahl *Grießers* zeigt, wurde ein Fehlzitat von *Tomandl*¹⁵⁾ übernommen, der den beiden Erk des VwGH vom 9. 3. 1971¹⁶⁾ sowie vom 15. 1. 1986¹⁷⁾ die grundsätzliche Anerkennung von zwei eng verflochtenen juristischen Personen als einziges „Unternehmen“ iSd Betriebsverfassungsrechts entnehmen will, obwohl davon in beiden Erk mit keinem Wort die Rede ist, sondern sich diese nur mit der — von der hier interessierenden Problematik streng zu trennenden — (vom VwGH letztlich bejahten) Frage der Möglichkeit eines durch zwei juristische Personen gebildeten, gemeinsamen Betriebes iSd § 34 ArbVG beschäftigten^{17a)}. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, daß *Tomandl*¹⁸⁾ die von ihm dem VwGH (unrichtigerweise) unterstellte Aussage gar nicht billigt, sondern insbesondere die Begründung des Erk vom 15. 1. 1986 sogar ablehnt.

Das österreichische Schrifttum verlangt ebenfalls geschlossen eine „*rechtliche Einheit*“ des Unternehmens¹⁹⁾.

3. Verteidigung der herrschenden Meinung

Die dargestellte, in Lehre und Judikatur praktisch ausnahmslos vertretene Auffassung ist zutreffend. Sie entspricht, was bei *Grießer*²⁰⁾ nur teilweise deutlich wird, auch der ganz hL und der Rsp des deutschen BAG. Letzteres stellte dies in mehreren E klar²¹⁾. Wenn *Grießer*²²⁾ das BAG²³⁾ sowie *Wiedemann* als Belege für seine An-

sicht zitiert, so ist dies irreführend, weil das BAG in der genannten E jene Auffassung gegen Kritik in der Lehre verteidigte, wonach die Führung einer *Betriebsqualität* besitzenden Arbeitsstätte durch zwei oder mehrere Unternehmen (Kapitalgesellschaften) das Bestehen einer (allerdings auch mündlich und selbst konkludent denkbaren) *Vereinbarung* zwischen den Rechtsträgern betreffend die gemeinsame Führung des Betriebes erfordert — eine Ansicht, die über die vom VwGH bislang aufgestellten Kriterien sogar hinausgeht.

*Wiedemann*²⁴⁾ ist ein vehementer Verfechter der hier vertretenen Ansicht und führt den wesentlichsten, für deren Richtigkeit sprechenden Gesichtspunkt ins Treffen: „*Mit der Errichtung eines Konzernbetriebsrates trägt das Gesetz den Zuständigkeitsgrenzen des Unternehmensträgers Rechnung; seine Einführung wäre überflüssig und unverständlich, wenn man den Unternehmensbegriff unter arbeitsrechtlichen Schutzüberlegungen verändern dürfte.*“²⁵⁾.

Die Auffassung *Grießers*, mehrere rechtlich selbständige Unternehmen (insb auch Kapitalgesellschaften) könnten unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich bei besonders enger organisatorischer Verflechtung, ein einheitliches Unternehmen iSd Betriebsverfassungsrechts bilden²⁶⁾, mißachtet die *Dreistufigkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungsmodells* und damit den klaren Willen des Gesetzgebers und bewirkt eine nicht handhabbare Überschneidung und Zuständigkeitskonkurrenz zwischen Zentralbetriebsrat und Konzernvertretung²⁷⁾. Auch *Grießer*²⁸⁾ geht davon aus, daß das Betriebsverfassungsrecht keinen eigenständigen Unternehmensbegriff kennt, sondern diesen voraussetzt. In Wahrheit geht *Grießer* jedoch sehr wohl von einem „eigenständigen“, dh von handels- und gesellschaftsrechtlichen Abgrenzungen losgelösten Unternehmensbegriff des Inhaltes aus, daß ein Unternehmen bei einer Mehrheit verschiedener Rechtsträger im Zweifel dann anzunehmen ist, wenn die bloße Annahme eines Konzerns nicht „*die jeweils effektivste Belegschaftsvertretung hergibt*“²⁹⁾.

Naheliegender als die rechtspolitisch verbrämte Ausrichtung an einem derart diffusen „sozialen Schutzprinzip“ erscheint jedoch die Orientierung am klaren Willen des Gesetzgebers. Ungeachtet des Unterbleibens einer Definition im ArbVG ergibt sich die „Eigenständigkeit“ des betriebsverfassungsrechtlichen Unternehmensbegriff-

¹¹⁾ Arb 9601.

¹²⁾ *Grießer*, ebenda.

¹³⁾ Arb 8846.

¹⁴⁾ *Grießer*, *ecolex* 1994, 37.

¹⁵⁾ *Arbeitsrecht* I³, 53 f.

¹⁶⁾ Arb 8846.

¹⁷⁾ VwSlg 11.987 A = RdW 1986, 279.

^{17a)} Dies betont zutreffend auch das OLG Innsbruck 30. 11. 1993, 5. Ra 210/93 — nicht rechtskräftig.

¹⁸⁾ *Arbeitsrecht* I³, 53 f.

¹⁹⁾ *Strasser*, in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht* II 258; *Floretta*, in *ArbVG Handkomm* 261; *Cerny*, *ArbVG* 155 f; *Marhold*, in *Mayer-Maly/Marhold*, *Arbeitsrecht* II 129 und Fn 111 f; *Schwarz/Löschnigg*, *Arbeitsrecht* 170 f; rechtspolitisch krit, aber ebenso *B. Schwarz*, Der Einfluß von Umstrukturierungsmaßnahmen auf die betriebsverfassungsrechtliche Organbildung, DRdA 1986, 448, besonders instruktiv zum Problem der Unternehmensspaltung *Runggöldier*, Betriebsverfassungsrechtliche Probleme der Unternehmensteilung, DRdA 1988, 426; *Schrammel*, FS *Kühne* 350.

²⁰⁾ *ecolex* 1994, 38 f.

²¹⁾ Vgl BAG 5. 12. 1975, SAE 1977, 137 ff; BAG 11. 12. 1987 AP Nr 7 zu § 47 BetrVG; BAG 29. 11. 1989 AP Nr 3 zu § 10 ArbGG.

²²⁾ *ecolex* 1994, 39.

²³⁾ BAG 7. 8. 1986, AP Nr 5 zu § 1 BetrVG 1972 mit Anm v *Wiedemann*.

²⁴⁾ Anm zu BAG 7. 8. 1986 AP Nr 5 zu § 1 BetrVG 1972.

²⁵⁾ Dieselbe Auffassung vertritt *Joost*, MünchHB des Arbeitsrechts III (1993) 1061 ff, Rz 12-17; *Fitting/Auffahrt/Kaiser/Heiter*, BetrVG¹⁷ Rz 7 zu § 47 mwN. Der Vollständigkeit halber wäre darauf hinzuweisen, daß es in der BRD auch (ganz wenige) Gegenstimmen gibt. Zu erwähnen ist vor allem *Konzen* (Unternehmensaufspaltung und Organisationsänderung im Betriebsverfassungsrecht [1986] 118 ff; *derselbe*, Unternehmensaufspaltung und Betriebsseinheit, AuR 1985, 341 ff).

²⁶⁾ *Grießer*, *ecolex* 1994, 38 f.

²⁷⁾ Eine Abgrenzung zwischen diesen Zuständigkeiten würde mit den von *Grießer* aufgestellten Kriterien zur Abgrenzung zwischen Unternehmen und Konzern niemals auch nur einigermaßen sicher gelingen.

²⁸⁾ *ecolex* 1994, 36.

²⁹⁾ *Grießer*, *ecolex* 1994, 36.

fes nämlich aus seiner legislativ festgeschriebenen Abgrenzung „nach unten“ zum Betrieb und „nach oben“ zum Konzern. Mit anderen Worten: „Unternehmen“ iSd § 40 Abs 4 ArbVG kann nur ein Gebilde sein, das weder Betriebs- noch Konzernqualität aufweist. Durch den in § 88a ArbVG enthaltenen Hinweis auf den Konzernbegriff des § 15 AktG bzw § 115 GmbHG hat der Gesetzgeber — ganz im Gegensatz zur nicht begründeten Auffassung von *Grießer*³⁰⁾ — sehr wohl den gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff als solchen übernommen und durch die mit der ArbVG-Novelle 1986 eingefügte Bestimmung die Abgrenzung zum zentralbetriebsratspflichtigen Unternehmen in eindeutiger Weise klargestellt³¹⁾.

Die von *Grießer* behandelte und als Anwendungsfall eines einheitlichen Unternehmens betrachtete Fallkonstellation einer nicht bloß hinsichtlich der wirtschaftlichen Leitungsmacht zu einer wirtschaftlichen (!) Einheit zusammengefaßten, sondern vielmehr auch „darüber hinaus“³²⁾ organisatorisch zusammengefaßten Gruppe rechtlich selbständiger Unternehmen ist durch den Konzernbegriff bereits besetzt. Es ist daher methodologisch unzulässig, bei einem aus mehreren Rechtsträgern bestehenden Konzern iSd § 15 AktG bzw § 115 GmbHG mit insgesamt mehreren Betrieben die Voraussetzungen des § 40 Abs 4 ArbVG deshalb als erfüllt anzusehen, weil diese Mehrheit von Betrieben „zentral verwaltet“ iSd § 40 Abs 4 ArbVG wird. Eine derartige Verwaltung ist vielmehr gerade das Wesenskriterium des Konzerns — gleichgültig, ob es sich um einen Gleichordnungs- oder Unterordnungskonzern handelt. Eine „obere Schranke“ der sich in Österreich primär auf faktischer Grundlage vollziehenden Konzernierung gibt es nicht. Die Praxis kennt vielmehr eine große Vielfalt von Konzerngestaltungen, was die Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Konzerndefinition erklärt³³⁾; entscheidend ist die tatsächliche Ausübung der einheitlichen Leitung bzw die tatsächliche Beherrschung³⁴⁾. Die Konzernierung kann so weit gesteigert sein, daß nach deutschem Aktienkonzernrecht der Tatbestand der „Eingliederung“ nach §§ 319 ff dAktG und steuerrechtlich (dies gilt auch für Österreich) eine Organschaft vorliegt, bei der die abhängige Gesellschaft so weit in die Obergesellschaft bzw beherrschende Gesellschaft eingegliedert wird, daß sie

keinen eigenen Willen mehr besitzt. Bei der „Eingliederung“ wird in der BRD häufig auch davon gesprochen, daß das beherrschte bzw abhängige Unternehmen wie eine *unselbständige Betriebsabteilung* geführt wird³⁵⁾. Nur die „untere Schranke“ der Konzernierung, auf die es in diesem Zusammenhang jedoch nicht ankommt, bereitet immer wieder Probleme, dh die Frage, wie eng die wirtschaftliche Verbindung zwischen den verschiedenen Unternehmen und wie weitgehend die Vorgabe einheitlicher Standards durch die „Konzernspitze“ zu sein hat, um von einem Konzern noch sprechen zu können³⁶⁾. *Grießer*³⁷⁾ macht nicht deutlich, worin die „organisatorische Zusammenfassung“ bestehen soll, die über die „im Konzern dem herrschenden Unternehmen eingeräumte Rechtsmacht, die wirtschaftliche Leitung der untergeordneten Unternehmen bestimmen zu können . . .“ hinausgeht. Gemeint sein dürfte wohl eine organisatorische Verschränkung verschiedener Unternehmen in der Weise, daß ein oder auch mehrere Betriebe von zwei oder mehreren Unternehmen gemeinsam geführt werden. Auch dabei entsteht jedoch kein einheitliches Unternehmen iSd § 40 Abs 4 ArbVG. Daß in einer derartigen Gruppe dennoch ein einziger, für die gesamte Gruppe zuständiger Zentralbetriebsrat rechtmäßig besteht, könnte bloß in dem — praktisch wohl nur ganz selten denkbaren — Fall eintreten, daß mehrere in Betriebe gegliederte Unternehmen sämtliche Betriebe gemeinsam führen und zusätzlich an der Führung jedes Betriebes sämtliche Unternehmen beteiligt sind. Auch in diesem Falle existieren aber verschiedene Unternehmen, die getrennt bilanzieren, deren Träger im Rechtsverkehr als eigene Rechtssubjekte auftreten und die einen — wenn auch vielleicht durch die Konzernleitung determinierten — eigenen unternehmerischen Willen besitzen.

Die grundsätzliche Anerkennung rechtsformübergreifender Betriebe rechtfertigt im übrigen keineswegs die Anerkennung rechtsformübergreifender Unternehmen. Ist erstere zwecks Vermeidung einer Unterlaufung der Mitbestimmungsrechte bereits auf der ersten Ebene durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen in der Tat erforderlich, liegen die Dinge beim Unternehmen ganz anders. Sind zB in den zu verschiedenen Konzernunternehmen gehörenden Betrieben Betriebsräte errichtet, so scheidet die Bildung einer Konzernvertretung nicht etwa am Fehlen eines Zentralbetriebsrates. Vielmehr ordnet § 88a Abs 8 ArbVG für diesen Fall die Teilnahme des Betriebsrates bzw Betriebsausschusses an der Bildung der Konzernvertretung an³⁸⁾. Da dem Zentralbetriebsrat im

³⁰⁾ *ecolex* 1994, 38.

³¹⁾ Daß darin bloß eine Klarstellung und nicht eine „konstitutive“ Verkürzung der Mitbestimmungsrechte gegenüber dem nach der Stammfassung des ArbVG bestehenden Zustand zu erblicken ist, ergibt sich zweifelsfrei aus der Entstehungsgeschichte des ArbVG und daraus, daß (zunächst) ein Konzernbetriebsrat nach deutschem Vorbild politisch nicht durchsetzbar war und daher von Anfang an kein Zweifel am Fehlen einer Belegschaftsvertretung auf Konzernebene bestand (knapp, aber deutlich *Floretta*, ArbVG-Handkomm 261; EA Innsbruck Arb 9760; so auch OLG Innsbruck 30. 11. 1993, 5 Ra 210/93 — nicht rechtskräftig). Überhaupt ist es unzutreffend, daß mit der Einführung der Konzernvertretung durch die ArbVG-Novelle 1993 die Frage der Abgrenzung zwischen Unternehmen und Konzern „an Aktualität gewonnen“ habe (so *Grießer*, *ecolex* 1994, 36).

Richtig ist vielmehr das Gegenteil, weil das „Mitbestimmungsgefälle“ zwischen Zentralbetriebsrat und Konzernvertretung durch die Novelle entschärft wurde.

³²⁾ *Grießer*, *ecolex* 1994, 38.

³³⁾ Vgl *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht⁴ 77.

³⁴⁾ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 31.

³⁵⁾ Vgl *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht⁴ 27.

³⁶⁾ Nach hM genügt die zentrale Steuerung der Finanzplanung für den ganzen Konzern sowie die einheitliche Planung und Durchsetzung bloß in einem der anderen zentralen Unternehmensbereiche, wie zB Einkauf, Organisation, Personalwesen und Verkauf; vgl *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht⁴ 78; *Krejci*, GA 10. ÖJT I/1 258 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 31; vgl auch *Jabornegg*, in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ Rz. 14 zu § 15 mwN.

³⁷⁾ *ecolex* 1994, 38.

³⁸⁾ Dies gilt nur dann nicht, wenn ein Unternehmen zwar zentralbetriebsratspflichtig ist, die Betriebsräte jedoch einen Zentralbetriebsrat nicht gewählt haben; Umkehrschluß aus § 88a Abs 8 ArbVG (so auch EB RV 1078 BlgNR XVIII. GP 13; *G. Schima*, RdW 1993, 311 und Fn 29).

übrigen keine Rechte zukommen, die im nicht gegliederten Unternehmen nicht bereits der Betriebsrat (Betriebsausschuß) ausüben vermag, entsteht im Falle der Errichtung einer Belegschaftsvertretung bloß auf Betriebs- und auf Konzernebene (bei Vorhandensein lauter eingliederter Unternehmen in einem Konzern) kein dem Fall einer Nichtanerkennung rechtsformübergreifender Betriebe vergleichbares Mitbestimmungsdefizit für die Belegschaften³⁹⁾. Ein „Mitbestimmungsdefizit“ verbleibt in einem solchen Fall freilich: Der die zentralen Entscheidungen in den nachgeordneten Unternehmen (und damit auch Betrieben) vorgebenden „Konzernspitze“ steht mit der Konzernvertretung ein zweifellos nicht die Durchschlagskraft eines Zentralbetriebsrates besitzendes und insb nicht betriebsvereinbarungsfähiges Belegschaftsorgan gegenüber. Genau dies entspricht aber dem vom Gesetzgeber nach mühevollen Sozialpartnerverhandlungen festgeschriebenen Stand der Konzernmitbestimmung de lege lata. Die Verwirklichung des aus Arbeitnehmervertretungssicht idealen Zustandes, daß die innerhalb einer Unternehmensgruppe bestimmenden Organe bzw Organmitglieder es mit einem rechtlich nach Art des Betriebsrates bzw Zentralbetriebsrates entwickelten Belegschaftsorgan zu tun haben, würde tiefgreifende Änderungen im österreichischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht und insb die konzernrechtliche Verankerung einer Kompetenz der Konzernspitze erfordern, mit unmittelbarer Rechtswirksamkeit für die nachgeordneten Unternehmen Vereinbarungen zu schließen. Zu derartigen Änderungen konnte sich der Gesetzgeber bislang nicht entschließen.

Grießner⁴⁰⁾ versucht, den seiner Meinung nach relevanten Unternehmensbegriff durch „Gesetzesanalogie“ herauszuarbeiten, entfernt sich dabei aber völlig von den im ArbVG selbst verankerten und nach den anerkannten Regeln der Methodenlehre daher vorrangig heranzuziehenden Wertungen, nämlich vor allem von der — oben aufgezeigten — Tatsache, daß § 88 a ArbVG unmißverständlich zeigt, daß der betriebsverfassungsrechtliche Unternehmensbegriff „das aus mehreren rechtlich selbständigen Betrieben bestehende, einen Konzern bildende Unternehmen nicht mit umschließt“⁴¹⁾. Grießner zieht bei seiner „Gesetzesanalogie“ Rechtsvorschriften heran, deren völlig andere ratio schon auf den ersten Blick daran erkennbar ist, daß die — für das Betriebsverfassungsrecht unbestrittenermaßen essentielle — Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen nicht gemacht wird. Dies gilt insbesondere für § 23 Abs 3 AngG, dessen Unternehmensbegriff nach hM⁴²⁾ auch den Betrieb mit einschließt, sowie für § 3 AVRAG. Auch der „Unterneh-

mensbegriff“ des § 1409 ABGB umfaßt nach der — nicht unbestrittenen — Rsp⁴³⁾ bloße Unternehmensteile und damit jedenfalls Gebilde, die nach § 34 ArbVG Betriebsqualität aufweisen. Jene Erwägungen, die für einen Teil (!) der Lehre⁴⁴⁾ dafür ausschlaggebend sind, das Unternehmen als Gesamtsache iSd § 302 ABGB anzusehen, sind für das Betriebsverfassungsrecht ohne jeden Belang, weil sie ausschließlich mit der Erleichterung der Verkehrsfähigkeit „organisierter Erwerbsgelegenheiten“ zu tun haben und ebenfalls nichts zu der — betriebsverfassungsrechtlich unbedingt nötigen — Abgrenzung zwischen Betrieb und Unternehmen beitragen⁴⁵⁾. Die Untauglichkeit des Grießner'schen Konzepts erweist sich vor allem in der praktischen Anwendung. Jedermann möge selbst überprüfen, ob er bei Zugrundelegung dieses Konzepts noch in der Lage ist, Betrieb, Unternehmen und Konzern voneinander zu unterscheiden. Der Verfasser vermag dies jedenfalls nicht, und es kann prognostiziert werden, daß Betriebsräte und Arbeitgeber noch wesentlich überforderter wären.

Sollte sich Grießners Auffassung jemals durchsetzen, wäre ein sprunghafter Anstieg von Verfahren betreffend die Anfechtung und Nichtigkeitsfeststellung von (Zentral-)Betriebsratswahlen vorprogrammiert, weil zu erwarten steht, daß Betriebsräte in Unternehmensgruppen (Konzernen) sich vielfach dazu veranlaßt sehen würden, Zentralbetriebsratswahlen für mehrere Gesellschaften zu veranstalten, bei denen sie — aufgrund welcher Anhaltspunkte immer — einen wirtschaftlichen Zusammenhang vermuten. Die von Grießner vorgeschlagene — in ihrer Sinnhaftigkeit schon dem Arbeits- und Gesellschaftsrechtsexperten verschlossene — Abgrenzung zwischen „bloßer Konzernleitung“ und „darüber hinausgehender organisatorischer Zusammenfassung“ würde in der Praxis kaum beachtet, ja wohl nicht einmal problematisiert werden, weil sich Betriebsräte im Zweifel für das direktere und „mitbestimmungsfreundlichere“ Modell eines konzernweiten Zentralbetriebsrats entscheiden würden — zumal dann, wenn man die Verkenning des Unternehmensbegriffes bloß als Anfechtungs- und nicht als absoluter Nichtigkeitsgrund ansieht⁴⁶⁾.

³⁹⁾ Vgl OGH SZ 25/266, 32/74, 44/170; dazu auch G. Schima, RdW 1993, 221 mwN.

⁴⁰⁾ Abl zu Recht zB Krejci, Betriebsübergang 45 f mwN; Krejci, GA 10, ÖJT I/1, 229 f.

⁴¹⁾ Außerdem ist die Argumentation Grießners (ecolex 1994, 39), die für den Unternehmensbegriff erforderliche rechtliche Einheit sei „eher weit auszulegen“ und liege bereits im Falle des „Miteigentums mehrerer Personen an einer körperlichen oder unkörperlichen Sache“ und damit auch an einer Gesamtsache iSd § 302 ABGB vor, geradezu ein — man möge es dem Verfasser verzeihen — „juristischer Taschenspielertrick“, weil damit der eindeutig falsche Eindruck erwirkt wird, die Auffassung Grießners bewege sich innerhalb der von der praktisch einhelligen Lehre und Judikatur vertretenen Ansicht, die für das Unternehmen im Betriebsverfassungsrecht eine „rechtliche Einheit“ fordert. In Wahrheit hat der von Grießner verwendete Begriff der „rechtlichen Einheit“ mit dem von der hA zugrunde gelegten Verständnis nicht das mindeste zu tun, weil es letzterer, wie aufgezeigt, um die Einheit des Unternehmensrechtsträgers geht.

⁴²⁾ Daß letzteres in dieser Allgemeinheit jedoch nicht zutrifft und dies auch die durch § 81 Abs 5 ArbVG angeordnete „sinn-gemäße Anwendung“ ua des § 59 Abs 2 ArbVG auf die Zentralbetriebsratswahl nicht schlechthin gebietet, kann an dieser Stelle

³⁹⁾ Dieses kann nur dann entstehen, wenn Zentralbetriebsräte trotz Vorliegens eines gegliederten Unternehmens nicht gebildet wurden, weil in diesem Fall die Befugnisse des Zentralbetriebsrats nicht subsidiär von einem anderen Belegschaftsorgan wahrgenommen werden können (Strasser, in ArbVG-Handkomm 763; Strasser, in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht² II 292).

⁴⁰⁾ ecolex 1994, 36 f.

⁴¹⁾ So Krejci, unveröff GA.

⁴²⁾ Vgl G Schima, Abfertigung bei Ausgliederung von Betrieben, ecolex 1992, 184 ff mwN.

Die Praxis zeigt freilich, daß (Zentral-)Betriebsräte, deren Wahl vom Betriebsinhaber angefochten wurde, von diesem nicht oder nur im Rahmen des unbedingt Nötigen (zB betriebliches Vorverfahren nach § 105 Abs 1 ArbVG) als Partner akzeptiert zu werden pflegen, auch wenn der aus einer bloß anfechtbaren Wahl hervorgegangene Betriebsrat bis zur rechtskräftigen Stattgebung der

aus Platzgründen nicht ausreichend vertieft werden. Hinzuweisen ist darauf, daß in der BRD nach der Rsp des BAG eine grobe, willkürliche Verknennung sowohl des Betriebs- als auch des Unternehmensbegriffes zu absoluter Nichtigkeit der Wahl führen kann (vgl BAG AP Nr 5, 6 und 10 zu § 3 BetrVG 1972; BAG 17. 1. 1978 AP Nr 1 zu § 1 BetrVG 1972; BAG 11. 4. 1978 AP Nr 8 zu § 19 BetrVG 1972; vgl auch RAG 12, 409 zur willkürlichen Zusammenlegung von Betriebsteilen zu einem Betrieb). Die „*sinngemäße Anwendung*“ (vgl § 81 Abs 5 ArbVG) gesetzlicher Vorschriften auf einen anderen, im Gesetz nicht eigens geregelten Fall bedeutet stets einen besonderen Auftrag an den Normanwender, teleologische Gesichtspunkte speziell zu prüfen und vor der Übertragung der — sinngemäß anzuwendenden — Norm genauestens zu untersuchen, ob deren Sinn und Zweck in concreto tatsächlich eine vollinhaltliche oder nur teilweise oder auch gar keine Anwendung auf den anderen Fall (gegenständlich: auf die Zentralbetriebswahl) gestattet. Hält man sich daran, so erweist sich, daß die gesetzliche Verankerung bloßer Anfechtbarkeit bei der Verknennung des Betriebsbegriffes durch § 59 Abs 2, letzter Fall ArbVG auf Erwägungen beruht, die bei der Verknennung des Unternehmensbegriffes (weitestgehend) nicht gelten. Da es sich bei der Beantwortung der Frage,

Anfechtungsklage rechtmäßig im Amt ist und die von ihm bis dahin gesetzten Handlungen und geschlossenen Vereinbarungen aufrecht bleiben. Damit würde sich die von *Grießer* vorgeschlagene Vermischung von Unternehmen und Konzern letztlich gegen die Belegschaften wenden, weil eine gedeihliche Zusammenarbeit durch laufende Anfechtungsverfahren nicht gerade gefördert wird.

ob eine bestimmte Arbeitsstätte Betriebsqualität aufweist oder nicht, um eine der schon faktisch am schwierigsten zu beantwortenden Fragen des Betriebsverfassungsrechtes handelt, dient die gesetzliche Anordnung des § 59 Abs 2, letzter Fall ArbVG einem dringenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Beim Unternehmensbegriff, für den auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung die Einheit des Rechtsträgers unbedingt erforderlich ist, gilt dies jedoch nicht, weil objektiv nachprüfbar Kriterien (Bilanzen, Firmenbucheintragungen) existieren, anhand derer die „Reichweite“ des Unternehmens festgestellt werden kann. Die Verknennung des Unternehmensbegriffes bei der Zentralbetriebswahl setzt in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle daher ein weit größeres Maß an Rechtsunkenntnis bzw Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt oder auch schlichtweg die (vorwerfbare) Unkenntnis faktischer Gegebenheiten (Firmenbucheintragung) voraus als die Verknennung des Betriebsbegriffes (vgl auch *Dusak*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen, in *Tomandl* (Hrsg), Offene Fragen des Betriebsverfassungsrechts 16 ff, 24, die zutr darauf hinwies, daß die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und absoluter Nichtigkeit eine fließende ist und grundsätzlich auch in § 59 ArbVG angeführte Anfechtungsgründe bei entsprechender Intensität Nichtigkeitsgründe bilden könnten).