50 Jahre Arbeits-verfassungs-gesetz

Rudolf Mosler (Hg.)

ÖGB VERLAG

50 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz

Univ.-Prof. Dr. Rudolf Mosler (Hg.)

ÖGB VERLAG

Wien 2024

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH
Johann-Böhm-Platz 1
1020 Wien
Tel. Nr.: 01/662 32 96-0
Fax Nr.: 01/662 32 96-39793
E-Mail: office@oegbverlag.at
Web: www.oegbverlag.at

Medieninhaber: Verlag des ÖGB GmbH, Wien
© 2024 by Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH Wien
Verlags- und Herstellungsort: Wien

ISBN 978-3-99046-700-8

Vorwort von Bundesminister Martin Kocher

Vor fünfzig Jahren, am 1.7.1974, ist das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), eine umfassende Kodifikation des österreichischen kollektiven Arbeitsrechtes, in Kraft getreten. Unter seinem Titel erfolgte die Zusammenfassung der schon damals bestehenden Rechtsvorschriften zu den Instrumenten kollektiver Rechtgestaltung und zur Betriebsverfassung. Dies betraf etwa das Kollektivvertragsgesetz 1947, das Betriebsrätegesetz 1947, das Mindestlohntarifgesetz 1951 und das Jugendvertrauensrätegesetz 1972.

Dementsprechend enthält der I. Teil des ArbVG die Regelungen zu Kollektivvertrag, Satzung, Mindestlohntarif, Lehrlingseinkommen und Betriebsvereinbarung, während Gegenstand des II. Teiles die Mitwirkungsbefugnisse der Belegschaftsorgane, insbesondere des Betriebsrates, sind.

Neben einer verbesserten systematischen Gliederung der Arbeitsverfassung, durch die dem Anliegen nach größerer Übersichtlichkeit und Klarheit entsprochen werden konnte, brachte das ArbVG aber auch manche Neuerung. So beinhaltet es die erste systematische Regelung der Betriebsvereinbarung als wichtige Rechtsquelle des kollektiven Arbeitsrechts. In seinem Rahmen erfolgte auch die erstmalige rechtliche Verankerung der Zusammenarbeit zwischen den Organen der betrieblichen und überbetrieblichen Interessenvertretungen.

Schon in seiner Stammfassung stellte das ArbVG somit einen großen Schritt zum Ausbau der betrieblichen und überbetrieblichen Mitbestimmung dar. Durch zahlreiche Novellen erfolgte in den letzten fünfzig Jahren eine stetige Weiterentwicklung dieser Mitbestimmungsrechte.

Erwähnenswert ist zunächst die Umsetzung des sogenannten 29-Punkte-Katalogs im Jahr 1986, die unter anderem die Schaffung eines neuen Betriebsvereinbarungstatbestandes bei der Einführung von Personaldatenverarbeitungs- und Personalbeurteilungssystemen, die Errichtung von Arbeitsgemeinschaften der Betriebsräte im Konzern, die Verlängerung der Funktionsperiode der Betriebsräte von drei auf vier Jahre sowie der Bildungsfreistellung für Betriebsratsmitglieder von zwei auf drei Wochen und die Schaffung der Möglichkeit zur Errichtung von Jugendvertretungen auf Unternehmensebene brachte.

Ebenfalls noch im Jahr 1986 erfolgte die Überführung der betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten in die Kompetenz der Arbeits- und Sozialgerichte sowie die Ablösung des Obereinigungsamtes durch das Bundeseinigungsamt.

Im Jahr 1990 wurde durch Wegfall des Sperrrechts des Betriebsrates bei Motivkündigungen der Kündigungs- und Entlassungsschutz individualisiert.

Zusammen mit dem Inkrafttreten des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes erfolgten 1993 Regelungen zum Schicksal von Belegschaftsorganen und Betriebsvereinbarungen im Fall eines Betriebsüberganges. Die Konzernvertretung löste als

Organ der Arbeitnehmerschaft auf Konzernebene die Arbeitsgemeinschaft der Betriebsräte im Konzern ab.

Die ebenfalls 1993 beschlossene Beschäftigungssicherungsnovelle verbesserte den Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer:innen und definierte das Erfordernis zu besonderer Rücksichtnahme auf deren Interessen beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen über Sozialpläne.

Seit dem Jahr 1996 schließlich dienten die weiteren Novellen zum ArbVG im Wesentlichen der Anpassung an das europäische Gemeinschaftsrecht. So wurde 1996 das Kapitel „Europäische Betriebsverfassung" mit Rechtsvorschriften für die Errichtung von Organen der Arbeitnehmerschaft auf europäischer Ebene, insbesondere des Europäischen Betriebsrates, in das ArbVG aufgenommen.

Seit dem Homeoffice-Paket 2021 können in Betriebsvereinbarungen auf den Betrieb zugeschnittene Rahmenbedingungen zur Arbeit im Homeoffice festgelegt werden.

Die in den Jahren 2004, 2006, 2007 und 2023 beschlossenen Novellen dienten der Schaffung von Mitbestimmungsregelungen in der Europäischen Aktiengesellschaft, in der Europäischen Genossenschaft und im Falle von grenzüberschreitenden Umgründungen (Verschmelzungen, Umwandlungen oder Spaltungen) von Kapitalgesellschaften.

Dieser in den letzten Jahren zu beobachtende Trend zu immer komplexeren Unternehmens- und Konzernstrukturen war aber nicht nur eines der zentralen Motive für diese Regelungen auf Gemeinschaftsebene, sondern stellt auch eine der wichtigsten Herausforderungen für die Weiterentwicklung des ArbVG dar. Andernfalls besteht schon in naher Zukunft die Gefahr, dass den Belegschaftsorganen in vielen Fällen der Ansprechpartner auf Arbeitgeberseite fehlt. Daher wird in den nächsten Jahren eine ausführliche Diskussion, eventuell auch eine Neudefinition des Betriebsbegriffes des ArbVG, erforderlich sein.

Eine weitere große Herausforderung für die Zukunft des ArbVG besteht in den stets flexibler werdenden Beschäftigungsformen. Die kontinuierliche Zunahme von Teilzeitbeschäftigung etwa erschwert die Erreichbarkeit der Arbeitnehmer:innen im Betrieb und dadurch auch die Tätigkeit der Betriebsräte. Der stete Anstieg der freien Dienstnehmer:innen sorgt für eine steigende Anzahl von Personen, die vom Geltungsbereich des ArbVG gar nicht erst erfasst sind. Diese Entwicklungen könnten durchaus eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffes des ArbVG notwendig machen.

Nicht zuletzt stellen zahlreiche, zum Teil gerade erst im Entstehen begriffene neue Formen der Arbeitsorganisation enorme Herausforderungen für eine Weiterentwicklung des ArbVG dar. In dem Zusammenhang sind vor allem die Schlagworte Digitalisierung, Automatisierung und Künstliche Intelligenz anzuführen. Derzeit sind die Auswirkungen dieser Entwicklungen in all ihren Konsequenzen noch nicht

vollständig absehbar. Die Notwendigkeit für den Ausbau und die Modernisierung der Mitbestimmung scheint angesichts dieser Trends jedenfalls geradezu unausweichlich zu sein. Nur so kann es gelingen, den in der Vergangenheit so bewährten Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen im Betrieb auch in Zukunft zu gewährleisten und sozialen Frieden und Wohlstand weiterhin zu garantieren.

Februar 2024

Univ.-Prof. Dr. Martin Kocher
Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft

Vorwort von Univ.-Prof. Dr. Rudolf Mosler

Das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) ist am 1. Juli 1974 in Kraft getreten. In seiner Grundstruktur hat es sich trotz vieler Änderungen im Detail 50 Jahre lang als bemerkenswert stabil erwiesen. Dass die Zahl der Paragrafen von 171 auf 272 angestiegen ist, lässt sich damit erklären, dass die „Europäische Betriebsverfassung" und die Mitbestimmungsregeln für Europäische Gesellschaften und Genossenschaften in das Gesetz integriert wurden. Das ArbVG stellt eine Kodifikation fast des gesamten kollektiven Arbeitsrechts dar. Schon sein Zustandekommen war bemerkenswert. In einer Kodifikationskommission unter der Leitung von Rudolf Strasser gab es intensive Beratungen, in die Politik, Verwaltung, Sozialpartner und Wissenschaft einbezogen waren. Nach intensiven Verhandlungen der Sozialpartner wurde das Gesetz letztlich einstimmig im Nationalrat verabschiedet. Ob ein solcher Prozess auch heute noch gelingen würde? Jedenfalls ist ein 50-Jahr-Jubiläum ein willkommener Anlass, Bilanz zu ziehen und die Frage zu stellen, ob das ArbVG in Zeiten der Digitalisierung und Globalisierung, aber auch der vielbeklagten Entsolidarisierung der Gesellschaft, noch „zukunftsfit" ist.

Bundesminister Dr. Martin Kocher hat in seinem Vorwort die Bedeutung des Gesetzes gewürdigt. Über 40 renommierte Autorinnen und Autoren haben zur Feier des Jubiläums einen Beitrag zu dieser Festschrift geleistet. Die Idee war, einen Bogen zu spannen von der Entstehung des ArbVG über die praktische Anwendung bis zu den zukünftigen Herausforderungen. Nach zwei Beiträgen, die die historische Dimension und die Rechtsentwicklung aufarbeiten, wird zunächst auf die Realität der Arbeitsbeziehungen eingegangen. Die Bedeutung des ArbVG im Rahmen der Sozialpartnerschaft spielt dabei eine zentrale Rolle. Die konkrete Praxis der Kollektivvertragsverhandlungen und der Arbeit der Betriebsräte wird einerseits unter dem Blickwinkel von Vergangenheit und Gegenwart betrachtet, andererseits mit zukünftigen Herausforderungen konfrontiert. In den rechtsdogmatischen Teilen des Buches werden zentrale Rechtsfragen aus der kollektiven Rechtsgestaltung, der Betriebsverfassung und Querschnittsfragen behandelt. Mehrere Aufsätze beschäftigen sich mit internationalen Entwicklungen und dem Einfluss des Unionsrechts. Bei den juristischen Beiträgen geht es nicht nur um die Behandlung einzelner Rechtsprobleme, sondern vor allem auch um eine Beurteilung, ob sich die Regelungen bewährt haben oder ob etwa Änderungen in der Arbeitswelt (zB Digitalisierung) zu Anpassungen führen sollten. Eines lässt sich jedenfalls vorwegnehmen: Im Unterschied zu vielen anderen Gesetzen im Arbeitsrecht sticht das ArbVG durch eine gelungene Systematik, überwiegend verständliche Sprache und insgesamt hohe legistische Qualität hervor. Es gibt zweifellos einen gewissen Anpassungsbedarf, aber man kann mit gutem Gewissen dem ArbVG noch ein längeres Leben wünschen. In diesem Sinne: Ad multos annos!

Zum Gelingen des Projekts haben viele Personen beigetragen. Zunächst danke ich den Autorinnen und Autoren für die angenehme und problemfreie Zusammenarbeit und die zeitgerechte Lieferung der Beiträge. Die organisatorische und redaktionelle Betreuung des Projekts lag in den Händen von Mag.ª Leonie Obermeyr. Für ihre engagierte, präzise und zuverlässige Arbeit darf ich mich bei ihr ganz herzlich bedanken. Dank gebührt auch dem ÖGB-Verlag, insbesondere Mag.ª Iris Kraßnitzer, die an den Erfolg des Projekts von Anfang an geglaubt hat, und Mag.ª Evelyn Beyer für die gute Zusammenarbeit bei der konkreten Umsetzung.

Rudolf Mosler

Inhaltsverzeichnis

Vorwort von Bundesminister Martin Kocher VII
Vorwort von Univ.-Prof. Dr. Rudolf Mosler VII

1. Teil:
Geschichte und Rechtsentwicklung 17

Florian Wenninger
Zur Genese des Arbeitsverfassungsgesetzes 1973
Ein historischer Rückblick aus Anlass des 50. Jahrestages der Beschlussfassung im Nationalrat 19

Josef Cerny
50 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz
Eine (Zwischen)Bilanz 33

2. Teil
Das ArbVG in der Praxis 45

Tobias Hinterseer
Arbeitsverfassungsgesetz und Sozialpartnerschaft –
Eine Bestandsaufnahme zum Jubiläum 47

Silvia Hruška-Frank
ArbVG – Ein Erfolgskapitel der Sozialpartnerschaft 65

Rolf Gleißner/Thomas Stegmüller
50 Jahre ArbVG – Die Sicht der Wirtschaft 83

Michael Trinko
50 Jahre ArbVG – Herausforderungen für die Zukunft
Forderungen des ÖGB 97

René Schindler
Kontinuitäten und Veränderungen im KV-System
Zugleich ein Blick hinter die Kulissen der Kollektivvertragsverhandlungen 109

Michael Gogola/Susanne Haslinger
Neuerungen in der Kollektivvertragspolitik
Entgeltregelungen, innovative Arbeitszeitmodelle und die Digitalisierung als neues Handlungsfeld 125

Michael Heiling/Christine Schuster-Himmel/Eva Zeglovits
Praxis der Arbeit und Mitbestimmung von Betriebsräten nach 50 Jahren ArbVG
Aktuelle Befunde und Ergebnisse aus der Studie „Betriebliche Mitbestimmung in Österreich 2022“ 141

Brigitte Daumen Garrido
Ausbildungsanforderungen an Betriebsrät:innen
Wie gewerkschaftliche Bildung Arbeitnehmervertreter:innen fit für die Praxis macht 157

Michael Heiling/Hannes Schneller
Mitbestimmung im Aufsichtsrat:
Voraussetzungen, Praxis und Mehrwert 167

Jörg Flecker/Philip Schörpf/Thomas Riesenecker-Caba
Digitalisierung und Arbeitsgestaltung: Herausforderungen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer:innen 179

Heinz Leitsmüller
Mitarbeiterbeteiligung als Perspektive
Stärkung der Mitbestimmung durch Mitarbeiterbeteiligung? 193

3. Teil
Kollektive Rechtsgestaltung 205

Christina Schnittler/Elisabeth Brameshuber
Kollektive Rechtsgestaltung im Wandel – Ist das ArbVG bereit für Arbeitnehmerähnliche? 207

Birgit Schrattbauer/Hannah Dölzlmüller
Reichweite und Grenzen der Regelungsbefugnis des Kollektivvertrags 221

Christoph Kietaibl
Entgeltregelungen im KollV und Verhältnis zur BV 239

Thomas Mathy
Spannungsfelder zwischen ArbVG und AZG am Beispiel der Zulassungsnormen 251

Andreas Mair
Arbeitsbedingungen und Gesundheitsschutz 265

Thomas Pfalz
Kollektivvertragsangehörigkeit und Mischbetrieb 277

Nora Melzer
Die behördliche Festsetzung von Arbeitsbedingungen 291

4. Teil
Betriebsverfassung 305

Susanne Auer-Mayer
Geltungsbereich der Betriebsverfassung
Betriebs- und Arbeitnehmer*innenbegriff 307

Matthias Neumayr
Betriebsrat: Wahl, Rechtsstellung und Geschäftsführung 323

Sieglinde Gahleitner
Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz 337

Walter J. Pfeil
Betriebsvereinbarungen
Einige alte und neue Fragen sowie rechtspolitische Herausforderungen 353

Hannah Rußegger
Ökologische Nachhaltigkeit durch Betriebsvereinbarung? 367

Gert-Peter Reissner
Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen 381

Elias Felten/Johannes Warter
Der Betriebsrat als Informationsträger 395

Wolfgang Goricnik
Betriebsverfassung: Datenschutz und Persönlichkeitsrechte
Zu diesbezüglichen Antinomien und Unschärfen &
deren Auflösung 415

Magdalena Mißbichler
Die Verantwortlichkeit des Betriebsrats
Ein Überblick zur Diskussion über die schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme
des Betriebsrats und seiner Mitglieder 435

Wolfgang Kozak
Der Einfluss der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die betriebsverfassungsrechtliche Schlichtung 447

5. Teil
Querschnittsfragen und generelle Betrachtungen 457

Michaela Windisch-Graetz
Gleichbehandlungsgebote im Rahmen der Arbeitsverfassung 459

Rudolf Mosler
Gibt es eine kollektivrechtliche Friedenspflicht? 473

Konrad Grillberger
Zur Effektivität des ArbVG 485

Gerhard Kuras
50 Jahre ArbVG in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs
Eine Erfolgsgeschichte zwischen Unions-, Verfassungs- und Individualarbeitsrecht 501

6. Teil
ArbVG und internationale Entwicklungen 517

Olaf Deinert
Sozialer Dialog und europäische Kollektivverträge 519

Vera Glassner/Michael Mesch
Kollektivvertragliche Deckungsraten in Europa
Einflussfaktoren und aktuelle Entwicklungen 533

Martin Gruber-Risak
Der Einfluss des Unionsrechts auf die betriebliche Mitbestimmung im ArbVG 549

Walter Gagawczuk
Die Betriebsverfassung – Ein Blick über die Grenze 563

Manfred Walser
Mitbestimmung im europäischen Vergleich
Unterschiede, Gemeinsamkeiten und Harmonisierung 577

Diana Niksova
Das Internationale Betriebsverfassungsrecht im digitalen Transformationsprozess –
Ist das Territorialitätsprinzip noch zeitgemäß oder braucht es in der grenzüberschreitenden virtuellen Arbeitswelt neue Ansätze für die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen? 591

1. Teil
Geschichte und Rechtsentwicklung

Zur Genese des Arbeitsverfassungsgesetzes 1973 Ein historischer Rückblick aus Anlass des 50. Jahrestages der Beschlussfassung im Nationalrat

Florian Wenninger

1. Die Vorgeschichte: Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen in der Ersten Republik 19
2. Die faschistische Ära 1934–1945 22
3. Sozioökonomisches Erbe und Neuanfang nach 1945 24
4. Das Kollektivvertragsgesetz als Grundlage der Sozialpartnerschaft 25
5. Die Einführung des Arbeitsverfassungsgesetzes 27
6. Resümee 30

Im Dezember 1973 verabschiedete der Nationalrat nach heftigen Debatten das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG).[1] Anliegen des vorliegenden Textes ist es, die Genese des Gesetzeswerkes nachzuzeichnen und die politischen Auseinandersetzungen im Vorfeld zu beleuchten.

1. Die Vorgeschichte: Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen in der Ersten Republik

Bereits um die Wende zum 20. Jahrhundert gab es auf cisleithanischem Territorium in mehreren Branchen Kollektivverträge. Da diese Kollektivverträge weder durch die Arbeitsverträge noch durch das ABGB gedeckt waren, kam ihnen allerdings lediglich schuldrechtliche Wirkung zu. Weil die Arbeitgeberseite also mit juristischen Mitteln nicht dazu angehalten werden konnte, sich an getroffene Vereinbarungen auch zu halten, war die Kampffähigkeit der Gewerkschaften ein unabdingbarer Rahmenfaktor, um Verbindlichkeit herzustellen.[2] Daran änderten letztlich auch die Novelle der Gewerbeordnung 1907[3] und das Handlungsgehilfengesetz drei Jahre später[4] nichts.

Erst der Kollaps der k.u.k-Monarchie 1918 ermöglichte eine Demokratisierung der Arbeitsbeziehungen. Das Betriebsrätegesetz 1919,[5] dessen Vorläufer am ehesten

---

1 Zu den detaillierten Regelungen vgl *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht (arbvg. oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); *Floretta/Strasser*, Arbeitsverfassungsgesetz[2] (1988); Desgl *Hruška-Frank*, Arbeitsverfassungsgesetz in Frage und Antwort[3] (2009).

2 *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz (2015) 17.

3 RGBl 1907/26.

4 RGBl 1910/20.

5 StGBl 1919/283.

im Bereich der 1885 geschaffenen Gehilfenversammlungen und Gehilfenausschüsse sowie der 1896 gegründeten Bergbaugenossenschaften zu sehen sind,[6] war das erste seiner Art außerhalb des revolutionären Russlands. Obwohl die Wiener Zeitschrift „Der Arbeitgeber" im Juni 1919 bitter bemerkte, „*[v]om 25. Juli an, an welchem Tage das Gesetz in Kraft tritt, hat der Unternehmer endgültig aufgehört, Herr in seinem Hause zu sein*",[7] und „Die Industrie" orakelte, es werde „*jahrelanger Arbeit bedürfen, um diesen gefährlichen Explosivstoff, Betriebsräte genannt, auf ein Mindestmaß an Gefährlichkeit zu reduzieren*",[8] stellte das Betriebsrätegesetz (BRG) in weiten Teilen lediglich die Verrechtlichung eines Zustandes her, der seit 1918 in vielen Unternehmen ohnehin Usus war: Dass die Belegschaften Vertretungen bestimmten und diese in unterschiedlichsten Fragen in Aushandlungsprozesse mit der Unternehmensleitung eintraten.[9] Ziel des BRG war es nun, diese betriebliche Mitbestimmung zu institutionalisieren. Längerfristig sollten sie aber auch eine wesentliche Voraussetzung für die Sozialisierungspläne der Sozialdemokratie schaffen: Die Arbeiterschaft schrittweise zu befähigen, in Hinkunft vergesellschaftete Industriebetriebe selbst zu verwalten.[10]

Der Widerstand gegen das BRG seitens der Arbeitgeber galt in erster Linie der obligatorischen Einbindung von Betriebsräten in Unternehmensentscheidungen, die sie als Teilverlust der Verfügungsgewalt über ihr Eigentum empfanden, desgleichen dem im Gesetz vorgesehenen Mitspracherecht der Betriebsräte beim Erlass von Arbeitsordnungen, die zuvor oft dazu gedient hatten, Bestimmungen in Arbeitsverträgen zu unterlaufen.[11] Den Gewerkschaften hingegen bereitete Sorge, dass Betriebsrät:innen ausschließlich ihren jeweiligen Belegschaften verpflichtet sein könnten und daher ein „syndikalistischer Betriebsegoismus"[12] befördert werden könnte, der die überbetriebliche Gewerkschaftsarbeit hemmen könnte (eine Einschätzung, die auch die Unternehmerschaft hoffnungsvoll vermerkte).[13] Als Entgegenkommen an die Gewerkschaften war denn auch zu verstehen, dass Betriebsrät:innen laut BRG „unter Mitwirkung" bzw „im Einverständnis" mit der jeweils „zuständigen Gewerkschaft" agieren sollten.[14] Faktisch kam das BRG freilich dennoch einem Ausschluss der Gewerkschaften von der Betriebsebene und den dort abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen gleich.

---

6 Vgl *Hautmann/Kropf*, Die österreichische Arbeiterbewegung vom Vormärz bis 1945. Sozialökonomische Ursprünge ihrer Ideologie und Politik (1976) 131.

7 Zit n *Deutsch*, Geschichte der österreichischen Gewerkschaftsbewegung Band 2 (1975) 98.

8 Zit n *Filla*, Zwischen Integration und Klassenkampf. Sozialgeschichte betrieblicher Mitbestimmung in Österreich (1981) 66.

9 Vgl *Filla*, Integration 45 f; *Groetzinger-Singer*, Der Gedanke der Mitbestimmung im Österreich der Zwanzigerjahre (1974) 18 ff.

10 Vgl *Hautmann/Kropf*, Arbeiterbewegung 132.

11 Vgl *Felten*, Koalitionsfreiheit 22.

12 Vgl *Deutsch*, Geschichte 98.

13 Ebd.

14 § 3 Abs 3 BRG.

Kritik der Gewerkschaften gab es auch am politischen Kompromiss im Vorfeld der Beschlussfassung des BRG. So erstreckte sich dessen Gültigkeit nur auf Betriebe mit mehr als 20 Beschäftigten, darunter bestand lediglich die Möglichkeit, Vertrauensleute zu wählen, deren Befugnisse deutlich schwächer ausgestaltet waren.[15] Zudem blieben Land- und Forstarbeiter:innen ausgeklammert, die in einem direkten ökonomischen Interessensgegensatz zur agrarischen Kerngruppe der Christlichsozialen standen. Nicht zuletzt bestand nach dem BRG die Möglichkeit für einzelne Arbeitgeber, in ihren Unternehmen Kollektivverträge abzuschließen und auf diese Weise Branchenkollektivverträge zu unterlaufen. Arbeitnehmer:innen waren nur kollektiv abschlussberechtigt, allerdings existierten ganz bewusst keine bindenden Kriterien für die Kollektivvertragsfähigkeit, was ein plurales Kollektivvertragssystem ermöglichte und wohl vor allem ein Zugeständnis an die kleinen konservativen Richtungsgewerkschaften darstellte.

Für den gegenständlichen Zusammenhang ist das BRG von zentraler Bedeutung, weil es die im ArbVG kodifizierte betriebliche Mitbestimmung entscheidend prägte und das Fundament für ein System dualer kollektiver Arbeitsbeziehungen legte, in dem die Gewerkschaften auf die überbetriebliche Ebene beschränkt blieben und die Interessenvertretung auf Betriebsebene weitestgehend den Belegschaftsvertretungen, also den Betriebsräten, vorbehalten blieb.[16] Dass Kollektivverträge auszuhandeln arbeitnehmerseitig der überbetrieblichen Ebene vorbehalten bleiben sollte, normierte nochmals explizit das Gesetz über den Achtstundentag.[17]

Neben dem Betriebsrätegesetz prägte vor allem das Gesetz über die Errichtung von Einigungsämtern[18] entscheidend die kollektiven Arbeitsbeziehungen in Österreich. Kollektivverträge wurden darin erstmals als einseitig zwingende, normative Vereinbarungen definiert und damit abweichende Regelungen in Einzelverträgen unterbunden, sofern diese Verschlechterungen für den oder die jeweilige:n Beschäftigte:n enthielten.[19]

Neben den Betriebsrät:innen und den Gewerkschaften als freiwilligen Berufsvereinigungen existierte mit Schaffung der Arbeiterkammern ab 1920 auch eine gesetzliche Interessenvertretung, wenn nicht aller, so doch der meisten Beschäftigten (Industrie, Gewerbe, Handel, Bergbau und Verkehr). Das Arbeiterkammergesetz sah auch die Mitwirkung an Kollektivverträgen vor, demnach eine gewisse Kompetenzüberlappung zwischen Gewerkschaften und Kammern,[20] der Abschluss von Kollektivverträgen blieb jedoch weiterhin ausschließlich Sache der Gewerkschaften.

---

15 § 1 Abs 1 BRG.

16 *Felten*, Koalitionsfreiheit 24.

17 StGBl 1919/581; Zur Vorgeschichte vgl *Mulley*, Zum langen, dornenvollen Kampf um den 8-Stunden-Tag bis 1918, DRdA 2018/379, 526 ff.

18 StGBl 1919/220.

19 *Felten*, Koalitionsfreiheit 27 f.

20 StGBl 1920/100, § 2 Abs 1 lit h.

Ein Indiz für die von den bürgerlichen Regierungen ab Ende der 1920er offensiv vorangetriebene Autoritarisierung war auf Ebene des Arbeitsrechtes das Antiterror-Gesetz 1930,[21] das darauf abzielte, die Gewerkschaften noch nachhaltiger von der Betriebsebene fernzuhalten, als dies durch das Betriebsratsgesetz ohnehin schon geschehen war, und vor allem einer closed-shop-Politik einen Riegel vorzuschieben. Gemeint war damit die Strategie von Gewerkschaften, in Betrieben einen hohen Organisationsgrad zu gewährleisten, indem man durchsetzte, dass bevorzugt oder ausschließlich Mitglieder der eigenen Gewerkschaft eingestellt wurden. Während christliche und deutschnationale Gewerkschaften im öffentlichen Dienst, speziell in Exekutive und Bundesheer, in Abstimmung mit ihren ressortführenden Parteifreunden faktisch eine closed-shop-Politik betrieben, beklagten sie diese im Privatsektor ausgiebig als „Betriebsterror".[22] Das Antiterror-Gesetz schränkte vor diesem Hintergrund auch die Möglichkeit ein, kollektivvertragliche Regelungen zu vereinbaren, die einem Organisationszwang gleichkamen.[23]

2. Die faschistische Ära 1934–1945

Die Errichtung des austrofaschistischen Regimes 1933/1934 war maßgeblich dem Versuch geschuldet, eine Weltwirtschaftskrise, die mit einem verheerenden Bankencrash zusammenfiel, zugunsten des Kapitals und zulasten der Beschäftigten zu bewältigen. Während das Regime, namentlich Sozialminister Odo Neustädter-Stürmer, öffentlich behauptete, es werde „*die Rechte der Arbeiter und Angestellten […] unangetastet lassen, alle wertvollen Errungenschaften der Arbeiterbewegung aufrechterhalten*",[24] erklärte er im kleinen Kreise des Kabinetts bezeichnenderweise, „*obwohl man den Arbeitern versprochen habe, dass ihre Rechte nicht geschmälert würden, hielte es Redner für möglich und volkswirtschaftlich richtig, einen Abbau von Soziallasten und eine Kürzung von Leistungen der Sozialversicherung in Angriff zu nehmen*".[25] Erste legistische Anpassungsmaßnahmen, die diesen Geist atmeten, wurden bereits eine Woche nach Beginn des Notverordnungsregimes, am 14. März, erlassen, als mit der Gewerbeordnungsnovelle die Kollektivvertragsfähigkeit ausschließlich auf Seiten

[21] BGBl 1930/113 idF vom 28.2.1934.

[22] Vgl *de Waal*, Betriebsterror und christliche Gewerkschaften. Das Entstehen des Antiterrorgesetzes (1979).

[23] Der gewerkschaftsfeindliche Charakter des Gesetzes manifestierte sich auch in der erstmals explizit gemachten Außenseiterwirkung des Kollektivvertrages (die allerdings durch den Betriebsrat beeinsprucht werden konnte) sowie darin, dass künftig für die Geltung eines Kollektivvertrages ausschließlich die Kollektivvertragsangehörigkeit des Arbeitgebers ausschlaggebend sein sollte, vgl *Felten*, Koalitionsfreiheit 30. Am Institut für Historische Sozialforschung ist gegenwärtig eine MA-Arbeit in Ausarbeitung, die sich erstmals mit der Spruchpraxis nach dem Antiterrorgesetz befasst.

[24] Zit n *Bundeskommissariat für Heimatdienst* (Hrsg), Unser Staatsprogramm: Führerworte (1935) 90.

[25] Sitzung des Ministerrates vom 28.2.1934, MRP 925, 40.

der Arbeitgeber erweitert wurde. Fortan sollten analog zur korporatistischen Reorganisation des Staatswesens und in Vorbereitung auf eine Ausschaltung der freien Gewerkschaften nicht nur Berufsverbände, sondern auch gesetzlich eingerichtete Institutionen mit Pflichtmitgliedschaft Kollektivverträge abschließen können. In weiterer Folge übte die austrofaschistische Einheitsgewerkschaft auf Arbeitnehmerseite ein kollektivvertragliches Monopol aus. Nachdem zahlreiche Unternehmer nach der Zerschlagung der freien Gewerkschaften im Februar 1934 umgehend die geltenden Kollektivverträge gekündigt hatten, wurden nun neue, für die Beschäftigten durchwegs deutlich ungünstigere Vereinbarungen abgeschlossen, die im Einklang mit den erklärten Zielen des Regimes zu einer Absenkung des Lohnniveaus führten.[26] Dies ging einher mit einer weitgehenden Entrechtung der Arbeiterschaft: Aufhebung des Betriebsratsgesetzes, an dessen Stelle das am faschistischen Vorbild entwickelte Werksgemeinschaftsgesetz trat, das auf Seiten der Belegschaft nur noch Vertrauensmänner mit beratender Funktion vorsah;[27] massive Leistungskürzungen im Bereich der Sozialversicherung;[28] schließlich eine repressive Fürsorgepolitik, die am Grundsatz ausgerichtet war, dass die betreffende Person, nicht ihre ökonomische Lage, einer Besserung bedurfte – etwa im Wege einer polizeilichen Anhaltung oder der Einweisung in Arbeitslager.[29]

Mit dem „Anschluss" Österreichs an das Deutsche Reich 1938 erlangte auch in der nunmehrigen „Ostmark" das Gesetz zur Ordnung der Nationalen Arbeit Gültigkeit. Es sah bei ungleich höherem Repressionsdruck seitens der Gestapo autoritäre Werksgemeinschaften vor, in denen der Unternehmer zum „Betriebsführer", die Beschäftigten zum rechtlosen „Gefolge" mutierten.[30] Die Arbeitsbedingungen wurden einseitig durch die Unternehmer in Betriebsordnungen festgelegt, an die Stelle der Kollektivverträge traten die vom jeweils zuständigen „Reichstreuhänder der Arbeit" (RTdA) dekretierte „Tarifordnungen". Im Fall von Konflikten, aber auch für die Ahndung von Arbeitsverweigerung waren gleichfalls die RTdA zuständig. bei denen es sich meist um wirtschaftsnahe, regimeloyale Verwaltungsjuristen handelte, die entsprechend agierten. In den meisten Fällen war wohl der in der Verordnung über die Lohngestaltung vom 25. 6. 1938 festgehaltene Grundsatz, wonach die Höhe der Löhne weder der Wehrwirtschaft noch der Durchführung der Vierjahrespläne im Wege zu stehen habe, gar nicht nötig. Flankierend wurde auch durch die Rahmengesetzgebung der Druck auf Beschäftigte erhöht. Das Instrumentarium reichte von der Wiedereinführung des Arbeitsbuches über die Zurückdrängung von Frauen aus

---

26 *Tálos*, Das austrofaschistische Herrschaftssystem. Österreich 1933–1938 (2013) 327 ff, 362 f, 367 f.

27 BGBl 1935/464; vgl *Pasteur*, Unter dem Kruckenkreuz. Gewerkschafter und Gewerkschafterinnen in Österreich 1934–1938 (2008) 183 ff.

28 *Tálos*, Herrschaftssystem 369 ff.

29 Ebd 375.

30 RGBl I 1934, 45 ff.

dem Berufsleben bis hin zur großflächigen Verwendung in diversen obligatorischen Arbeitsprogrammen und schließlich millionenfacher Zwangsarbeit.[31] Den Gipfel stellte die Realisierung des Völkermordprogrammes durch systematischen „Tod durch Arbeit" dar, dem vor allem „jüdische" Arbeitskräfte zum Opfer fielen.[32]

3. Sozioökonomisches Erbe und Neuanfang nach 1945

Unter dem Eindruck des Bombenkrieges wurde die deutsche Rüstungsindustrie im Verlauf des Krieges sukzessive dezentralisiert. Weil die alliierten Bomber das Gebiet der Republik Österreich bis zur Landung in Italien 1943 nur schlecht erreichen konnten, wurden Teile der Rüstungsindustrie auch hierher verlagert. Trotz teils erheblicher Beschädigungen erweiterten diese Großbetriebe die heimische Industrielandschaft. Zwischen 1930 und 1948 nahm die Zahl von Betrieben mit über 1.000 Beschäftigten um die Hälfte zu, gleichzeitig kam es zu einer Westverschiebung der industriellen Zentren, die bis dahin stark auf das Wiener Becken, die Mur-Mürz-Furche und einige wenige Enklaven im restlichen Bundesgebiet konzentriert gewesen waren.[33] Die Mehrheit sowohl der Industrie- als auch der Energieunternehmen und Banken befand sich zu Kriegsende in der Hand von Personen aus dem sogenannten „Altreich". Nach dem Potsdamer Abkommen standen sie, soweit sie sich in der sowjetischen Besatzungszone befanden, den Sowjets als Teil der deutschen Reparationen zu. Die einzige Möglichkeit, sie deren Zugriff zu entziehen, war die Verstaatlichung, wohl nur deshalb war auch die ÖVP mit der Sozialisierung einverstanden.

Das wichtigste Vehikel zur Integration der Arbeiterbewegung in den Staat, dabei aber auch zur generellen Senkung der allgemeinen Konfliktintensität, bildete nach 1945 das weitgehend informelle System der Sozialpartnerschaft. Wiewohl die Sozialpartnerschaft gewichtigen Einfluss auf die Wirtschafts- und Sozialpolitik des Landes nahm, war die einzige Rechtsgrundlage ihres zentralen Gremiums, der Paritätischen Kommission für Lohn- und Preisfragen, lediglich ein Ministerratsbeschluss aus dem Jahr 1957.[34]

Charakteristisch für diese Form der Interessensmediation war, in Anlehnung an *Bruno Kreisky*, die Verlagerung des Klassenkampfes an den grünen Tisch. Zu diesem

[31] Siehe dazu ausführlich *Schneider*, Unterm Hakenkreuz. Arbeiter und Arbeiterbewegung 1933 bis 1939 (1999).

[32] Vgl *Schulte*, Zwangsarbeit und Vernichtung. Das Wirtschaftsimperium der SS. Oswald Pohl und das SS-Wirtschafts- und Verwaltungshauptamt 1933–1945 (2001); Desgl *Fings*, Sklaven für die „Heimatfront". Kriegsgesellschaft und Konzentrationslager, in *Echternkamp* (Hrsg), Die deutsche Kriegsgesellschaft 1939 bis 1945, Halbband 1 (2004) 195–272.

[33] *Weber*, Zwischen abhängiger Modernisierung und Zerstörung. Österreichs Wirtschaft 1938–1945, in *Tálos/Hanisch/Neugebauer/Sieder* (Hrsg), NS-Herrschaft in Österreich. Ein Handbuch (2001) 326–347 (341 f).

[34] Vgl *Korinek*, Wirtschaftliche Selbstverwaltung. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung am Beispiel der österreichischen Rechtsordnung (1970) 191.

Zweck überließ der Staat Lohnfragen – und damit einen zentralen Gegenstand kollektiver Arbeitsbeziehungen – den Interessenvertreter:innen. Diese dehnten die Sphäre ihrer Zuständigkeit, die sich ursprünglich auf die Entwicklung von Löhnen und Preisen beschränkt hatte, stark aus, sodass die Sozialpartnerschaft sich schließlich praktisch allen wirtschafts- und verteilungspolitisch relevanten Fragen widmete.[35] Während die Arbeitgeberseite durch zwei Institutionen – Wirtschaftskammer und Landwirtschaftskammer – vertreten war, die qua obligatorischer Mitgliedschaft alle Arbeitgeber umfasste, saß auf Arbeitnehmerseite neben der Arbeiterkammer auch der ÖGB am Tisch. Das war insofern bedeutsam, als die Gewerkschaften in dieser Rolle also nicht nur ihre eigenen Mitglieder vertraten, sondern alle Arbeitnehmer:innen des Landes.

4. Das Kollektivvertragsgesetz als Grundlage der Sozialpartnerschaft

Die kollektiven Arbeitsbeziehungen knüpften nach dem Zweiten Weltkrieg im Wesentlichen an die rechtlichen Situation vor 1934 an, während insbesondere die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen der NS-Ära außer Kraft gesetzt wurden. Als neue, von Seite der Arbeitgeber wie der Beschäftigten akzeptierte Leitlinie galt, dass es einen Anspruch der Beschäftigten auf Beteiligung an Wohlstandszuwächsen geben sollte. Eine weitere auffällige Neuerung war, dass arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen nicht mehr nur auf Arbeiter:innen und Angestellte in Industrie und Gewerbe zugeschnitten waren, sondern mehr und mehr die gesamte arbeitende Bevölkerung einschlossen. Die markanten Unterschiede, die besonders zwischen Arbeiter:innen und Angestellten bestanden, etwa hinsichtlich von Entgeltfortzahlungen oder Abfertigungsansprüchen, wurden schrittweise reduziert, eine Tendenz, die durch die neue, einheitsgewerkschaftliche Organisationsform erheblich erleichtert wurde.[36]

An die Rechtslage der Ersten Republik wurde zwar angeschlossen, sie wurde allerdings nicht ungebrochen fortgeschrieben. So wurde durch das Gesetz über die Regelung von Arbeits- und Lohnbedingungen durch Kollektivvertrag und Arbeitsordnungen[37] 1947 nicht einfach wieder die Situation quo ante hergestellt, sondern es wurden wichtige Modifikationen vorgenommen. Es entfiel nicht nur die Möglichkeit, auch auf Unternehmensebene Kollektivverträge abzuschließen, die Kollektivvertragsparteien wurden zudem um gesetzliche Interessensorganisationen erweitert. Ursprünglich war dies eine Notlösung, weil auf Arbeitgeberseite nach dem Krieg

[35] Siehe dazu die Beiträge in *Karlhofer/Tálos* (Hrsg), Sozialpartnerschaft. Österreichische und Europäische Perspektiven (2005).

[36] *Tálos*, Dimensionen staatlicher Sozialpolitik. Entwicklung und Perspektiven in Österreich (1980) 367 ff.

[37] BGBl 1947/76.

zunächst schlicht keine freiwilligen Berufsverbände mehr existierten.[38] Weil die Kollektivvertragsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften zwangsläufig zu Kompetenzüberschneidungen mit freiwilligen Berufsvereinigungen führen musste, kamen die Regierungsparteien überein, dass die gesetzliche Interessenvertretung ihre Kollektivvertragsfähigkeit in dem Moment verlieren sollte, als eine freiwillige Berufsvereinigung einen Kollektivvertrag abschloss. Allerdings wurde zugleich der Zugang freiwilliger Berufsvereinigungen zur Kollektivvertragsfähigkeit an bestimmte Kriterien wie Mitgliederzahl oder räumliche und fachliche Verbreitung geknüpft, die durch das Obereinigungsamt zu prüfen waren. Damit wurde die Kollektivvertragsfähigkeit faktisch auf die großen Player beschränkt und Minderheiten weitgehend verunmöglicht, Einfluss zu nehmen.[39] Der Staat übertrug also nicht nur Kompetenzen an die Sozialpartner, er formte deren Zusammenwirken auch gezielt durch entsprechende Rahmengesetze. Dass lohnspezifische Teile von Kollektivverträgen zudem einer Freigabe durch die Zentralkommission bedurften, die aus Regierungsvertretern und gesetzlichen Interessenvertretern der Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber bestand, konnte als Indiz dafür verstanden werden, dass sich der Staat seiner Lenkungsinstrumente nicht völlig begeben wollte.[40]

Kurz nach dem Kollektivvertragsgesetz folgte 1947 der Beschluss des Betriebsrätegesetzes.[41] Das neue BRG war weitgehend dem Gesetz von 1919 nachgebildet, beinhaltete allerdings einige wesentliche Modifikationen. So waren in Betrieben unter 20 Mitarbeiter:innen keine Vertrauensmänner, realiter also Betriebsräte zweiter Ordnung, mehr vorgesehen, sondern reguläre Betriebsräte. Auch erstreckte sich der Geltungsbereich des BRG nun auf Betriebe aller Art abseits der Land- und Forstwirtschaft, die 1948 separat geregelt wurde, sowie abseits von Bereichen, für die Personalvertretungen vorgesehen waren. Das BRG reetablierte zwar eine duale Interessenvertretung aus Belegschaftsvertretungen auf Betriebsebene und Gewerkschaften auf überbetrieblicher Ebene. Indem Betriebsvereinbarungen nunmehr allerdings als Teil der Kollektivvertragsmaterie definiert wurden, fielen sie fortan in den Zuständigkeitsbereich der Gewerkschaften, das BRG räumte Betriebsrät:innen diesbezüglich nur noch subsidiäre Mitwirkungskompetenz ein. Das Zustandekommen des Betriebsrätegesetzes folgte dem für die große Koalition bis 1966 typischen, konkordanzdemokratischen Muster des Interessensabtausches: Die ÖVP wehrte allzu umfassende Mitgestaltungsmöglichkeiten bei Führung und Verwaltung von Betrieben erfolgreich ab und begrenzte diese im Wesentlichen auf Informations- und Vorschlagsrechte. Dafür stimmte sie aber der Vermehrung der Organe (Zentralbetriebsrat, Betriebsversammlung), besserem Schutz für Betriebsrät:innen und der Kompe-

38 *Felten*, Koalitionsfreiheit 37.
39 Ebd 38.
40 Ebd 44.
41 BGBl 1947/97.

tenzerweiterung in anderen Bereichen zu (Mitspracherecht bei dauernder Versetzung innerhalb des Betriebes, Stellungnahmen bei Kündigungen etc).[42]

Obwohl nicht expressis verbis, so doch sinngemäß ergab sich aus Kollektivvertragsgesetz und Betriebsrätegesetz, dass als Gewerkschaften nur kollektivvertragsfähige freiwillige Berufsvereinigungen zu gelten hatten, denen alleine die überbetriebliche sowie das Herzstück der betrieblichen Interessenvertretung zukam: „*De facto war das System der kollektiven Arbeitsbeziehungen der Nachkriegszeit von Beginn an auf den ÖGB zugeschnitten*“,[43] es sollte dessen Monopolstellung rechtlich nicht nur nachzeichnen, sondern auch flankieren, indem nur dem ÖGB und seinen Fachgewerkschaften Kollektivvertragsfähigkeit zuerkannt wurde. Die freiwilligen Berufsverbände wurden allerdings ebenfalls eingeschränkt, und zwar insofern, als auch gesetzliche Interessenvertretungen automatisch berechtigt waren, Kollektivverträge abzuschließen.

Die korporatistische Leitlinie des Kollektivvertragsgesetzes wurde durch die Schaffung der Wirtschaftskommission (bestehend aus ÖGB und gesetzlichen Interessenvertreter:innen der Arbeitgeber- wie der Arbeitnehmerseite) und die dort zwischen 1947 und 1951 verhandelten fünf Lohn-/Preisabkommen weiter vertieft. Auch nach dem Auslaufen der Lohn-/Preisabkommen setzte sich die Verfestigung der Sozialpartnerschaft im politischen Prozess durch die 1957 ins Leben gerufene Paritätische Kommission für Lohn- und Preisfragen fort, der zwei gesetzliche Arbeitgebervertretungen (Wirtschaftskammer und Landwirtschaftskammer), zwei Interessenvertretungen der Arbeitnehmer:innen (ÖGB und Arbeiterkammer) und auf jeder Seite jeweils zwei Regierungsvertreter angehörten. Die Paritätische Kommission dehnte ihre Aktivitäten ab den 1960ern auf die gesamte Wirtschaftspolitik aus und bildete fortan den institutionellen Kern der Sozialpartnerschaft. Ihre Legitimation zur Teilhabe leiteten beide Seiten dabei letztlich aus dem Kollektivvertragsgesetz 1947 ab – und damit aus ihrer Funktion als Kollektivvertragsparteien.[44]

5. Die Einführung des Arbeitsverfassungsgesetzes

Um der zunehmenden Komplexität des Arbeitsrechtes gerecht zu werden, wurden im Laufe der 1950er aus den Gewerkschaften erneut Forderungen nach einer Kodifikation lauter, „*weil die Fülle arbeitsrechtlicher Gesetze und Vorschriften und deren Zersplitterung einen umfassenden Überblick nahezu unmöglich macht und damit deren volle Wirkung zum Nutzen der betroffenen Arbeitnehmer in Frage gestellt ist*“.[45] Derartige Wünsche waren nicht neu, sondern waren bereits von Ferdinand Hanusch

42 *Tálos*, Sozialpolitik 406 f.
43 *Felten*, Koalitionsfreiheit 41.
44 Ebd 44.
45 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (1974) XV.

formuliert worden.[46] Eine ministerielle Arbeitsgruppe des Sozialressorts erarbeitete zwischen 1958 und 1962 einen zweiteiligen Entwurf, der sowohl das individuelle als auch das kollektive Arbeitsrecht vereinheitlichte. Zugleich wurde eine Erweiterung der geltenden Regelungen angedacht, vor allem in Richtung einer forcierten Angleichung von Arbeiter:innen und Angestellten und einer Arbeitszeitverkürzung im Wege einer (schließlich ein gutes Jahrzehnt später schrittweise eingeführten) 40-Stunden-Woche und eines dreiwöchigen Urlaubes. Nach massiven Widerständen der Unternehmerschaft wurde der Entwurf vorläufig schubladisiert. Während der ÖVP-Alleinregierung wurde 1967 auf Betreiben von Sozialministerin Grete Rehor eine Kodifizierungskommission ins Leben gerufen. Im Jahr 1970, mittlerweile unter der SPÖ-Minderheitsregierung, widmete sich die Kommission auf Grundlage der beiden ministeriellen Teilentwürfe von 1962 und eines zwischenzeitlich erarbeiteten ÖGB-Papiers zur Reform des Betriebsratsgesetzes. Resultat dessen war schließlich zunächst die Betriebsratsgesetzesnovelle 1971, die unter anderem die Bildungsfreistellung, verbesserte Mitwirkungsrechte und einen verbesserten Kündigungsschutz für Betriebsrät:innen enthielt.[47] Den Abschlussbericht der Kommission nahm in weiterer Folge das Sozialministerium unter *Rudolf Häuser* zum Anlass, einen Entwurf für ein Arbeitsverfassungsgesetz vorzulegen. Als dieser zur Begutachtung versandt wurde, protestierten die Arbeitgeber und ihre Interessensorganisationen scharf. Der Entwurf verströme, wie WKÖ-Präsident *Rudolf Sallinger* dem Nationalrat darlegte, das Odium des Umsturzes, man habe den Arbeitgeber *„ein Gesetz präsentiert […] das eindeutig eine Veränderung der Gesellschaft anstrebte […] Diese Bestimmungen konnten nur als Angriff auf die bestehende marktwirtschaftliche Ordnung aufgefaßt werden […]"*.[48] In den Worten des steirischen Wirtschaftsbundfunktionärs Anton Peltzmann ging der Entwurf Häusers *„viel weiter als alle arbeitsrechtlichen Bestimmungen in den Oststaaten […]. Wenn dieser Entwurf nicht zurückgezogen oder entschärft wird, ist es mit der Sozialpartnerschaft in Österreich zu Ende"*.[49] Es folgte ein dreimonatiger Schlagabtausch, bis Wirtschaftskammerpräsident *Rudolf Sallinger* die Causa gemeinsam mit ÖGB-Präsident *Anton Benya* und AK-Präsident *Wilhelm Hrdlitschka* zur Chefsache erklärte. Gemeinsam setzte man eine Arbeitsgruppe aus jeweils sechs Experten der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite ein, die in halbjähriger Arbeit bis November 1973 einen Kompromissvorschlag erarbeiteten.

Die strittigen Punkte betrafen sowohl die personellen als auch die sozialen und schließlich die wirtschaftlichen Mitbestimmungsmöglichkeiten.

Am härtesten gerungen wurde um die personelle Mitbestimmung. Nach dem Häuser-Entwurf sollte der Kündigungsschutz erweitert werden und Betriebsrät:in-

[46] Vgl *Martinek*, Bestrebungen zur Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches in Österreich, AuR 1961/3, 74–81.

[47] *ÖGB*, Arbeitsverfassungsgesetz XVI f.

[48] Sten Prot XIII. GP 94. Sitzung (14. 12. 1973) 9182.

[49] Zit n Profil Nr. 26, 21. 12. 1973, 36.

nen nicht nur gegen die Entlassung, sondern auch gegen die Einstellung neuer Arbeitnehmer:innen Einspruch erheben können, desgleichen gegen Beförderungen oder Zuerkennung sonstiger Vergünstigungen, etwa die Vergabe von Werkswohnungen. Im Zuge der Verhandlungen wurde die Mitsprachemöglichkeit in Personalagenden daraufhin in eine verstärkte Informationspflicht umgewandelt. Dass auch die Kompromissformel Tücken barg, wurde der Arbeitgeberseite erst klar, als der ÖGB-Pressedienst Ende November 1973 die Eckpunkte der sozialpartnerschaftlichen Einigung veröffentlichte. Nun stellte sich nämlich heraus, dass die alternative Formulierung, auf die sich die Arbeitsgruppe verständigt hatte, sogar noch weiter ging als ursprünglich im Häuser-Entwurf vorgesehen: „*Nach dieser neuen Formel wäre eine Kündigungsanfechtung […] selbst dann erfolgreich gewesen, wenn die Kündigung zwar ‚betriebsbedingt' wäre, für den Gekündigten aber eine soziale Härte bedeutet hätte.*"[50] Weil die Arbeitgeber daraufhin umgehend Anstalten machten, den Kompromiss in letzter Minute platzen zu lassen, wurde nachverhandelt. Die schlussendliche Kompromissformel legte fest, dass betriebsbedingte Kündigungen weiterhin zulässig seien, der Betriebsrat allerdings fünf statt der bis dahin drei Tage Zeit hatte, dazu Stellung zu nehmen und die Kündigung gegebenenfalls beim Einigungsamt anzufechten.

Vergleichsweise konsensual verlief demgegenüber die Diskussion um soziale Mitwirkungsrechte. Die Gründe hierfür lagen für Beobachter:innen auf der Hand: „*Wo der Betriebsrat dem Unternehmer Gründe für Unbehagen im Betrieb, Unzufriedenheit und damit geminderte Leistungsfähigkeit aus dem Weg räumt, ist er willkommen. Als soziale Müllabfuhr wird der Betriebsrat von der Unternehmerseite nicht nur toleriert, sondern gefördert. Wenn der Unternehmer für Fragen wie Festsetzung der Arbeitszeit, der Arbeitspausen, der Lohnabrechnung, Benützung von Werksheimen […] usw nicht allein die Verantwortung trägt, sondern gemeinsam mit dem Betriebsrat, ist das für ihn ein besserer Garant für Ruhe und Ordnung im Betrieb als die – jetzt gestrichene – Verpflichtung, an der Disziplin im Betrieb mitzuwirken*".[51] Ohne Kompromisse ging es freilich auch hier nicht, sie betrafen vornehmlich die Möglichkeiten des Betriebsrates, Betriebsvereinbarungen in bestimmten Punkten zu erzwingen. Von den ursprünglich 16 Punkten auf der Wunschliste der Arbeitnehmervertretung blieben hier letztlich nur sechs übrig und auch deren einseitige Durchsetzbarkeit war nach Interpretation der Arbeitgeber nicht mehr gegeben:[52] die Festsetzung der Arbeitszeit; die Art der Auszahlung der Bezüge; die Folgen einer Einschränkung oder Stilllegung des Betriebes; die Verwaltung von betriebseigenen Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen; die Benutzung von Betriebseinrichtungen und -mitteln sowie schließlich allgemeine Ordnungsvorschriften über das Verhalten der Belegschaft im Betrieb.

---

[50] Präsent 49/6. 12. 1973, 6.D.

[51] Profil, 38.

[52] Vgl Wortmeldung *Sallinger* in der Nationalratsdebatte vom 14. 12. 1973, 9183.

In den Verhandlungen wurde deutlich, dass die Unternehmerseite Verbesserungen der Stellung der Betriebsräte weitaus eher in Kauf zu nehmen bereit war als eine Ausweitung gewerkschaftlicher Möglichkeiten auf Betriebsebene. So stimmte man entgeltlichen Bildungsfreistellungen für Betriebsrät:innen zu (wenn auch erst ab einer Unternehmensgröße von 20 Beschäftigten), wehrte sich aber erfolgreich gegen die ursprünglich vorgesehene Verpflichtung der Betriebsräte, mit den Gewerkschaften zusammenzuarbeiten. Der vom ÖGB geforderte unbeschränkte Zugang der Gewerkschaften zum Betrieb und das Recht, auch ohne Betriebsrat Betriebsversammlungen einzuberufen (die in der Praxis vor allem der Gründung von Betriebsräten dienten), wurde abgewandelt in ein Zugangsrecht zu internen Beratungen des Betriebsrates – sofern dieser das wünschte.

Im Zentrum der Debatte um die wirtschaftlichen Mitwirkungsrechte stand die vom ÖGB geforderte Ausweitung der Möglichkeiten von Betriebsrät:innen, die staatliche Wirtschaftskommission anzurufen. Für Betriebsrät:innen von Großbetrieben mit mehr als 400 Beschäftigten war es schon bis dahin möglich, vor der Kommission Betriebsänderungen von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung zu beeinspruchen. Nach dem Häuser-Entwurf sollte diese Option, die praktisch kaum genutzt wurde, auf alle wirtschaftlichen Maßnahmen der Unternehmensführung erstreckt werden. Die Kommission hätte daraufhin Maßnahmen bis hin zur Stilllegung des Betriebes ergreifen können. Da Wirtschaft und ÖVP Anstalten machten, diese Frage zum Gegenstand einer Grundrechtsdebatte zu machen und mit der Verletzung der Ministerverantwortlichkeit und des Eigentumsrechtes sowie der Unzuständigkeit des Bundes für Wirtschaftsfragen argumentierten, rückten SPÖ und Arbeitnehmerverbände von der Forderung ab und begnügten sich mit der bisherigen Regelung, die statt Entscheidungs- auch lediglich Empfehlungsrechte der Wirtschaftskommission vorsah.

6. Resümee

Die Forderung nach einer Kodifizierung kollektiver Arbeitsbeziehungen geht auf die Anfänge der Ersten Republik zurück. Erst ein halbes Jahrhundert später, 1973, gelang es nach intensiven, zehnmonatigen Verhandlungen auf Ebene der Sozialpartner, zu einer tragfähigen Lösung zu kommen. Das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) ersetzte vor allem die beiden bis dahin fundamentalen Regelungswerke, nämlich das Betriebsrätegesetz 1947 und das Kollektivvertragsgesetz 1947, außerdem ua das Mindestlohntarifgesetz 1951 und das Jugendvertrauensrätegesetz. Anders als im Ursprungsentwurf des Sozialministeriums vorgesehen, wurde jedoch das Koalitionsrecht nicht einbezogen.[53] Gleichwohl setzte sich auch im ArbVG der bereits im Betriebsrätegesetz und dem Kollektivvertragsgesetz angelegte Fokus auf die Sozialpartnerschaft fort, sodass das ArbVG heute als rechtliches Herzstück der Sozialpart-

[53] *Felten*, Koalitionsfreiheit 46.

nerschaft anzusehen ist. Abseits dessen bestand seine Hauptfunktion in einer rechtlichen Absicherung der betrieblichen Mitbestimmung und einer Stärkung der Position der Gewerkschaften auf betrieblicher Ebene.[54] Trotz weitreichender Zugeständnisse an die Unternehmerseite gelangen aus Arbeitnehmersicht mehrere substanzielle Verbesserungen, so etwa die Verankerung der Möglichkeit zur Kooperation zwischen Betriebsrat und ÖGB, die Zustimmung der Arbeitgeber zur Drittelparität im Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Transparenz- und Informationspflichten für Unternehmen oder erweiterter Kündigungsschutz.

[54] *Tálos*, Sozialpolitik 410 f.

50 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz
Eine (Zwischen)Bilanz

Josef Cerny

1. Jahrhundertgesetz oder überholtes Regelungsmodell? 34
2. Systemkonforme Weiterentwicklung 35
3. Grenzen der Mitbestimmung 37
4. Alternativen (?) 38
5. Veränderte Arbeitswelt – neue Strukturen 39
6. Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung 40
7. Recht oder Pflicht? 41
8. Betriebsräte, Gewerkschaften und Arbeiterkammern – die Säulen der Interessenvertretung und der Mitbestimmung der Arbeitnehmer 42
9. Neue Solidarität 42

Am 14. Dezember 1973 hat der Nationalrat das Bundesgesetz betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG) einstimmig beschlossen, am 1. Juli 1974 ist das Gesetz in Kraft getreten. Seither ist ein halbes Jahrhundert vergangen, und die Entwicklung des Arbeitsverfassungsrechts ist mehrfach in Publikationen zum Anlass von „runden Jubiläen" rückblickend dargestellt, kritisch gewürdigt und perspektivisch fortgeschrieben worden.[1] Zuletzt war das hundertjährige Jubiläum des Betriebsrätegesetzes 1919 der größere historische Rahmen für eine Entwicklungsgeschichte des Arbeitsverfassungsrechts.

Nunmehr, nach 50 Jahren praktischer Rechtsanwendung und mehr als 60 Änderungen des ursprünglichen Gesetzes, ist es Zeit für eine kritische Bestandsaufnahme, für eine Bilanz der Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen auf die Praxis der Interessenvertretung, aber auch für eine Antwort auf die Frage, ob und in welchem Ausmaß die (interessen)politischen Ziele des Arbeitsverfassungsrechts erreicht werden konnten. Da die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen einem ständigen Wandel

[1] *Grillberger* (Hrsg), 30 Jahre ArbVG (2005); *weiters Cerny*, 40 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz, DRdA 2014, 478; *Firlei*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Betriebsverfassung, DRdA 2014, 520; *Mosler,* Ist das ArbVG noch aktuell? – Kollektive Rechtsgestaltung, DRdA 2014, 511; *Cerny,* 100 Jahre Betriebsrätegesetz – Von der Utopie einer neuen Gesellschaft zur Realität der neuen Arbeitswelt, DRdA 2019, 292; *Firlei*, Koalitionsverträge außerhalb des ArbVG, DRdA 2020, 104; *Felten/Mosler*, 100 Jahre Kollektivvertragsrecht, DRdA 2020, 91.

unterliegt, kann auch die Bilanz eines halben Jahrhunderts nur eine Zwischenbilanz sein.

1. Jahrhundertgesetz oder überholtes Regelungsmodell?

Im Gesamtsystem der österreichischen Arbeitsrechtsordnung nimmt das ArbVG einen besonderen Platz ein. Es gilt – obwohl formal nur ein einfaches Gesetz – als „Grundgesetz der Arbeit". Diese Sonderstellung resultiert einerseits aus der Bedeutung des Inhalts der Gesetzesmaterie und andererseits aus der Art des Verfahrens, in dem das Gesetz zustande gekommen ist.

Inhaltliche Schwerpunkte des ArbVG waren ursprünglich Bestimmungen über die kollektive Rechtsgestaltung und über die Betriebsverfassung. In den folgenden Jahren wurde das Stammgesetz durch zahlreiche Novellen, Sondergesetze und vor allem durch umfangreiche, immer mehr ausufernde Regelungen der Europäischen Betriebsverfassung[2] ergänzt und um mehr als 100 (!) auf zuletzt[3] 272 Paragrafen erweitert.[4] Nähere Regelungen sind in insgesamt neun Durchführungsverordnungen zum ArbVG enthalten.[5]

Durch diese Flut von Rechtsvorschriften ist die ursprüngliche Klarheit und Übersichtlichkeit des ArbVG weitgehend verloren gegangen. Die Dokumentation und laufende Aktualisierung des Arbeitsverfassungsrechts ist heute – wie bei fast allen Gesetzesmaterien – Aufgabe von elektronischen Rechtsdatenbanken, die Feststellung des geltenden Rechts in vielen Fällen Gegenstand juristischer Expertise.

Das ArbVG ist nach gründlichen, bis zum Beginn der 1960er-Jahre zurückreichenden legistischen Vorarbeiten,[6] einem intensiven Beratungs- und Verhandlungsverfahren im vorparlamentarischen Raum, zunächst in einer fachlich hochqualifizierten Kodifikationskommission,[7] anschließend in bis ins Detail gehenden, harten Sozialpartnerverhandlungen mit zwei „Präsidentengipfeln," als Regierungsvorlage

---

2 Zu den Grundlagen und Zielen der Europäischen Betriebsverfassung *Gagawczuk* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht 2324 ff (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

3 BGBl I 2023/68.

4 Zur Entwicklung des ArbVG ausführlich *Cerny*, Einleitung zum ArbVR-Kommentar von *Gahleitner/Mosler*, ArbVR 1 ff.

5 Der Text der Durchführungsverordnungen ist im Band 1 des Kommentars abgedruckt.

6 In den Jahren 1960 und 1962 hat Sozialminister *Proksch* zwei Teilentwürfe für einen Kodex des gesamten Arbeitsrechts der Öffentlichkeit vorgelegt. Verfasser dieser Entwürfe, von denen der II. (1962) das kollektive Arbeitsrecht zum Gegenstand hatte, waren die Spitzenbeamten *Oswin Martinek* und *Walter Schwarz*. Der Text des II. Teilentwurfs wurde in DRdA 1963, 101 veröffentlicht.
Vgl dazu *Cerny*, Kodifikation des Arbeitsrechts – Utopie oder reale Chance?, in *Achitz/Maßl* (Hrsg), Zeitenblicke, Sozialpolitik im Wandel (2010) 161 ff.

7 Die „Kommission zur sachgerechten Kodifikation des Arbeitsrechts" wurde 1967 aufgrund einer einstimmigen Entschließung des Nationalrats von Sozialministerin Grete Rehor eingesetzt.

im Nationalrat eingebracht und nach zahlreichen Änderungsvorschlägen letztlich einstimmig beschlossen worden.[8]

Große Bedeutung für die legistische Qualität des ArbVG hatte die Beteiligung führender Arbeitsrechtswissenschaftler an den Vorarbeiten im Rahmen der Kodifikationskommission unter der souveränen Vorsitzführung von *Rudolf Strasser*. Die sozialpolitischen Impulse für eine Weiterentwicklung der Arbeitsverfassung und für den Ausbau der Mitbestimmung gingen vor allem vom späteren Sozialminister *Gerhard Weißenberg*[9] aus. Als sozialpolitischer Referent des ÖGB leitete er den Arbeitskreis, in dem das Grundkonzept des ArbVG erarbeitet wurde. Unter seiner Federführung entstand das Mitbestimmungsprogramm des ÖGB 1971 und an den Schlüsselstellen der Sozialpolitik von ÖGB und AK sorgte er für die Umsetzung der Verhandlungsergebnisse im parlamentarisch-politischen Prozess.[10]

Das ArbVG hat in Fachkreisen weithin einen guten Ruf. Es gilt als wichtiges Gesetz mit einem klar strukturierten, systematisch geordneten Grundkonzept, mit größtenteils knapp und verständlich formuliertem Gesetzestext und durchdachter Begriffsbildung.[11] Also: ein „Jahrhundertgesetz"?

Das Lob der Fachwelt gilt in erster Linie der formalen, legistischen Qualität des ArbVG in seiner ursprünglichen Stammfassung. Was den Inhalt des Gesetzes, also das Organisationsmodell, das Ausmaß und die Qualität der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer im Rahmen der Betriebsverfassung betrifft, besteht hingegen weitgehende Übereinstimmung, dass nach 50 Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes jedenfalls Reformbedarf gegeben ist, wobei die Bandbreite der Vorstellungen von relativ geringen Anpassungen oder Korrekturen im Sinn der Weiterführung einer systemkonformen, evolutionären Entwicklung bis zu einer völligen Neuordnung unter Einbeziehung alternativer Formen der Interessenvertretung reicht.

2. Systemkonforme Weiterentwicklung

Im Gegensatz zum ersten Betriebsrätegesetz aus dem Jahr 1919, das unter dem Einfluss der Rätebewegung entstanden ist und ursprünglich ein Instrument zur Sozia-

---

[8] Näheres dazu sowie zur Kritik an der Rolle der Sozialpartner im Verhandlungsprozess bei *Cerny* in *Grillberger*, 30 Jahre ArbVG 9 ff (12).

[9] Zur Würdigung der Bedeutung von Weißenberg *Martinek*/*Schultheis*, Zur Sozialpolitik berufen, in Arbeitswelt und Sozialstaat, in FS Weißenberg (1980) 25 ff.

[10] Krit zum Mitbestimmungsprogramm des ÖGB und zur Position von Weißenberg *Filla*, Zwischen Integration und Klassenkampf, Sozialgeschichte der betrieblichen Mitbestimmung in Österreich (1981) 280 ff.

[11] *Floretta*, der zusammen mit *Strasser* an der wissenschaftlichen Vorarbeit maßgeblich beteiligt war, konnte in der Einleitung des ersten Kommentars zum ArbVG eine „*überaus gelungene Ordnung des Gesetzesstoffes*" konstatieren. *Firlei* spricht in der von *Grillberger* herausgegebenen Zwischenbilanz 30 Jahre ArbVG von einem „*Meisterwerk*", von einem „*Mustergesetz*", ja sogar von einem „*Produkt einer der Vergangenheit angehörenden Rechtskultur*" (*Firlei* in *Grillberger*, 30 Jahre ArbVG 61).

lisierung der Gesellschaft werden sollte,[12] hat das ArbVG keine revolutionären Wurzeln.[13] Es stammt zwar ebenfalls aus einer Zeit des gesellschaftlichen und politischen Umbruchs zu Beginn der 1970er-Jahre, doch war der Sturm der 1968er-Revolte bereits an Österreich vorbeigezogen, und *Bruno Kreisky*, eben erst Kanzler einer sozialdemokratischen Alleinregierung geworden, kündigte eine „Durchflutung aller Bereiche der Gesellschaft mit mehr Demokratie" an.

In einigen Bereichen der Rechtsordnung, vor allem im Familienrecht und im Strafrecht, ist ein demokratischer Schub tatsächlich relativ schnell spürbar geworden,[14] andere Bereiche erwiesen sich hingegen als veränderungsresistent und ermöglichten Reformen nur im Rahmen des bestehenden Systems. Dazu gehörte auch die gesetzliche Regelung der Arbeitsverfassung.

Vor dem ArbVG waren die Angelegenheiten des kollektiven Arbeitsrechts im Wesentlichen in zwei Gesetzen geregelt, die im Zuge der Wiedererrichtung der demokratischen Rechtsordnung in den ersten Nachkriegsjahren entstanden sind: Das Kollektivvertragsgesetz vom 26. Februar 1947 knüpfte inhaltlich – mit einigen Änderungen – an das Einigungsamtsgesetz der Ersten Republik aus dem Jahr 1919 an,[15] und das Betriebsrätegesetz vom 28. März 1947 stellte die durch den autoritären Ständestaat abgelöste und vom NS-Regime vollständig liquidierte Ordnung einer demokratischen Betriebsverfassung wieder her.[16]

In den ersten 25 Jahren der Zweiten Republik ging die Entwicklung des Arbeitsverfassungsrechts nur in kleineren Schritten ohne grundsätzliche Änderung des Systems der gesetzlichen Interessenvertretung in den Betrieben und Unternehmen weiter. Vorrangige Ziele der Arbeitnehmerorganisationen waren der Auf- und Ausbau des Sozialstaats und die Weiterentwicklung der Sozialgesetzgebung.

Erst zu Beginn der 1970er-Jahre kam wieder Bewegung in die Diskussion um den weiteren Ausbau der Mitbestimmung. Der ÖGB beschloss bei seinem 7. Bundeskongress 1971 ein Mitbestimmungsprogramm, das für die Arbeitnehmerorganisationen Verhandlungsgrundlage für eine Neuordnung des Arbeitsverfassungsrechts war. Mit einer großen Novelle zum BRG,[17] in der vor allem die Bestimmungen über die Rechts-

---

12 *Cerny*, 100 Jahre Betriebsrätegesetz – Von der Utopie einer neuen Gesellschaft zur Realität der neuen Arbeitswelt, DRdA 2019, 292.
Zur Sozialgeschichte des BRG 1919 ua *Filla* in FS Weißenberg 73 ff.

13 Dieser Unterschied in der Entstehung kommt bei *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 39 Rz 3 (Stand 1.6.2004, rdb.at), nicht deutlich genug zum Ausdruck, wenn er auch beim BRG 1919 vom Beginn einer evolutionären Entwicklung spricht.

14 *Cerny*, Die Sozialpolitik der „Ära Kreisky" 1970–1983, in *Gatty/Schmid/Steiner/Wiesinger* (Hrsg), Die Ära Kreisky, Österreich im Wandel 1970–1983 (1997) 107.

15 Vgl dazu *Felten/Mosler*, DRdA 2020, 91.

16 Zur gesamten Entwicklung der Betriebsverfassung in Österreich und zu den inhaltlichen Unterschieden der Gesetzeslage in der Ersten und in der Zweiten Republik *Cerny* in *Däubler/Kittner* (Hrsg), Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] (2022) 637.

17 BGBl 1971/319.

stellung sowie über die Aus- und Weiterbildung der Betriebsratsmitglieder verbessert wurden, und mit dem ersten Jugendvertrauensrätegesetz 1972[18] wurde die Neuordnung des gesamten Arbeitsverfassungsrechts durch das ArbVG vorbereitet.

Zusammenfassend kann man die Neuregelung, die das ArbVG auf dem Gebiet der Betriebsverfassung gebracht hat, mit *Floretta*[19] als „behutsame evolutionäre Reform" bezeichnen, die zwar die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft und die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder deutlich verbessert, an den bestehenden Macht- und Herrschaftsverhältnissen in den Betrieben und Unternehmen im Grundsatz aber nichts verändert hat.

3. Grenzen der Mitbestimmung

Wenn man unter „Mitbestimmung" im strikten Wortsinn (nur) die gleichberechtigte Mitentscheidung versteht,[20] kann man das ArbVG nicht verallgemeinernd als „Mitbestimmungsgesetz" bezeichnen. Das Gesetz enthält zwar einen umfangreichen, in den 50 Jahren seiner Geltung mehrfach erweiterten Katalog von graduell abgestuften Befugnissen der Arbeitnehmerschaft, aber nur in relativ wenigen Angelegenheiten besteht ein gleichberechtigtes Mitentscheidungsrecht. In den meisten Fällen handelt es sich um Mitwirkung in Form von Information, Anhörung, Kontroll- und Einspruchsrechten. Auffallend ist der Unterschied im Umfang und im Ausmaß der gesetzlichen Mitwirkungsrechte zwischen sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten: Während es im sozialen Bereich eine große Anzahl von Angelegenheiten mit sehr weit gehenden Mitwirkungsrechten der Arbeitnehmerschaft bis hin zu erzwingbaren Betriebsvereinbarungen[21] und zustimmungspflichtigen Maßnahmen[22] gibt, ist eine gleichberechtigte Mitentscheidung in wirtschaftlichen Angelegenheiten im ArbVG nicht vorgesehen. Selbst die auf den ersten Blick sehr weit gehenden Bestimmungen über einen Einspruch gegen die Wirtschaftsführung[23] und über die Staatliche Wirtschaftskommission[24] bedeuten im Ergebnis keine Mitbestimmung der Arbeitnehmerschaft, weil das Verfahren vor der Staatlichen Wirtschaftskommission lediglich zu einem Gutachten darüber führen kann, ob der Einspruch berechtigt ist. Das Gutachten hat keinen rechtlich bindenden Charakter.[25] In der Praxis haben die

[18] BGBl 1972/287.

[19] In ArbVG-Handkommentar[1] (1975) Einleitung, XXXVII.

[20] Zur Terminologie und zur Systematik der Befugnisse grundlegend *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 39 Rz 15–17.

[21] § 97 Abs 1 Z 1 bis 6a ArbVG.

[22] § 96 und § 96a ArbVG. Zur Abgrenzung des § 96a von den Mitwirkungsrechten nach de §§ 96 und 97 sowie zum Verhältnis des § 96a zu § 96 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96a Rz 42 bis 45.

[23] § 111 ArbVG.

[24] § 112 ArbVG.

[25] Ausschussbericht zum ArbVG, 933 BlgNR 13. GP 5.

wenigen Fälle, die seit dem Inkrafttreten des ArbVG vor der Staatlichen Wirtschaftskommission verhandelt wurden, zwar zu öffentlicher Aufmerksamkeit und zu politischen Reaktionen, aber zu keinen unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen geführt.[26]

Die Grenzen der Mitbestimmung ergeben sich jeweils aus den konkreten Gesetzesbestimmungen. Insgesamt entspricht das im ArbVG geregelte Modell der Betriebsverfassung dem bestehenden Gesellschafts- und Wirtschaftssystem, das von einem Leitungsrecht des Betriebsinhabers ausgeht, wie es im Gesetz auch ausdrücklich festgeschrieben ist.[27]

4. Alternativen (?)

Obwohl das ArbVG letztlich in einem breiten politischen Konsens zustande gekommen ist, gab es schon im Vorfeld der parlamentarischen Beschlussfassung zum Teil heftige Kritik an der Mitbestimmungsqualität – wenn auch aus unterschiedlicher politischer Richtung. Den einen gingen die gesetzlichen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer viel zu weit, sie sahen im ArbVG einen „jugoslawischen Weg", andere, fundamentalistisch-basisorientierte Kritiker monierten einen Mangel an Demokratie und gesellschaftlicher Veränderung.[28]

In der Praxis wurden gelegentlich alternative Formen der Betriebsverfassung erprobt, die mit tatsächlicher Mitbestimmung der Arbeitnehmer allerdings wenig zu tun hatten. So konnte die in der BRD von *Fritz Vilmar*[29] als Ergänzung zum BetrVG vorgeschlagene „Mitbestimmung am Arbeitsplatz" ebenso wenig eine Alternative zur organisierten, gesetzlich fundierten kollektiven Interessenvertretung in den Betrieben sein, wie die von Japan über Skandinavien (zB Norsk Hydro) verbreiteten „(teil)autonomen Gruppen" oder vereinzelte Experimente mit „Selbstverwalteten Betrieben".[30]

Eine nach 50 Jahren fällige Reform des ArbVG muss an anderen Punkten ansetzen.

---

[26] Zur rechtlichen Beurteilung der §§ 111 und 112 ArbVG *Schneller/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 111 Rz 1; zur Praxis *Cerny* in *Däubler/Kittner*, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung 716.

[27] § 39 Abs 3 ArbVG.

[28] Vgl dazu *Filla*, Zwischen Integration und Klassenkampf, Sozialgeschichte der betrieblichen Mitbestimmung in Österreich (1981) insb 286 ff. Weiters *Rabofsky*, Wider die Restauration im Recht (1991) 107.

[29] *Vilmar*, Mitbestimmung am Arbeitsplatz Basis demokratischer Betriebspolitik (1971).

[30] Auch die vom Selfmade-Milliardär Frank Stronach nach Österreich importierten „Fairnesskomitees" entpuppten sich bald als das, was sie tatsächlich sein sollten, nämlich ein Managementinstrument zur Steigerung der Produktivität und des Gewinns, darüber hinaus aber ein Marketing-Gag und ein Versuch, die gesetzlichen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer zu unterlaufen, um die Unternehmen weiter nach seiner eigenen „Goldenen Regel" („Wer das Gold hat, macht die Regel") führen zu können.

5. Veränderte Arbeitswelt – neue Strukturen

Die Regelung des ArbVG über die Organisation der Arbeitnehmerschaft baut auf zwei zentralen Begriffen auf: dem Betriebsbegriff (§ 34) und dem Arbeitnehmerbegriff (§ 36). Beide Begriffsbestimmungen waren – inhaltlich nahezu unverändert – bereits im Vorläufergesetz des ArbVG, dem Betriebsrätegesetz 1947, enthalten.[31] Die gesetzliche Grundlage der derzeitigen Betriebsverfassung stammt also aus der unmittelbaren Nachkriegszeit, ist somit mehr als 75 Jahre alt. Dass sich in dieser, für die meisten Menschen kaum noch überschaubaren Zeitspanne, die gesellschaftlichen Verhältnisse und damit auch die Lebens- und Arbeitsbedingungen grundlegend geändert haben, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Aber auch in den „nur" 50 Jahren der Geltung des ArbVG hat sich der gesellschaftliche Wandel in kaum vorstellbarem Ausmaß und Tempo fortgesetzt. Wir leben und arbeiten heute in einer völlig anderen Welt als zu Beginn der 1970er-Jahre.[32]

Klaus Firlei hat schon vor 20 Jahren, anlässlich des 30-jährigen „Jubiläums" des ArbVG, zurecht festgestellt, dass die neuen Herausforderungen nicht mehr im Wege einer kontinuierlichen Fortschreibung schrittweise bewältigt werden können, sondern dass auf die eklatanten Brüche und Trendwenden mit einer Grundsatzdebatte reagiert werden müsste, die dann durch einen „legistischen Masterplan" umzusetzen wäre. Einen solchen Masterplan gibt es zwar bisher nicht, aber die Interessenvertretungen der Arbeitnehmer verfügen über viel Know-how und entsprechende Ressourcen für eine grundlegende Reform der Arbeitsverfassung. Zuletzt hat der 20. Bundeskongress des ÖGB im Juni 2023 ein Programm für die nächsten fünf Jahre beschlossen, das auch zahlreiche innovative und praxisnahe Vorschläge für eine Neugestaltung der Arbeitsverfassung enthält.[33]

Eine tiefgreifende Reform müsste vor allem an den organisatorischen Grundlagen der Betriebsverfassung ansetzen, mit dem Ziel, die für eine wirksame Mitbestimmung notwendige Mobilität und Flexibilität der Arbeitnehmervertretung in den Betrieben zu ermöglichen und zu sichern. Ein Weg dazu könnte es sein, die Rechtssetzungsbefugnis der Kollektivvertragspartner so zu erweitern, dass auch flexiblere, den Bedürfnissen der Praxis entsprechende Vertretungsstrukturen in den Betrieben geschaffen werden können. Grundsätzlich sollte die Entscheidung darüber, wie die Vertretung ihrer Interessen im Betrieb am zweckmäßigsten zu organisieren ist, innerhalb des gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Rahmens der Autonomie der Arbeitnehmerschaft überlassen bleiben. Für diese Entscheidung müssen allerdings bestimmte Grundregeln gelten: transparentes Verfahren, demokratische Legitimation, Information des Betriebsinhabers. Wichtig ist, dass bei aller Flexibilisierung und Diversifikation die Einheitlichkeit der Interessenvertretung erhalten bleibt.

---

31 § 2 Abs 1 und 2 BRG 1947.

32 Vgl dazu nur *Talos* in *Grillberger*, 30 Jahre ArbVG 37; *Firlei*, DRdA 2014, 520.

33 *ÖGB*, Programm 2023–2028 (2023) 145.

Neue Strukturen oder Formen der betrieblichen Interessenvertretung sollten deshalb nur im engen Einvernehmen mit den überbetrieblichen Arbeitnehmervertretungen geschaffen werden.

6. Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung

Neben dem Kollektivvertrag ist die Betriebsvereinbarung ein unentbehrliches Instrument der kollektiven Rechtsgestaltung und zugleich der Mitbestimmung. Das ArbVG hat über das Verhältnis von Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung[34] eine klare Entscheidung im Sinn des Vorrangs des Kollektivvertrags bei der normativen Regelung der materiellen Arbeitsbedingungen, vor allem in Entgeltfragen, getroffen.[35] Betriebsvereinbarungen können nach § 29 ArbVG (nur) in Angelegenheiten abgeschlossen werden, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist. Diese zentrale Norm der Arbeitsverfassung muss auch die Grundlage jeder Systemreform sein.

Gesetzliche Grundlage für den Abschluss von normativ wirkenden Betriebsvereinbarungen ist vor allem das ArbVG selbst. Es enthält im Abschnitt 2 des 3. Hauptstücks unter der Überschrift „Mitwirkung in sozialen Angelegenheiten" eine Vielzahl an Bestimmungen über Angelegenheiten, die Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können, ja in manchen Fällen sogar sein müssen. § 97 ArbVG zählt diese Angelegenheiten in einem langen, im Lauf der Zeit immer wieder ergänzten, aktuell bereits 33 Punkte umfassenden Katalog[36] auf und bietet damit der betrieblichen Mitbestimmung ein breites Tätigkeitsfeld.

Trotz des Umfangs und des detaillierten Inhalts der gesetzlichen Regelung werden in der Praxis zwischen Betriebsrat und Betriebsinhaber immer wieder Vereinbarungen in Angelegenheiten getroffen, die im Katalog des § 97 ArbVG nicht aufgezählt sind. Derartige Vereinbarungen werden als „freie"[37] oder, dogmatisch der Lehre von *Strasser*[38] folgend, als „unzulässige" Betriebsvereinbarungen bezeichnet – eine Terminologie, für die die Partner einer Vereinbarung, die sich auf deren Inhalt geeinigt haben, kaum Verständnis finden. Praktische Erfahrung und empirische Untersuchungen zeigen sogar, dass die überwiegende Zahl der „Betriebsvereinbarungen" zu dieser Kategorie gehört. Eine auf den Ausbau der betrieblichen Mitbestimmung gerichtete Reform müsste die Kluft zwischen Theorie und Praxis in dieser Frage überwinden und die Regelungsmöglichkeiten der Betriebsvereinbarung verfassungs-

---

[34] *Strasser*, Das Verhältnis Kollektivvertrag – Betriebsvereinbarung als sozialpolitisches und wirtschaftspolitisches Problem, in FS Cerny (2001) 473.

[35] Vgl dazu *Cerny*, Entgeltregelungen in Betriebsvereinbarungen, in FS Strasser (1983) 487.

[36] Die (vorerst) letzte Ergänzung betrifft die Festlegung von Rahmenbedingungen für Arbeit im Homeoffice.

[37] Vgl dazu *Tomandl*, Die Rechtswirkungen „freier Betriebsvereinbarungen", in FS Strasser 583.

[38] *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar[1] § 29.

und systemkonform und zugleich den Bedürfnissen der Praxis entsprechend erweitern.[39]

7. Recht oder Pflicht?

Das ArbVG bestimmt in § 40, dass in jedem Betrieb mit mindestens fünf dauernd beschäftigten Arbeitnehmern von der Arbeitnehmerschaft Organe zu bilden sind. Es handelt sich um einen Gesetzesbefehl,[40] der von der Lehre[41] als Pflicht der Arbeitnehmerschaft zur Mitwirkung am Aufbau der Organisation der betrieblichen Interessenvertretung interpretiert wird. Verständlicher ausgedrückt: Es geht um die gesetzliche Grundlage für die Ausübung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft, die ohne Organe nicht handlungsfähig wäre.

Sozialforscher beklagen die unbefriedigende Datenlage zur Anzahl und Verbreitung von Betriebsräten in Österreich. Je nach methodischem Ansatz, Kreis der Befragten, Wirtschaftszweig oder anderen Kriterien schwanken die Ergebnisse innerhalb einer großen Bandbreite. Als gesichert kann nur gelten, dass es zwischen der Betriebsgröße und dem Bestand von Betriebsräten einen unmittelbaren Zusammenhang gibt. Nach den jüngsten Studien[42] kann man – ohne Anspruch auf wissenschaftliche Präzision – davon ausgehen, dass etwa die Hälfte der Arbeitnehmer in Österreich in einem Betrieb mit Betriebsrat beschäftigt sind, in großen Betrieben (mit mindestens 250 Beschäftigten) mehr als drei Viertel, in Kleinbetrieben ab 5 Beschäftigten, in denen nach dem Gesetz ebenfalls ein Betriebsrat zu wählen wäre, aber nur in 10 bis 15 % tatsächlich ein Betriebsrat besteht.

Mindestens ebenso wichtig wie die Zahl und Vertretungsdichte sind die Ergebnisse der Untersuchung über die Wirkung von Betriebsräten auf die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen im Betrieb. Die Studie belegt eindeutig die positive Wirkung des Bestehens und der Tätigkeit von Betriebsräten, vor allem beim Einkommen, bei der Arbeitszeit, bei der Beschäftigungsentwicklung, bei Umstrukturierungen usw. Wirkungsdefizite werden hingegen in wirtschaftlichen Angelegenheiten, vor allem bei der Aufsichtsratsmitbestimmung, gesehen.[43]

Die relativ geringe Verbreitung von Betriebsräten in kleineren Betrieben hat verschiedene Ursachen: Zum Teil wird von den Arbeitnehmern selbst kein Bedarf nach einer organisierten Interessenvertretung im Betrieb gesehen, zum anderen ist es der

---

[39] Vgl dazu die rechtspolitischen Überlegungen von *Firlei* in *Grillberger*, 30 Jahre ArbVG 61 f; DRdA 2014, 520 ff; DRdA 2020, 104 ff; DRdA 2022, 92; *Mosler*, DRdA 2014, 571; DRdA 2022, 119; *Cerny* in *Grillberger*, 30 Jahre ArbVG; DRdA 2014, 478; DRdA 2019, 292.

[40] Die Gesetzesmaterialien (840 BlgNR 13. GP 70) sprechen von einer „gesetzlichen Anordnung".

[41] *Floretta* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar[1] § 40; *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 40 Rz 11 bis 13.

[42] *IFES/AK*, Betriebliche Mitbestimmung 2022, Gesamtbericht 2023; *FORBA*, Überblick über die Wirkung von Betriebsräten mit Fokus auf die Sicht der Beschäftigten (2019/20).

[43] Näheres bei *FORBA*, Überblick über die Wirkung von Betriebräten 38 ff.

tatsächliche oder befürchtete Widerstand des Betriebsinhabers, der die Arbeitnehmer von der Ausübung ihrer demokratischen Mitwirkungsrechte abhält. Tatsächlich sind in den letzten Jahren immer mehr Fälle bekannt geworden, in denen Unternehmer unter Einsatz von Macht und Druck die Bildung von Organen der Arbeitnehmerschaft verhindert haben.

Eine Generalreform der Arbeitsverfassung muss auch für dieses Problem eine praktikable und durchsetzbare Lösung finden. Vom verstärkten Einsatz des Strafrechts, wie sie in diesem Zusammenhang immer wieder gefordert wird,[44] sollte man sich allerdings nicht zu viel erwarten. Einen machtbewussten, finanzkräftigen Unternehmer mit Geldstrafen oder Beugemitteln dazu zu bringen, dass er auf den Einsatz seiner wirtschaftlichen Übermacht verzichtet, dürfte ein ziemlich aussichtsloses Vorhaben sein. Stattdessen bedarf es hier anderer Mittel und Maßnahmen, wie zB eines erweiterten kollektiven Klagerechts (Verbandsklage) oder der Bindung von öffentlichen Förderungen an den Bestand der gesetzlich angeordneten betrieblichen Arbeitnehmervertretung.

Darüber hinaus sind Information, Überzeugungsarbeit, Motivation, Hilfe und Unterstützung bei der Einleitung und Durchführung eines möglichst einfachen Wahlverfahrens, sachkundige Beratung und ein effektiver Schutz aller an Initiativen zur Ermöglichung und Sicherung der Mitwirkungsrechte Beteiligten notwendig. Hier sind die überbetrieblichen Interessenvertretungen der Arbeitnehmer noch mehr als schon bisher gefordert.

8. Betriebsräte, Gewerkschaften und Arbeiterkammern – die Säulen der Interessenvertretung und der Mitbestimmung der Arbeitnehmer

Was die Geschichte eindrucksvoll beweist, gilt auch für die Zukunft: Der Schlüssel für eine erfolgreiche Arbeitnehmerpolitik ist die bewährte Aufgabenteilung und enge Zusammenarbeit zwischen den Einrichtungen der betrieblichen und der überbetrieblichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer. Das ArbVG hat dafür die rechtlichen Grundlagen geschaffen, die auch 50 Jahre später und darüber hinaus volle Gültigkeit haben. Auf diesen drei Säulen der Interessenvertretung kann und muss die fällige Reform der Arbeitsverfassung aufbauen. Ihr Gelingen hängt vor allem von der Bereitschaft der Arbeitnehmer ab, für ihre demokratischen Mitbestimmungsrechte solidarisch zu kämpfen. Positive Signale dafür sind vorhanden.

9. Neue Solidarität

Schon während der Corona-Pandemie konnte man feststellen, dass das Verständnis für die besonders schwierige Situation bestimmter sozialer Gruppen, wie zB der

[44] So auch im neuen Mitbestimmungsprogramm des ÖGB: *ÖGB*, Programm 2023–2028, 158.

Arbeitslosen oder älterer, gesundheitlich oder in ihrer Mobilität eingeschränkter Personen, und die Bereitschaft zur spontanen Hilfeleistung für diese Menschen größer waren als in „normalen Zeiten". Gesamtgesellschaftlich betrachtet, hat aber die Corona-Krise kein Mehr an sozialem Zusammenhalt bewirkt, sondern – im Gegenteil – eine tiefe, bisher nicht überwundene Spaltung der Gesellschaft.

Anders stellt sich die Situation bei den weltweiten Aktionen für die Erhaltung eines menschenwürdigen Lebensraums in der Zukunft dar. Im Kampf gegen globale Bedrohungen durch Klimawandel, Umweltzerstörung und Ressourcenverschwendung haben sich neue Allianzen gebildet und vor allem zwischen jungen Menschen ist eine neue Solidarität entstanden, die auch in der Arbeitswelt wirksam werden könnte.

Die weltweiten Demonstrationen und Proteste beweisen, dass die Erzählung von der angeblich desinteressierten und unpolitischen Jugend ein Klischee ist, das zu keiner Zeit wirklich gestimmt hat.[45] Wenn es um Ziele geht, die ihnen wichtig erscheinen, sind junge Menschen (und nicht nur sie) durchaus bereit, sich gesellschaftlich zu engagieren und solidarisch für gemeinsame Ziele zu kämpfen. Erlebte Solidarität stärkt das Zusammengehörigkeitsgefühl und die Durchsetzungsfähigkeit, die auch für eine wirksame Interessenvertretung in der Arbeitswelt notwendig ist.

Zu beachten ist darüber hinaus, dass sich die Einstellung zur abhängigen Arbeit bei vielen jungen Menschen entscheidend verändert hat. Die Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation mit weitgehend vorgegebener Arbeitszeit wird zunehmend als Einschränkung der Selbstbestimmung empfunden und führt oftmals zur Suche nach einer „freieren" und „flexibleren" Form der Beschäftigung. Dass dem Wunsch nach mehr Freizeit und Freiraum oft der Verlust an Sicherheit, Einkommen und der Verzicht auf berufliche und persönliche Entwicklung gegenüberstehen, wird zum Teil bewusst in Kauf genommen.

Für die Interessenvertretung durch die Organe der Arbeitnehmerschaft im Betrieb ergeben sich aufgrund der geänderten Rahmenbedingungen neue Herausforderungen und zusätzliche Aufgaben. In einer Zeit von Homeoffice, Videokonferenzen und anderen Formen digitaler Kommunikation bestehen gute Chancen, auch die Strukturen der Mitbestimmung wieder zu stärken und weiter zu entwickeln.

Die „neue Solidarität" gibt Hoffnung für die Zukunft. Auch für die Zukunft der Arbeitsverfassung.

Ein halbes Jahrhundert nach dem Inkrafttreten des ArbVG ist die Zeit reif für eine grundlegende Reform der Arbeitsverfassung. Realisierbare Vorschläge dafür liegen auf dem Tisch.

Die Politik ist gefordert.

---

[45] Das zeigen auch Umfragen und Studien, wie zB das jährliche „Demokratie-Monitoring" des Bundeskanzleramts. Danach gaben im Jahr 2022 von mehr als 1.000 befragten jungen Menschen 89 % an, dass sie sich für Politik interessieren, mehr als die Hälfte will in der Politik aktiv mitgestalten, 46 % am Arbeitsplatz.

2. Teil
Das ArbVG in der Praxis

Arbeitsverfassungsgesetz und Sozialpartnerschaft – Eine Bestandsaufnahme zum Jubiläum

Tobias Hinterseer

Ziel des Beitrags 47
1. Einleitung: Warum beschäftigen wir uns mit der Sozialpartnerschaft, wenn wir vom ArbVG reden? 48
   1.1 Keine Allmacht 48
   1.2 Gesetzliche Normen und ihre gelebte Praxis 49
   1.3 Aufbau des Beitrags 49
2. Rahmenbedingungen: Warum ein Gesetz allein keine Sozialpartnerschaft macht 49
   2.1 Superpower Konsens … 49
   2.2 … und seine Rahmenbedingungen 50
   2.3 Der Austro-Korporatismus 51
   2.4 Zäsuren, Brüche, Entwicklungen 52
3. Das kollektive Arbeitsrecht: Der Kollektivvertrag 53
   3.1 Zentrale Aspekte 53
   3.2 Die Basis: Komplexe Muster 54
   3.3 Mehr als nur ein Instrument zur Lohnfindung 56
4. Betriebliche Mitbestimmung unter neuen Vorzeichen 57
   4.1 Das sozialpartnerschaftliche Grundverständnis … 57
   4.2 … das ArbVG als Basis … 58
   4.3 … und sein drastischer Wandel … 58
   4.4 … sowie die Konsequenzen für die Betriebsratsarbeit 59
   4.5 Veränderte Rahmenbedingungen als Herausforderung … 60
   4.6 … besonders für den Solidaritätsgedanken 61
   4.7 Sozialpartnerschaft und Demokratie 62
5. Schlussfolgerungen und Ausblick 63

Ziel des Beitrags

In diesem Jubiläumsband setzen sich viele Fachleute mit dem Arbeitsverfassungsgesetz aus einer rechtlichen beziehungsweise rechtswissenschaftlichen Perspektive auseinander.

Vor allem durch die kollektive Rechtgestaltung – und hier vor allem durch den Kollektivvertrag und die Kodifizierung der Betriebsverfassung – bildet das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) ein Kernstück der Mitbestimmung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Österreich. Somit ist diese gesetzliche Grundlage stark mit der Form der Interessensdurchsetzung im österreichischen politischen System ver-

bunden: der Sozialpartnerschaft. Der folgende Beitrag hat zum Ziel, anhand der Sozialpartnerschaft die Entwicklung der kollektiven Arbeitsbeziehungen in diesen 50 Jahren aus einer politikwissenschaftlichen Sicht zu behandeln.

1. Einleitung: Warum beschäftigen wir uns mit der Sozialpartnerschaft, wenn wir vom ArbVG reden?

1.1 Keine Allmacht

Entgegen der oft formulierten Wahrnehmung, die Sozialpartnerschaft beeinflusse jedes Politikfeld in Österreich, zeigt eine historische Betrachtung doch deutlich: Trotz ihrer Bedeutung im politischen System Österreichs, kann man von keiner „Allmacht"[1] sprechen.[2] Ihre größte Einfluss- und Wirkungsmacht kann die Sozialpartnerschaft vor allem in der Sozial- und Wirtschaftspolitik entfalten. Das Arbeitsrecht ist dabei als ein zentrales Politikfeld mit sozialpartnerschaftlicher Einflussnahme hervorzuheben – speziell die drei Bereiche Arbeitsvertragsrecht, Arbeitnehmerschutzrecht und kollektives Arbeitsrecht.[3]

Das ArbVG stellt einen zentralen Baustein der Mitbestimmung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Österreich dar: Es regelt seit 1973 wesentliche Bereiche der sozialpartnerschaftlichen Interessensvermittlung und der betrieblichen Mitbestimmung. Schon von Anbeginn der 2. Republik teilten sowohl die Sozialdemokratie als auch die Interessensverbände der Arbeitnehmer:innen das Ziel, eine Kodifizierung des Arbeitsrechts voranzubringen. Diese Bestrebungen fanden dann ab Ende der 1960er-Jahre bis Mitte der 1970er-Jahre ihre Umsetzung. Gerade die Teilkodifizierung im ArbVG ist hier zu nennen – erste Versuche gab es schon ab den 1950er-Jahren. Trotz einer schlussendlich sozialpartnerschaftlichen Aushandlung des Gesetzesentwurfs waren die inhaltlichen Differenzen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden von Anbeginn groß.[4]

---

1 *Tálos/Kittel*, Gesetzgebung in Österreich: Netzwerke, Akteure und Interaktionen in politischen Entscheidungsprozessen (2001).

2 Kollektive Arbeitsbeziehungen passieren in Österreich in der Regel nicht ohne sozialpartnerschaftliche Einbindung, Akkordierung und Koordinierung. Davon darf keine „Allmacht" abgeleitet werden und auch nicht der Eindruck entstehen, die demokratischen Grundprinzipien der politischen Willensbildung seien ausgeschalten (siehe hierzu *Hinterseer*, Sozialpartnerschaft und Verbändestaat: Baustein oder Problem der Demokratie?, in *Heinisch* (Hrsg), Kritisches Handbuch der österreichischen Demokratie (2020) 293–330. Trotzdem zeigen sich vor dem Hintergrund der oben skizzierten Punkte ein starker Einfluss der Sozialpartner auf diesen Politikbereich.

3 *Tálos/Hinterseer*, Sozialpartnerschaft. Ein zentraler politischer Gestaltungsfaktor der Zweiten Republik am Ende? (2019).

4 Siehe für nähere Informationen *Cerny*, 40 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz, DRdA 2014, 478; *Tálos*, Sozialpartnerschaft. Ein zentraler politischer Gestaltungsfaktor in der Zweiten Republik (2008) 67–71; *Cerny* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht, 10–17 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1. 7. 2023): Beide Autoren zeigen auch auf, dass einerseits auch die Arbeitgeberverbände

1.2 Gesetzliche Normen und ihre gelebte Praxis

Aus einer politikwissenschaftlichen Perspektive ist vor allem interessant, wie die legalen Normen von den Akteur:innen in der Praxis interpretiert und ausgelegt, also wie sie „gelebt" werden. Mit anderen Worten geht es um eine Bestandsaufnahme der kollektiven Arbeitsbeziehungen vor dem Hintergrund der Entwicklungen der letzten 50 Jahre. Dieser lange Zeitraum legt nahe, dass es zu einer Reihe von Zäsuren und Wandlungserscheinungen beim Zugang zu kollektiven Aushandlungsprozessen gekommen ist. Ziel ist, die wichtigsten Aspekte der Sozialpartnerschaft zu beschreiben, die für das tiefere Verständnis der kollektiven Arbeitsbeziehungen unabdingbar sind.

1.3 Aufbau des Beitrags

Dieser Beitrag ist in drei Abschnitte aufgeteilt: Um ein Verständnis für die Rolle der Sozialpartnerschaft, nicht nur für wirtschafts- und arbeitspolitische Bereiche, sondern für das politisch-demokratische System an sich zu erlangen, werden in einem ersten Schritt die wichtigsten Voraussetzungen, die Zäsuren und Brüche der Sozialpartnerschaft diskutiert (Kapitel 3). Analog zu den zwei großen Bereichen des ArbVG wird die Sozialpartnerschaft dann anhand des kollektiven Lohn- beziehungsweise Gehaltsverhandlungssystems (Kapitel 4) sowie anhand der betrieblichen Mitbestimmung (Kapitel 5) diskutiert. Das Kapitel 6 bildet mit einem zusammenfassenden Blick auf 50 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz und die Rolle der Sozialpartnerschaft den Abschluss.

2. Rahmenbedingungen: Warum ein Gesetz allein keine Sozialpartnerschaft macht

2.1 Superpower Konsens …

Wenn wir von Sozialpartnerschaft reden, geht es meist um das Thema Konsens. So wurden etwa die Streikmaßnahmen im Herbst 2023 der Produktionsgewerkschaft (PRO-GE) und der Gewerkschaft der Angestellten (GPA) in den Bereichen Metallverarbeitende Industrie und Handel mehr als Anomalie der in Österreich typischen Arbeitsbeziehungen wahrgenommen und weniger als „normal" oder „typisch".[5] Das ist grundsätzlich auch richtig, doch gerade in den letzten Jahren steht diese Konsensorientierung in einem eher negativen Licht: Es wird konnotiert mit Verkrustung, politischer Packelei und Stillstand. Dabei geht es um viel mehr: Vergessen werden

bei der Einigung Erfolge für sich verbuchen konnten und andererseits die Einigung auch vor den Hintergründen einer SPÖ Alleinregierung, der Hochblütezeit der Sozialpartnerschaft und anderer aktueller gesellschaftlicher Rahmenbedingungen bewertet werden muss.

[5] Für eine Beschreibung der Streikraten in Österreich siehe *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 46–48.

darf nämlich nicht, dass hinter diesem Konsens zwei diametral auseinanderliegende Interessensgruppen stehen. Das heißt die Arbeitgeberverbände (Kapital) und Arbeitnehmerverbände (Arbeit) vertreten ganz unterschiedliche Interessen und ganz unterschiedliche Ausgangspunkte in sozial- und wirtschaftspolitischen Fragen. Vielmehr ist die Fähigkeit zum Konsens daher als „Superpower" im demokratischen Prozess der Interessensdurchsetzung zu sehen.[6] Dieser Umstand zeigt sich deutlich am Beispiel von Debatten, Verhandlungen und Gesetzwerdungsprozessen im Arbeitsrecht.[7] Diese Feststellung ist wichtig, weil nur so das kollektive Arbeitsrecht und seine in sich liegenden Aushandlungsprozesse analysiert werden können.

2.2 … und seine Rahmenbedingungen

Wenn wir von kollektiven Arbeitsbeziehungen sprechen, bedeutet das: Zwei Gruppen mit unterschiedlichen Interessen versuchen gemeinsam, eine politische „Win-Win"-Situation für beide Seiten herzustellen. Dafür braucht es eine Reihe von Grundvoraussetzungen, die solche Aushandlungsprozesse überhaupt erst möglich machen. Denn eines hat die Politikwissenschaft in Österreich klar festgehalten: Das in Österreich vorherrschende System der industriellen Beziehungen stellt *„(…) stellt nicht das geläufige Muster der Interessenpolitik in kapitalistischen Gesellschaften mit parlamentarisch-rechtsstaatlicher politischer Struktur dar"*[8] dar. Sie hat sich über die nationale Rezeption hinaus immer wieder mit dem „Rätsel" beschäftigt, wie in einem so kleinen, von Rohstoffen schwach ausgestatteten Land,

1. mit der Sozialpartnerschaft eine im internationalen Vergleich so starke ökonomische Performance über Jahrzehnte gezeigt werden konnte,
2. vor dem Hintergrund zunehmender internationaler ökonomischer Interdependenzen und europäischen Integrationsprozessen ein hohes Ausmaß an sozialpolitischer Verteilung und Ausgestaltung geschaffen werden konnte – das (kollektive) Arbeitsrecht ist hier anschauliches Beispiel – und
3. gerade in „Krisenzeiten" (Ölpreisschocks, Banken- und Finanzkrise, Corona-Pandemie) eine mit anderen vergleichbaren Volkswirtschaften deutlich bessere Abfederung der wirtschaftlichen und sozialen Folgen erreicht wurde.[9]

---

6 *Hinterseer*, Sozialpartnerschaft und Demokratie 303–310.

7 siehe etwa *Felten*, Zur Bedeutung der Sozialpartner bei der Gestaltung des Arbeitszeitrechts im Lichte der Novelle des Arbeitszeitgesetzes (AZG) 2018, in *Pernicka* (Hrsg), Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder: Kontinuitäten, Brüche und Perspektiven. Aktuelle Befunde (2022) 97–108.

8 *Tálos*, Sozialpartnerschaft 123.

9 Stellvertretend dafür etwa: *Eichhorst/Weishaupt,* Mit Neo-Korporatismus durch die Krise? Die Rolle des Sozialen Dialogs in Deutschland, Österreich und der Schweiz. IZA Discussion Paper, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, IZA DP 2013, No. 7498; *Flecker/Hermann*, Mastering the crisis but not the future: the Austrian model in the financial and economic crisis, in *Lehndorff* (Hrsg), Divisive integrational – The triumph of failed ideas in Europe –

2.3 Der Austro-Korporatismus

Wir sehen also: Die kollektiven Arbeitsbeziehungen in Österreich können nicht losgelöst vom etablierten und vorherrschenden, aber vor allem spezifischen System der Interessensvermittlung und Interessensdurchsetzung verstanden werden, welches in Österreich als Austro-Korporatismus[10] bezeichnet wird. Der Korporatismus unterscheidet sich, vereinfacht und idealtypisch dargestellt, vom Pluralismus, wo der Wettbewerb vieler frei organisierter Player im Vordergrund steht, durch die Privilegierung einzelner Akteur:innen – hier Verbände – im politischen System. Das Staatsziel dahinter ist, dass die großen und relevanten Gruppen des demokratisch-politischen Systems aggregiert auf annähernder Augenhöhe miteinander agieren können.[11] Die wichtigste Folge dieser Ausrichtung des politischen Systems ist die im internationalen Vergleich außergewöhnliche Privilegierung einzelner Verbände durch die Pflichtmitgliedschaft der Kammern in Österreich.[12] Hinzu kommt, dass der Österreichische Gewerkschaftsbund eine Quasi-Monopolstellung nicht nur in der Kollektivvertragspolitik – hier kann man sogar von einer Kartellwirkung[13] sprechen –, sondern auch in der Gewerkschaftsorganisation und Gewerkschaftspolitik einnimmt. Somit gibt es auf beiden Seiten der Bruchstelle zwischen Kapital und Arbeit potente Verbände.[14] Und das alles muss vor dem Hintergrund bewertet werden, dass die Sozialpartnerschaft und ihre Form der Interessenspolitik gesetzlich nicht verankert ist.[15]

---

revisited (2015) 195; *Gerlich* et al (Hrsg), Sozialpartnerschaft in der Krise (1985); *Gerlich/Grande/Müller*, Corporatism in crisis: stability and change of social partnership in Austria, in Political Studies 36 1988, 209; *Heinisch*, Modernization Brokers – Austrian Corporatism in Search of a New Legitimacy, Current Politics and Economics of Europe 1999, 65; *Katzenstein*, Corporatism and Change, Austria, Switzerland, and the Politics of Industry, Ithaca (1984); *Karlhofer*, Filling the Gap? Korporatismus und neue Akteure in der Politikgestaltung, in ÖZP 2007, 389; *Lehner*, A Reversing Case within Trajectories of Liberalisation: The revival of neo-corporatism in Austria since 2008, in Momentum Quarterly, 2017, 210; *Karlhofer/Tálos*, Sozialpartnerschaft und EU (1996); *Luther/Müller* (Hrsg) Still a Case of Consociationalism? (1992); *Sweeney/Weidenholzer* (Hrsg), Austria: A Study in Modern Achievement (1998); *Tálos/Stromberger*, Zäsuren in der österreichischen Verhandlungsdemokratie, in *Karlhofer/Tálos* (Hrsg), Sozialpartnerschaft (2005) 79.

[10] Im Vergleich etwa zum anglo-amerikanischen System hat sich in Österreich, wie in vielen kontinental-europäischen Staaten, eine Konkordanzdemokratie herausgebildet. Eine wichtige Voraussetzung ist ein repräsentatives Wahlsystem mit Verhältniswahlrecht.

[11] Siehe *Hinterseer,* Sozialpartnerschaft und Demokratie.

[12] Siehe etwa *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 36–39.

[13] *Mosler*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Kollektive Rechtsgestaltung, DRdA 2014, 513.

[14] Als Sozialpartner gelten Arbeiterkammer, Gewerkschaftsbund, Wirtschaftskammer und Landwirtschaftskammer. Die Lohnverhandlungen werden in der Regel vom Gewerkschaftsbund und der Wirtschaftskammer geführt. Zu den Details der Privilegierung siehe *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 38–39, 79–81.

[15] Im Jahr 2007 kam es zu einer verfassungsrechtlichen Verankerung der Selbstverwaltung als einer der Grundvoraussetzungen für die Sozialpartnerverbände. Zu einer verfassungsrechtlichen Verankerung der Sozialpartnerschaft bzw ihrer Verbände kam es aber nicht. Für nähere Informationen siehe *Tálos/Hinterseer*, Sozialpartnerschaft; *Tálos*, Sozialpartnerschaft – ein

2.4 Zäsuren, Brüche, Entwicklungen

Die Entwicklung der Sozialpartnerschaft hängt sehr eng mit der Entwicklung des sozialen, ökonomischen und politischen Systems in Österreich zusammen: Sie ist daher einem stetigen Wandel ausgesetzt und hat eine Reihe von Zäsuren und Brüche erfahren. Im folgenden Abschnitt werden knapp die wichtigsten, für das Verständnis der kollektiven Arbeitsbeziehungen relevanten, Punkte angeführt.

- Aus einer (makro-)ökonomischen Perspektive sind zu nennen: Das Ende der verstaatlichten Betriebe, der Betritt Österreichs zur Europäischen Union, die zunehmende internationale wirtschaftliche Interdependenz und damit einhergehend das Quasi-Ende der Paritätischen Kommission für Lohn- und Preisfragen,[16] ein deutlich erhöhter Standortwettbewerb und Kostendruck sowie allgemein die Verschiebung eines angebots- hin zu einem nachfrageorientierten Korporatismus.[17]
- Zentrale politische Aspekte sind das Ende des Parteien Duo-Pols SPÖ-ÖVP und das Aufkommen neuer politischer Parteien im Parlament, das Erstarken der FPÖ als Anti-Establishment-Partei bis hin zur Entwicklung als Koalitionspartner.
- Gesellschaftlich von Bedeutung sind das Entstehen neuer Bürgerbewegungen, die traditionelle politische Machtstrukturen und Selbstverständlichkeiten massiv in Frage stellten (Stichworte Hainburg und Zwentendorf) sowie ganz neue Lebensstile, massive Wertewandel und Einstellungen der Beschäftigten im Speziellen und der Bevölkerung im Allgemeinen.[18]
- Betriebswirtschaftlich müssen noch die Veränderungen der Besitzstrukturen und Ziele von Unternehmen (Shareholdervalue, internationaler Finanzmarkt) und der damit einhergehenden neuen Typen von Führungskräften und Manager:innen angeführt werden.[19]

Trotz dieser Veränderungen und Brüche weist die Form der korporatistischen Interessenspolitik eine hohe Stabilität und Kontinuität auf.[20]

---

rechtlich nicht verankerter Mitgestaltungsfaktor österreichischen Rechts, in *Ehs* et al (Hrsg), Politik und Recht (2012) 195.

16 Für nähere Infos *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 94 ff.

17 *Pernicka/Hefler*, Austrian Corporatism – erosion or resilience?, ÖZP 2015, 39; *Traxler,* Vom Nachfrage- zum Angebotskorporatismus?, in *Tálos* (Hrsg) Sozialpartnerschaft (1993) 103.

18 Siehe *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft.

19 *Pernicka* (Hrsg), Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder: Kontinuitäten, Brüche und Perspektiven. Aktuelle Befunde (2022); *IFES,* Betriebliche Mitbestimmung in Österreich 2012 (2013) 164–165.

20 Siehe etwa *Pernicka/Hefler*, ÖZP 2015, 39.

3. Das kollektive Arbeitsrecht: Der Kollektivvertrag

3.1 Zentrale Aspekte

In der rein oberflächlichen Wahrnehmung der jährlich stattfindenden Kollektivvertragsverhandlungen könnte der Eindruck entstehen, hier vollziehe sich ein in Österreich gesetzlich geregelter Vorgang, bei dem am Ende alle Beteiligten automatisch das bekämen, was sie wollten – und die Konflikte seien eine mediale Inszenierung. In Wahrheit stellt das Kollektivvertragssystem mit seiner ungemein hohen Deckungsrate von rund 98 % ein sehr vielschichtiges und zum Teil auch sensibles System – siehe etwa den konfliktreichen Herbst 2023 – dar. Im Folgenden werden einige wichtige Aspekte in diesem Zusammenhang diskutiert.

- Wie schon in der Einleitung beschrieben, stehen hinter den vielen hunderten, in der Regel jährlich zu verhandelnden, Kollektivverträgen diametral auseinanderliegende Interessen zwischen Kapital und Arbeit. Die Verhandlungen finden freiwillig ohne gesetzlichen Auftrag statt.[21]
- Kollektivvertragsverhandlungen und ihre Forderungen sind nicht losgelöst von der wirtschaftlichen Gesamtsituation zu betrachten. Ganz im Gegenteil: Die noch immer angewandte „Benya-Formel", bei der die Inflationsentwicklung des vergangenen Jahres mit der mittelfristigen Produktivitätsentwicklung addiert wird und die Leitlinie für die Forderungen der Arbeitnehmervertretung darstellt, ist an einem gesamtwirtschaftlichen Interesse orientiert. Damit ist gemeint, dass das Ziel der Gewerkschaften in den letzten Jahrzehnten weniger war, die Lohnunterschiede in den Abschlüssen auszugleichen. Sondern sie waren traditionell an einer längerfristigen Konstanz der Lohn- und Gewinnquote interessiert.[22] Dies lässt sich mit einem Blick auf den Tariflohnindex der Statistik Austria[23] empirisch zeigen: Nicht nur in den 1960er- bis 1990er-Jahren, sondern etwa auch im Zeitraum der internationalen Banken- und Finanzkrise (rund um das Jahr 2008) haben sich Arbeitnehmervertretung und Arbeitgebervertretung auf moderate Lohnabschlüsse geeinigt. Gering bedeutet hier, dass die Lohnabschlüsse nur zu ganz geringen Lohnerhöhungen geführt haben, beziehungsweise sogar Reallohnverluste in Kauf genommen wurden, um die schon angespannte gesamtwirtschaftliche Situation in Österreich nicht weiter zu belasten. Mit dieser Orientierung – vor allem von gewerkschaftlicher Seite –

[21] Zum Beispiel der Ausstieg aus dem Kollektivvertrag durch den Druckereiverband 2016 oder die einsteige Aufkündigung des „Journalisten-Kollektivvertrag" durch der Verband Österreichischer Zeitungen (VÖZ) im September 2023.

[22] Siehe *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 56 ff.

[23] Siehe Website der *Statistik Austria*: https://www.statistik.at/statistiken/arbeitsmarkt/arbeitskosten-und-tariflohnindex/tariflohnindex (abgerufen am 5.12.2023).

unterscheidet sich das österreichische System deutlich von anderen Lohnfindungsarrangements wie sie etwa in Frankreich vorkommen.

- Die Entwicklung hin zu einem stärker angebotsorientierten Korporatismus hat auch zu einer Verlagerung von „*einer solidarischen Lohnpolitik*" nach der Benya-Formel hin zu einer wettbewerbsorientierten Lohn- und Gehaltspolitik geführt[24] – vor allem aus dem Blickwinkel der Arbeitgeber:innen.[25]
- Ein weiteres zentrales Merkmal ist die Außenseiterwirkung der Kollektivverträge in Österreich. Im Unterschied zu anderen Tarifverhandlungssystemen gelten die Verhandlungsergebnisse bei den Kollektivverträgen für alle Beschäftigten – unabhängig davon, ob sie Gewerkschaftsmitglied sind oder nicht.[26]
- Gegenstand der Verhandlungen sind nicht nur Löhne und Gehälter, sondern auch Rahmenvereinbarungen wie Arbeitszeitausmaß, Arbeitszeitlagen, Durchrechnungszeiträume und vieles mehr.[27]
- Ein wichtiger Aspekt ist auch die „Normenwirkung" des Kollektivvertrags – er hat eine „gesetzgleiche" Wirkung. Sozialpartner können also, vereinfacht formuliert, bei Konsens ihre Regeln selbst gestalten. Somit müssen sich etwa im Zuge eines Zivilverfahrens einzelne Arbeitnehmer:innen nicht auf einen „Vertrag" berufen, sondern Richterinnen und Richter können den Kollektivvertrag als Quelle der Rechtsprechung heranziehen.

3.2 Die Basis: Komplexe Muster

Damit sich Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen überhaupt auf einer rein freiwilligen Basis jährlich koordinieren, um über Löhne und Rahmenvereinbarungen in den Kollektivverträgen zu diskutieren, setzt es eine Reihe von komplexen Akkordierungs- und Koordinierungsmustern voraus, die wiederum von großer Bedeutung für das Funktionieren der kollektiven Arbeitsbeziehungen sind – und somit auch relevant für das ArbVG.

---

[24] *Pernicka* in *Pernicka* (Hrsg), Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder: Kontinuitäten, Brüche und Perspektiven. Aktuelle Befunde (2022) 11.

[25] Exemplarisch stehen hier die Angebote der Arbeitgeberverbände der Metallindustrie zu Beginn der Metaller-Kollektivvertragsverhandlungen, siehe etwa Metaller-KV: Arbeitgeber bieten nur 2,5 Prozent mehr Lohn plus Einmalzahlung | kurier.at (abgerufen am 28.12.23), sowie Aussagen von Vertretern der Wirtschaftskammer. Zu nennen ist hier zum Beispiel der Präsident der WK Salzburg, der eine Abkehr der Benya-Formel gefordert hat. Siehe etwa https://salzburg.orf.at/stories/3231484/ (abgerufen am 28.12.23).

[26] Auf der Arbeitergeberseite gibt es keine „Außenseiterwirkung" wie auf Seiten der Beschäftigten. Hier sorgt eben die Pflichtmitgliedschaft in der Wirtschaftskammer dafür, dass die verhandelten Kollektivverträge auch angewendet werden.

[27] Ein Beispiel ist die seit 2013 erstmals in einem Kollektivvertrag verhandelte „Freizeitoption" (siehe *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 116.

- Player der Sozialpartnerschaft folgen in ihrem Handeln sehr stark Pfadabhängigkeiten und orientieren sich daher an Erwartungssicherheiten.[28] Politische Entscheidungsprozesse unter Einbindung aller Sozialpartner sind für alle beteiligten Akteur:innen, wie etwa Ministerien, Parteien, Regierung planbar.
- Innerhalb sozialpartnerschaftlich orientierter Interessenspolitik haben sich spezifische Spielregeln, Abläufe, Identitäten und Mentalitäten herausgebildet. Ohne diese (meist informellen) Strukturen oder, wie es *Pernicka* beschreibt, „*(…) bestimmte*(n) *Machtrelationen, Handlungslogiken und Deutungsmuster (…)*“[29] sozialpartnerschaftlichen Handels wäre kein Agieren im Rahmen der kollektiven Arbeitsbeziehungen vorstellbar – also auch keine Kollektivvertragsverhandlungen, wie wir sie in Österreich kennen.
- Um diese feinen, vielschichtigen Muster und Abläufe zu verstehen, würde es zu kurz greifen, die Sozialpartnerschaft und ihre Akteur:innen auf ihr institutionelles Wirken zu reduzieren. Besonders die Relationen und Verhältnisse der „Player“ untereinander (trotz ihrer grundsätzlich verschiedenen Grundausrichtung) mit anderen politischen und gesellschaftlichen Feldern sind von tragender Bedeutung. Räume, in den sozialpartnerschaftliches Handeln passiert, *„(…) können daher auch als ein soziales Kräfte- oder Konfliktfeld gesehen werden*“.[30]
- Die im Austro-Korporatismus ausgebildete Privilegierung der großen Verbände, die große Teile der Gesellschaft und des Wirtschaftssystems abbilden, in Kombination mit den beschriebenen informellen Akkordierungsmustern, hat einen wichtigen Aspekt herausgebildet: Trotz aller Schwierigkeiten von Verbänden, zwischen einer Mitglieder- und Verbändelogik zu vermitteln und zu agieren,[31] besitzen sie eine sehr hohe Verpflichtungsfähigkeit gegenüber ihren Mitgliedern in Bezug auf die ausverhandelten Beschlüsse und Einigungen. Die schnell verhandelten Kurzarbeitsmaßnahmen während der Corona-Pandemie im Jahr 2020 sind ein Beispiel dafür. Diese Fähigkeit, im Namen aller Beschäftigten und aller Unternehmen Verhandlungen zu führen und die Ergebnisse auch als bindend vermitteln zu können – und das überwiegend quasi ohne legale Grundlage außerhalb beziehungsweise am Rande der parlamentarischen Willensbildung[32] –, stellt unter demokratischen politischen

[28] Siehe *Hinterseer*, Totgesagte leben länger: Stabilität und Kontinuität der Sozialpartnerschaft in Österreich, in Momentum Quarterly 2017, 28.

[29] *Pernicka,* Sozialpartnerschaft 1.

[30] *Pernicka,* Sozialpartnerschaft 3.

[31] *Hinterseer*, Begrenzte Anzahl vs. Vielfalt. Zwischen Korporatismus und Pluralismus in der politischen Interessensvermittlung in Österreich, WISO 2018, 18.

[32] Für die demokratiepolitische Bewertung dieser Einflussnahme siehe *Tálos*, „Zwangskammerstaat“? Zur Demokratiequalität der Sozialpartnerschaft, in Reihe Politikwissenschaft, IHS (1996) 29; *Hinterseer,* Sozialpartnerschaft und Demokratie.

Systemen eine Ausnahme dar. Auch dieser Aspekt ist von größter Relevanz für die Analyse der kollektiven Arbeitsbeziehungen in Österreich.

- Erst vor diesem Hintergrund werden die Brüche in der Interessenspolitik und die damit verbundene „Empörung" wie bei den Pensionsreformen Anfang der 2000er-Jahre und der Novellierung des Arbeitszeitgesetzes 2018 deutlich und nachvollziehbar.[33]

3.3 Mehr als nur ein Instrument zur Lohnfindung

Jetzt könnte man argumentieren: Was haben diese Befunde für eine Aussagekraft für die aktuellen wirtschafts- und sozialpolitischen Herausforderungen eines kleinen, von internationalen Entwicklungen stark abhängigen Wirtschaftsstandorts? Doch die oben skizzierten Voraussetzungen, Entwicklungen und Rahmenbedingungen haben einige Merkmale entwickelt, die nicht nur die Sozialpartnerschaft kennzeichnen, sondern auch das politische und wirtschaftliche System beeinflussen:

- Die Sozialpartnerschaft wirkt als Modernisierungsfilter:[34] Österreich bleibt von nationalen und internationalen Entwicklungen nicht verschont, doch kann sie diese filtern, sprich verzögern, und gewinnt so Zeit, sie in das System zu integrieren. Ein Beispiel sind etwa flexiblere Arbeitsformen wie etwa die Leiharbeit. Diese herrscht auch in Österreich vor, doch konnten mit vielen Maßnahmen große soziale Schieflagen, wie etwa am deutschen Arbeitsmarkt, verhindert werden.[35]
- Die Sozialpartnerschaft managt Krisen sehr gut, sie wirkt quasi als Schockabsorber.[36]
- Die Sozialpartnerschaft gibt im internationalen Vergleich den Beschäftigten eine außergewöhnlich starke Stimme, Stellung und Machtposition im politischen System.

---

[33] Siehe etwa *Felten* in *Pernicka*, Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder 97–108; *Tálos*, Streiks, Arbeitskampf und Sozialpartnerschaft – die andere Wende, in Wiener Jahrbuch für Politik (2004) 353; *Tálos/Stromberger*, Verhandlungsdemokratische Willensbildung und korporatistische Entscheidungsfindung am Ende?, ÖZP 2004, 157; *Tálos/Stromberger*, Zäsuren in der österreichischen Verhandlungsdemokratie, in *Karlhofer/Tálos* (Hrsg), Sozialpartnerschaft (2005) 79.

[34] Siehe *Heinisch*, Current Politics and Economics of Europe 1999, 65–94; *Hinterseer*, WISO 2018, 222–223; *ders,* Sozialpartnerschaft und Demokratie 317.

[35] Für die Maßnahmen siehe zB *Tálos/Hinterseer* Sozialpartnerschaft 109–111. Für den deutschen Arbeitsmarkt siehe etwa: https://www.tagesschau.de/investigativ/report-mainz/leiharbeiter-fleischindustrie-101.html (abgerufen am 28.12.2023) oder https://www.sueddeutsche.de/politik/toennies-fleischindustrie-niedriglohnsektor-buergerrechte-nachtwey-gastkommentar-1.4955863 (abgerufen am 28.12.23).

[36] *Rocha-Akis/Mayrhuber/Leoni*, Sozialpartnerschaft, Institutionen und Wirtschaft. Entwicklungen seit der Krise, WIFO 2018; *Pernicka*, Sozialpartnerschaft 22, 52.

- Diese Merkmale der Sozialpartnerschaft, die aus dem korporatistischen Kontext erwachsen, bilden daher eine Quasi-„Schutzfunktion" gegen neoliberal ausgerichtete Wirtschafts- und Sozialpolitik.[37]
- Die in der Regel mögliche „Planbarkeit" der Kollektivvertragsverhandlungen und die damit einhergehenden, im internationalen Vergleich sehr geringen Streikraten sind ein Wettbewerbsvorteil für Unternehmen. Außerdem schafft der Kollektivvertrag für die Betriebe auch eine Wettbewerbsgleichheit – vor allem, was die Löhne und Gehälter betrifft.

Zusammenfassend zeigt sich in diesem Kernfeld der Sozialpartnerschaft eine einzigartige Konstellation informeller, tradierter Muster der Interessenspolitik weniger privilegierter Verbände, die aber massiven Einfluss auf das gesamtwirtschaftliche System haben. So zeigen Studien wichtige Effekte der Kollektivvertragsabschlüsse in Österreich, wie zum Beispiel Senkung von Transaktionskosten, Reduktion von Unsicherheiten durch die Internalisierung externer Effekte, geringere Lohnspreizung und eine höhere Reallohnflexibilität.[38]

4. Betriebliche Mitbestimmung unter neuen Vorzeichen

4.1 Das sozialpartnerschaftliche Grundverständnis …

Das vorangegangene Kapitel hat gezeigt: Die Sozialpartnerschaft weist trotz der unterschiedlichsten, auch nachhaltig wirkenden Zäsuren und partiellen Bedeutungseinbußen noch immer eine vergleichsweise hohe Stabilität und Kontinuität in der interessenspolitischen Wirkung auf das politische und wirtschaftliche System in Österreich auf.[39] Bei der Besprechung der dafür nötigen Rahmenbedingungen zeigte sich gleichzeitig, wie fragil diese Stabilität sein kann.[40]

Die Frage ist nun, wie sieht das auf der betrieblichen Ebene aus? Welche Faktoren spielen hier eine Rolle? Von zentraler Bedeutung für das Funktionieren der Sozialpartnerschaft auf allen Ebenen ist die Einsicht der Akteuer:innen, dass durch eine konsensuale Überwindung der Differenzen eine „Win-Win"-Situation für alle Betei-

[37] *Hinterseer,* WISO 2018, 18; *Streeck*, Verbände als soziales Kapital: Von Nutzen und Nutzung des Korporatismus in einer Gesellschaft im Wandel, MPIfG Working Paper 1999, 9.

[38] *Pernicka*, Sozialpartnerschaft in der Lohnfindung – europäische und globale Herausforderungen, WISO 2018, 35; *Rocha-Akis/Mayrhuber/Leoni*, Sozialpartnerschaft 22.

[39] Siehe auch *Pernicka/Hefler,* ÖZP 2015, 39.

[40] Hier sind besonders die Zäsuren Anfang der 2000er Jahre und zwischen den Jahren 2017–2019 zu nennen. Siehe hierzu *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 129–138; *Tálos* (Hrsg), Die Schwarz-Blaue Wende in Österreich. Eine Bilanz (2019); *Tálos* (Hrsg), Schwarz-Blau. Eine Bilanz des „Neu-Regierens" (2006); *Tálos*, Vom Vorzeige- zum Auslaufmodell? Österreichs Sozialpartnerschaft 1945 bis 2005, in *Karlhofer/Tálos* (Hrsg), Sozialpartnerschaft. Österreichische und Europäische Perspektiven (2005) 185. Im Jahr 2023 sind sicher auch die konfliktreichen Kollektivvertragsverhandlungen und der Ausstieg des Verbands Österreichischer Zeitungen aus dem „Journalisten-Kollektivvertrag" zu nennen.

ligten herbeigeführt werden kann. Diese dafür nötige Fähigkeit ist, ein Grundverständnis für die Lage, Argumente und Situation der Gegenseite entwickeln zu können – gepaart mit der Einsicht, dass mittelfristig ein Konsens der eigenen Interessensdurchsetzung beziehungsweise der eigenen Verhandlungsstärke im Interessenskonflikt mit dem Gegenüber mehr bringt als ein kurzfristiger, einseitiger „Quick-Win".[41]

4.2 … das ArbVG als Basis …

Wir haben bisher gesehen: Eine Reihe von Rahmenbedingungen der Sozialpartnerschaft ermöglichen ein Verhandeln auf (beinahe) Augenhöhe zwischen Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen. Auf der betrieblichen Ebene ist hier das ArbVG von zentraler Bedeutung: Durch seine Normensetzung zwingt es den beiden Parteien – und vor allem der Arbeitgeberseite – sozusagen eine sozialpartnerschaftliche Akkordierung auf. Das zeigt sich exemplarisch bei den für die Betriebsratsarbeit so wichtigen Betriebsvereinbarungen: Das ArbVG regelt beziehungsweise unterscheidet zwischen unterschiedlichen Zustimmungsgraden (freiwillige, zustimmungspflichtige, ersetzbare Zustimmung) durch den Betriebsrat. So brauchen Arbeitgeber:innen etwa für Gleitzeitregelungen, für die Festlegung von bestimmten Durchrechnungszeiträumen oder für datenschutzrelevante Bestimmungen im Betrieb die Zustimmung des Betriebsrates. Dadurch erlangen die Betriebsratskörperschaften einen massiven Zugewinn an Verhandlungsmacht gegenüber den Arbeitgeber:innen, was das ArbVG erst „möglich" macht. Somit stellt es eine zentrale Voraussetzung für die „Superpower Konsens" der kollektiven Arbeitsbeziehungen in Österreich dar.

4.3 … und sein drastischer Wandel …

Gerade in diesem Bereich vollzieht sich aber ein drastischer Wandel, der für das Funktionieren kollektiver Arbeitsbeziehungen von massiver Bedeutung ist: Neue Generationen von Manager:innen besitzen keinen Bezug zur Sozialpartnerschaft und ihren Abläufen und Mustern:[42] Es fehlt hier die nötige Sozialisation der im vorigen Kapitel beschriebenen konsensualen-korporatistischen Problemlösungskultur.[43] Das stellt eine nicht zu unterschätzende Herausforderung für den Austro-Korporatismus und seiner Form der Interessensvermittlung von der betrieblichen bis zur makro-ökonomischen Ebene dar.

---

41 Exemplarisch zeigt sich das an der Haltung von Wirtschaftskammer-Präsidenten Christoph Leitl während der Schüssel-Regierungen Anfang der 2000er-Jahre. Siehe hierfür *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 89, 134; *Hinterseer*, Momentum Quartlery 2018, 36–37, 40.

42 *Pernicka,* Sozialpartnerschaft 18–19; Siehe auch: *IFES*, Mitbestimmung.

43 Siehe auch *Glassner,* Kollektivvertragspolitik im österreichischen Metallsektor in *Pernicka* (Hrsg), Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder: Kontinuitäten, Brüche und Perspektiven. Aktuelle Befunde (2022) 59.

Flankiert wird dieser (neue) Zugang zur Interessensvermittlung durch eine massive Veränderung des Verhältnisses zwischen Regierung und Sozialpartnern. Die erste große Zäsur stellten die Regierungen unter Bundeskanzler Schüssel Anfang der 2000er-Jahre dar: Die neoliberale Agenda, gepaart mit dem Ziel, die Macht der Sozialpartnerschaft und ihrer Verbände massiv zu schwächen, stellte die Existenzberechtigung der kollektiven Arbeitsbeziehungen in Frage.[44] Die Sozialpartnerschaft „überlebte" nicht zuletzt durch ein starkes sozialpartnerschaftliches Commitent zwischen Wirtschaftskammer und Gewerkschaftsbund[45] und einer politisch überforderten Freiheitlichen Partei.[46]

Die zweite Zäsur in diesem Zusammenhang ist die Regierung Kurz/Strache in den Jahren 2017–2019. Hier kam es zu einem offenen Konflikt mit der Sozialpartnerschaft und ihrem Einfluss im Allgemeinen und den Sozialpartnern Arbeiterkammer und Gewerkschaft im Speziellen. Dabei ging es nicht um eine inhaltliche Debatte im Rahmen eines politischen Verhandlungsprozesses, sondern um ihre politische Entmachtung.[47] Sozialpartner wurden hier „*(…) nicht mehr als Teil der Lösung, sondern als Hindernis für eine solche verstanden*".[48] Ein besonders anschauliches Beispiel stellt die Novellierung des Arbeitszeitgesetzes im Jahr 2018 dar: Es kam zu einem massiven Eingriff in die Autonomie der Kollektivvertragsparteien, das so im traditionell stark von sozialpartnerschaftlicher Mitwirkung geprägten Politikfeld „Arbeitsrecht" in der 2. Republik noch nicht vorgekommen ist.[49]

4.4 … sowie die Konsequenzen für die Betriebsratsarbeit

Die beschriebenen Verschiebungen in der Wahrnehmung und der Internalisierung sozialpartnerschaftlichen Handels auf Führungsebene der Unternehmen und auf Ebene der Regierung treffen nun den Kern der Arbeitsbeziehungen auf der so wichtigen Mikroebene der kollektiven Arbeitsbeziehungen: die Betriebsratsarbeit, für die das ArbVG seit 50 Jahren den rechtlichen Rahmen setzt.

---

44 Siehe etwa *Tálos,* Sozialpartnerschaft: Austrokorporatismus am Ende?, in *Dachs et al* (Hrsg), Politik in Österreich. Das Handbuch (2006) 425; *Tálos*, Auslaufmodell.

45 Vor allem durch die Personen Christoph Leitl und Fritz Verzetnitsch.

46 Für weiterführenden Informationen siehe *Hinterseer*, Momentum Quarterly 2017, 28.

47 Siehe etwa *Tálos,* Bilanz; *Pernicka,* Sozialpartnerschaft. In diesem Zusammenhang muss auch auf den massiven Eingriff in die Strukturen der Selbstverwaltung durch die Reform der Sozialversicherungsträger hingewiesen werden, siehe hierzu zum Beispiel *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 131.

48 *Felten* in *Pernicka*, Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder, 104.

49 Siehe *Felten* in *Pernicka*, Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder, 106; Die Regierung Kurz ist die erste, in der keine einzige Ministerin und kein einziger Minister sowie keine Staatssekretärin oder Staatssekretär eine Verbindung zu einem der vier Sozialpartner aufweisen kann. Siehe hierzu *Ennser-Jedenastik*, Die personelle Verflechtung zwischen Sozialpartnern und Bundesregierung in Österreich, 1945–2015, ÖZP 2017, 29.

Kollektive Arbeitsbeziehungen – und vor allem der in Kapitel 3 beschriebene Bereich der Lohn- beziehungsweise Kollektivvertragspolitik – hängen mit der Stärke der betrieblichen Organisationsfähigkeit zusammen. Das bedeutet: Ungeachtet der zentralen, in den vorangegangenen Kapiteln beschriebenen Voraussetzungen und Bedingungen für kollektive Arbeitsbeziehungen braucht es einen hohen gewerkschaftlichen, beziehungsweise betriebsrätlichen Organisations- und Legitimationsgrad. Historisch spielten hier die verstaatlichten Betriebe in Österreich für die Herausbildung eines gewerkschaftlichen Selbstverständnisses und gewerkschaftlichen Selbstbewusstseins eine wichtige Rolle. Aktuell zeigt sich das vor allem im Bereich der Industrieproduktion in Österreich, wo potente, exportorientierte Unternehmen von einer gewerkschaftlich dicht organisierten Belegschaft geprägt sind. In dieser Branche ist die Produktionsgewerkschaft PRO-GE gemeinsam mit der Gewerkschaft GPA die zentrale Kraft mit Auswirkungen auf das ganze System: Die Verhandlungsergebnisse setzen nicht nur die Benchmark für eine Vielzahl von Kollektivverträgen.[50] Sie können auch durch ihre gewerkschaftliche Stärke und den hohen Organisationsgrad immer wieder das solidarische Selbstbewusstsein der Beschäftigten erneuern. Exemplarisch sind die Lohnverhandlungen aus dem Jahr 2023 und die Kampfmaßnahmen der Produktionsgewerkschaft PRO-GE und der Gewerkschaft GPA: Mitunter hat die positive Wahrnehmung der Beschäftigten von der Wirkmacht solidarischer Gewerkschaftspolitik zu extrem selten stattfindenden Streiks im Handel geführt.

Gerade aber im Metallsektor zeigen sich exemplarisch die zunehmend größer werdenden Gräben zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bei der Bewertung der volkswirtschaftlichen Gesamtsituation als Basis für die kollektivvertragliche Zieldefinition. Nicht nur im Herbst 2023 sind diese Differenzen offen zu Tage gekommen, sondern auch im Jahr 2011, wo *„(…) unterschiedliche Positionen der Unternehmen in europäischen und globalen Wertschöpfungsketten den Abschluss eines brancheneinheitlichen Lohnabschlusses erschwert*“[51] haben. Die Folge war eine Aufspaltung der kollektivvertragsverhandelnden Verbände.[52]

4.5 Veränderte Rahmenbedingungen als Herausforderung …

Ein weiterer wichtiger Aspekt für die Analyse der betrieblichen Ebene der kollektiven Arbeitsbeziehungen sind die Veränderungen am Arbeitsmarkt, der Arbeitsorganisation, der Arbeitsformen, der Tätigkeiten und der angesprochenen Eigentümer- und Managementstrukturen. Sie haben die Aufgaben und Herausforderungen

[50] *Pernicka/Hefler,* ÖZP 2015, 39.
[51] *Pernicka*, Sozialpartnerschaft 16.
[52] *Perncika,* Sozialpartnerschaft 64; *Pernicka/Hefler,* ÖZP 2015, 39; *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 77.

an Betriebsrätinnen und Betriebsräte massiv verändert, erweitert und erhöht.[53] *Rami* zeigt in einer Studie, dass die klassische Betriebsratsarbeit noch immer von großer Bedeutung ist, arbeitet aber auch einen wichtigen Wandel heraus: Betriebsrät:innen agieren zunehmend als Co-Manger:innen im Betrieb. Das bedeutet, sie übernehmen vermehrt Aufgaben der Geschäftsführung und des HR-Managements im Betrieb. Die Arbeit wird so nicht nur komplexer und intensiver. Sie ist auch eine Gratwanderung zwischen einer Stärkung der kollektiven Mitbestimmung durch intensivere Einbindung in betriebliche beziehungsweise betriebswirtschaftliche Prozesse auf der einen Seite und der Gefahr der Übernahme arbeitgeber-orientierter Narrative und Entscheidungs-Legimitationen auf der anderen Seite. Dieses Spannungsfeld zeigt sich etwa bei Fragen der fortschreitenden betrieblichen Digitalisierungsprozesse und bei Flexibilisierung bei Arbeitszeiten und Arbeitszeitlagen.[54] Diese massiven Veränderungen stellen auch eine große Herausforderung für die Wirkungsmacht des kollektiven Arbeitsrechts – vor allem auf betrieblicher Ebene – dar.[55]

4.6 … besonders für den Solidaritätsgedanken

Der angesprochene Wertewandel der Gesellschaft und die zunehmende Fragmentierung der Arbeit haben zu einer Individualisierung auf Kosten des Solidaritätsgedankens geführt. Mit anderen Worten: Das politische Bewusstsein der kollektiven Mitbestimmung, gemeinsam mehr zu erreichen als alleine, wird zunehmend schwieriger.[56] Doch in den letzten 20 Jahren sind vor allem drei Ereignisse von Bedeutung, die entgegen diesen Entwicklungen zu einer Re-Vitalisierung und Erneuerung des Solidaritätsgedankens und des gewerkschaftlichen Selbstbewusstseins beigetragen haben:

1. Die Demonstrationen und gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen im Zuge der Pensionsreformen unter der Regierung Schüssel I Anfang der 2000er-Jahre.

---

[53] *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, Veränderte Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen: Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2014, 488.

[54] Siehe *Rami*, Rollenverständnis und Aufgabenprofil von Betriebsrät*innen: Schutzfunktion und/oder Gestaltungsfunktion (Co-Management) in *Pernicka* (Hrsg), Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder: Kontinuitäten, Brüche und Perspektiven. Aktuelle Befunde (2022) 83–95.

[55] Für die umfangreiche Literatur zum Einfluss des Neoliberalismus auf Gesellschaft, Wirtschaft und Politik hier stellvertretend: *Boltanski/Chiapello*, Der neue Geist des Kapitalismus (2003); *Butterwege/Lösch/Ptak*, Kritik des Neoliberalismus (2016); *Hardt/Negri*, Empire (2002); *Nachtwey*, Die Abstiegsgesellschaft (2016); *Sennett*, Der flexible Mensch. Die Kultur des neuen Kapitalismus (1998). Siehe vor allem auch die Beiträge des Heftes 353 der DRdA 2014, das sich anlässlich des 40-jährigen Bestehens des ArbVG intensiv mit diesen Fragestellungen beschäftigt.

[56] Etwa *IFES*, Mitbestimmung 16–18, 164–169.

2. Die Mobilisierung der Gewerkschaften und der Arbeiterkammern gegen die Angriffe der Regierung Kurz I (2017–2019) auf die Sozialpartnerschaft im Allgemeinen und auf die Interessenvertretungen der Arbeitnehmer:innen im Speziellen – flankiert durch eine neue Art des sozialpartnerschaftlichen Selbstverständnisses durch WKO-Präsident *Mahrer*.[57]
3. Die schnell verhandelten Kurzarbeitsmaßnahmen zu Beginn der Corona-Pandemie (2020).
4. Die durch den ersten Vorschlag der Arbeitgeberseite zum Start der Metaller-KV-Verhandlungen im Herbst 2023 ausgelöste Empörung unter vielen Beschäftigten und die daraufhin folgenden Arbeitsniederlegungen.

4.7 Sozialpartnerschaft und Demokratie

In der historischen Betrachtung zeigt sich, dass den kapitalistischen Wirtschaftssystemen eine Dysbalance zwischen der politischen Macht von Kapital und des Produktionsfaktors Arbeit zu Grunde liegt. Dieses machtpolitische Ungleichgewicht findet sich auch in dem für diesen Beitrag wichtigen Bereich des Arbeitsrechts wieder, das den *„(…) Ausfluss sozialpolitscher Überlegungen*“[58] widerspiegelt. Mit der Gründung von Interessenvertretungen der Beschäftigten und daraus entstehenden politischen Parteien konnten nach dem Ende der Monarchie – in verschiedenen Wellen und mit Unterbrechungen – zentrale politische Vorhaben umgesetzt werden, dieses Ungleichgewicht zu Gunsten der Beschäftigten stark zu verändern. Zu nennen sind Sozialstaat, Arbeiterkammern, legale Gewerkschaften und eben auch das Arbeitsverfassungsgesetz mit seinen für die Mitbestimmung so wichtigen Grundlagen. Dabei ging und geht es vorrangig um die Bündelung der Interessen der Beschäftigten zum Aufbau politischer Macht. Gerade hier ist die Arbeit von Betriebsrätinnen und Betriebsräten von zentraler Bedeutung: Sie leisten politische Bildung, erkennen und benennen machtpolitische Schieflagen und vor allem: Sie formen aus vielen individuellen Einzelschicksalen und Einzelinteressen ein Kollektiv – sie machen so Mitbestimmung überhaupt erst möglich. Die Arbeit der Betriebsrätinnen und Betriebsräte ist somit nicht nur auf den spezifischen Betrieb beschränkt, sondern hat auch wichtige Implikationen für das gesamte demokratische politische System.[59] So partizipieren Beschäftigte in Betrieben mit Mitbestimmung stärker an den politischen Prozessen und sind auch deutlich interessierter am politischen Geschehen als Beschäftigte in unorganisierten Betrieben.[60] Mit der rechtlichen Normensetzung der Betriebsrats-

[57] Siehe *Tálos/Hinterseer,* Sozialpartnerschaft 134, 137.
[58] *Fördermayr/Resch*, Arbeitsrecht[7] (2020) 1.
[59] *Nachtwey*, „Demokratie und ökonomische Ungleichheit: Welche Rechte brauchen Arbeitnehmer*innen in Zeiten der sozial-ökologischen Transformation und der Prekarisierung der Arbeitswelt?“, Festrede Internationaler Kammertag Bremen, 28.6.23.
[60] *Zandonella/Mayerl/Holzer,* Wie soziale Ungleichheit und die Prekarisierung von Arbeit das Vertrauen der ArbeitnehmerInnen in die Demokratie zerstören, Wirtschaft und Gesellschaft 2020, 41.

arbeit ermöglicht und stärkt das Arbeitsverfassungsgesetz die kollektive Mitbestimmung. Damit leistet das ArbVG einen wichtigen Beitrag für die Demokratie in Österreich.

5. Schlussfolgerungen und Ausblick

Das Jubiläum des Arbeitsverfassungsgesetz gibt Anlass festzuhalten: Kollektive Arbeitsbeziehungen können in Österreich nur im Zusammenhang mit der Sozialpartnerschaft verstanden werden. Das betrifft die historische Betrachtung als auch die aktuellen Zeiten. Das Arbeitsverfassungsgesetz stellt mit seinen rechtlichen Normen den kollektiven Arbeitsbeziehungen ein zentrales und wirkmächtiges Instrument zur Verfügung und sichert gerade auf der betrieblichen Ebene den Betriebsratskörperschaften wichtige Verhandlungsmacht. Aus einer politikwissenschaftlichen Perspektive ist die Analyse der gelebten Praxis spannend. Hier zeigt sich, dass die Sozialpartnerschaft nicht nur historisch, sondern noch immer eine bedeutende Rolle für das kollektive Arbeitsrecht und die betriebliche Mitbestimmung spielt. Es konnten aber auch die weitreichenden Implikationen für das wirtschaftliche und das politische System Österreichs aufgezeigt werden. Zusammenfassend ist wohl der folgende Aspekt der wichtigste: Die Sozialpartnerschaft hat eine Art der Problemlösungskompetenz entwickelt, deren Basis der Versuch und gleichzeitig die Fähigkeit ist, ein Grundverständnis für die Position und die Argumente des Gegenübers zu entwickeln. Daraus entsteht die wirkmächtige Kraft, trotz diametral unterschiedlicher Zugänge der einzelnen Akteurinnen und Akteure, letztendlich ein politisches Nicht-Nullsummen Spiel herzustellen, dessen Ergebnisse an alle Mitglieder auf allen Seiten als Erfolg kommunizierbar sind. Das stellt ein außergewöhnliches Faktum der österreichischen Politik generell und der Sozialpartnerschaft im Speziellen dar – und dabei spielt das ArbVG eine zentrale Rolle.

Es wurde aber auch deutlich, dass dieses gesetzlich nicht verankerte System trotz seiner Kontinuität und Stabilität schnell ins Wanken geraten kann. Seit den 2000er-Jahren wechseln sich einschneidende Zäsuren und Angriffe (etwa der Regierungen Schüssel I und II), mit Aufschwüngen und Re-Vitalisierungsentwicklungen (Große Koalition unter Faymann sowie Banken- und Finanzkrise) ab und es kam zu Phasen von Zurückgewinnung von politischer Macht (Corona-Pandemie und Teuerung). Ob es sich dabei um eine „*geliehene Stabilität*“[61] oder eine „*temporäre Aufwertung*“[62] der Sozialpartnerschaft handelt, hängt von vielen Faktoren ab – nicht aber zuletzt von den kommenden Regierungskonstellationen.

---

[61] *Flecker/Hermann,* Geliehene Stabilität. Zur Funktionsfähigkeit des dualen Systems der Arbeitsbeziehungen in *Karlhofer/Tálos* (Hrsg), Sozialpartnerschaft. Österreichische und Europäische Perspektiven (2005) 37.

[62] *Pernicka,* Sozialpartnerschaft 4.

ArbVG – Ein Erfolgskapitel der Sozialpartnerschaft

Silvia Hruška-Frank

1. Einleitung 65
2. Mitwirkung heute aus Sicht der Praxis 66
   2.1 Die wirtschaftliche Mitbestimmung 66
   2.2 Interessensausgleich gefordert 67
   2.3 Bedeutung der wirtschaftlichen Mitbestimmung im ArbVG 67
   2.4 Die Chancen der Aufsichtsratsmitbestimmung 68
   2.5 Betriebe mit Betriebsrat performen – auch wirtschaftlich – besser 68
   2.6 Mehr Demokratie bei der Arbeit – Zusammenhalt verbessern 70
3. Demokratie im Betrieb ermöglichen und schützen 71
   3.1 Besserer Kündigungsschutz 71
   3.2 Schluss mit der Be-/Verhinderung von Betriebsratswahlen 73
   3.3 „Betriebsrat möchten wir hier nicht“ 74
4. Den gesellschaftlichen Zusammenhalt durch Teilhabe fördern 75
   4.1 Mitbestimmungsstudie – Diversität ist gefragt 75
   4.2 Jugend verdient Respekt 75
   4.3 Faires Recht auf die Staatsbürgerschaft durch Sonderregel für im Inland geborene Kinder 77
   4.4 Stärkung der betrieblichen Mitbestimmung – Menschen mit Behinderung 77
   4.5 Mehrwert für die Demokratie 78
5. Mitbestimmung erlebt 78
   5.1 … ist den Beschäftigten wichtig 78
   5.2 Vertretungsdichte 79
   5.3 (Unter-)Repräsentanz im Betriebsrat 79
   5.4 Frauen und Betriebsrat 80
6. Die persönliche Situation der Betriebsräte 80
   6.1 Arbeitszeiten und Belastung der Betriebsratsmitglieder 80
   6.2 Aktivitäten der Betriebsräte 81
7. Schlusswort 81

1. Einleitung

Kollektives Arbeitsrecht steht als politisch hoch aufgeladenes Recht gerade bei Staatsformwechseln immer auf der Agenda der neuen Machthaber. Nach dem 2. Weltkrieg wurde mit der Konsolidierung des Staates auch durch das Betriebsrätegesetz und das Kollektivvertragsgesetz 1947 das kollektive Arbeitsrecht unter Beachtung we-

sentlicher Regelungen der ersten Republik wieder installiert. Um der zunehmenden Komplexität des Arbeitsrechts gerecht zu werden, wurden im Laufe der 1950er-Jahre erneut Forderungen nach einer Kodifikation aus den Reihen der Gewerkschaften lauter, „*weil die Fülle arbeitsrechtlicher Gesetze und Vorschriften und deren Zersplitterung einen umfassenden Überblick nahezu unmöglich macht und damit deren volle Wirkung zum Nutzen der betroffenen Arbeitnehmer in Frage gestellt ist.*" Erst 1973 gelang es nach intensiven, zehnmonatigen Verhandlungen auf Ebene der Sozialpartner, zu einer tragfähigen Lösung zu kommen: Das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) wurde am 14. Dezember 1973 im Nationalrat und am 20. Dezember 1973 im Bundesrat beschlossen und trat 1974 in Kraft. Es ersetzte vor allem die beiden bis dahin fundamentalen Regelungswerke, nämlich das (erst zwei Jahre zuvor, 1971) novellierte Betriebsrätegesetz 1947 und das Kollektivvertragsgesetz 1947, außerdem ua das Mindestlohntarifgesetz 1951 und das Jugendvertrauensrätegesetz. Anders als im Ursprungsentwurf des Sozialministeriums vorgesehen, wurde jedoch das Koalitionsrecht nicht einbezogen. Gleichwohl setzte sich auch im ArbVG der bereits im Betriebsrätegesetz und dem Kollektivvertragsgesetz angelegte Fokus auf die Sozialpartnerschaft fort, sodass das ArbVG heute als rechtliches Herzstück der Sozialpartnerschaft anzusehen ist. Abseits dessen bestand seine Hauptfunktion neben der Kodifizierung, in einer rechtlichen Absicherung der betrieblichen Mitbestimmung und einer Stärkung der Position der Gewerkschaften auf betrieblicher Ebene. Trotz weitreichender Zugeständnisse an die Unternehmerseite gelangen aus Arbeitnehmer:innensicht mehrere substanzielle Verbesserungen.

2. Mitwirkung heute aus Sicht der Praxis

2.1 Die wirtschaftliche Mitbestimmung

Strategische und operative Entscheidungen von Geschäftsführungen und Vorständen bilden die Grundlage für die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten. Sie entscheiden – in der Regel im Einvernehmen mit den Gesellschafter:innen – über Geschäftsmodelle, eingesetzte Technologien, Fragen der Prozess- und Aufbauorganisation, Aufbau und Entwicklung der Kommunikations- und Informationsarchitektur, Fragen des Personalmanagements, Finanzierungsstrategien, Marktstrategien oder Investitionsvorhaben. Betriebswirtschaftlich betrachtet steht bei all diesen Entscheidungen die Steigerung der wirtschaftlichen Rentabilität des Unternehmens/Konzerns an oberster Stelle des Zielkatalogs. Letztlich wollen die Gesellschafter:innen der Unternehmen Wertsteigerungen ihrer Anteile oder entsprechende Dividendenausschüttungen sehen. Mit all diesen Entscheidungen werden aber auch die Grundlagen festgelegt, wie „Arbeit" in den Betrieben konkret ausgestaltet wird: Welche Fertigungsmethoden eingesetzt werden, an welchen Standorten produziert werden soll, welcher Teil der Wertschöpfung selbst erstellt oder zugekauft werden soll und natürlich unter welchen Bedingungen die Beschäftigten ihre Arbeit erbringen sollen. Damit werden auch die Rahmenbedingungen für die zur Verfügung gestell-

ten Ressourcen und in der Folge sich ergebende Arbeitsbelastungen, Auswirkungen auf die Sicherheit des Arbeitsplatzes oder die Chancen auf Qualifikationsentwicklung determiniert. Die in der Praxis erlebte „Qualität" der Arbeit ergibt sich somit unmittelbar aus den zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Entscheidungen.

2.2 Interessensausgleich gefordert

Damit aber nicht nur die Interessen der Eigentümer:innen und Unternehmen einseitig verfolgt werden, hat der österreichische Gesetzgeber in § 70 Aktiengesetz vorgesehen, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen seiner Leitung des Unternehmens das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionär:innen und der Arbeitnehmer:innen sowie des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen habe. Der Gesetzgeber fordert damit ausdrücklich einen Interessenaugleich bei der Steuerung von Unternehmen und gibt auch deutlich zu erkennen, dass die Interessen der Beschäftigten entsprechend berücksichtigt werden müssen. So erfreulich es einerseits ist, dass der Gesetzgeber sich zu diesen Prinzipien bekennt, gibt es gleichzeitig bei der Umsetzung in der Praxis noch erheblichen Handlungsbedarf, wie der Fall der Insolvenz der Signa-Gruppe zeigt. Völlig intransparente Unternehmensstrukturen sowie offensichtliche Missachtungen von Transparenzvorschriften, etwa in Bezug auf Veröffentlichungspflichten von Jahresabschlüssen, führen dazu, dass die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse für Außenstehende nicht erkennbar waren. Die Insolvenz der Unternehmen führt nun dazu, dass betroffene Stakeholder wie Steuerbehörden, Sozialversicherungsträger, Kreditgeber:innen, Auftragnehmer:innen, insbesondere aber auch Beschäftigte vor allem im Handelssegment der Signa-Gruppe einen immensen Schaden erleiden könnten. Damit der vom Gesetzgeber erwünschte Interessenausgleich auch in der Praxis durchgesetzt werden kann, besteht somit großer Handlungsbedarf im Unternehmensrecht – etwa betreffend Sanktionen von Gesetzesverletzungen oder Schärfung von Transparenzvorschriften.

2.3 Bedeutung der wirtschaftlichen Mitbestimmung im ArbVG

Der österreichische Gesetzgeber hat aber auch richtig erkannt, dass im Bereich der Mitbestimmung neben sozialen auch wirtschaftlichen Aspekten eine zentrale Bedeutung eingeräumt werden muss. Die wirtschaftliche Mitbestimmung bietet die Grundlage, um die wesentlichen und relevanten Entscheidungen, die für die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen maßgeblich sind, aus Arbeitnehmer:innenperspektive mitgestalten zu können. Entsprechend werden daher Betriebsräten etwa in den §§ 91, 92 und 108 ArbVG eine Reihe von Mitbestimmungsmöglichkeiten in wirtschaftlichen Belangen eingeräumt, die in Form von Informations-, Vorschlags- oder Beratungsrechten umgesetzt sind. Inhaltlich beziehen sich die verankerten Rechte etwa auf Informationen über wirtschaftliche Indikatoren wie Art und Umfang der Erzeugung, Entwicklung von Aufträgen, Investitionen, Plänen zur Hebung der Wirtschaft-

lichkeit oder Umstrukturierungen und deren Auswirkungen auf die Beschäftigten. Unter bestimmten Voraussetzungen verfügt der Betriebsrat auch über ein Recht auf Vorlage eines Jahresabschlusses (§ 108 Abs 3 ArbVG). Gemäß § 109 ArbVG steht dem Betriebsrat darüber hinaus ein Rechtsanspruch zu, bei bestimmten Betriebsänderungen wie Betriebsschließungen, Verlegungen von Betrieben oder anderen Veränderungen neben den Information- und Beratungsrechten auch Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung von Folgen dieser Betriebsänderungen in Form von Betriebsvereinbarungen regeln zu dürfen („Sozialpläne").

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass die dargestellten Regelungen dem Betriebsrat jedenfalls einen hinreichend guten Einblick in die wirtschaftlichen Belange von Unternehmen einräumen sowie die Möglichkeit, sich darüber auch mit dem Betriebsinhaber beraten zu dürfen.

2.4 Die Chancen der Aufsichtsratsmitbestimmung

Zusätzlich ist bei Gesellschaften, die über einen Aufsichtsrat verfügen, wie etwa Aktiengesellschaften, großen GmbHs oder größeren Vereine, vorgesehen, dass der Betriebsrat gem § 110 ArbVG ein Recht auf Entsendung von Arbeitnehmervertreter:innen im Ausmaß von einem Drittel der Mandate hat. Die vom Betriebsrat delegierten Mandatar:innen verfügen in der Regel über die gleichen Rechte und Pflichten wie Kapitalvertreter:innen. Die Rechte der vom Betriebsrat entsandten Aufsichtsratsmitglieder gehen damit deutlich über die Rechte in der Funktion „Betriebsrat" hinaus, die Qualität der wirtschaftlichen Mitbestimmung wird durch eine Entsendung in einen Aufsichtsrat entscheidend erhöht. Die Arbeitnehmervertreter:innen erhalten damit in der Regel laufend aktuelle und vertiefte Informationen über die wirtschaftlichen Aktivitäten. Und letztlich haben die Arbeitnehmervertreter:innen auch die Pflicht, bei besonderen Geschäften wie größeren Investitionen, Finanzierungen, Beteiligungserwerben oder auch Betriebsschließungen im Rahmen der zustimmungspflichtigen Geschäfte aktiv bei der Beschlussfassung mitzuwirken. Die Mitbestimmung von Arbeitnehmer:innen im Aufsichtsrat ist somit ein besonders bedeutendes Instrument, um den im § 70 Aktiengesetz geforderten Interessenausgleich in der Praxis und Aspekte der nachhaltigen Unternehmensführung umzusetzen.

2.5 Betriebe mit Betriebsrat performen – auch wirtschaftlich – besser

Eine Untersuchung der 100 größten Unternehmen in der EU (*Hassel/Helmerich* 2017) zu folgenden Ergebnissen:

- Mitbestimmung wirkt kumulativ: Unternehmen, in denen es einen Aufsichtsrat gibt, haben auch andere Formen der Mitbestimmung.

  - Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch die jüngste Mitbestimmungsstudie: In Betrieben mit Betriebsrat gibt es mehr Formen der informellen Mitwirkung und Arbeitnehmer:innen sind auch darin stärker eingebunden.

- Mitbestimmung stärkt eine gute Unternehmensführung: Gehaltsunterschiede zwischen einzelnen Gruppen klaffen weniger weit auseinander und die Unternehmen geben weniger Geld für die höchsten Gehaltsgruppen aus (Stichwort FatCatDay).
- Mitbestimmte Unternehmen performen auch wirtschaftlich besser: Sie erzielen höhere Marktwerte und höhere Nettoumsätze.

Auch der European Company Survey 2013 kommt auf gesamteuropäischer Ebene zu dem Ergebnis, dass mitbestimmte Betriebe/Unternehmen bessere (wirtschaftliche) Ergebnisse erzielen und gleichzeitig mehr „Gute Arbeit" für die Beschäftigten schaffen.

Zentral dabei ist jedoch eine zeitgerechte und ausreichende Information der Betriebsräte: Es reicht nicht, ihnen lediglich Ressourcen für die Betriebsratsarbeit zur Verfügung zu stellen. Am besten schneiden jene Betriebe/Unternehmen ab, in denen die Betriebsräte ausreichend informiert werden.

Ein gewichtiger Faktor dabei ist jedoch der jeweilige nationale Kontext: Extensivere Formen der Mitbestimmung gibt es in jenen Ländern, in denen es zentrale Institutionen zur Regelung beschäftigungspolitischer Agenden gibt. In Ländern, in denen dies auf Unternehmensebene geregelt wird, kann Mitbestimmung weniger gelebt werden.

Diese Befunde wurden 2019 von einer großen Studie der OECD „Negotiating our way up" eindrücklich bestärkt. Darin zeigt die OECD evidenzbasiert die zentrale Bedeutung von Tarifpartnerschaft und Mitbestimmung/Mitwirkung.

Ausschlaggebend für die Performanz von Arbeitsmärkten und für die Teilhabe der Beschäftigten ist die Lohnkoordinierung. Zudem beeinflussen Sozialpartnerschaft und Mitbestimmung die Beschäftigungsqualität entscheidend. Auf Basis dieser Ergebnisse lautet eine Politikempfehlung der OECD (!), Sozialpartnerschaft und Mitbestimmung zu stärken.

Führungskräfte in Österreich stellen der Mitbestimmung ein durchwegs positives Zeugnis aus. Dies zeigen die Österreich-spezifischen Auswertungen des ECS 2013 (*Forba* 2017).

Laut Einschätzung einer überwiegenden Mehrzahl der befragten Führungskräfte kann dem Betriebsrat vertraut werden, seine Einbindung führt zu mehr Engagement der Arbeitnehmer:innen und er hilft, die Arbeitsleistung zu verbessern. Nur wenige Führungskräfte vertreten die Meinung, die Einbindung des Betriebsrats würde zu Verzögerungen führen.

Ähnlich die Befunde aus dem ECS 2019 (*Forba* 2022): Auch hier zeigen sich eine überwiegend positive Bewertung der Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat durch die befragten Führungskräfte sowie ein hohes Vertrauen in den Betriebsrat.

Die Ergebnisse zeigen zudem deutlich, dass informelle Mitwirkung der Belegschaft und betriebliche Mitbestimmung nicht in Konkurrenz zueinander stehen, sondern sich ergänzen: Wo es einen Betriebsrat gibt, funktioniert auch die direkte Einbindung der Arbeitnehmer:innen besser. Die Daten belegen weitere Vorteile eines Betriebsrates: In Betrieben/Unternehmen mit Betriebsrat machen Arbeitnehmer:innen häufiger berufliche Aus- und Weiterbildungen und erhalten häufiger Bonuszahlungen. Zudem werden neue Produktionsprozesse in Betrieben mit Betriebsrat häufiger umgesetzt.

2.6 Mehr Demokratie bei der Arbeit – Zusammenhalt verbessern

Corona hat diese Ungleichheiten deutlich sichtbar gemacht, die sozialen und wirtschaftlichen Verwerfungen sind noch bei Weitem nicht überwunden, Reichtum wird immer ungleicher verteilt.

In dieser Situation zeigt sich einmal mehr, wie unverzichtbar der Sozialstaat ist, um Wirtschaft und Gesellschaft zu stabilisieren. So konnte mit dem insgesamt hohen Sozialstaats-Niveau und bewährten Instrumenten wie der Kurzarbeit die Mittelschicht stabilisiert und verhindert werden, dass die Corona-Krise auch zu einer enormen Armutskrise wurde. So gilt es, den Sozialstaat zu stärken und nachhaltig abzusichern

Soziale Sicherheit ist auch das Fundament der Demokratie. Aber die Demokratie ist in Gefahr: Einerseits weil viele Menschen mangels österreichischer Staatsbürgerschaft vom Wahlrecht abseits der Arbeiterkammer ausgeschlossen sind. Andererseits weil sich Menschen vom demokratischen System abwenden: Denn insbesondere Arbeitslosigkeit, geringer Bildungsabschluss, geringes Einkommen und geringes Berufsprestige wirken sich stark negativ auf die Wahlbeteiligung aus.

Insgesamt untergräbt Ungleichheit die Demokratie. Die sozialen Unterschiede beim Wahlverhalten schreiben sich in den politischen Entscheidungen fort, weil Bessergestellte mehr Aufmerksamkeit von Politik und Medien bekommen. Vermögenden stehen noch weitere Kanäle zu Verfügung – von der Einflussnahme durch Lobbying und Parteispenden bis zum direkteren Zugang in die Redaktionen der (Massen-)Medien. Sie unterstützen meist eine Wirtschaftspolitik, die ihren eigenen Interessen dient – und nicht den Interessen der Vielen. Dazu kommt, dass sie vielfach Unternehmen besitzen und dort unmittelbar Macht ausüben können.

Eine gerechtere Verteilung, eine neue Finanzierungsstruktur und ein Ausbau des Sozialstaates sind unerlässlich, um die kommenden Herausforderungen zu bewältigen. Nur so können die Destabilisierung der Demokratie und der Auftrieb antidemokratischer Kräfte verhindert werden. Nur ein finanziell abgesicherter sowie

ausgebauter Sozialstaat bietet die Sicherheit und nimmt die Angst davor, in unsicheren Zeiten in Armut abzurutschen.

Hier gilt es, auch den gesellschaftlichen Zusammenhalt durch Teilhabe und positive demokratische Alltagserfahrungen zu fördern und insgesamt auch Mitbestimmung auf der betrieblichen Ebene zu stärken und zu schützen.

Betriebsratsmitglieder setzen sich Tag für Tag für ihre Kolleg:innen, für ihr Unternehmen und für den sozialen Zusammenhalt in Österreich ein. Ihr persönlicher Einsatz ist von unschätzbarem Wert für das Gelingen von guter Arbeit und mehr Demokratie im Betrieb. Die Betriebsratstätigkeit ist ein Ehrenamt – sie fordert viel von denen, die es ausüben. In der Corona-Krise hat sich verstärkt gezeigt, dass Unternehmen mit gut ausgebauter Mitbestimmung, mit tragfähiger Sozialpartnerschaft und Konfliktlösungskompetenz auf Augenhöhe sich den dramatischen Entwicklungen besser stellen konnten und sie haben es gemeinsam besser geschafft, die weitreichenden Veränderungsprozesse zu meistern. Was durch die Sozialwissenschaft in Österreich (so etwa die Österreich-Auswertung des European Company Survey oder die rezenten Ergebnisse des Strukturwandelbarometers) und international (so zB *Dublin Foundation* 2015; *OECD*, Negotiating Our Way Up 2019) belegt ist, haben viele Beschäftigte, Betriebsratsmitglieder und Manager:innen im letzten Jahr so deutlich wie kaum zuvor erlebt. Mitbestimmung, „worker's voice", hat eine Schlüsselrolle für die positive Entwicklung nicht nur von Arbeitsmärkten generell, sondern für jeden einzelnen Teil des Arbeitsmarktes.

3. Demokratie im Betrieb ermöglichen und schützen

Nur gut ausgebaute Mitsprache- bzw Mitwirkungsrechte des Betriebsrates garantieren eine ausreichende Berücksichtigung und Wahrung der Interessen der Belegschaft. In Betrieben ohne Betriebsrat werden arbeitsrechtliche Bestimmungen viel häufiger missachtet.

3.1 Besserer Kündigungsschutz

Menschen, die sich solidarisch für die berechtigten Anliegen ihrer Kolleg:innen im Betrieb engagieren wollen, sind mitunter großen Unsicherheiten und drohendem Arbeitsplatzverlust ausgesetzt. Die Gründung eines Betriebsrats ist für die Proponenten oftmals mit großen Hürden verbunden. Manche Arbeitgeber:innen bringen offen zum Ausdruck, dass sie keinen Betriebsrat wollen oder setzen gezielt Maßnahmen, um eine Betriebsratswahl zu verhindern und schrecken dabei selbst vor Kündigungen nicht zurück. Unternehmen, die einen Betriebsrat haben, schätzen jedoch die Wirkung der Mitbestimmung, dies zeigen mehrere Studien. Paradoxerweise gibt es dennoch auch 100 Jahre nach Inkrafttreten des Betriebsrätegesetzes noch immer Repressalien gegen Arbeitnehmer:innen bei Neugründungen von Betriebsräten. Es ist zu befürchten, dass sich mögliche Interessent:innen dadurch

abschrecken lassen, einen Betriebsrat zu gründen. Erforderlich ist es daher selbst kleine Lücken oder Schwachstellen beim Kündigungsschutz iZm der Gründung eines Betriebsrats für diese „Pioniere und Pionierinnen der Demokratie im Betrieb" zu schließen.

Daher sind Anpassungen sind nötig, wenn es um die Vorbereitung und Durchführung der Betriebsratswahl geht. Der derzeit bestehende, viel zu schwache Motivkündigungsschutz reicht gegen die nahezu ungehinderte Möglichkeit von Repressalien, Schikanen und Drohungen seitens der Betriebsinhaber:innen nicht aus. Es gibt nach wie vor Lücken im Zusammenhang mit den Kündigungsschutzvorschriften von (potenziellen) Wahlwerber:innen. So wird zeitlich gesehen nach wie vor zwischen Phasen des besonderen Kündigungsschutzes von Wahlwerber:innen einerseits und Kündigungsanfechtungsmöglichkeiten von Wahlwerber:innen andererseits differenziert. Der Unterschied liegt im Detail: Beim besonderen Kündigungsschutz kann ein Arbeitsverhältnis ohne Zustimmung durch ein Arbeits- und Sozialgericht überhaupt nicht rechtswirksam gekündigt werden. Bei den Anfechtungsmöglichkeiten hingegen ist ein Arbeitsverhältnis zunächst aufgrund einer Arbeitgeber:innen-Kündigung (schwebend unwirksam) beendet. Und die Anfechtungsklage richtet sich gegen diese Beendigung. Vor allem bei mutwilligen Beendigungen von Arbeitsverhältnissen während oder in Planungsphasen einer Betriebsratswahl ist diese Unterscheidung bedeutend.

Eine wesentliche Lücke ist, dass der „Motivkündigungsschutz" des § 105 Abs 3 lit c bis lit e ArbVG zu kurz greift. Demnach kann man Kündigungen anfechten, die „*wegen der Einberufung einer Betriebsversammlung*" bzw „*wegen der Tätigkeit im Wahlvorstand, als Wahlkommissionsmitglied oder als Wahlzeuge*" und schließlich „*wegen der Bewerbung um Mitgliedschaft zum Betriebsrat*" ausgesprochen werden. Dieses Anfechtungsmodell trägt einige Nachteile in sich. Bei dem/der Arbeitnehmer:in liegt die undankbare Klägerrolle und somit das Beweisrisiko und er/sie muss das Engagement für eine BR-Wahl als Kündigungs- oder Entlassungsmotiv glaubhaft machen. Der/Die Arbeitgeber:in hingegen kann jede noch so kleine Umstrukturierung (Organisationsänderung), Rationalisierung, „Verfehlung" oder Ungenauigkeit des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin vorbringen, um das Gericht über die wahren Motive der Kündigung zu täuschen und muss diese nicht beweisen, sondern nur glaubhaft machen. Zudem kommen als Zeuge oder Zeugin, die zu Gunsten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin aussagen könnten, meist nur Kolleg:innen aus der Belegschaft in Frage, die sich in einer Drucksituation befinden und daher in ihrer unbefangenen Aussage bei Gericht behindert sind.

Ist jemand bereits Kandidat:in auf einem Wahlvorschlag (ab Bestellung des Wahlvorstands) oder ist er/sie in den Betriebsrat gewählt, dann greift der wesentlich bessere Kündigungs- und Entlassungsschutz der §§ 120-122 ArbVG: Hier ist die Parteienrolle umgekehrt, der/die Betriebsinhaber:in muss klagen, wenn er/sie handfeste und gravierende Kündigungs- oder Entlassungsgründe des Betriebsratsmitglieds –

diese sind in den §§ 121 und 122 ArbVG abschließend aufgezählt – nachweisen kann und muss diese beweisen.

Beispiele aus der Praxis von Betrieben der Luftfahrt, privaten Medienunternehmen oder auch Handelsbetrieben zeigen, dass ein starker Kündigungs- und Entlassungsschutz bereits ab dem Moment dringend erforderlich ist, in dem die ersten Schritte in Richtung Betriebsratswahl gesetzt werden. Um der Absicht des Gesetzgebers (§ 40 Abs 1 ArbVG: In jedem Betrieb, in dem mindestens fünf ArbeitnehmerInnen beschäftigt sind, sind Betriebsräte zu wählen!) Durchsetzbarkeit und Geltung zu verschaffen, bedarf es des starken und beweistechnisch gerechteren Schutzes nach den §§ 120 ff ArbVG.

3.2 Schluss mit der Be-/Verhinderung von Betriebsratswahlen

Das Arbeitsverfassungsgesetz stellt die Existenz bzw die Bildung von Betriebsräten auf eine Stufe ausgesprochen hoher Wichtigkeit bzw Priorität. So ist in § 40 ArbVG ausdrücklich normiert, dass in jedem Betrieb, in dem dauernd mindestens 5 stimmberechtigte Arbeitnehmer:innen beschäftigt werden, Betriebsräte zu bilden sind, womit es sich hierbei eindeutig um keine „kann"-Bestimmung, sondern um einen Auftrag, eine Verpflichtung handelt.

Die Erschwerung der Errichtung von Betriebsräten, wie sie immer häufiger festgestellt werden können, stellt daher einen massiven Eingriff in die Rechte der Arbeitnehmer:innenschaft dar.

Seit jeher geht die deutsche Rechtslage in dieser Hinsicht einige Schritte weiter. Mit Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr ist in Deutschland zu bestrafen, wer eine Wahl des Betriebsrats behindert oder dessen Tätigkeit durch Androhung von Nachteilen bzw die Gewährung von Vorteilen beeinflusst. Praktischer Stolperstein: Die Strafverfolgung erfolgt derzeit nur auf Antrag der Betroffenen.

Der Koalitionsvertrag der deutschen Regierung aus 2021 mit dem Titel „Mehr Fortschritt wagen" enthält zum Thema Mitbestimmung das Vorhaben, die Behinderung der demokratischen Mitbestimmung künftig als Offizialdelikt einzustufen. Allfällige Boykotthandlungen bzw die Behinderung der Betriebsratsarbeit als solche sollen daher künftig von Amts wegen, ganz ohne Anzeige, verfolgt werden können. Geplant sind also wirksame Maßnahmen gegen Arbeitgeber:innen, die die Wahl eines Betriebsrates nach dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz verhindern bzw behindern.

Aber eben nicht nur in Deutschland, sondern auch in Österreich werden die gesetzlich vorgesehenen und vorgeschriebenen Wahlen zum Betriebsrat immer wieder durch unbegründete Entlassungen oder andere unlautere Methoden verhindert. Gegen derartige gesetzwidrige und arbeitnehmer:innen- und demokratiefeindliche Vorgehensweisen gibt es derzeit keine wirksamen Rechtsbehelfe. Zwar kennt das österreichische Strafgesetzbuch einen eigenen Abschnitt mit der Bezeichnung „Straf-

bare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen" und § 262 StGB stellt die Behinderung von Wahlen explizit unter Strafe (Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr bzw Geldstrafe von bis zu 720 Tagessätzen), diese Bestimmungen sind jedoch nicht auf die Wahlen von Betriebsräten nach dem Arbeitsverfassungsgesetz anwendbar. Während also Wahlen zum Nationalrat, Gemeinderatswahlen oder Wahlen der Arbeiterkammern oder der Wirtschaftskammern geschützt sind, trifft dies auf Wahlen zum Betriebsrat nicht zu.

3.3 „Betriebsrat möchten wir hier nicht"

Man könnte meinen, es seien Einzelfälle, wenn sich alle paar Monate Augen und Ohren der medialen Berichterstattung auf das nächste (in der Regel namhafte) Unternehmen richten, in dem zum Teil niederschwellig, zum Teil aber mit durchaus aktiven Boykotthandlungen eine Wahl von Betriebsratsgremien durch die Geschäftsführung behindert oder gar verhindert werden soll. So war es zuletzt eine Betriebsratswahl im burgenländischen Zentrallager eines bekannten Möbelhändlers, die durch die Kündigung eines Mitarbeiters und die Verunmöglichung der Abhaltung einer Betriebsversammlung unterbunden werden sollte.

Doch Einzelfälle sind dies natürlich keine. Während einige Unternehmen schon im Zuge der Einstellung neuer Mitarbeiter:innen bereits subtil darauf hinweisen, dass man in der Firma „einen Betriebsrat nicht möchte", sind es in der Regel Versetzungen oder die Angst vor dem Arbeitsplatzverlust, die Beschäftigte entmutigen, sich für kollektive Belegschaftsinteressen einzusetzen. In einem Land mit einem besonders liberalen Kündigungsrecht, ein durchaus probates Druckmittel.

In den allermeisten Fällen bleibt das Verhindern einer Betriebsratsgründung derzeit folgenlos. Strafbar wären Handlungen iZm Betriebsratswahlen nur dann, wenn es sich um eine Nötigung gemäß § 105 StGB handelt. Dafür müsste aber entweder Gewalt oder zumindest eine gefährliche Drohung gegen Personen, die eine Wahl zum Betriebsrat initiieren, vorliegen. Praktische Relevanz: derzeit keine.

Erforderlich wäre eine gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 119 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes, welche zudem – wie im oben erwähnten Koalitionsvertrag geplant – als Offizialdelikt ausgestaltet ist. Eine Straftat liegt demnach nämlich dann vor, wenn eine Betriebsratswahl behindert wird oder wenn diese durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflusst wird.

Gleichzeitig muss, wie oben schon ausgeführt, eine solche Regelung um einen umfassenden Kündigungsschutz für jene Arbeitnehmer:innen ergänzt werden, die einen Betriebsrat gründen wollen. Kündigungen, die in diesem Zusammenhang ausgesprochen werden, wären mangels Zustimmung des Arbeits- und Sozialgerichts demnach unwirksam. Nur dann könnten Handlungen von Arbeitgeber:innen, die darauf abzielen, Betriebsratswahlen zu behindern oder zu beeinflussen, tatsächlich wirksam unterbunden werden.

4. Den gesellschaftlichen Zusammenhalt durch Teilhabe fördern

4.1 Mitbestimmungsstudie – Diversität ist gefragt

Die aktuelle Studie zur betrieblichen Mitbestimmung zeigt, die Beschäftigten in Österreich bewerten die Mitbestimmung positiv und haben ein positives Bild von „ihren" Betriebsräten.

Die Studienergebnisse auch zeigen, dass sich von diversen, bunten Betriebsratsgremien alle Beschäftigten besser vertreten fühlen, und nicht nur die jeweiligen Gruppen, sprich: Wenn Frauen im Betriebsrat vertreten sind, fühlen sich Frauen besser vertreten – und Männer auch. Wenn Migrant:innen im Betriebsrat vertreten sind, fühlen sich Migrant:innen besser vertreten – und Personen ohne Migrationshintergrund auch. Wenn Junge im Betriebsrat vertreten sind, fühlen sich jüngere Arbeitnehmer:innen besser vertreten – und ältere Arbeitnehmer:innen auch.

Einige Beschäftigtengruppen sind im Betriebsrat aber unterrepräsentiert. Dies gilt insbesondere für Frauen, Personen mit Migrationshintergrund und jüngere Beschäftigte.

Frauen haben nach wie vor mit erheblichen Barrieren zu kämpfen: vermehrte Teilzeitarbeit, Erziehungs- und Sorge-Arbeit, gläserne Decke bei Aufstiegsmöglichkeiten, Gehalts- und Pensionsunterschiede. Diese Diskriminierungsstrukturen machen auch vor der Mitbestimmung nicht halt. Zudem wirken traditionelle Rollenmuster und Prägungen: Frauen – ähnlich wie auch Migrant:innen – trauen sich eine Betriebsratsfunktion erst mit einem deutlich höheren formalen Bildungsgrad überhaupt erst zu. Aber auch die konkreten Rahmenbedingungen der Mitbestimmung sind für Frauen oft ein Hindernis, Stichworte: hohe Teilzeitquoten, deutlich kürzere Dauer der Betriebszugehörigkeit, Doppel- und Mehrfachbelastungen. Hier gilt es auch mit strukturellen Maßnahmen im ArbVG gegenzusteuern wie etwa erzwingbaren Frauenförderplänen und Antidiskriminierungsmaßnahmen, einem Recht auf Arbeitszeitaufstockung für Teilzeitkräfte, die ein Betriebsratsmandat ausüben oder der Möglichkeit der Teilung der Freistellung zwischen Betriebsratsmitgliedern.

4.2 Jugend verdient Respekt

Junge Menschen bangen um die gesellschaftliche Anerkennung ihrer Anliegen und die gebührende Einbindung in demokratische Prozesse. Durch demographische Entwicklungen entsteht ein altersmäßiges Ungleichgewicht in der Bevölkerung, daher ist das politische System mitunter anfällig, nachteilige Weichenstellungen für die heute Jüngeren zu treffen. Ungleichheit und Ausgrenzungserfahrungen der Jungen führen zu politischer Ohnmacht. Junge Menschen wenden sich von der Demokratie ab. Die Jugendstudie „Generation Corona …!?" zeigt, dass 74 Prozent der 16- bis 25-Jährigen sich von der Politik nicht gehört fühlen, unter den Lehrlingen fühlen

sich 79 Prozent von der Politik ignoriert. Die Entfremdung zwischen Menschen und ihren politischen Institutionen beschränkt sich nicht auf Junge. Jedoch empfinden junge Personen eine größere Distanz, beteiligen sich seltener an demokratischen Prozessen und das wiederum prägt sie nachhaltig in ihrer Persönlichkeitsentwicklung.

Negative Ausgrenzungserfahrungen können sehr früh und im Kleinen beginnen, beispielsweise bei Schüler:innen in abgegrenzten Deutschförderklassen. Sie zeigen sich ebenso entlang lebenslanger sozialer und ökonomischer Benachteiligung. Personen, deren Verdienst im obersten Drittel rangiert, nehmen häufiger an Wahlen teil als Menschen, die von Arbeitslosigkeit betroffen sind, geringe Bildungsabschlüsse haben oder Zugehörigkeit zu einem Beruf mit geringem Prestige aufweisen. Dadurch ist das finanziell schwächste Drittel in der repräsentativen Demokratie weniger stark vertreten. Der Demokratiemonitor (2021) zeigt, dass junge Menschen ein immer geringer werdendes Vertrauen in Demokratie und die österreichische Politik haben.

Vor diesem Hintergrund nimmt das Vertrauen von jungen Menschen in die Demokratie und politische und sozialstaatliche Institutionen kontinuierlich ab. Junge Menschen verlieren das Vertrauen, weil Zukunftsfragen nicht ausreichend und nicht mit ihnen gemeinsam verhandelt werden.

Um uns den Herausforderungen der nächsten Jahrzehnte gemeinsam zu stellen, sind dringend bessere Teilhabestrategien notwendig. Junge Menschen haben sich die Unterstützung von der Politik und Gesellschaft und echte Mitgestaltungsmöglichkeiten verdient. Das fängt bei den besten Bildungs- und Ausbildungschancen an und führt zu umfassenden demokratischen Mitgestaltungs- und Beteiligungsmöglichkeiten. Teilhabe von jungen Menschen muss verstärkt ermöglicht werden, Demokratie muss für sie erlebbar und spürbar gemacht werden. Denn es ist ihre Zukunft, die hier zur Diskussion steht und sie sind es, die ihre eigene Zukunft gestalten sollen!

Soziale Teilhabe muss durch Anerkennung und Respekt gefördert werden. Positive demokratische Alltagserfahrungen, aber auch wertschätzende, inklusive Behandlung durch staatliche Institutionen erhöhen die Chance, sich an politischen Prozessen zu beteiligen. In Schule und Universitäten, Lehrbetrieben und der Arbeitswelt sowie in sozialstaatlichen Einrichtungen müssen Mitgestaltungs- und Beteiligungsmöglichkeiten für junge Menschen geschaffen und ausgebaut werden.

Ein klares Bekenntnis zum Wert der Mitbestimmung als Teil der Demokratie in Österreich beinhaltet auch die Beteiligung der Jugendlichen auf Augenhöhe und die Beibehaltung der Jugendvertrauensräte.

Das gesetzliche Mindestalter bei Betriebsratswahlen sollte ebenfalls entfallen, um die demokratische Mitbestimmung aller jungen Beschäftigten zu stärken.

Zudem braucht es eine fächerübergreifende und projektorientierte Wirtschaftsbildung. Den jeweiligen Schulstandorten sind die notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen, damit Lehrkräfte mit den entsprechenden Kompetenzen, die übergreifen-

den Themen Wirtschafts-, Finanz- und Verbraucher:innenbildung, Berufsorientierung und Umweltbildung, fächerübergreifend unterrichten können. Der Fokus sollte dabei auf betriebliche Mitbestimmung und die demokratischen Institutionen der Sozialpartnerschaft gelegt werden.

4.3 Faires Recht auf die Staatsbürgerschaft durch Sonderregel für im Inland geborene Kinder

Für Teile der Bevölkerung ist demokratische Teilhabe trotz Arbeitsmarktintegration keine Selbstverständlichkeit. Häufig fehlt sogar die Möglichkeit an Wahlen teilzunehmen. Junge Menschen, die in Österreich geboren wurden und trotzdem kein Wahlrecht besitzen, sind schon früh mit dem Gefühl konfrontiert, nicht dazuzugehören und von der Mitbestimmung ausgeschlossen zu sein. Sie werden früh geprägt, sie lernen, dass Wahlen nichts für sie sind und drohen sich von der Demokratie und dem politischen System insgesamt abzuwenden.

Integration endet nicht mit der Erteilung der Staatsbürgerschaft, ganz im Gegenteil. Studien machen deutlich, dass rascherer und leichterer Zugang zur Staatsbürgerschaft wie ein – gesamtgesellschaftlicher – Integrationsmotor wirkt. Sie bietet die Möglichkeit einer effektiven Teilhabe und führt zum Schutz von Diskriminierungen auf dem Arbeitsmarkt, bei der Wohnungssuche und in vielen weiteren gesellschaftlichen Bereichen. Sie führt auch zu einer besseren Repräsentanz der Anliegen etwa zugewanderter Arbeiter:innen im gesamten politischen Prozess. Eine Reform des heimischen Staatsbürgerschaftsrechts ist daher notwendig.

Eine faire Beteiligung junger Menschen bei den Entscheidungen, die sie in der Zukunft betreffen inkludiert auch ein faires Recht auf die Staatsbürgerschaft. Im Inland geborene Kinder sollen die Staatsbürgerschaft nach 5 Jahren erhalten können, wenn sich zumindest ein Elternteil rechtmäßig im Inland aufhält. Das Merkmal der Geburt im Inland soll auch dadurch ersetzt werden können, dass Kinder die Hälfte ihrer Schulpflicht in Österreich absolviert haben.

4.4 Stärkung der betrieblichen Mitbestimmung – Menschen mit Behinderung

Eine langjährige Forderung seitens der Arbeitnehmer:inneninteressenvertretung, nämlich die Stärkung der Rechtsstellung der Behindertenvertrauensperson (BVP), erfolgte mit der Novellierung des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) durch das BGBl I 2010/111. Dies betraf insbesondere die Anhebung der Anzahl der Stellvertreter:innen (StV) auf max drei Personen und es erlangten diese dieselbe Rechtsstellung wie die BVP selbst (dh wie BR-Mitglieder), die Einberufung einer (Teil)Versammlung der begünstigten behinderten Arbeitnehmer:innen durch die BVP wurde verankert.

In den Betrieben wird zudem der Möglichkeit, eine BVP und StV zu wählen, oft zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Bei einer BR-Wahl soll diese Möglichkeit immer mitbedacht werden (siehe dazu auch ÖGB Programm 2023–2028, 147 „*Einen Mehrwert für die Belegschaft, aber auch für die Wirtschaft stellt Diversität bzw. Vielfalt dar. Um diesen Mehrwert effizient zu nutzen, bedarf es innerbetrieblich einer verstärkten Abbildung hinsichtlich der Vielfalt in der Belegschaft. Beispielhaft soll daher einerseits vermehrt ein Augenmerk auf die Möglichkeit einer Wahl einer Behindertenvertrauensperson gelegt werden und andererseits bei Bestehen einer Behindertenvertrauensperson die Einbindung in die Arbeit des Betriebsrates verstärkt werden*.").

Nicht zuletzt sollen auch hier Maßnahmen zur Verwirklichung der Gleichstellung in den Betrieben als erzwingbarer Betriebsvereinbarungstatbestand normiert werden, um der Gleichstellung von Arbeitnehmer:innen mit Behinderung eine größere Durchsetzungskraft zu verleihen.

4.5 Mehrwert für die Demokratie

Worum geht es auch bei Betriebsratswahlen? Es geht darum, Beschäftigten echte (Mit-)Entscheidungsgewalt an jenem Ort zukommen zu lassen, an denen sie einen Großteil ihres Lebens verbringen. Ja, das ist nicht immer einfach, sind die Interessen der Beschäftigten und die des Unternehmens doch nicht selten diametral entgegengesetzt.

Doch wer Mitbestimmung und betriebliche Demokratie erlebt, wer über wesentliche Aspekte des eigenen Arbeitslebens mitentscheiden und die soziale Gestaltung der betrieblichen Umbrüche mittragen kann und wer das Gefühl bekommt, am eigenen Schicksal etwas ändern zu können, der hat auch ein positives Verhältnis zur gesellschaftlichen Demokratie allgemein.

Ein effizienter Schutz vor der Behinderung von Betriebsarbeitsarbeit dient daher nicht nur der demokratischen Kultur eines einzelnen Unternehmens. Er dient der Glaubwürdigkeit der Demokratie als Ganzes.

5. Mitbestimmung erlebt

5.1 … ist den Beschäftigten wichtig

Die Beschäftigten in Österreich bewerten die Mitbestimmung positiv und haben ein positives Bild von „ihren" Betriebsräten. Eine eigene Kandidatur kann sich jede:r vierte Befragte vorstellen, am häufigsten scheitert sie jedoch an der zeitlichen Überlastung.

Die Beschäftigten in Österreich messen der betrieblichen Mitbestimmung grundsätzlich eine hohe Bedeutung bei. 84 Prozent von ihnen meinen, dass die Mitbestimmung sehr bzw eher schon wichtig sei. Nur rund jede:r Zehnte meint, sie sei eher nicht (9 Prozent) oder gar nicht (4 Prozent) wichtig.

Die Bedeutung der Mitbestimmung ist bei jenen Arbeitnehmer:innen, die in einem Betrieb mit Betriebsrat arbeiten – also bei jenen, die ihre Einschätzung auf konkrete Mitbestimmungserfahrungen stützen könnten – noch deutlich stärker ausgeprägt: 57 Prozent von ihnen halten sie für sehr wichtig, weitere 35 Prozent für eher wichtig.

Die Zustimmung zu Mitbestimmung steigt zudem auch mit der Größe der Betriebe/Unternehmen.

Auch dort, wo es (große) Probleme im Betrieb/Unternehmen gibt, messen die Beschäftigten der Mitbestimmung eine höhere Bedeutung bei. Auch dies dürfte auf die konkrete Erfahrung zurückzuführen sein, dass die Einhaltung bzw Durchsetzung von Rechten kollektiv erfolgreicher ist als individuell. Dies korrespondiert mit einem weiteren Befund aus der Studie: Der Wunsch nach einem Betriebsrat ist bei jenen Beschäftigten, die keinen Betriebsrat haben, umso größer, je mehr Probleme es im Betrieb/Unternehmen gibt. Und: Das wichtigste Argument für einen Betriebsrat ist für die Beschäftigten, dass dieser gegenüber der Geschäftsführung mehr durchsetzen kann als einzelne Arbeitnehmer:innen.

5.2 Vertretungsdichte

2022 gaben insgesamt 54 Prozent der Befragten an, einen Betriebsrat in ihrem Betrieb zu haben. 42 Prozent verneinten die Frage, weitere 4 Prozent wussten es nicht.

Allerdings sind die Chancen, einen Betriebsrat im Betrieb zu haben, ungleich verteilt. Deutlich seltener von einem Betriebsrat vertreten werden ua

- Frauen (51 Prozent; Männer im Vergleich dazu 56 Prozent)
- Personen mit Migrationshintergrund (47 Prozent)
- Teilzeitbeschäftigte (46 Prozent)

Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat wünschen sich fast zur Hälfte einen Betriebsrat. Umso mehr Probleme es im Betrieb gibt, umso stärker ist dieser Wunsch.

5.3 (Unter-)Repräsentanz im Betriebsrat

Einige Beschäftigtengruppen sind im Betriebsrat deutlich unterrepräsentiert. Dies gilt insbesondere für Frauen, Personen mit Migrationshintergrund und jüngere Beschäftigte.

Wie die Studienergebnisse zeigen, sind nur 34 Prozent der Betriebsratsmitglieder weiblich (im Vergleich zur Mitbestimmungsstudie 2012 ist dies nur ein leichter Anstieg um 4 Prozentpunkte). Dies verschärft sich noch im Hinblick auf die Betriebsratsfunktionen: So sind gar nur 29 Prozent der BR-Vorsitzenden weiblich.

Ähnliches gilt für Personen mit Migrationshintergrund. 14 Prozent der befragten Betriebsratsmitglieder geben an, Migrationshintergrund zu haben.

Im Hinblick auf jüngere Beschäftigte zeigen sich deutliche Unterschiede in der Altersstruktur der Betriebsratsmitglieder und der Beschäftigten insgesamt: So sind 50 Prozent der Betriebsratsmitglieder 50 Jahre und älter; was nur auf 27 Prozent der Beschäftigten zutrifft. Umgekehrt sind nur 4 Prozent der Betriebsratsmitglieder – aber 26 Prozent der Beschäftigten – jünger als 30 Jahre.

Diese Unterrepräsentanz stellt eine wesentliche Herausforderung für die Betriebsratsgremien für die Zukunft dar. Dies umso mehr, als die Studienergebnisse auch zeigen, dass sich von diversen, bunten Betriebsratsgremien, alle Beschäftigten besser vertreten fühlen, und nicht nur die jeweiligen Gruppen, wie bereits ausgeführt wurde.

5.4 Frauen und Betriebsrat

Frauen sind in der Mitbestimmung mehrfach unterrepräsentiert: Erstens haben weibliche Beschäftigte seltener einen BR; zweitens sind Frauen deutlich seltener als Männer Mitglied eines Betriebsrats; beides gilt auch für Personen mit Migrationshintergrund. Und drittens sind Frauen noch seltener Vorsitzende eines Betriebsratsgremiums.

Dies hat viele verschiedene Ursachen. Viele davon sind strukturell bedingt: Frauen haben nach wie vor mit erheblichen Barrieren zu kämpfen: vermehrte Teilzeitarbeit, Erziehungs- und Sorge-Arbeit, gläserne Decke bei Aufstiegsmöglichkeiten, Gehalts- und Pensionsunterschiede. Diese Diskriminierungsstrukturen machen auch vor der Mitbestimmung nicht halt, wie ebenfalls bereits ausgeführt. Zudem wirken traditionelle Rollenmuster und Prägungen: Frauen – ähnlich wie auch Migrant:innen – trauen sich eine Betriebsratsfunktion erst mit einem deutlich höheren formalen Bildungsgrad überhaupt erst zu. Aber auch die konkreten Rahmenbedingungen der Mitbestimmung sind für Frauen oft ein Hindernis, Stichworte: hohe Teilzeitquoten, deutlich kürzere Dauer der Betriebszugehörigkeit, Doppel- und Mehrfachbelastungen.

Eine besonders wichtige Aufgabe für Betriebsräte ist daher, auf Frauen offensiv zuzugehen, um sie für die Betriebsratsarbeit zu gewinnen, denn: Für zwei Drittel der befragten weiblichen Betriebsratsmitglieder war ein zentraler Grund für ihre Kandidatur, dass sie vom Betriebsrat gefragt worden sind.

6. Die persönliche Situation der Betriebsräte

6.1 Arbeitszeiten und Belastung der Betriebsratsmitglieder

Die Betriebsratsarbeit wird mehr (was die Quantität betrifft) und vielfältiger (was die Inhalte und Themenstellungen betrifft). Sie ist dadurch, im Vergleich zu 2012, aufwändiger geworden. Aufgrund der fortschreitenden Diversifizierung der Beschäftigten wie auch der Arbeitsformen, wird es für die Betriebsräte zudem schwieriger, mit den Beschäftigten in Kontakt zu treten und zu bleiben.

Die stärkste Motivation für ihre Arbeit beziehen die Betriebsratsmitglieder aus ihrer hohen Verbundenheit mit den Belegschaften und deren Anliegen.

Gibt es zudem Probleme im Betrieb, wirkt sich dies negativ auf die Mitbestimmung aus. Probleme im Betrieb erschweren sowohl die Kommunikation des Betriebsrates mit der Geschäftsführung als auch mit den Beschäftigten. Und sie belasten zudem auch die Zusammenarbeit im Betriebsratsgremium selbst.

Sehr viele Arbeitnehmer:innen arbeiten in Österreich mehr als vertraglich vereinbart. Dies gilt insbesondere für Betriebsratsmitglieder. So geben beispielsweise 36 Prozent der Beschäftigten an, mehr als 40 Stunden pro Woche zu arbeiten. Bei den Betriebsratsmitgliedern liegt der Anteil bei 45 Prozent.

Hinzu kommt, dass nur jedes vierte Betriebsratsmitglied seine Betriebsratstätigkeit zur Gänze in der Arbeitszeit ausüben kann. Gut jedes fünfte Betriebsratsmitglied muss dies überwiegend oder sogar zur Gänze in der Freizeit tun. Migrant:innen (im Vergleich mit Nicht-Migrant:innen) können die Betriebsratsarbeit seltener in der Arbeitszeit erledigen. Ähnliches gilt auch für Frauen. Auch sie müssen – im Vergleich mit Männern – die Betriebsratsarbeit häufiger in der Freizeit erledigen. Dies ist insbesondere schwierig, als sie weit überwiegend auch die unbezahlte Arbeit und Kinderbetreuung erledigen: 53 Prozent der befragten weiblichen Betriebsratsmitglieder mit Kind(ern) und Partner:in im Haushalt geben an, die Haushalts- und Kinderbetreuungsarbeit überwiegend selbst zu erledigen. Von den befragten männlichen Betriebsratsmitgliedern sagen das nur 2 Prozent.

6.2 Aktivitäten der Betriebsräte

Im Vergleich zu 2012 hat sich sowohl die inhaltliche Bandbreite als auch die Anzahl von Aktivitäten der Betriebsräte erhöht. An vorderster Stelle stehen dabei Aktivitäten im Zusammenhang mit Einstellungen/Kündigungen/Versetzungen; Arbeitszeitregelungen; Arbeitsbelastungen/Arbeitsintensität/Gesundheit; Lohn- und Gehaltsfragen; Arbeitnehmer:innenschutz und -sicherheit; Lösung von Konflikten; aber auch neuere Themen wie Datenschutz/Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen sowie Homeoffice.

7. Schlusswort

Um die Demokratie im Betrieb und die gesetzliche Grundlage im Arbeitsverfassungsgesetz beneiden uns viele andere Volkswirtschaften. Wir sollten dieses hohe Gut gemeinsam schützen und stärken.

Für die kommenden Jahre lauten die Herausforderungen:

Die Arbeitsbedingungen der Betriebsratsarbeit müssen verbessert werden, zB indem Teilzeitkräfte ihre Arbeitszeit aufstocken dürfen, wenn sie in den Betriebsrat

kommen oder durch die Erweiterung der Bildungsfreistellung – auch schon als Ersatzbetriebsratsmitglied:

Es soll einen generellen Motivkündigungsschutz für Personen, die im Betrieb für den Betriebsrat tätig werden. Zur Sicherstellung der betrieblichen Mitbestimmung soll auch für Personen, die im Betrieb für den Betriebsrat tätig werden, ein Motivkündigungsschutz gelten. Dies gilt insbesondere für Assistent:innen des Betriebsrats. Der Zeitraum des Kündigungsschutzes nach Ende des Mandats soll von drei auf sechs Monate verlängert werden. Der Zeitraum von drei Monaten ist nämlich unangemessen kurz und entspricht insofern auch nicht der Europäischen Sozialcharta. Institutionen des Europarates haben schon länger kritisiert, dass der Schutz österreichischer Betriebsräte nach Ablauf ihres Mandates nicht ausreichend ist. Das Benachteiligungsverbot und der Kündigungsschutz soll auch auf Ersatzmitglieder ausgedehnt werden.

Die Betriebsratswahl unterliegt besonderen Anforderungen. Sie soll alltagstauglich und auf moderne Betriebsverhältnisse angepasst werden. Die Behinderung von Betriebsratswahlen soll ein Offizialdelikt werden. Es muss einen wirksamen Schutz vor Benachteiligung oder Kündigung für alle, die eine Betriebsratswahl initiieren, vorbereiten oder unterstützen sowie jene Arbeitnehmer:innen, die für den Wahlvorstand kandidieren, schon im Vorfeld der Wahl geben. Die derzeit in § 105 Abs 3 Z 1 lit c–e Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) geregelten Tatbestände (Motivkündigungsschutz zB bei Bewerbung um eine Mitgliedschaft im Betriebsrat oder bei Tätigkeit als Mitglied im Wahlvorstand) sollen im besonderen Kündigungsschutz des § 120 ArbVG verankert werden. Der Kündigungs- und Entlassungsschutz sollte dabei ab dem Zeitpunkt gelten, ab dem das Interesse an der Betriebsratsgründung offenkundig wird. Bewerber:innen zum Wahlvorstand sollen ab dem Zeitpunkt besonders geschützt sein, ab dem das Interesse sich zum Wahlvorstand bestellen zu lassen offenkundig wird. Alle jugendlichen Arbeitnehmer:innen sollen den Betriebsrat mitwählen dürfen – ohne Veränderungen beim Jugendvertrauensrat.

Aktuelle Fälle von gescheiterten Unternehmen zeigen: Eine verbesserte Durchsetzbarkeit bei Verstößen gegen die Mitbestimmungsrechte der Belegschaft, insbesondere wirksame Sanktionen bei Verstößen gegen die Informations- und Konsultationspflichten (wie zB deutliche Erhöhung der Verwaltungsstrafen, Möglichkeit der Durchsetzung mit einstweiliger Verfügung) sind dringend volkswirtschaftlich und demokratiepolitisch geboten. Sie würden uns allen zugutekommen.

Mitbestimmung am Arbeitsplatz ermöglicht insbesondere auch die Beteiligung und Respekt für Jugendliche, durch positive demokratische Alltagserfahrungen in Bildungs- und Arbeitsstätten und übergeordneten Vertretungen, aber auch wertschätzende Behandlung durch staatliche Institutionen. Ich bin mir sicher, dass kohärente Politik und die Sozialpartnerschaft dieses wichtige Kapitel der Demokratie positiv weiterschreiben werden.

50 Jahre ArbVG – Die Sicht der Wirtschaft

Rolf Gleißner/Thomas Stegmüller

1. Der Wandel der Arbeitswelt in den letzten 50 Jahren 83
   1.1 Arbeitswelt in Zahlen 83
   1.2 Technologischer Wandel 84
   1.3 Internationalisierung 86
   1.4 Gesellschaftlicher Wandel 86
   1.5 Sonstige Trends 87
2. Einschätzungen zu ausgewählten Themen der Arbeitsverfassung aus Arbeitgebersicht 88
   2.1 Bewährtes im KollV-Recht 88
   2.2 Defizite im KollV-Recht 89
   2.3 Stärkung der betrieblichen Ebene 91
   2.4 Die Arbeitsverfassung während der Pandemie 92
   2.5 Arbeiter und Angestellte in der Arbeitsverfassung 93
   2.6 Zum (fehlenden) Arbeitskampfrecht 94
3. Zusammenfassung und Fazit 95

Am 1.7.1974, also vor gut 50 Jahren, trat das ArbVG in Kraft. Dem ging ein jahrelanges Ringen der Parteien, vor allem aber der Sozialpartner voraus. Trotz 60 Novellen ist das Gesetz in seinen Grundzügen unverändert. Arbeitswelt, Arbeitsmarkt und Gesellschaft haben sich seit damals allerdings gravierend geändert. Natürlich löst nicht jeder Trend einen Regelungsbedarf im Arbeits- und Sozialrecht aus, auf manche Änderungen muss es aber reagieren. Nach 50 Jahren stellt sich die Frage, ob das ArbVG den aktuellen Herausforderungen noch gerecht wird.

1. Der Wandel der Arbeitswelt in den letzten 50 Jahren

1.1 Arbeitswelt in Zahlen

Auf den ersten Blick ist in der Arbeitswelt und am Arbeitsmarkt kein Stein auf dem anderen geblieben: Waren 1974 knapp 2,5 Mio Menschen unselbständig beschäftigt, davon 1,6 Mio Männer und 0,9 Mio Frauen, so waren es im November 2023 3,95 Mio, davon 2,12 Mio Männer und 1,83 Mio Frauen. Somit haben die Frauen die Männer in der Erwerbsquote fast eingeholt.[1]

- 1974 gab es faktisch keine Teilzeit, 2023 arbeitet jede:r dritte Beschäftigte Teilzeit, jede zweite Frau.

[1] Hauptverband/Dachverband der Sozialversicherungsträger.

- 1974 waren fast gleich viele Arbeiter wie Angestellte und öffentlich Bedienstete beschäftigt, 2023 gab es schon fast dreimal soviele Angestellte und öffentlich Bedienstete wie Arbeiter.
- Der Anteil der Dienstleistungen an der Gesamtbeschäftigung stieg von 45 auf 70 Prozent.

Andere Werte sind hingegen erstaunlich stabil geblieben:

- In den 70er-Jahren lag die Arbeitslosigkeit bei 2 Prozent, stieg bis 1991 auf 5,9 Prozent, wo sie auch heute – 32 Jahre danach – wieder liegt.[2] Inzwischen wird wie in den 70er-Jahren ein Arbeitskräftemangel verzeichnet, vorübergehend gedämpft durch die Rezession 2023/24.
- Auch die Lohnquote, also der Anteil der AN am Gesamteinkommen, liegt heute wie Anfang der 70er-Jahre bei 70 Prozent.[3]
- Heute wie damals werden Streiks (nur) in Stunden bemessen und fallen nicht ins Gewicht.[4] Während in Deutschland nur mehr jeder zweite AN von einem KollV mit Mindestlohn erfasst ist, sind es in Österreich nach wie vor 98 Prozent.[5]
- Entgegen vielen Kassandrarufen lässt sich eine „Prekarisierung" der Arbeitswelt statistisch nicht belegen. Stabil 39 Prozent der Personen im erwerbsfähigen Alter waren sowohl 2004 als auch 2022 vollzeitbeschäftigt. Der Anteil der Teilzeitbeschäftigten hat sich in dem Zeitraum fast verdoppelt, entsprechend rückläufig war der Anteil der Erwerbsfernen. Der Anteil der Selbständigen war stabil, der Anteil der freien DN marginal und rückläufig.[6]

Hinter diesen Zahlen stehen Trends, die die Arbeitswelt massiv beeinflusst haben.[7]

1.2 Technologischer Wandel

Der technologische Wandel durchdringt alle Branchen und Berufe und hat vor allem Bürotätigkeit und Logistik revolutioniert. Dabei wirken Internet, Digitalisierung und KI meist nur allmählich und langfristig – nur die Pandemie hat die Masse der Büroangestellten buchstäblich über Nacht ins Homeoffice „getrieben". Durch den

[2] AMS.

[3] Statistik Austria, WIFO; Näheres in *WIFO*, Die langfristige Entwicklung der Einkommensverteilung in Österreich (2004).

[4] *ÖGB*, Österreichische Streikstatistik seit 1945, abrufbar unter: https://www.oegb.at/themen/arbeitsrecht/kollektivvertrag/streiken-erlaubt- (abgerufen am 16.1.2024).

[5] Tarifbindung in den Bundesländern: Analysen zur Tarifpolitik Nr. 96, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut.

[6] *Statistik Austria*, Mikrozensus-Arbeitskräfteerhebung.

[7] Vgl *Gleißner*, Das Arbeits- und Sozialrecht: Ergebnis gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Trends?, in FS Walter J. Pfeil (2022) 385 f.

technologischen Wandel sind neue Formen der Beschäftigung wie Plattformarbeit entstanden, die aber insgesamt nicht ins Gewicht fallen.

Natürlich rief der technologische Wandel Regelungsbedarf auch im ArbVG hervor – etwa bei der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einsatz von IT im Betrieb und beim Schutz von Mitarbeiterdaten. Diese geht sehr weit: Die BV-Tatbestände zur Einführung von Kontrollmaßnahmen (§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG) und von Systemen zur Personaldatenermittlung (§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG) werden extrem weit interpretiert. So gelten Systeme auch dann als mitbestimmungspflichtig, wenn sie faktisch gar nicht genutzt werden.[8] Daher lösen auch die Trends zur Digitalisierung und KI keinen Handlungsbedarf im ArbVG aus.

Meist geht es aber auch bei technologiebedingten Änderungen der Arbeitswelt um konventionelle Rechtsfragen, die die Arbeitsrechtsordnung schon lange beantwortet – die zentralen Abgrenzungen zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit (etwa bei der Plattformarbeit), zwischen Arbeitern und Angestellten, zwischen Freizeit und Arbeitszeit.[9] Und schließlich wird der technologische Wandel – wie jeder Trend – auch dazu verwendet, interessenpolitische oder rechtstheoretische Forderungen zu untermauern: So wird die Digitalisierung etwa mit der Forderung nach Arbeitszeitverkürzung verknüpft[10] und mit Arbeitsplatzverlusten begründet, für die es keine Evidenz gibt.[11]

KollV können nach § 2 ArbVG nur für echte AN abgeschlossen werden. Durch den technologischen Wandel entstehende neue Beschäftigungsformen wie Crowdwork wurden zum Anlass genommen, analog dem deutschen § 12a Tarifvertragsgesetz die Möglichkeit von KollV für AN-ähnliche Personen zu fordern.[12] Faktisch wurden in Deutschland aber nur für AN-ähnliche Journalisten Tarifverträge abgeschlossen, die auch in Österreich einer Art KollV, nämlich dem Gesamtvertrag nach Journalistengesetz, unterliegen.

Neue Beschäftigungsformen beleben auch immer die rechtspolitische Diskussion um den AN-Begriff und dessen Ausweitung. Es scheint aber, dass die sozialrechtliche Gleichstellung der freien DN an die echten DN, die strenge Prüfung der Abgrenzung zwischen Selbständigen und AN durch die ÖGK und die fortbestehende Dominanz des echten Dienstverhältnisses dem Thema den Wind aus den Segeln genommen haben.

---

8 Vgl *Köck*, Digitalisierung der Arbeitswelt, DRdA 2017, 339 (344 f).

9 *Gleißner*, Digitalisierung der Arbeitswelt, DRdA 2022, 187.

10 ZB in *Flecker*, Digitalisierung der Arbeit – aktuelle Trends und Problemlagen, DRdA 2022, 86.

11 Die OECD stellt seit 2004 sogar eine Verlangsamung des technischen Fortschritts fest. Siehe auch *OECD*, GDP per hour worked (indicator), abrufbar unter: <https://data.oecd.org/lprdty/gdp-per-hour-worked.htm?context=OECD> (abgerufen am 16.1.2024).

12 *Mosler*, Ist das ArbVG noch aktuell? Kollektive Rechtsgesatltung, DRdA 2014, 511 (513 f); *Mosler*, Kollektivrechtliche Herausforderungen und rechtspolitische Optionen bei Crowdworking, in *Reichel/Pfeil/Urnik* (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking (2018) 165 f.

1.3 Internationalisierung

EU-Beitritt, Währungsunion, globale Vernetzung und Wettbewerb brachten eine massive Internationalisierung der heimischen Wirtschaft mit sich. Mit dem EU-Primär- und Sekundärrecht kam noch eine fünfte (!) Regelungsebene zu den bestehenden vier Ebenen – nationales Gesetz, KollV, BV und Dienstvertrag – hinzu, was zu einer einzigartigen vertikalen wie horizontalen Regelungsdichte und teilweise Komplexität im österreichischen Arbeitsrecht führt.[13]

Das beste Beispiel dafür sind Lohnstandards: In Österreich sind nicht nur fast alle AN von KollV und damit Mindestlöhnen erfasst. Anlässlich der Öffnung der Arbeitsmarkts gegenüber den neuen EU-Mitgliedern in Mittel- und Osteuropa im Jahr 2011 ist der kollV Grundlohn, seit 2015 sogar das Entgelt auch unter öffentlich- rechtlichen Schutz nach LSD-BG gestellt. Während der gesetzliche Mindestlohn in anderen Länder nur EINE verbindliche Untergrenze darstellt, sind in Österreich zivil- und öffentlichrechtlich alle Elemente der Entgeltfindung zu berücksichtigen – Branche, Qualifikation der Tätigkeit, Vordienstzeiten, Betriebszugehörigkeit, Arbeitsstunden, Zuschläge etc. Öffentlich-rechtlich geschützt sind Entgelte bis 120 Prozent der Höchstbeitragsgrundlage,[14] das sind 2024 7.272 Euro (!) pro Monat.

1.4 Gesellschaftlicher Wandel

Der gesellschaftliche Wandel führte zu einer massiven Erhöhung der Frauenerwerbsquote und zu einem Teilzeitboom, der sich direkt oder indirekt auch auf die Arbeitsverfassung auswirkt: Das ArbVG stellt bei zentralen Fragen – Errichtung Betriebsrat, allgemeiner Kündigungsschutz, Zahl und Freistellung von Betriebsräten etc – auf die Zahl der AN im Betrieb ab.[15] Durch den Trend zur Teilzeit sinken diese Schwellen und erfassen mehr Betriebe. Denn ein Betrieb mit ausschließlich Vollzeitbeschäftigten, wie es bei Inkrafttreten des ArbVG üblich war, ist wesentlich größer als ein Betrieb, der die selbe Zahl an AN, aber großteils nur Teilzeit- oder geringfügig Beschäftigte hat.

Die steigende Erwerbsquote vor allem von Frauen führt zur vermehrten Kollision der Erwerbsarbeit mit anderen Aktivitäten – sei es Kinderbetreuung, Pflege von Angehörigen oder Weiterbildung. Der Gesetzgeber schuf dafür eine Reihe von Model-

[13] Die gilt insbesondere im Arbeitszeitrecht, aber etwa auch in der Gleichbehandlung, wo der EuGH bei der Karfreitagsentscheidung unter Berufung auf die EU-Grundrechtecharta in das Arbeitsruhegesetz und in (General)KollV eingriff (EuGH 22.1.2019, C-193-17, *Cresco Investigation*, ECLI:EU:C:2019:43).

[14] § 29 LSD-BG (Tatbestand Unterentlohnung); § 1 Abs 8 Z 2 LSD-BG (Obergrenze).

[15] Einrichtung eines Betriebsrats (§ 40 Abs 1), damit verbunden der allgemeine Kündigungsschutz (§ 105), Zahl der Betriebsratsmitglieder (§ 50 Abs 1), Erzwingbarkeit von Sozialplänen (§ 97 Abs 3), Freistellung von Betriebsräten (§ 117).

len, die einen Anspruch auf Arbeitszeitreduktion (Elternkarenz, Elternteilzeit, Pflegeurlaub) oder eine entsprechende Vereinbarung (Bildungskarenz, Bildungsteilzeit, Pflegekarenz, Kurzarbeit) mit einer staatlichen Förderung und einem (Motiv-)Kündigungsschutz verbinden. Der Kreis der kündigungsgeschützten Personen ist damit weit über den Kreis der vom Kündigungsschutz nach ArbVG erfassten Personen hinausgewachsen. 2019 hat der OGH den Kündigungschutz bei Älteren nach § 105 Abs 3b ArbVG sogar verschärft, was sicher nicht zur Arbeitsmarktintegration dieser Gruppe beiträgt.[16]

1.5 Sonstige Trends

Zuwanderung aus Drittstaaten, die EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit und höhere Geburtenraten von Migranten erhöhten den Anteil der Erwerbstätigen mit Migrationshintergrund. Das Thema Gleichbehandlung gewann an Bedeutung, was zu einer weitgehenden materiellen Angleichung von Arbeitern und Angestellten führte (Abfertigung, Entgeltfortzahlung, Kündigungsfristen), die aber just vor dem ArbVG Halt machte. Bei den Betriebsratskörperschaften wird ebenso wie bei den KollV noch strikt unterschieden (siehe Kapitel 2.5).

Der Mix aus technologischen, gesellschaftlichen und internationalen Veränderungen führte letztlich zu einer Flexibilisierung der Arbeitszeit, zu „neuen" Beschäftigungsformen wie Arbeitskräfteüberlassung, Teilzeit und einer Zunahme an Einpersonenunternehmen. Zwar wird vielfach eine daraus folgende „Prekarisierung" beklagt. Die Zahlen bezüglich Working Poor, Armutsgefährdung und manifester Armut sind aber stabil bzw rückläufig und belegen das nicht.[17] Auch ist es nicht zu einer Erosion des Geltungsbereichs des ArbVG gekommen, im Gegenteil, der Anteil der echten AN an der erwerbsfähigen Bevölkerung ist in den letzten 20 Jahren gestiegen.[18]

Fazit: Auf viele der erwähnten Trends und Veränderungen in Wirtschaft, Gesellschaft und Arbeitswelt hat das ArbVG reagiert, auf andere nicht, da eben nicht alle Veränderungen einen Regelungsbedarf auslösen.

---

[16] Nach § 105 Abs 3b ArbVG sind bei der Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung älterer AN die Betriebszugehörigkeit und das höhere Lebensalter „besonders zu berücksichtigen". Dies gilt nicht für AN ab 50 Jahren. Laut OGH (OGH 30.10.2019, 9 ObA 86/19s) ist der Faktor bei diesen dennoch zu berücksichtigen und nicht auszublenden.

[17] Stv Bundesgeschäftsführer der GPA-djp *Proyer* in einer Presseaussendung am 29.2.2012 *„Es ist auch nicht korrekt, Teilzeitbeschäftigte und überlassene Arbeitskräfte so einfach in einen Topf mit prekär Beschäftigten zu werfen und Rechtlosigkeit zu verbreiten."*

[18] Laut Arbeitskräfteerhebung der Statistik Austria war der Anteil der echten AN (Vollzeit und Teilzeit, ohne öffentlich Bedienstete) 2004 49,9 %, 2022 57,1 %.

2. Einschätzungen zu ausgewählten Themen der Arbeitsverfassung aus Arbeitgebersicht

2.1 Bewährtes im KollV-Recht

Eine besondere Eigentümlichkeit des Arbeitsrechts ist die vom Gesetzgeber im ArbVG (nicht neu) geschaffene Möglichkeit, durch spezifische Gestaltungsmittel auf unterschiedlichen Ebenen generell verbindliche Normen für AN zu schaffen.[19] Auf der überbetrieblichen (Branchen-)Ebene steht hierfür das Rechtsinstrument des KollV zur Verfügung, auf der Ebene des Betriebes (iSd § 34 ArbVG) sieht der Gesetzgeber die BV dafür vor, wobei dem KollV und der BV unterschiedliche AN-Begriffe zugrunde liegen.[20] Aus der Formulierung des § 1 Abs 1 ArbVG „Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen" ergibt sich, dass für den KollV der AN-Begriff des Arbeitsvertragsrechts (§ 1151 Abs 1 Halbsatz 1 ABGB) heranzuziehen, für die BV hingegen der AN-Begriff der Betriebsverfassung (§ 36 ArbVG) maßgeblich ist.

Ganz unzweifelhaft bildet der KollV das sozial- und wirtschaftspolitische Fundament der österreichischen Lohn- und Gehaltspolitik. Dass die Wirtschaftskammer mit Pflichtmitgliedschaft Tarifverträge abschließt und damit jeweils alle Unternehmen einer Branche bindet, ist einzigartig und Grund dafür, dass 98 Prozent aller Arbeitsverhältnisse einem KollV unterliegen.[21] Branchenweite und flächendeckende KollV schaffen Wettbewerbsgleichheit in Österreich, aber auch gegenüber ausländischen Unternehmen. Denn sie gelten auch für nach Österreich entsandte AN, obwohl deren AG nicht Mitglieder der Wirtschaftskammer sind. Auch findet die EU-Mindestlohn-Richtlinie praktisch keine Anwendung in Österreich, weil diese nur Maßnahmen bei einer tarifvertraglichen Abdeckung von unter 80 Prozent vorsieht.[22]

---

[19] Das am 13.1.1920 von der Nationalversammlung beschlossene „Gesetz über die Errichtung von Einigungsämtern und über kollektive Arbeitsverträge" enthielt erstmals einen eigenen Abschnitt über „kollektive Arbeitsverträge" im Sinne des heutigen KollV. Dieses Regelungswerk war Vorbild für das KollVG 1947 (BGBl 1947/76). Die Schaffung von auf Konsens beruhenden Arbeits- oder Fabriksordnungen (BV) wurde erstmalig durch das Betriebsrätegesetz (BRG 1919) ermöglicht, das wiederum Vorbild für das Betriebsrätegesetz 1947 (BGBl 1947/97) war. Im ArbVG wurden per 1.7.1974 dann beide kollektiven Rechtsquellen in einem Gesetz vereint.

[20] *Obwaller*, Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, JAP 2022/2023/7, 122.

[21] Nachzulesen auf <https://www.kollektivvertrag.at/cms/KV/KV_3.2/der-kollektivvertrag/warum-kollektivvertraege> (Stand 5.9.2023).

[22] Richtlinie (EU) 2022/2041 des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union. Nach Art 4 Abs 2 muss jeder Mitgliedstaat, dessen tarifvertragliche Abdeckung unter 80 % liegt, einen Rahmen festlegen für die Voraussetzungen für Tarifverhandlungen sowie einen Aktionsplan zur Förderung von diesen.

Das Rechtsinstrument des KollV hat sich in der österreichischen Nachkriegsgeschichte insgesamt bewährt und ist gesellschaftlich unumstritten.[23] Die wenigen offenen Nischen werden in Österreich durch die Substitutsformen des KollV, die Satzung oder Mindestlohntarife geschlossen, an deren Zustandekommen die Sozialpartner ebenfalls mitwirken.

Der maßgebliche Beitrag des KollV zum sozialen Frieden in der österreichischen Arbeitswelt und dessen volkswirtschaftliche Bedeutung kann auch als echter Standortvorteil angesehen werden, insbesondere für weltweit agierende Industriekonzerne mit einer (vollkontinuierlichen) Just-in-time-Produktion. Die Streikneigung in Österreich zählt weltweit zu den niedrigsten, was auch die Sicherheit erhöht. „Gelb-Westen-Proteste" oder ähnliches hat es in Österreich nie gegeben.

2.2 Defizite im KollV-Recht

Während die flächendeckene KollV-Abdeckung für AN nur Vorteile bietet, birgt sie für AG allerdings auch Nachteile: Den Unternehmen fehlt der im Ausland übliche Spielraum, sich tarifvertraglichen Pflichten zu unterwerfen oder zu entziehen. In Deutschland ermöglichen OT-Mitgliedschaften sogar die Zugehörigkeit zu einem Arbeitgeberverband, ohne dem vom Verband für die Mitglieder abgeschlossenen Tarifvertrag zu unterliegen.[24]

In Deutschland ist aber nicht nur die Tarifvertragsebene disponibel, auch die einzelnen Ebenen bieten teilweise mehr Spielraum: Das deutsche Arbeitszeitgesetz regelt im Gegensatz zum österreichischen etwa keine Zuschläge für Überstunden und Mehrarbeit. In Tarifverträgen sind – wiederum im Gegensatz zu Österreich – Öffnungsklauseln verbreitet, die Abweichungen vom Tarifvertrag und betriebsindividuelle Regelungen ermöglichen und zwar nicht nur zur Bewältigung von Krisen, sondern auch zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit.[25] Nun ist die Vereinbarung von Öffnungsklauseln zwar in der Sphäre der jeweiligen KollV-Partner. Faktisch dürften die Gewerkschaften diese in Deutschland aber konzidieren, um die „Flucht aus dem Tarifvertrag" durch Verbandsaustritt von AG zu verhindern, was die deutsche Arbeitsverfassung erst ermöglicht, die österreichische nicht. In Österreich sind Öffnungsklauseln die absolute Ausnahme.[26]

---

[23] *Leibrecht/Rocha-Akis*, Sozialpartnerschaft und makroökonomische Performance, nachlesbar auf <https://www.wifo.ac.at/jart/prj3/wifo/resources/person_dokument/person_dokument.jart?publikationsid=47406&mime_type=application/pdf> (Stand 5.9.2023).

[24] Arbeitgeber – als Tarifpartner geschwächt, Böckler Impuls 11/2010, <https://www.boeckler.de/pdf/impuls_2010_11_3.pdf>.

[25] Vgl *Ellguth/Kohaut*, Öffnungsklauseln – Instrument zur Krisenbewältigung oder Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit?, WSI Mitt 6/2014, 439.

[26] So sah zuletzt der außerordentlich hohe Abschluss der Metalltechnischen Industrie per 1.11.2023 eine Klausel zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit vor, die ein Unterschreiten des Lohnabschlusses ermöglicht, siehe <https://www.metalltechnischeindustrie.at/kollektivvertrag/kv-verhandlungen-2023/> (abgerufen am 16.1.2024).

Auch wenn die Vorteile überwiegen, belastet und bindet diese durch Arbeitsverfassung und KollV geschaffene Starrheit und Regelungsdichte die österreichischen Unternehmen, insbesondere bei der Arbeitszeit- und Entgeltgestaltung. Zwar räumt das AZG abweichenden Regelungen durch die KollV-Parteien relativ breiten Spielraum ein. Das wird meist durch sog „*Zulassungsnormen*" bewirkt, wodurch der Gesetzgeber den KollV-Parteien einerseits Verantwortung für die Erreichung des Schutzzweckes der Arbeitszeitnormen übertragen hat, andererseits eine flexible Anwendung des Arbeitnehmerschutzrechts ermöglicht werden soll.[27] Manche dieser Abweichungskompetenzen werden in KollV genützt – etwa die Möglichkeit der Durchrechnung der Normalarbeitszeit nach § 4 Abs 6 AZG oder Ausnahmen von der Wochenend- und Feiertagsruhe nach § 12a ARG.

Andere gesetzliche Abweichungskompetenzen werden nie genutzt, weil eine KollV-Partei die Umsetzung verweigert oder die AG-Seite auf jeder Regelungsebene Kaufpreise zahlen müsste, die in Summe betriebsindividuelle Regelungen unleistbar machen. Als ein Beispiel von vielen sei hier die mit 1.1.2008 geschaffene Möglichkeit der Einführung einer zehnstündigen Normalarbeitszeit gemäß § 4 Abs 1 AZG genannt, die (abgesehen von Gleitzeit) in 16 Jahren soweit ersichtlich in keinem einzigen KollV umgesetzt wurde. Es ist (leider) ein Faktum, dass der klassische Konjunkturzyklus schon länger, spätestens aber seit der Corona-Pandemie, passé ist und sich Lieferkettenstörungen nicht an vereinbarte Schichtplaneinteilungen halten.

Kritisiert wird in dem Zusammenhang, dass die KollV-Angehörigkeit strikt der Zuordnung von Unternehmen innerhalb der Wirtschaftskammer folgt und sich dabei nach Kriterien des WKG und der Fachorganisationsordnung richtet.[28] Diese Logik ist aber dem einzigartigen System der KollV-Angehörigkeit entsprechend gesetzlicher Kammermitgliedschaft wesensimmanent. Salopp formuliert, ist die Zuordnung nach Kriterien der Kammerorganisation der Preis dafür, dass Kammermitglieder flächendeckend den von den Gewerkschaften verhandelten KollV unterworfen werden. Dementsprechend hat der VwGH judiziert, dass sich der Begriff Kammermitglied nach dem WKG und nicht nach dem ArbVG richtet.[29] Der Betrieb nach § 34 ArbVG ist eine arbeitsorganisatorische Einheit, während die Kammermitgliedschaft an einem Rechtsträger anknüpft. Im Übrigen berechtigen § 137 und 138 WKG die Gewerkschaft zu einer Aufsichtsbeschwerde im Hinblick auf die Zuordnung eines Kammermitglieds, was das Prinzip der Selbstverwaltung relativiert.[30]

---

[27] *Stegmüller*, Arbeitszeit und Kollektivvertrag: Grenzen der Regelungsbefugnis und typische Rechtsprobleme in der Praxis, ZAS 2020/24, 144.

[28] Etwa *Mosler*, DRdA 2014, 511 (517); *Cerny*, 40 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz, DRdA 2014, 478; *Firlei*, Flucht aus dem Kollektivvertrag, DRdA 2001, 221.

[29] VwGH 30.1.2019, Ro 2017/04/0017.

[30] *Filzmoser*, Die organisatorische Zuordnung von Wirtschaftskammer-Mitgliedern im HKG, ZfV 1998/1, 20f; *Schrank*, Kollektivvertragsangehörigkeit und Handelskammermitgliedschaft, ZAS 1978, 129f.

2.3 Stärkung der betrieblichen Ebene

Vor dem Hintergrund stellt sich die Frage, wie das grundsätzlich gute, aber starre System flexibler gestaltet werden könnte. Die im ArbVG vorgesehene mögliche Einschaltung des Bundeseinigungsamtes hat sich – bis auf ganz wenige Ausnahmen – als wirkungslos erwiesen, weil sie von den KollV-Parteien nicht angenommen wird. Vielfach wäre es schon mit ein wenig mehr an Mut zu Öffnungsklauseln getan. Das Gesetz delegiert bereits sehr viel an den KollV, und gemäß § 29 ArbVG kann der KollV seine Regelungskompetenz uneingeschränkt oder an Voraussetzungen geknüpft an die betrieblichen Sozialpartner übertragen.

Hingegen hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, ohne Einbeziehung des KollV auf Betriebsebene generell verbindliche Normen zu schaffen, im Interesse der Monopolstellung der Gewerkschaften und zugunsten des Rechtsinstruments des KollV erheblich eingeschränkt.[31] Während für KollV ganz allgemein die typischen und wiederkehrenden Rechte und Pflichten (nahezu generalklauselartig) vereinbart werden können, wurde die Regelungskompetenz der BV auf bestimmte, taxativ im ArbVG oder in anderen Materiengesetzen aufgezählte Tatbestände eingeschränkt. Des Weiteren können BV über Inhalte abgeschlossen werden, die im KollV expressis verbis dafür im Wege von sog Öffnungsklauseln vorgesehen sind. Bedauerlicherweise sind die Gewerkschaften dazu aber in der Praxis nur sehr eingeschränkt bereit.[32]

Insbesondere in der Arbeitszeit- und Entgeltgestaltung bräuchte die Praxis mehr individuelle Spielräume und Möglichkeiten. Gerade hier delegiert das Gesetz aber nur wenig direkt an die Betriebsebene. Dass auch die betriebliche Sozialpartnerschaft funktioniert und damit gut umgehen kann, zeigt sich an der wichtigsten Ausnahme, der Gleitzeit. Der Gesetzgeber hat die Regelungskompetenz des bei AG und AN gleichsam beliebten Arbeitszeitmodells einzig und allein in die Hände von Betriebsrat (bzw AN) und Betriebsinhaber gelegt (siehe § 4b AZG), eine kollektivvertragliche Zulassung ist für Gleitzeitvereinbarungen nicht erforderlich.

Hingegen kann in der Entgeltgestaltung die betriebliche Ebene nicht nur nicht von KollV-Vorgaben abweichen, sondern hat auch im überkollektivvertraglichen Raum nur wenig Spielraum. Seit 2011 können wenigstens erfolgsbezogene Entgelte und Gewinnbeteiligungen durch BV geregelt werden (§ 97 Abs 1 Z 16 ArbVG). Regelt eine BV die Arbeitszeit und eine zusätzliche Vergütung für bestimmte Arbeitszeiten, liegt im Hinblick auf die Arbeitszeit eine erzwingbare, im Hinblick auf die Vergütung nur eine „freie" BV vor. Auch BV zu Betriebsurlauben sind im ArbVG nicht vorgesehen, obwohl diese faktisch weit verbreitet sind und naturgemäß eine kollek-

[31] *Tomandl*, Machen wir unser Arbeitsrecht zukunftsfähig – Lösungen für die Arbeitswelt von morgen (2019) 87.

[32] Der Arbeiter-KollV für den Fachverband der metalltechnischen Industrie erlaubt zB in Abschnitt IX Ziffer 13 die Erweiterung der kollektivvertraglichen Beschäftigungsgruppen (iSv Zwischenlohngruppen) durch BV. Ansonsten ist die Festlegung von Zeitlöhnen, Zulagen oder Zuschlägen innerbetrieblich durch BV nicht möglich.

tive Regelung erfordern.[33] Für die betriebliche Praxis birgt das Rechtsunsicherheit und ist höchst unbefriedigend.[34] Eine Stärkung und Aufwertung der betrieblichen Sozialpartnerschaft durch einen Ausbau der Regelungskompetenz der BV auf alle betriebsbezogenen Rechtsfragen würde der schon gelebten Praxis entsprechen, Rechtssicherheit schaffen und Flexibilität ermöglichen.[35]

2.4 Die Arbeitsverfassung während der Pandemie

Krisen stärken den Zusammenhalt und speziell in Österreich die Sozialpartnerschaft. Das zeigte sich während der Pandemie am Wiederaufleben des Instruments des General-KollV sowie an der Kurzarbeit, einem Arbeitsverfassungsinstrument sui generis.

General-KollV sind KollV, mit denen die Spitzenverbände der Sozialpartner einzelne Arbeitsbedingungen regeln und die sich auf die überwiegende Zahl der Wirtschaftsbereiche erstrecken. Das ArbVG selbst verwendet den Begriff nicht. Der letzte General-KollV wurde 1978 zum Urlaubsentgelt abgeschlossen. 43 Jahre später kam dieses Instrument wieder zum Einsatz: Zwei General-KollV regelten das Maskentragen im Betrieb und die Freistellung für Covid-Tests. Bewährt hat sich die erleichterte Satzbarkeit von General-KollV gemäß § 18 Abs 4 ArbVG (Verzicht auf das Kriterium der Gleichartigkeit der Arbeitsverhältnisse). Bezüglich der bis dato höchstgerichtlich unbeantworteten Rechtsfrage der Nachwirkung ist in Begründung und Ergebnis *Wiesinger* beizupflichten, der die Nachwirkung von General-KollV aus generellen Gründen verneint.[36]

Kurzarbeit war in Österreich – wie in vielen anderen europäischen Ländern – schon vor der Pandemie ein etabliertes Kriseninstrument, das praktisch aber selten genutzt und rechtlich nur unzureichend aufbereitet war. Am Wochenende vor dem ersten Lockdown am 16.3.2020 haben die Sozialpartner gemeinsam mit der BReg ein neues Corona-Kurzarbeitsmodell aus der Taufe gehoben, das Massenarbeitslosigkeit verhindern sollte. Mehrere Studien bestätigten inzwischen die Arbeitsmarktwirkung der Kurzarbeit. Das AMS ging davon aus, dass in Österreich zum Höhepunkt der COVID-19-Krise im April 2020 *„rund 648.000 Jobs gerettet"* wurden, im Durchschnitt des Zeitraums März 2020 bis März 2021 etwa 245.000.[37]

---

[33] Hingegen kann gemäß § 87 Abs 1 Z 5 BetrVG die BV in Deutschland nicht nur den Urlaubsplan regeln, sondern auch den Urlaub selbst, sofern AG und AN sich nicht einigen.

[34] *Tomandl*, Machen wir unser Arbeitsrecht zukunftsfähig 93.

[35] *Mosler* plädiert für eine Stärkung der Betriebsratsrechte siehe *Mosler*, DRdA 2014, 511 (515).

[36] *Wiesinger*, Arbeitsrecht und Wirtschaftskammerorganisationsrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Nachwirkung eines Generalkollektivvertrags, ZAS 2022/31, 187 ff.

[37] *Huemer/Kogler/Mahringer*, Kurzarbeit als Kriseninstrument in der COVID-19-Pandemie, Kurzexpertise zum Vergleich der Modelle ausgewählter europäischer Länder (2021); *Baumgartner et al*, Wirkung der wirtschaftspolitischen Maßnahmen zur Abfederung der COVID-19-Krise (2020); *AMS*, Kurzarbeit sichert nachhaltig Arbeitsplätzeund Know-how, Spezialthema zum Arbeitsmarkt (2021).

Kurzarbeit ist in § 37b AMSG umfassend geregelt und erfordert eine sog Sozialpartnervereinbarung, die von Wirtschaftskammer und Gewerkschaft auf der überbetrieblichen Ebene einerseits und von AG und Betriebsrat bzw AN auf betrieblicher Ebene andererseits geschlossen wird. Die Sozialpartnervereinbarung ist in Betrieben mit Betriebsrat eine „*BV über eine vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit gemäß § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG, in Betrieben ohne Betriebsrat eine Vereinbarung gemäß § 881 ABGB (Vertrag zu Gunsten Dritter)*".

Offen war längere Zeit die Frage, ob Sozialpartnervereinbarungen über Corona-Kurzarbeit einen Individualkündigungsschutz für den einzelnen AN während der Kurzarbeit und der Behaltefrist bieten. In der Entscheidung 8 ObA 48/21y hat der OGH einen individuellen Kündigungsschutz verneint.[38]

2.5 Arbeiter und Angestellte in der Arbeitsverfassung

Während es in der jüngeren Vergangenheit im Individualarbeitsrecht zuletzt 2017[39] schrittweise zu einer materiellen Angleichung der Rechte von Arbeitern und Angestellten gekommen ist,[40] trennt das kollektive Arbeitsrecht nach wie vor strikt zwischen Arbeiter- und Angestelltenbetriebsräten (abgesehen von der seltenen Errichtung eines gemeinsamen Betriebsrates gemäß § 40 Abs 3 ArbVG). Sind in einem Betrieb dauernd mindestens fünf stimmberechtigte Arbeiter als auch Angestellte beschäftigt, sind getrennte Betriebsräte vorgesehen, die alle Mitwirkungsrechte für die von ihnen vertretene Gruppe ausüben. Ein einheitlicher Betriebrat würde die Betriebsbürokratie, konkret die Zahl der BV, Sitzungen, Verhandlungsprozesse erheblich reduzieren, ohne die Vertretungsmacht der Betriebsräte zu beeinträchtigen.[41]

Bestrebungen nach einer Vereinheitlichung von Arbeitern und Angestellten scheitern allerdings regelmäßig an der Struktur der Gewerkschaften.[42] Hingegen gibt es in Deutschland nur mehr einheitliche Betriebsratskörperschaften.

Die weit in die Vergangenheit reichenden Wurzeln der Unterscheidung von Arbeitern, die manuelle Tätigkeiten verrichten, und Angestellten, die geistig tätig sind,

---

38 Dieses Ergebnis wurde jüngst in einer Reihe von Folgeentscheidungen bestätigt (9 ObA 83/21b, 9 ObA 98/21h, 9 ObA 135/21z, 9 ObA 148/21).

39 BGBl I 2017/153.

40 Siehe dazu genauer die Historie der gesetzgeberischen Angleichungsversuche bei *Tomandl*, Machen wir unser Arbeitsrecht zukunftsfähig 96 ff.

41 *Marhold*, Ein Torso mit Widersprüchen, Gastkommentar in DIE PRESSE vom 10.10.2017, abrufbar unter <https://www.diepresse.com/5300454/ein-torso-mit-widerspruechen> (abgerufen am 8.9.2023).

42 *Tomandl*, Machen wir unser Arbeitsrecht zukunftsfähig 99, der vermutet, dass die Angestelltengewerkschaft Mitglieder aus der untersten Verwendungsgruppe verlieren würde und die Arbeitergewerkschaften auf ihre „Speerspitze" im Facharbeiterbereich verzichten müsste.

entspricht aus heutiger Sicht nicht mehr der Realität und den Anforderungen einer mordernen Betriebsverfassung. Bereits 1995 sprach der OGH aus, dass „*die Zweiteilung […] zusehends ihre sachliche Rechtfertigung verliert*".[43]

Differenziert zu sehen ist die Frage einheitlicher Branchen-KollV für Arbeiter und Angestellte. Das würde die Praxis insbesondere in der Lohnverrechnung vereinfachen. Allerdings ist die Differenzierung aufgrund des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit (Art 11 EMRK), das das Recht auf KollV-Verhandlungen und effektive Interessenvertretung umfasst, rechtmäßig und aufgrund der Struktur der Gewerkschaften logisch. Einheitliche KollV brächten zudem nicht zwingend eine Vereinfachung, da unterschiedliche Tätigkeiten teilweise unterschiedliche Regelungen (vor allem in der Entlohnung) erfordern. Daher existieren auch in Deutschland 30 Jahre nach der gesetzlichen Angleichung noch Tarifverträge für gewerbliche AN und für Angestellte.

2.6 Zum (fehlenden) Arbeitskampfrecht

Im Gegensatz zu Deutschland gibt es in Österreich kein umfassendes Arbeitskampfrecht, und die europarechtlichen Regelungen[44] sind in den Einzelheiten höchst umstritten. Zudem hat in Deutschland die Rechtsprechung eine Fülle von äußerst differenzierten Rechtsgrundsätzen entwickelt, nach denen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ihre Maßnahmen ausrichten müssen, während es in Österreich an grundlegender Judikatur fehlt. Allerdings wird gerade dieses Fehlen konkreter gesetzlicher Grenzziehungen auch als bewusste Entscheidung des Staates betrachtet, das Machtgleichgewicht zwischen den Sozialpartnern nicht zu stören. Einigkeit besteht nur darin, dass es in Österreich grundsätzlich ein verfassungsrechtlich garantiertes subjektives Recht auf Streik gibt.[45] In der sozialpartnerschaftlichen Praxis weigern sich die Arbeitgeberverbände in Österreich fast nie, in KollV-Verhandlungen einzutreten. Dazu gibt es ein vom ArbVG nicht vorgesehenes, aber seit Jahrzehnten etabliertes Verfahren. Die Fachgewerkschaften stellen einen Antrag auf Aufnahme von KollV-Verhandlungen bei der Lohnunterkommission der Paritätischen Kommission für Preis- und Lohnfragen. Die Fachverbände geben die Anträge fast immer zur Verhandlung frei. Der Vorgang hat keine rechtliche Auswirkung: Weder wird damit die zeitliche Wirkung eines KollV beschränkt, noch stimmt die AG-Seite auch nur implizit kollektiven Maßnahmen zu. Im Gegensatz zu Deutschland sind KollV in Österreich unbefristet und werden nicht gekündigt, weshalb grundsätzlich von einer aufrechten und rechtlich uneingeschränkten kollV Friedenspflicht auszugehen ist.

---

43 OGH 14.9.1995, 8 ObA 293/95, ZAS 1996, 196 *(Radner)* = RdW 1996, 331.

44 Siehe Artikel 11 EMRK und Artikel 28 GRC.

45 Vgl die umfassende Darstellung von *Krejci*, Recht auf Streik. Ein Paradigmenwechsel mit Folgen im Arbeitskampfrecht Österreichs (2015); *Mayr*, Das österreichische Arbeitskampfrecht auf dem Weg nach Europa?, JAS 2017, 44; *Grillberger*, Europäische Grundrechte auf Arbeitskampf, wbl 2013, 252 ff.

Unbestritten ist die relativ geringe Streikhäufigkeit[46] ein Standortvorteil. Ob die fehlende Regelung dazu beiträgt oder nicht, ist ungewiss. Eine massive Zunahme an Streiks wäre nicht nur eine wirtschaftliche Belastung, sondern würde auch die Rechtsunsicherheit erhöhen und angesichts fehlender Judikatur gesetzliche Klarstellungen erfordern. Es ist daher *Tomandl* zuzustimmen, dass es an der Zeit ist, ein gesetzliches Arbeitskampfrecht zu entwickeln, das die Interessen beider Seiten und jene der Allgemeinheit, soweit sie von den Folgen eines Arbeitskampfes betroffen wird (öffentlicher Verkehr, Gesundheitswesen, etc), ausgewogen berücksichtigt. Derzeit funktionieren die informellen Konfliktmechanismen der Sozialpartner noch.[47]

3. Zusammenfassung und Fazit

In den 50 Jahren nach Inkrafttreten des ArbVG haben sich Arbeitswelt, Arbeitsmarkt und Gesellschaft grundlegend gewandelt: Die Arbeitswelt ist weiblicher, internationaler und dynamischer geworden, die Beschäftigungsformen vielfältiger, der technologische Wandel hat viele Berufe und Geschäftszweige massiv verändert.

Betrachtet man wichtige Statistiken, ist die Arbeitswelt entgegen allen Kassandrarufen aber gleichzeitig erstaunlich stabil: Heute wie damals herrscht Arbeitskräftemangel, die Lohnquote liegt bei 70 Prozent, weiterhin dominiert das echte Dienstverhältnis, dessen Grundlagen das ArbVG regelt, immer noch lassen sich Streiks in Minuten messen.

Nun vollziehen sich wirtschaftliche und gesellschaftliche Trends meist allmählich und sind kaum jemals eindeutig auf eine oder mehrere Ursachen zurückzuführen.[48] Faktum ist, dass sich das ArbVG als stabiles, weitblickendes Fundament der Arbeitsverfassung bewährt hat. Das darauf beruhende KollV-System ist in Europa einzigartig. Die Lohnpolitik der Sozialpartner hat alle harten Proben bestanden – Finanzkrise 2008/09, Pandemie 2020–2022 und 2023 die Kombination aus hoher Inflation und Rezession.

Das heißt nicht, dass es keinen Änderungsbedarf gibt, den Wirtschaft und AN-Vertretungen naturgemäß in verschiedenen Bereichen orten: Das insgesamt bewährte KollV-System ist vor allem in Krisen zu starr. Die heutige Arbeits- und Wirtschaftwelt erfordert mehr Flexibilität und Spielräume auf Betriebsebene als früher. Die Trennung in Betriebsräte für Arbeiter und Angestellte erscheint heute überholt. Trotzdem: Stellt man die Frage, ob das in seinen Grundzügen unveränderte ArbVG nach 50 Jahren den aktuellen Herausforderungen noch gerecht wird, lautet die über-

---

[46] Im internationalen Vergleich verzeichnet Österreich mit der Schweiz die geringste Streikhäufigkeit im Zeitraum 2011–2020; WSI Arbeitskampfbilanz 2021, abrufbar unter <https://www.wsi.de/fpdf/HBS-008309/p_wsi_report_74_2022.pdf> (abgerufen am 16.1.2024).

[47] *Tomandl*, Machen wir unser Arbeitsrecht zukunftsfähig 76 f.

[48] Eine große Ausnahme war die Covid-Pandemie, die über Nacht Homeoffice breitflächig und dauerhaft etablierte.

raschende Antwort: Im Großen und Ganzen ja.[49] Das liegt wohl auch daran, dass die Ziele zeitlos sind: sozialer Friede oder wie es § 39 formuliert: „*Die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs.*"

[49] So etwa auch *Mosler*, DRdA 2014, 511 f, sowie *Schrank*, Arbeitsrecht: Entwicklungen und Trends der letzten 50 Jahre, ZAS 2016/2, 4 f.

50 Jahre ArbVG – Herausforderungen für die Zukunft
Forderungen des ÖGB

Michael Trinko

1. Die Entwicklung der betrieblichen Mitbestimmung aus Sicht des ÖGB 98
2. Gerichtliche Strafbarkeit der Ver- bzw Behinderung von Betriebsratswahlen 99
   2.1 Pflicht der Arbeitnehmer zur Organbildung 100
   2.2 Rechtsfolgen bei Sanktionen des Arbeitgebers im Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl 100
   2.3 Strafbare Handlungen bei Wahlen 101
   2.4 Strafbarkeit der Behinderung von Betriebsratswahlen in Deutschland 102
   2.5 Schlussfolgerungen 103
3. Erleichterung der Einberufung der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes 103
   3.1 Einberufungsrecht zur erstmaligen Durchführung durch die Arbeitnehmer 103
   3.2 Einberufungsrecht zur erstmaligen Durchführung durch eine Interessenvertretung 105
   3.3 Schlussfolgerungen 105
4. Streichung des Mindestwahlalters für Betriebsratswahlen 106
   4.1 Bildung eines Jugendvertrauensrates 107
   4.2 Mangelnde gesetzliche Grundlage im LAG 107
5. Zusammenfassung 108

Im Rahmen des 20. ÖGB-Bundeskongress von 20. bis 22. Juni 2023 in Wien wurde auch das Arbeitsprogramm 2023 bis 2028[1] von den Delegierten beschlossen. Das über 150 Seiten umfassende Programm gliedert sich in neun Kapitel, wobei sich das letzte Kapitel ua eingehend mit der betrieblichen Mitbestimmung und den Herausforderungen bzw dem Anpassungsbedarf des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG) befasst. Im Folgenden werden drei ausgewählte praxisrelevante Problemstellungen im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung dargestellt und die Lösungsansätze anhand der Forderungen des ÖGB erörtert.

[1] Programm 2023–2028 Dafür ÖGB; abrufbar unter https://www.oegb.at/der-oegb/organisation/bundeskongress/bundeskongress-20#das-beschlossene-programm (abgerufen am 19.12.2023).

1. Die Entwicklung der betrieblichen Mitbestimmung aus Sicht des ÖGB

Die Betriebsverfassung als Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes normiert die Organisation der Arbeitnehmerschaft von Betrieben bis hin zu inländischen Konzernen. Der Grundgedanke der Betriebsverfassung ist es, für den Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmern, die ihre Arbeitsbedingungen verbessern möchten, und Arbeitgebern, die sich auf Gewinnsteigerung konzentrieren, angemessene rechtliche Regelungen zu schaffen. Das Ziel der Betriebsverfassung besteht daher darin, einen Interessensausgleich zu erreichen, der sowohl den Interessen der Arbeitnehmer als auch denen des Betriebs dient.[2]

Am 1. Juli 1974 trat das ArbVG in Kraft, wodurch eine wichtige Forderung des ÖGB umgesetzt wurde: Die Rechte der Belegschaft und ihrer Vertretung im Betrieb wurden erheblich erweitert und die Zusammenarbeit zwischen den Betriebsratskörperschaften, Gewerkschaften und Arbeiterkammern wurde gesetzlich verankert. Das Zusammenwirken dieser drei Akteure ermöglicht die bestmögliche Durchsetzung der kollektiven Interessen der Arbeitnehmer, auch über Betriebsgrenzen hinweg. Zum Entstehungszeitpunkt dieses Gesetzes war die Arbeitswelt von Betrieben mit einer großen Anzahl von Arbeitnehmern geprägt, die physisch an demselben Ort arbeiteten. Atypische oder prekäre Arbeitsverhältnisse waren selten, da Vollzeitarbeitsverhältnisse weit verbreitet waren. Viele der damals aufgestellten Regelungen sind vor diesem historischen Hintergrund sinnvoll und durchdacht.[3]

Im Laufe der Jahre haben sich die Rahmenbedingungen verändert. Das Betriebsverfassungsrecht ist von den ständigen Veränderungen, neuen technologischen Entwicklungen, der Digitalisierung und Internationalisierung der Arbeitswelt sowie der Klimakrise betroffen. Die Coronavirus-Pandemie hat auch die Digitalisierung der Arbeitswelt beschleunigt. Die Rahmenbedingungen, die zur Einführung des ArbVG geführt haben, haben sich somit verändert. Zudem wird aufgrund der ständigen Erreichbarkeit die klare Trennung von Arbeitszeit und Freizeit immer unklarer. Neue Informations- und Kommunikationstechnologien ermöglichen es, Arbeiten von zu Hause aus zu erledigen, anstatt direkt im Betrieb zu sein. Daher besteht aus heutiger Sicht die Notwendigkeit, das Betriebsverfassungsrecht in einigen Bereichen an die veränderte Arbeitswelt anzupassen, um die Mitbestimmung im Betrieb zum Wohle der Arbeitnehmer sicherzustellen.[4] Vor allem bei der Bildung von Organen der Arbeitnehmerschaft kommt es erschreckenderweise in den letzten Jahren vermehrt zu Sabotageaktionen der Arbeitgeber. Daher werden im Folgenden drei Forderungen im Zusammenhang mit dem Schutz bzw dem Ausbau der Mitbestimmung in Betrieben näher betrachtet, welche vom ÖGB in seinem Programm aufgestellt wurden.

---

2 Programm 2023–2028 Dafür ÖGB 145 f.
3 Programm 2023–2028 Dafür ÖGB 146.
4 Programm 2023–2028 Dafür ÖGB 146.

2. Gerichtliche Strafbarkeit der Ver- bzw Behinderung von Betriebsratswahlen

Die Forderung nach einer gerichtlichen Strafbarkeit der Verhinderung bzw Behinderung von Wahlen der Personalvertretung, des Betriebsrates, des Jugendvertrauensrates und von Behindertenvertrauenspersonen wird im Programm des ÖGB damit begründet, dass Verhinderungen von Betriebsratswahlen in Österreich keine Seltenheit sind. Durch Kündigungen von Arbeitnehmern, die sich für die kollektiven Interessen der Belegschaft einsetzen, oder durch Einschüchterung der Belegschaft, damit diese keine Betriebsratsgründung initiiert. Derartiges Verhalten von Arbeitgebern ist ein Schlag ins Gesicht der Arbeitnehmer und deren Recht auf betriebliche Mitbestimmung. Um diesen Missstand zu beseitigen, bedarf es effektiver Sanktionen für Unternehmen, die Betriebsratswahlen verhindern.[5]

Dass diese Problematik aber nicht ganz neu ist, zeigt auch der Befund von *Leitsmüller/Schindler/Schneller* anlässlich 40 Jahre ArbVG. Ihren Ausführungen nach hatte ein fragwürdiges Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen in Österreich zusammen mit Geschäftsleitungen agiert, indem kurz vor einer geplanten Betriebsratswahl, die gemäß §§ 54 f ArbVG vorbereitet wurde, plötzlich eine große Anzahl von überlassenen Arbeitskräften im Arbeitnehmerverzeichnis aufschienen. Obwohl niemand von der Stammbelegschaft jene „neuen Kollegen" je im Betrieb gesehen hatte, sollten sie dennoch das Wahlergebnis zugunsten der von der Geschäftsleitung gewünschten Liste beeinflussen.[6] Auch damals war es laut den Autoren schon nach wie vor eher die Regel als die Ausnahme, dass Arbeitnehmer, die eine Betriebsratswahl initiieren, versetzt oder gekündigt werden. Nur wenige Betriebsratsgründungen verliefen auch damals ohne Gerichtsverfahren und leider wird in vielen Unternehmen die Wahl eines Betriebsrates als Kampfansage empfunden – und nicht als Kooperationsangebot, wie vom Gesetzgeber gedacht.[7]

Als Schlussfolgerung wurde auch schon vor 10 Jahren festgestellt, dass der Staat bei derartigem Agieren der Arbeitgeber gefordert ist. Demnach war der Wunsch zumindest nach verwaltungsstrafrechtlichen Maßnahmen, wenn versucht wird, eine Wahl von Betriebsräten zu behindern oder gar zu verhindern. Es sei inakzeptabel, dass ein demokratischer Rechtsstaat Angriffe auf sein wichtigstes Grundrecht, die (betriebliche) Demokratie, als „Kavaliersdelikt" betrachtet. Im Fall schwerwiegender Behinderungsmaßnahmen werden daher wahrscheinlich strafrechtliche Sanktionen notwendig sein, ähnlich den §§ 261 ff StGB, so auch damals schon die Stoßrichtung der Autoren.[8]

---

5 Programm 2023–2028 Dafür ÖGB, 148 bzw Forderungspunkt 1.

6 *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, Veränderte Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen: Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung Sonderheft 40 Jahre ArbVG, DRdA 2014, 488 (495).

7 *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, DRdA 2014, 488 (495).

8 *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, DRdA 2014, 488 (495 f).

Dass sich die Angriffe auf die betriebliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer häufen, spiegelt sich auch in der gewerkschaftlichen Beratungspraxis wider. Aber auch in der medialen Berichterstattung sind ua Kündigung von Beschäftigten, die einen Betriebsrat gründen wollen, leider keine Seltenheit mehr.[9]

2.1 Pflicht der Arbeitnehmer zur Organbildung

Bei § 40 ArbVG mit der Überschrift „Organe" handelt es sich um eine gesetzliche Anordnung,[10] durch die der organisierte Zusammenschluss aller Arbeitnehmer eines Betriebs zwecks Wahrnehmung ihrer wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen ermöglicht wird.[11] Das Gesetz ordnet somit an, dass Organe der Arbeitnehmerschaft zu bilden sind. Dieser Gesetzesbefehl richtet sich an die Arbeitnehmerschaft. An eine Nichtbefolgung ist jedoch keine gesetzliche Sanktion gegen die Arbeitnehmer oder eine Ersatzvornahme vorgesehen. Die Rechtsfolge gegenüber den Arbeitnehmern besteht darin, dass die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte zwar zustehen, aber nicht ausgeübt werden können.[12] Die Pflicht zur Einrichtung der Organe trifft jedoch nur die Belegschaft und nicht den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber ist lediglich dazu verpflichtet, alles zu unterlassen, was unmittelbar oder mittelbar die Bildung der Organe stören oder verhindern könnte. Die Verletzung der Pflicht zur Errichtung der Belegschaftsorgane steht unter keiner verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion.[13]

2.2 Rechtsfolgen bei Sanktionen des Arbeitgebers im Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl

De lege lata sieht das ArbVG derzeit lediglich einen Schutz vor Motivkündigungen im Zusammenhang mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Zusammenhang mit einer Betriebsratsgründung bzw -wahl vor. Eine Kündigung kann demnach gem § 105 Abs 3 wegen einer Einberufung der Betriebsversammlung durch den Arbeitnehmer (lit c), wegen seiner Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstandes oder einer Wahlkommission oder als Wahlzeuge (lit d) bzw wegen seiner Bewerbung um die Mitgliedschaft zum Betriebsrat oder wegen einer früheren Tätigkeit im Betriebsrat

---

9 Ua Kündigung von mehreren Mitarbeitern in zwei Hotels aufgrund des Versuchs der Gründung eines Betriebsrates, https://salzburg.orf.at/stories/3210001/ (abgefragt am 01.11.2023); Kündigung nach angekündigter Betriebsratswahl, https://www.derstandard.at/story/2000120524156/gewerkschaftkuendigung-nach-angekuendigter-betriebsratswahl (abgefragt am 01.11.2023); Kündigung eines Mitarbeiter der einen Betriebsrat gründen wollte, https://kurier.at/wirtschaft/gewerkschaft-empoert-xxxlutz-soll-betriebsratsgruendung-blockiert-haben/402090118 (abgefragt am 01.11.2023).

10 ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 70.

11 *Schneller* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht 2[6] § 40 Rz 11 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

12 *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 40 Rz 12.

13 *Löschnigg* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 40 Rz 21 (Stand 01.11.2017, rdb.at).

(lit e) angefochten werden.[14] Die Klage ist auf Rechtsgestaltung gerichtet, nämlich auf die rückwirkende Rechtsunwirksamkeit der Kündigung. Die Kündigungsanfechtungsklage ist eine Rechtsgestaltungsklage, weil das bereits beendete Arbeitsverhältnis durch eine stattgebende Entscheidung wieder auflebt und als ununterbrochen fortgesetzt gilt.[15]

Im Ergebnis bedeutet dies, dass für einen Arbeitgeber, der sich rechtswidrig iSd ArbVG verhalten hat, die einzige Konsequenz darin besteht, dass die Kündigung rechtsunwirksam ist, und lediglich der rechtmäßige Zustand wiederherzustellen ist. Allerdings wird nicht jede Kündigung im Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl von den betroffenen Arbeitnehmern angefochten. Zudem führen solche Kündigungen zu einer Einschüchterung der Belegschaft, ihrer Pflicht zur Organbildung nachzukommen, da sie schließlich selbst von einer Kündigung betroffen sein könnten. Aus dieser Zusammenschau ergibt sich, dass der Arbeitgeber im Falle einer Anfechtung keine Konsequenzen zu befürchten hat, die ihn Abschrecken könnten, Störhandlungen im Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl zu unterlassen.

Zwar sind im ArbVG auch Verwaltungsstrafen vorgesehen, doch im Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl ist gem § 160 Abs 1 ArbVG nur zu ahnden, wenn der Betriebsinhaber dem Wahlvorstand die zur Durchführung der Wahl erforderlichen Verzeichnisse der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt (§ 55 Abs 3 ArbVG). Bei Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmung ist, sofern die Tat nicht nach anderen Gesetzen (insb dem StGB) einer strengeren Strafe unterliegt, von der Bezirksverwaltungsbehörde eine Geldstrafe von bis zu 2.180 Euro zu verhängen. Weitere Strafbestimmungen im Hinblick auf Betriebsratswahlen kennt das ArbVG nicht. Der ÖGB fordert in diesem Zusammenhang auch eine Erhöhung der Strafdrohung, um die europarechtlich geforderte effektive Sanktionierung von Verstößen gegen das Arbeitsverfassungsgesetz zu gewährleisten.[16]

2.3 Strafbare Handlungen bei Wahlen

Im 18. Abschnitt des StGB finden sich die Bestimmungen zu strafbaren Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen (§§ 261–268 StGB). Der Geltungsbereich des Abschnittes beschränkt sich gem § 261 StGB jedoch auf die Wahl des Bundespräsidenten, für die Wahl zu den allgemeinen Vertretungskörpern und zu den satzungsgebenden Organen der gesetzlichen beruflichen Vertretungen, für die allgemeinen und unmittelbaren Wahlen in die mit der Vollziehung betrauten Organe einer Gemeinde und für die Wahl zum Europäischen Parlament sowie für Volksabstimmun-

[14] Auch eine Entlassung kann gem § 106 ArbVG angefochten werden, wenn ein Anfechtungsgrund iSd 105 Abs 3 ArbVG vorliegt und kein Entlassungsgrund gesetzt wurde. Der Inhalt der Anfechtungsgründe ist beim Entlassungsschutz genau gleich wie beim Kündigungsschutz.

[15] *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 105 Rz 179 f mWn.

[16] Programm 2023–2028 Dafür ÖGB, 148 Forderungspunkt 2.

gen. Keine Anwendung finden hingegen die Bestimmungen auf Betriebsratswahlen nach dem ArbVG und Personalvertretungswahlen nach dem PVG.[17]

Gem § 262 Abs 1 StGB ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen, wer einen anderen mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung nötigt oder hindert, überhaupt oder in einem bestimmten Sinn zu wählen oder zu stimmen. Wer einen anderen auf andere Weise als durch Nötigung an der Ausübung seines Wahl- oder Stimmrechts hindert, ist gem Abs 2 leg cit mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Dabei handelt es sich bei dieser Bestimmung um ein Spezialtatbild zu § 105 StGB (Nötigung).[18] Da § 262 StGB keine Anwendung bei Betriebsratswahlen findet, sind somit nur Handlungen im Zuge einer Betriebsratswahl strafbar, die den Tatbestand der Nötigung erfüllen. Allerdings geht § 262 StGB darüber hinaus. Er erfasst auch Behinderungen, die nicht den Tatbestand der Nötigung erfüllen. Behinderungen können in ihrer Intensität unterhalb einer Nötigung liegen, aber auch schwerer wiegen, etwa im Extremfall durch Freiheitsentziehung. Wahlbehinderungen wie in § 262 Abs 2 können aber auch auf harmlosere Weise erfolgen. So wird etwa jemand an der Stimmabgabe gehindert, der das Wahllokal nur mit dem Auto rechtzeitig erreichen kann, der Autoschlüssel aber versteckt oder die Luft aus den Reifen gelassen wird.[19] Derartige Behinderungen sind aber, wie ausgeführt, bei einer Betriebsratswahl – im Gegensatz etwa zu einer Landtagswahl – nicht strafbar.

2.4 Strafbarkeit der Behinderung von Betriebsratswahlen in Deutschland

In Deutschland kennt die Rechtsordnung im Gegensatz zu Österreich Straftatbestände für Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und deren Mitglieder. § 119 Abs 1 BetrVG gliedert sich in drei verschiedene Tatbestände, die als Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane definiert sind. Neben der Störung oder Behinderung der Tätigkeit der Betriebsverfassungsorgane (Z 2) und der Benachteiligung oder Begünstigung ihrer Mitglieder (Z 3) ist auch die Behinderung von Betriebsratswahlen strafbar (Z 1). Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit einer Geldstrafe wird demnach bestraft, wer zB eine Wahl des Betriebsrats bzw Jugend- und Auszubildendenvertretung behindert oder durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflusst. Unter Wahlbehinderung ist grundsätzlich jedes Tun oder pflichtwidriges Unterlassen zu verstehen, das zu einem ungewöhnlichen Ablauf des Wahlverfahrens führt. Hierzu gehört zB die Verhinderung der Durchführung einer Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstands durch falsche Angaben sowie die bloße Behinderung der Betriebsver-

17 *Sadoghi* in *Höpfl/Ratz* (Hrsg), StGB Wiener Kommentar² § 261 Rz 8 (Stand 01.06.2022, rdb.at).
18 *Sadoghi* in *Höpfl/Ratz*, StGB WK² § 262 Rz 1 (Stand 01.06.2022, rdb.at).
19 *Sadoghi* in *Höpfl/Ratz*, StGB WK² § 262 Rz 6 mWn.

sammlung.[20] § 119 Abs 2 leg cit sieht vor, dass die Tat aber nur auf Antrag ua des Betriebsrats oder des Gesamtbetriebsrats bzw des Unternehmens selbst, aber auch auf Antrag einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft verfolgt werden kann. Im Koalitionsvertrag 2021–2025 der deutschen Bundesregierung ist vorgesehen, die Behinderung von Betriebsratswahlen uÄ künftig als Offizialdelikt einzustufen.[21]

2.5 Schlussfolgerungen

Angesichts der Tatsache, dass Angriffe auf die Verpflichtung der Belegschaft zur Bildung betrieblicher Organe derzeit ohne Sanktionen stattfinden können, sind gesetzliche Anpassungen erforderlich. Vor dem Hintergrund zunehmender Ver- und Behinderungen von Betriebsratswahlen ist es höchste Zeit, aus generalpräventiven Zwecken Sanktionen gegen die betrieblichen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer endlich gesetzlich festzulegen. Derzeit gibt es keine spezifischen (Straf-)Tatbestände weder im ArbVG noch im StGB für Be- oder Verhinderungen von Betriebsratswahlen. Die deutsche Rechtsordnung kennt derartige Straftatbestände und kann daher als Vorbild für Österreich dienen.

3. Erleichterung der Einberufung der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes

3.1 Einberufungsrecht zur erstmaligen Durchführung durch die Arbeitnehmer

Zur erstmaligen Durchführung einer Betriebsratswahl ist eine Betriebsversammlung einzuberufen und dabei die Wahl des Wahlvorstandes zur Organisation der Betriebsratswahl durchzuführen. In Betrieben, in denen noch kein Betriebsrat besteht, sind gem § 45 Abs 2 Z 1 ArbVG zur Einberufung der an Lebensjahren älteste Arbeitnehmer oder mindestens so viele Arbeitnehmer, als Betriebsratsmitglieder zu wählen sind, berechtigt. Dabei kommt es jedoch nicht auf die Betriebszugehörigkeit an, sondern ausschließlich auf das Lebensalter. Eine Übertragung dieses Rechts oder eine Stellvertretung ist nicht gestattet. Das Recht zur Einberufung steht ausschließlich dem ältesten Arbeitnehmer zu. Im Falle der Nichtausübung geht dieses Recht nicht auf den Zweitältesten über. Sehr wohl wechselt das Einberufungsrecht und geht auf den Zweitältesten über, wenn der älteste Arbeitnehmer, zum Beispiel wegen Krankheit, verhindert ist.[22]

---

[20] *Heise* in *Tillmans/Heise/et al* (Hrsg), BetrVG § 119 Rz 6 mWn https://www.haufe.de/personal/haufe-personal-office-platin/tillmannsheiseua-betrvg-119-straftaten-gegen-betriebsverfassungsorgane-und-ihre-mitglieder_idesk_PI42323_HI606502.html(abgefragt am 04.11.2023).

[21] *SPD/Die Grünen/FDP*, Mehr Fortschritt wagen Bündnis für Freiheit Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025, 56.

[22] *Löschnigg* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 45 Rz 9 ff (Stand 11.11.2017, rdb.at).

Weiters sieht das ArbVG vor, dass neben dem Einberufungsrecht des ältesten Arbeitnehmers auch eine Einberufung von einer Gruppe von Arbeitnehmern möglich ist. Dabei muss die Einberufung von mindestens so vielen Arbeitnehmern vorgenommen werden, wie im Betrieb gem § 50 ArbVG zu wählen sind. Zwischen den Einberufungsberechtigten (ältester Arbeitnehmer und Gruppe von Arbeitnehmern) gibt es keine Rangordnung, was dazu führt, dass jeder gleichberechtigt die Einberufung vornehmen kann. Ausschlaggebend ist lediglich, wer als erster die Initiative zur Einberufung ergreift (Grundsatz der zeitlichen Priorität).[23] Der häufigste Grund für die Einberufung einer Betriebs(gruppen)versammlung durch den ältesten Arbeitnehmer oder die Anzahl der zukünftigen Betriebsratsmitgliederzahl ist die Anberaumung einer Betriebs(gruppen)versammlung bei der ein Wahlvorstand gewählt wird, also die Initiierung einer Betriebsratswahl.[24]

Exkurs *„verdeckte Einberufung"*

Um Repressalien seitens des Betriebsinhabers zu vermeiden, nutzen die einberufenden Arbeitnehmer gelegentlich die Methode der „verdeckten Einberufung". Gem § 2 Abs 2 BRWO muss die Einberufung der Betriebsratswahl unterschrieben werden bzw wird sie von mehreren Personen einberufen, müssen alle die Einberufung unterschreiben. Wenn mehrere Personen beteiligt sind, muss einer als Bevollmächtigter für die Entgegennahme von Anträgen benannt werden, da andernfalls der Erstunterzeichner als solcher gilt. Bei der sogenannten „verdeckten Einberufung" wird das Einberufungsschreiben zwar wie gefordert auf dem „Original" unterzeichnet, jedoch wird es bei einer Interessenvertretungsorganisation hinterlegt. Im Fall der Bestreitung der Rechtmäßigkeit kann es als Urkundenbeweis vor Gericht vorgelegt werden. Im Betrieb selbst erfolgt jedoch der Aushang oder das Rundschreiben ohne Namensnennung. Es steht jedoch lediglich unter der Ankündigung der Versammlung „NN" in entsprechender Anzahl oder „5 einberufende AN, e.h." bzw „Unterschriften am Original der Einberufung einsehbar bei …". Diese Vorgehensweise entspricht dem Gesetzestext, da zwischen Anschlag/Aushang/Rundschreiben (§ 1 BRGO) und Unterfertigung (§ 2 BRGO) unterschieden werden muss. Die geforderte Benennung eines Bevollmächtigten zur Entgegennahme von Anträgen ist erfüllt, wenn auf der Einberufungsurkunde notiert wird, dass diese Person, obwohl nicht namentlich genannt, über die Interessenvertretung kontaktierbar ist.[25]

[23] *Löschnigg* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 45 Rz 15.
[24] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 45 Rz 15.
[25] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 45 Rz 15.

3.2 Einberufungsrecht zur erstmaligen Durchführung durch eine Interessenvertretung

Das Einberufungsrecht steht subsidiär auch den überbetrieblichen Interessenvertretungen zu, wenn von den Arbeitnehmern des Betriebes keine Initiative zur Einberufung der Betriebsversammlung ausgeht. Zweck dieser Bestimmung ist es, die Errichtung von Organen der Arbeitnehmerschaft auch in solchen Betrieben zu ermöglichen, in denen Sanktionen des Arbeitgebers befürchtet werden und deshalb von Arbeitnehmerseite keine Initiative ergriffen wird.[26] Gem § 45 Abs 2 Z 2 ArbVG kann in Betrieben, in denen dauernd mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind, eine zuständige freiwillige Berufsvereinigung oder die gesetzliche Interessenvertretung der Arbeitnehmer die Einberufung vornehmen. Voraussetzung ist jedoch, dass weder der älteste Arbeitnehmer oder mindestens so viele Arbeitnehmer, wie Betriebsratsmitglieder zu wählen sind, trotz Aufforderung durch die Interessenvertretungen die Einberufung nicht innerhalb von zwei Wochen vornimmt.Die Einladung hat sich sowohl an den an Lebensjahren ältesten Arbeitnehmer als auch an die jeweilige Belegschaft des Betriebes zu richten. Im Falle einer Betriebsversammlung an alle Arbeitnehmer des Betriebes, im Falle einer Betriebsgruppenversammlung an die Arbeiter bzw Angestellten, im Falle einer Betriebshauptversammlung an die Arbeiter und Angestellten des Betriebes. Richtet sich die Einladung an die gesamte Belegschaft oder an eine Belegschaftsgruppe, so hat sie durch Aushang, Rundschreiben oder in sonst geeigneter Weise gem § 1 BRWO (zB E-Mail an alle) zu erfolgen, da die Arbeitnehmer eine Mindestzahl von Arbeitnehmern mobilisieren müssen, um die gesetzlichen Voraussetzungen des § 45 Abs 1 Z 1 ArbVG für das Einberufungsrecht zu erfüllen.[27] Grundsätzlich ist gem § 49 Abs 3 S 1 ArbVG die Betriebsversammlung nach Zuwarten einer halben Stunde auch dann beschlussfähig, wenn weniger als die Hälfte der stimmberechtigten Arbeitnehmer anwesend sind. Wurde jedoch eine Betriebsversammlung von einer freiwilligen Berufsvereinigung oder gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer einberufen, so kann gem Abs 3 S 3 leg cit die Wahl des Wahlvorstandes jedoch nur vorgenommen werden, wenn mindestens ein Drittel der stimmberechtigten Arbeitnehmer anwesend ist.

3.3 Schlussfolgerungen

Da es im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen oft zu Kündigungen kommt, sind viele Arbeitnehmer verunsichert und scheuen sich davor, ihre Pflicht zur Bildung eines Betriebsrates wahrzunehmen. Bereits jetzt besteht die Möglichkeit der verdeckten Einberufung als Schutzmaßnahme gegenüber Repressalien. Um diesen Schutz weiter auszubauen, ist es angebracht, die Einberufungsmöglichkeit der Interessenvertretungen zu erweitern. Ein erster Schritt dazu wäre, die geforderte Anzahl von

[26] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 45 Rz 16.
[27] *Löschnigg* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 40 Rz 19 (Stand 01.11.2017, rdb.at).

dauernd mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Betrieb zur Einberufung der Betriebsversammlung durch eine Interessenvertretung auf fünf Arbeitnehmer, sprich grundsätzlich auf betriebsratspflichtige Betriebe, zu senken. Zusätzlich ist eine Änderung von § 49 Abs 3 S 3 ArbVG als begleitende Maßnahme notwendig. Wenn eine Interessenvertretung die Betriebsversammlung einberuft, besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, Druck auf die Belegschaft auszuüben, um ihre Teilnahme an der Betriebsversammlung zu verhindern. Dies würde dazu führen, dass die Wahl des Wahlvorstands nicht durchgeführt werden kann, wenn weniger als ein Drittel der stimmberechtigten Arbeitnehmer anwesend sind. Daher bedarf es auch einer Streichung dieser Bestimmung, sodass auch wenn weniger als die Hälfte der stimmberechtigten Arbeitnehmer anwesend sind, die Betriebsversammlung beschlussfähig ist.

4. Streichung des Mindestwahlalters für Betriebsratswahlen

2020 wurden die §§ 49 und 52 ArbVG[28] dahingehend novelliert, dass das aktive Wahlalter bei Betriebsratswahlen von bisher 18 auf 16 Jahre gesenkt wurde. In den Erläuterungen[29] wird diese Absenkung jedoch nicht begründet. Es wird lediglich auf das Regierungsprogramm 2020–2024 verwiesen, in dem diese Reduzierung mit der Stärkung der aktiven Partizipation beschrieben wird.[30] Naheliegend erscheint eine gewollte Angleichung des Wahlalters an jenes, welches im Zuge des Wahlrechtsänderungsgesetzes 2007[31] ua auf Bundesebene auf Vollendung des 16. Lebensjahres abgesenkt wurde.

Die Senkung des Wahlalters bei Betriebsratswahlen wird vom ÖGB grundsätzlich als demokratiepolitisch sinnvoll erachtet. Die Jugendabteilung des ÖGB fordert seit langem die Senkung des Wahlalters bei Betriebsratswahlen. Allerdings ist aus Sicht des ÖGB eine vollständige Aufhebung der Altersgrenze für das aktive Wahlrecht bei Betriebsratswahlen erforderlich, um allen Lehrlingen und jugendlichen Arbeitnehmern die Teilnahme zu ermöglichen.[32] Im Jahr 2022 befanden sich bundesweit und in allen Sparten insgesamt 35.398 Lehrlinge im 1. Lehrjahr.[33] Davon haben allerdings 27,8 Prozent das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet.[34] Die Streichung des Wahlalters, wie vom ÖGB gefordert, könnte somit knapp 10.000 Jugendlichen die demokratische Mitbestimmung im Betrieb ermöglichen.

---

28 BGBl 2020/170.
29 ErläutRV 378 BlgNR 27. GP 1.
30 *Bundeskanzleramt*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024, 195.
31 BGBl I 2007/28.
32 Programm 2023–2028 Dafür ÖGB 151 Forderungspunkt 4.
33 *Ibw*, Lehrlingsausbildung im Überblick 2022 Strukturdaten, Trends und Perspektiven 29.
34 *Ibw*, Lehrlingsausbildung im Überblick 2022, 33.

4.1 Bildung eines Jugendvertrauensrates

In den §§ 123 ff ArbVG ist weiters die Bildung einer Jugendvertretung im Betrieb normiert. Demnach ist in jedem Betrieb, in dem dauernd mindestens fünf jugendliche Arbeitnehmer beschäftigt werden, ua der Jugendvertrauensrat,[35] dessen Tätigkeitsdauer zwei Jahre beträgt,[36] zu bilden. Wahlberechtigt sind alle jugendlichen Arbeitnehmer des Betriebes, die am Tag der Wahlausschreibung sowie am Tag der Wahl im Betrieb beschäftigt sind. Jugendliche Arbeitnehmer sind per definitionem Arbeitnehmer, einschließlich Heimarbeiter, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sowie Lehrlinge, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.[37] Wählbar sind alle Arbeitnehmer, die am Tag der Wahlausschreibung das 23. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und am Tag der Wahl seit mindestens sechs Monaten im Betrieb beschäftigt sind.[38]

4.2 Mangelnde gesetzliche Grundlage im LAG

Im Landarbeitsgesetz 2021, welches grundsätzlich für land- und forstwirtschaftliche Arbeiter gilt, finden sich zwar im Unterabschnitt 23b bzgl des Organisationsrechts[39] die gesetzlichen Grundlagen zur Bildung von Betriebsräten, jedoch keine Bestimmungen zur Bildung eines Jugendvertrauensrates. In den Erläuterungen[40] zur Schaffung eines einheitlichen Landarbeitsgesetzes, welches aufgrund der Novellierung[41] des B-VG nötig erschien, wird dies damit begründet, dass im Gegensatz zum Betriebsverfassungsrecht nach dem ArbVG im LAG kein Jugendvertrauensrat vorgesehen ist, da die erforderliche Anzahl von fünf Jugendlichen in der Land- und Forstwirtschaft kaum erfüllt werden kann. Wenn der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass es zwar nur wenige, aber dennoch Betriebe gibt, die fünf Jugendliche zur Bildung eines Jugendvertrauensrates beschäftigen, und trotzdem keine gesetzliche Grundlage dafür schafft, ist das rechtspolitisch nicht nachvollziehbar. Es ist auch denkbar, dass es in Zukunft land- und forstwirtschaftliche Betriebe geben wird, die die benötigte Anzahl von jugendlichen Arbeitnehmern für die Bildung eines Jugendvertrauensrates beschäftigen. Daher fordert der ÖGB in diesem Zusammenhang zurecht, die gesetzliche Möglichkeit zu schaffen, einen Jugendvertrauensrat auch im Bereich der Land- und Forstwirtschaft zu gründen.[42]

---

35 § 123 Abs 1 Z 3 ArbVG.
36 § 126 Abs 1 ArbVG.
37 § 50 Abs 1 BRWO 1974.
38 § 126 Abs 4 ArbVG.
39 § 282 ff LAG.
40 ErläutRV 687 BlgNR 27. GP 9.
41 Durch die Novelle zum B-VG (BGBl I 2019/14) fällt das Landarbeitsrecht ab 1. Jänner 2020 nicht mehr unter Art 12 B-VG (Grundsatzgesetz Bund, Ausführungsgesetze und Vollziehung Länder), sondern unter Art 11 B-VG (Gesetz Bund, Vollziehung Länder) BGBl I 2019/14.
42 Programm 2023-2028 Dafür ÖGB 151 Forderungspunkt 5.

5. Zusammenfassung

Angesichts der zunehmenden Behinderungen von Betriebsratsgründungen durch Arbeitgeber sind gesetzliche Anpassungen zum Schutz der betrieblichen Mitbestimmung angezeigt. So ist es erforderlich, aus generalpräventiven Erwägungen einen Straftatbestand für die Verhinderung oder Behinderung von Betriebsratswahlen zu schaffen, wie ihn die deutsche Rechtsordnung bereits kennt. Nachbesserungsbedarf besteht auch bei der Möglichkeit der Einberufung einer Betriebsversammlung durch eine Interessenvertretung. In einem ersten Schritt sollte daher die für die Einberufung einer Betriebsversammlung durch eine Interessenvertretung erforderliche Mindestzahl von 20 Arbeitnehmern auf fünf Arbeitnehmer gesenkt werden. Hinsichtlich der Beschlussfähigkeit der Betriebsversammlung bei Einberufung durch eine Interessenvertretung sollte zudem die Mindestanwesenheit von einem Drittel der stimmberechtigten Arbeitnehmer entfallen. Zur weiteren Stärkung der betrieblichen Mitbestimmung, insbesondere für die im Betrieb beschäftigten Jugendlichen, sollte das Wahlalter für die aktive Teilnahme an Betriebsratswahlen ersatzlos gestrichen werden.

Kontinuitäten und Veränderungen im KV-System

Zugleich ein Blick hinter die Kulissen der Kollektivvertragsverhandlungen

René Schindler

1. Methodische Vorbemerkung 109
2. Die historische Entwicklung im Überblick 110
   2.1 Periodenbildung 110
   2.2 Ausgangslage: Die 70er-Jahre 111
   2.3 Von der sozialdemokratisch zur neoliberal geprägten Gesellschaft 111
   2.4 Der Beitritt zur europäischen Union und deren Ost-Erweiterung 111
   2.5 Steigende Bedeutung transnationaler Konzerne; Privatisierungen 112
   2.6 Angriffe auf die Sozialpartnerschaft 113
3. Die Entwicklung des KV-Systems 113
   3.1 Grundzüge der Verhandlungskultur 113
   3.2 Strukturänderung bei den KV-Parteien 115
   3.3 Änderungen bei den Verhandlungsteams 116
   3.4 (Bislang) Keine substantielle Änderung des Verhandlungsklimas 117
   3.5 Tendenz zur Auflösung viele FV umfassender KV-Gemeinschaften 117
   3.6 KV, die für Arbeiter*innen und Angestellte gelten 118
   3.7 Schaffung neuer KV 119
4. Einige inhaltliche Entwicklungen 120
   4.1 Dezentralisierung als neuer KV-Inhalt? 120
   4.2 Flexibilisierung: Entwicklungstendenzen der Regelungen zur Arbeitszeit 120
   4.3 Regelungen zur faktischen Gleichstellung der Frauen mit den Männern 121
   4.4 Angleichung der Rechte der Arbeiter*innen an jene der Angestellten 122
5. Zusammenfassung 122

1. Methodische Vorbemerkung

50 Jahre ArbVG – das Jubiläum des Gesetzes legt es nahe, auch das Thema „Kollektivverträge" (KV) zu betrachten, sind sie doch ein Herzstück des durch das ArbVG kodifizierten Systems der kollektiven Regelung der Arbeitsbeziehungen. Ihre Vielzahl und Vielfältigkeit verhindert mE eine gesamthafte Analyse der Entwicklung. Versuchen wir also wenigstens einen Blick auf die grundsätzlichen Strukturen sowie deren Entwicklung im (inzwischen) ebenso gelobten wie (unverändert) mystischen Zentrum des kollektiven Arbeitsrechts zu werfen. Auch einige inhaltliche Entwick-

lungstendenzen lassen sich ausmachen. Diese Strukturen zu untersuchen, ist jedoch im Kern keine juristische, sondern eine sozialwissenschaftliche Aufgabe. Die folgenden Beschreibungen und Überlegungen können daher keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben: Dafür fehlt mir die einschlägige Qualifikation. Die Analysen beruhen zT auch nur auf „anekdotischer Evidenz": Ich war zwar über zwei Jahrzehnte an KV-Verhandlungen beteiligt, konnte aber den Prozess nur auf Arbeitnehmer*innen(AN)-Seite verfolgen. Das können die selbstredend geführten Gespräche („Interviews") mit Verhandler*innen der Wirtschaftskammer nicht gänzlich ausgleichen. Leider zeigt auch die sozialwissenschaftliche Literatur zwar eine kontinuierliche und interessante Befassung mit der Sozialpartnerschaft als solcher; aber das KV-System wird dabei kaum je in den Blick genommen.[1] Dennoch hoffe ich, dass die folgenden Darstellungen ein für das Verständnis der KV und im besten Fall sogar für deren Auslegung nützliches, bunteres Bild des KV-Systems bieten.

2. Die historische Entwicklung im Überblick

2.1 Periodenbildung

Die Institution des Kollektivvertrages ist in der gesamten demokratischen Geschichte Österreichs (Ö) von erstaunlicher, fast berührender Kontinuität gekennzeichnet. Auch das ArbVG hat die Grundstruktur des KV-Systems nicht verändert, aber im Vergleich zu den vorher geltenden Regelungen des Kollektivvertragsgesetzes doch in vielen Bereichen Präzisierungen und kleinere Veränderungen vorgenommen. In den 50 Jahren seither sind dessen Regelungen zum KV hingegen inhaltlich völlig unverändert geblieben, lediglich § 8 ArbVG wurde anlässlich der Umsetzung des Betriebsübergangsrechts 1993 und anlässlich der Gewerbeordnungs-Novelle 1997 (Ermöglichung von verbundenen Gewerben und Teilgewerben) an die veränderte Rechtslage angepasst; ferner die institutionellen Regelungen 1986 an jene des ASGG.

Diese geringen normativen Änderungen bieten keine sinnvolle Grundlage, um für eine Beschreibung der Entwicklung des KV-Systems zwischen verschiedenen Perioden zu unterscheiden. Ich orientiere mich daher bei der folgenden Darstellung an jener Gliederung, welche die Politikwissenschaft für die Entwicklungsphasen der Sozialpartnerschaft als solcher gefunden hat. Sie beziehen sich, wie in der Vorbemerkung erwähnt, im Wesentlichen auf die Bedeutung der Sozialpartnerschaft im politischen System. Wie noch zu zeigen ist, bestehen aber erhebliche Wechselwirkungen zum System der Kollektivverträge.

[1] *Delapina*, Buchrezension in Wirtschaft und Gesellschaft 2000, 137.

2.2 Ausgangslage: Die 70er-Jahre

Die 70er-Jahre gelten als Hochblüte der Sozialpartnerschaft.[2] Der politisch mit absoluter Mehrheit regierenden Sozialdemokratie stand auf Seite der Sozialpartner das langjährig bewährte „Team" Benya/Sallinger zur Seite bzw gegenüber. Die Reformpläne Kreiskys wurden durch die Sozialpartner eher gebremst, wie die Entstehungsgeschichte des ArbVG beispielhaft zeigt: Im Vergleich zu anderen Reformen jener Zeit, die einen spürbaren demokratischen Schub brachten, waren die Änderungen durch das ArbVG eher „behutsam"[3] – die abschließenden Verhandlungen wurden von den Sozialpartnern geführt. Sie änderten ihr in langen Jahren der großen Koalition erprobtes Verhalten nicht, weswegen es stets doch zu einem Kompromiss mit der Wirtschaftskammer kam; wenngleich zT unter hohem Druck. Die in den 50er-Jahren häufigen Streiks verebbten.

2.3 Von der sozialdemokratisch zur neoliberal geprägten Gesellschaft

In den 80er- und insbesondere 90er-Jahren ging die Gestaltungskraft der Sozialpartner zurück. Die Individualisierung nahm ebenso zu wie die Internationalisierung der Wirtschaft und der Konkurrenzdruck, dem diese ausgesetzt war. Die heterogeneren Interessen ihrer Mitglieder führten zu einer deutlich stärkeren Kritik an den Verbänden und daraus resultierend zu deren geringerer Kompromissfähigkeit und -willigkeit.[4] Für die Kollektivverträge folgte allerdings gerade daraus deren Aufwertung, zum Teil sogar Überlastung:[5] Als Beispiel sei nur an die Arbeitszeitreformen jener Jahre erinnert, die durchgängig eine Regelungsbefugnis für KV dann vorsahen, wenn politisch strittige Themen auf gesetzlicher Ebene nicht gelöst werden konnten (wie insb die Flexibilisierung der Arbeitszeit). Zu den Folgen im KV-System s Kap 4.1 und 4.2.

2.4 Der Beitritt zur europäischen Union und deren Ost-Erweiterung

Der EU-Beitritt hat auf das KV-System nahezu keinerlei Auswirkungen gehabt. Die anlässlich deren Erweiterung durch die AN-Freizügigkeit drohenden Verwerfungen am Arbeitsmarkt wurden durch die Vereinbarung von Übergangsfristen im Rahmen der Beitrittsverhandlungen entschärft. Die im KV-System vorgesehene Außenseiterwirkung bewährte sich (einmal mehr), da auch AN aus den neuen Mitgliedstaaten sogleich erfasst wurden. Es verblieb aber das Problem, dass diese oft bereit waren, eine Entlohnung unterhalb der vom maßgeblichen KV festgesetzten Höhe faktisch zu akzeptieren, da die Einkommen zu Hause wesentlich niedriger waren. Derlei kann ein KV-System unterminieren, wenn es verbreitet erfolgt. Die Möglichkeit

---

2 *Talos* in *Karlhofer/Talos* (Hrsg), Zukunft der Sozialpartnerschaft (1999) 277.

3 Genaueres bei *Cerny*, 50 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz 33 ff.

4 *Talos* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 280.

5 *Flecker/Krenn* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 68 ff; *Talos* ebd 283, 288.

einer raschen und effektiven Sanktionierung rechtswidrig agierender AG durch den Widerruf bzw die Nicht-Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen fiel mit dem Ablauf der Übergangsfristen (im Wesentlichen 2011) weg. An ihre Stelle traten mit 1.5.2011 die Strafsanktionen des damaligen LSDB-G (nunmehr LSD-BG). Nicht zuletzt haben die langsam, aber doch stetig steigenden Löhne in den Nachbarstaaten dieses Problem entschärft, wenn auch keineswegs ganz gelöst.

2.5 Steigende Bedeutung transnationaler Konzerne; Privatisierungen

Die 90er-Jahre waren auch gekennzeichnet durch die Privatisierung der früher staatlichen Industrie sowie die Dezentralisierung der Unternehmensführungen, steigende Arbeitslosigkeit und die Herausbildung neuer „Randbelegschaften" (mit Werk- bzw „freiem" Dienstvertrag Beschäftigte; überlassene Arbeitskräfte). Die leichtere Verlagerung von Betrieben oder Betriebsteilen ins Ausland sowie die interne Konkurrenz der einzelnen Standorte transnationaler Konzerne verschafften der AG-Seite weitere Drohpotentiale. Die Durchsetzungsfähigkeit vieler Betriebsräte nahm dadurch ab und deren eigenes Rollenverständnis veränderte sich: Ein reines „Machthandeln" wurde zunehmend schwieriger; sachbezogenes Argumentieren und Überzeugen schien nötig,[6] führte aber auf ein Feld, auf dem Manager*innen tendenziell im Vorteil sind. Auch den Gewerkschaften gegenüber nahmen die Betriebsräte vermehrt eine „sachliche" Haltung ein und zeigten nicht mehr grundsätzliche und bedingungslose Loyalität. Ein steigender Bedarf an konkreter, immer notwendigerer Serviceleistung (Fachwissen etc) bestimmt seither die Beziehung. Nicht zuletzt stiegen auch die Ängste der AN wegen der zunehmenden Arbeitslosigkeit als auch der Konkurrenz durch die neuen „Randbelegschaften". Damit stieg auch die Bereitschaft, auf überbetrieblich vereinbarte Ansprüche zu verzichten,[7] selbst wenn das offen rechtswidrig war.

Origineller Weise hatte die Internationalisierung der Wirtschaft dennoch nur wenig Bedeutung für die KV-Verhandlungen: Für die Vertreter transnationaler Unternehmen ist zwar das ö KV-System und insbesondere die Rolle der Wirtschaftskammer zunächst meist schwer zu verstehen. Aber andererseits schätzen gerade diese Unternehmen den, vor allem aufgrund der sozialpartnerschaftlichen Lohnpolitik begründeten sozialen Frieden und möchten diesen erhalten. Dies einerseits, weil sie wegen konzerninterner Lieferketten verwundbarer sind als lokal verankerte (Familien-) Unternehmen. Vor allem aber wurde die internationale Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Wirtschaft durch die KV-Abschlüsse nie nachhaltig beeinträchtigt, was auch in konzerninternen Rankings sichtbar wird und für das lokale Management entscheidend ist.[8] Zudem dürften Manager*innen, die aus dem Ausland

[6] *Flecker/Krenn* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 69.
[7] *Flecker/Krenn* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 70 f.
[8] Gespräch mit Mag. *Mörk* u Mag. *Stegmüller*, beide WKÖ.

entsandt wurden, oft eine andere, von den Kulturen ihres Heimatlandes geprägte Vorstellung von Ablauf, Folgen und insb Dauer von Streiks haben.

2.6 Angriffe auf die Sozialpartnerschaft

Der allmähliche Vertrauensverlust in die Sozialpartnerschaft führte auf politischer Ebene in den 90er-Jahren zu gezielter politischer Anfeindung gegen diese und mündete schließlich in die Abstimmungen über die Pflichtmitgliedschaft im Kammerbereich 1995/96. Diese Phase erreichte ihren Höhepunkt unter den Regierungen Schüssel/Haider (um bei den Namen der tatsächlich entscheidenden Personen zu bleiben).

Die Reaktion der Sozialpartner blieb überschaubar: Präsident Leitl setzte eine Reform der Wirtschaftskammern durch und bei den Gewerkschaften begann eine Serie von Fusionen – s Kap 3.2. Das KV-System selbst blieb von all dem ganz unberührt: Gerade im Jahrzehnt mit den schärfsten Angriffen gegen die Sozialpartnerschaft (rund um die Jahrtausendwende) wurden die meisten und bedeutendsten neuen KV geschaffen (s Kap 3.7)!

Ab 2007 ist die Wertschätzung der Sozialpartnerschaft kontinuierlich wieder gestiegen. Sie wurde 2008 in der Verfassung als unterstützenswerte und autonome Institution anerkannt und generiert heute in den Umfragen Vertrauenswerte, die weit höher liegen als jene des politischen Systems.

3. Die Entwicklung des KV-Systems

Jedes Jahr werden rund 500 KV hinterlegt. Ihr Geltungsbereich erfasst uU weniger als hundert AN, oder aber auch Zehntausende. Sie regeln entweder die gesamten Arbeitsbedingungen einer Branche, oder aber nur Mindestlöhne/-gehälter, oder gar bloß Zulagen auf einer bestimmten Großbaustelle. Dieser Vielfalt entspricht eine Vielzahl ganz unterschiedlicher Strukturen und Entwicklungen. Die folgende Darstellung fokussiert daher auf Grundstrukturen und die Entwicklung bei KV, die für viele Betriebe und AN gelten.

3.1 Grundzüge der Verhandlungskultur

Die von der Politikwissenschaft gut beschriebenen Grundzüge der Sozialpartnerschaft zeigen sich auch im KV-System deutlich. Der wesentliche Unterschied zur Gestaltung innerhalb des politischen Systems liegt darin, dass die Sozialpartner im KV-System autonom agieren. Jegliche Einmischung anderer, insb politischer Instanzen wird stets, und meist übereinstimmend, zurückgewiesen. Gerade deswegen sind diese Grundzüge noch deutlicher ausgeprägt:

- Es besteht eine auf langfristige Zusammenarbeit und Lösungen orientierte Kultur. Wahlperioden spielen keine Rolle, das gesamte System ist auf idR

jährliche, intensive Verhandlungen ausgerichtet. Lösungen müssen nicht sofort durchgesetzt werden, die nächste Verhandlungsrunde kommt bestimmt. „Tricks" sind sinnlos, denn sie würden nur alle künftigen Verhandlungen erschweren und idR schon im nächsten Jahr rückgängig gemacht werden.

- Wie die Sozialpartnerschaft insgesamt, sind auch KV-Verhandlungen „*von einer institutionalisierten Informalität geprägt, die auf der nahezu permanenten Gesprächs- und Verhandlungsbereitschaft aller Partner beruht*".[9] Daher ist Handschlagqualität sehr wichtig,[10] getroffene Vereinbarungen werden strikt eingehalten. Man kann das gut an KV-Änderungen sehen, mit denen – aus Sicht der KV-Parteien – „falsche" gerichtliche Entscheidungen, auch klar zu Lasten der durch die E begünstigten Seite „korrigiert" werden.[11]
- Gesamtwirtschaftliche Ziele (Wirtschafts– und Beschäftigungswachstum) werden auch bei den branchenbezogenen Verhandlungen berücksichtigt.[12] Es besteht ein gemeinsames Verständnis makroökonomischer Zusammenhänge und die Bereitschaft zur sachlichen Diskussion bei Verzicht auf einseitige „Maximalstrategien".[13] Daten werden grundsätzlich zu Verhandlungsbeginn geklärt, gerade bei Lohn-/Gehaltsverhandlungen haben langjährige Datenreihen (insb rollierend berechnete durchschnittliche Inflationsraten) eine hohe Bedeutung.
- Es bestehen langfristige persönliche Kontakte, die ein gegenseitiges Verständnis erleichtern. Dazu trägt auch eine stabilisierende Rolle der beidseitig beschäftigten Expert*innen bei, die idR gleichfalls über viele Jahre beschäftigt sind und auf mehreren Ebenen in Kontakt stehen.[14] Öffentlich ausgetragene politische Konflikte, selbst auf Präsidentenebene, ändern daran nichts. Sie werden auf der Kollektivvertragsebene idR nicht einmal kurzfristig bedeutsam.
- Ein Kernelement des Verhandlungskultur ist es, sich in die Position der Gegenseite möglichst gut „einzudenken", also zu verstehen, was für diese wesentlich ist, wo Kompromissmöglichkeiten bestehen, aber auch wo sie enden. Eine Anekdote mag die sehr praktische Bedeutung dieser Fähigkeit illustrieren: (Schon) In den 90er-Jahren erklärte ein Verhandlungsführer der Arbeitgeberseite, dass in der aktuellen Situation ein einheitlicher Lohnabschluss für

---

9 *Delapina*, Buchrezension in Wirtschaft und Gesellschaft 2000, 108.

10 Gespräch mit *Dr. Basalka*, szt WKÖ.

11 ZB wurde Abschnitt VIII Pkt 17 KV Metallgewerbe (Arb) über die „Aufnahme auf der Baustelle" in Reaktion auf OGH 9 ObA 39/05h, ÖJZ 2006, 500 geändert in „Arbeitnehmer, die *physisch* auf der Bau (Montage) Stelle aufgenommen werden …".

12 *Kittel/Talos* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 99.

13 *Tumpel*, Sozialpolitik in *Pelinka* (Hrsg), Wie sozial kann unsere Welt sein (2005) 112, 114.

14 *Kittel/Talos* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 120 f.

alle Fachverbände (FV) der Metallindustrie nicht möglich sei. Eine gespannte Stille trat ein, alle warteten auf die Reaktion des Vorsitzenden der „Metaller" auf diese (damals) unerhörte Provokation. Aber der reagierte gelassen: Er verstehe das Anliegen und ersuche nur, dass „*jetzt zunächst die Herren aus jenen FV aufzeigen, die mehr zahlen wollen*." Ein allgemeines, befreiendes Gelächter griff um sich: Unterschiedlich hohe Lohnabschlüsse in wirtschaftlich verflochtenen FV sind eben nicht nur für die AN-Seite ein Problem!

- Beide Seiten verfügen über spezielle Branchenkenntnisse aus deren kumuliertem, innerorganisatorischen Wissen. Die ihnen bekannten faktischen Verhältnisse, üblichen Begrifflichkeiten und „Verkehrssitten" der jeweiligen Branche sind oft für die erzielten Kompromisse und spezifischen Lösungen bestimmend. Dies führt allerdings dazu, dass oft sowohl die Normsetzer als auch die Normadressaten die geschaffenen Regelungen besser verstehen als das Rechtssystem – was immer wieder zu Auslegungsschwierigkeiten führt.[15]

3.2 Strukturänderung bei den KV-Parteien

Beginnend 1991 und mit einem Schwerpunkt ab 2006 (finanzielle Folgen der BAWAG-Krise für den ÖGB) sank durch zahlreiche Fusionen die Zahl der Fachgewerkschaften, die 1974 noch 15 betragen hatte auf heute sieben. Insb die ursprünglich neun Gewerkschaften, die ausschließlich Arbeiter*innen vertraten, schmolzen auf heute zwei (Gewerkschaft Bau-Holz und die Produktionsgewerkschaft PRO-GE). Diese Entwicklung ist auch veranlasst vom Übergang in die Dienstleistungsgesellschaft und dem daher sinkenden Anteil der Beschäftigten in der Sachgütererzeugung. Eine nennenswerte Verminderung der Zahl der KV-Abschlüsse ist dadurch aber nicht eingetreten: Die Zusammenlegung von KV erfolgt (noch) ganz selten.

Eine ähnliche, wenngleich weniger scharfe Entwicklung nahm die WK-Organisation: Auch deren Struktur wurde durch Fusionen kleiner FV bzw Innungen im Wege von Änderungen der Fachorganisationsordnung (FOO) gestrafft. Wesentlich war auch der Übergang der Kompetenz zum Beschluss der FOO: Durch eine Novelle des WKG wurde ab 2002 das (gleichfalls neu geschaffene) „Wirtschaftsparlament" der WKÖ zur autonomen Änderung der internen Struktur ermächtigt, die vorher durch VO festgesetzt worden war. Änderungen der FOO könnten aber auch die KV-Zugehörigkeit von Unternehmen verändern, der ja von der Zuordnung des AG zur jeweiligen Gliederung der WK abhängt. Die seit jeher detailreich in der jeweiligen FOO angeordnete Rechtsnachfolge der fusionierten neuen Gliederungen, insbesondere auch als KV-Partner, ist seither noch wichtiger.

[15] Vgl *Schindler*, Warum das „Wahre, Gute und Schöne" als Leitlinie der Kollektivvertrags-Interpretation nicht taugt!, in FS Pfeil (2022) 269 ff, insb 276, 279.

3.3 Änderungen bei den Verhandlungsteams

Die Zahl der an Verhandlungen beteiligten Personen nimmt auf AG-Seite ab. Verhandlungsteams bestehen heute oft nur mehr aus 4–5 Personen. Typischerweise sind das die Obleute des jeweiligen FV, dessen Geschäftsführer*in, ein*e Arbeitsrechtsexpert*in der Sparte oder des FV und, nur bei „bedeutenden" KV, etliche Funktionäre.[16] Diese Funktionäre waren in den 70er-Jahren typischerweise Generaldirektoren oder für das Personal zuständige Vorstandsmitglieder.[17] Das hat sich strukturell verändert: Personalvorstände gibt es kaum mehr und die für „Human Ressources" Verantwortlichen sind idR weder Arbeitsrechts-Spezialisten noch Vorstandsmitglieder. Auf der Ebene der Funktionäre gibt es weiterhin so gut wie keine Frauen, bei den hauptamtlichen Verhandler*innen (Geschäftsführer*innen der FV) hingegen schon. Es handelt sich um stabile, sich wenig ändernde Teams.[18]

Auf der AN-Seite ist die Zahl der Teilnehmer*innen idR unverändert, aber es nimmt die Zahl beigezogener Expert*innen (Jurist*innen, Volkswirt*innen) zu. Dies ist wohl der steigenden Komplexität der verhandelten Regelungen bzw volkswirtschaftlichen Probleme, aber auch der in Kap 2.3 beschriebenen „Überlastung" der KV geschuldet. Die Folge ist ua eine gewisse „Juridifizierung" der Texte, die deren Lesbarkeit mE nicht zuträglich ist. Die Struktur der Verhandler*innen (Gewerkschaftsfunktionär*innen, insb aus dem Kreis betroffener [Konzern-/Zentral-]Betriebsräte) blieb unverändert. Unverändert blieb aber auch, dass dabei Betriebsräte aus größeren Unternehmen überproportional vertreten sind.[19] Auf AN-Seite sind stets auch Frauen vertreten, einerseits aus der jeweiligen Branche, andererseits aus der Frauenorganisation der jeweiligen Fachgewerkschaft; aber oft sind sie dennoch unterrepräsentiert.

Die ehrenamtlichen Verhandler*innen der Industrie, Banken usw weisen von ihrer persönlichen Sozialisation und dem Lebensstil her idR eine weit höhere Distanz zu den ehrenamtlichen Verhandler*innen der Gewerkschaften auf, als dies im Gewerbe oder zB bei Dienstleistern der Fall ist. Eigentümer*innen bzw Manager*innen der obersten Hierarchie leben meist doch „in einer anderen Welt" als Gewerkschafter*innen; auch wenn sie es, nach meinem Eindruck, stets vermeiden das allzu sichtbar werden zu lassen. (Kleine) Gewerbetreibende hingegen sind Facharbeiter*innen bzw Absolvent*innen berufsbildender Schulen, wie die meisten Gewerkschaftsfunktionär*innen auch; zwar mit Meisterprüfung und Gewerbeschein, aber das ändert den Lebensstil nicht allzu sehr. Der leichtere persönliche Kontakt ändert indes nichts daran, dass die Interessengegensätze im Gewerbe und speziell bei Dienstleister*innen schärfer sind als in der Industrie, einfach wegen der kleinbetrieblichen Struktur

[16] Gespräch mit Mag. *Mörk* u Mag. *Stegmüller*, beide WKÖ.
[17] Gespräch mit *Dr. Basalka*, szt WKÖ.
[18] Gespräch mit Mag. *Mörk* u Mag. *Stegmüller*, beide WKÖ.
[19] *Talos* in *Dachs ua* (Hrsg), Handbuch des politischen Systems Österreichs[3] (1997) 398.

und dem deutlich höheren Anteil der Lohn-/Gehaltskosten an den gesamten Aufwendungen.

3.4 (Bislang) Keine substantielle Änderung des Verhandlungsklimas

Die Gewerkschaften starten seit den 90er-Jahren oft Phasen der niederschwelligen Mobilisierung schon vor Beginn der eigentlichen KV-Verhandlungen. Dies geschieht manchmal zur Erstellung der eigenen Forderungen, aber auch um eine erhöhte persönliche Beteiligung einzelner Mitglieder (nicht nur der betrieblichen Funktionär*innen) zu erreichen. Ebenso nehmen unkonventionelle, öffentlichkeitswirksame Aktionsformen seither zu.[20] Auch die Häufigkeit von (Protest-)Versammlungen betrieblicher Funktionäre im Ablauf von Lohnverhandlungen scheint mir anzusteigen – Zahlen dazu gibt es leider nicht.

In der Tonalität nach außen ist also, insb in den letzten zehn Jahren eine Verschärfung festzustellen, aber bei den Verhandlungen selbst ist im Kern keine Änderung eingetreten.[21] Den uU scharfen öffentlichen Stellungnahmen folgt bisher stets eine strikt sachbezogene Verhandlung, die auch die gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen berücksichtigt. Es gilt weiterhin Sachlichkeit und das Bemühen um eine gemeinsame Lösung.[22] Das ändert nichts daran, dass im Einzelfall Konflikte auch hart ausgetragen werden. Mittelfristig stellen aber auch dann beide Seiten die Konsensorientierung wieder her: Man kann das beispielsweise an der Entwicklung des KVAÜ gut beobachten.[23]

Im „KV-Jahr" 2022/23 gab es ungewöhnlich viele scharfe Konflikte rund um KV-Abchlüsse (Lederindustrie, Eisenbahnen, Brauereien, Wiener Ordensspitäler, Handel, …). Das hat sich auch 2023/24 in der „Herbstlohnrunde" fortgesetzt. Dennoch nehme ich an, dass es sich um eine Ausnahmeerscheinung auf Grund der besonderen wirtschaftlichen Situation (hohe Inflation) handelt und nicht um eine Trendwende.

3.5 Tendenz zur Auflösung viele FV umfassender KV-Gemeinschaften

Schon seit den 50er-Jahren bestand im Bereich der Angestellten der Industrie die sog „Globalrunde": Ein Rahmen-KV erfasste alle Industrie-Angestellten, ausgenommen jene der Mineralöl- und Bauindustrie. Ebenso galt und gilt ein für nahezu alle Bundesinnungen der Sparte Handwerk gültiger KV. Die stärkere internationale Konkurrenz führte jedoch ab 1993 zu Konflikten innerhalb der WKÖ.[24] Immer mehr FV lösten sich aus der Industrie-Globalrunde und glichen auch den Geltungsbeginn der

[20] *Karlhofer* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 42.
[21] Gespräch mit Mag. *Mörk* u Mag. *Stegmüller*, beide WKÖ.
[22] Gespräch mit Mag. *Mörk* u Mag. *Stegmüller*, beide WKÖ; Gespräch mit *K. Dürtscher*, Gew der Privatangestellten.
[23] S dazu *Schindler*, Komm zum KVAÜ[5] (2022) 54 ff.
[24] *Rosner*, in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 89.

Gehaltsänderungen an jenen des Arb-KV ihrer Branche an; zT erfolgte auch eine inhaltliche Annäherung – vgl Kap 3.6.

Ein ähnlicher Verlauf ergab sich innerhalb der Metallgruppe (Arb): 2002 schied der FV der Elektro- und Elektronikindustrie, einvernehmlich mit der Metallgewerkschaft, aus der Verhandlungsgemeinschaft aus. Mittels eines Abschlusses für 18 Monate wurde der Geltungsbeginn der sonst jährlichen Lohnerhöhungen von November auf Mai verschoben. In der Folge wurden schrittweise die Regelungen mit jenen des Ang-KV harmonisiert und eine übereinstimmende KV-Gliederung geschaffen. Ab November 2011 wurde die gesamte (restliche) Metall-Verhandlungsgemeinschaft einseitig seitens der AG beendet. Seither erfolgen jährlich getrennte Verhandlungen mit jedem FV, die allerdings stets idente Ergebnisse erbringen. Sie werden formell als getrennte, aber wortidente KV hinterlegt. Materiell hat sich eigentlich nur geändert, dass nun der FV der metalltechnischen Industrie auf AG-Seite federführend ist, weil er stets zuerst verhandelt.

3.6 KV, die für Arbeiter*innen und Angestellte gelten

Die Angleichung der Rechte der Arbeiter*innen an jene der Angestellten – vgl Kap 4.4 – spiegelt sich im Geltungsbereich der KV nur marginal: KV, die für Arb und auch Ang gelten, gibt es traditionell nur in Bereichen, die dem Öffentlichen Dienst „nahestehen", wie ORF, ÖBB, Kommunale Betriebe, Universitäten usw. Ferner in Einrichtungen, die einer der christlichen Kirchen nahestehen sowie den Rettungs- und Sanitätsdiensten. Auch einige neu geschaffene KV, wie jene für die Sozialwirtschaft bzw für private Bildungseinrichtungen erfassen von Anfang an beide AN-Gruppen.

Dass zwei früher getrennte KV zusammengelegt werden, ist hingegen – soweit für mich überblickbar – erstmals 2007 in der Mineralölindustrie geschehen. 2016 folgte der KV der AN in Garagen und Tankstellen. Im Regelfall aber bestehen doch so unterschiedliche Anforderungen an die beiden AN-Gruppen, dass es bei je eigenen KV bleibt: Die Regelungsinhalte eines KV gehen weit über jene hinaus, die das gesetzliche Arbeitsrecht umfasst. Im Bereich der Grundlöhne bzw -gehälter lässt sich eine gemeinsame Regelung noch relativ leicht gestalten, überlappen sich die Qualifikationen doch weithin. Qualifikationsstufen, in denen eine der beiden AN-Gruppen nicht vorkommt, bleiben insoweit für die andere Gruppe unnötig, schaden aber nicht. Vorrückungssysteme sind auch für Arbeiter*innen praktikabel, ggf kann für niedrig qualifizierte Gruppen, für deren Arbeit erworbene Erfahrung nur geringe Bedeutung hat, ein entsprechend flacherer Verlauf der Entlohnung vereinbart werden; wie das auch in nur für Ang güligen KV üblich ist. Solche Regelungen sind in den Industrie-KV inzwischen häufig.

Anders ist es bei der Abgeltung tätigkeitsspezifischer Belastungen der jeweiligen Branche. So ist zB Fließbandarbeit bei Angestellten so gut wie unbekannt. Auch durch Schmutz und körperliche Belastungen erschwerte Arbeit ist für sie in der In-

dustrie untypisch – anders zB in Spitälern.[25] Vorarbeiter*innen gibt es nicht, dafür ev Projektarbeit, Abteilungsleiter*innen usw. Gleitzeit kann bei verketteten Tätigkeiten oft nicht angeboten werden; die werden idR nur von Arbeiter*innen verrichtet. Von ihrem eigentlichen Anwendungsbereich losgelöste, neutrale Formulierungen in für beide AN-Gruppen gültigen KV könnten dann in der jeweils anderen AN-Gruppe Ansprüche auslösen, die dort nicht beabsichtigt sind. Die klassische Voraussetzung für die Vorarbeiterzulage etwa (Vorgesetztenfunktion gegenüber einer bestimmten Anzahl von AN) würde bei Angestellten einen Anspruch für Referats-, Abteilungsleiter*innen usw jeglicher Hierarchieebene in ganz gleicher Höhe bewirken. Ein durchaus möglicher, aber oft nicht erwünschter KV-Inhalt.

Daher stellen für Arbeiter*innen bzw Angestellte getrennt gültige KV weiterhin den Normalfall dar. Sie beruhen oft auf gemeinsamen, für beide Gruppen geführten Verhandlungen. Häufig enthalten sie abgestimmte, zT wortidente Entlohnungsschemata und/oder Arbeitszeitregelungen; aber darüber hinaus unterschiedliche Anordnungen je nachdem, welche Fragen in der Branche für die jeweilige AN-Gruppe als regelungsbedürftig erachtet wurden. Dabei geht es nicht um Besser- oder Schlechterstellungen einer AN-Gruppe, die längst sachlich unbegründbar wären,[26] sondern um branchenbezogene, spezielle Arbeitsbedingungen.

3.7 Schaffung neuer KV

Das ö KV-System hat im internationalen Vergleich stets einen besonders hohen Anteil der AN erfasst. Bemerkenswerter Weise hat es diese Fähigkeit durch alle Phasen der letzten 50 Jahre nicht nur erhalten, sondern eher noch ausgebaut. Das ist noch wenig überraschend in jener Gruppe neuer KV, die für Institutionen abgeschlossen wurden, die aus dem öffentlichen Dienst ausgegliedert wurden: vom Arbeitsmarktservice über die Post, Telekom, Museen bis zu den Universitäten. Hier handelt es sich um traditionell hoch organisierte Bereiche, bei denen es kaum vorstellbar schien, dass es keine kollektiven Regelungen für sie gäbe.

Sehr viel schwieriger ist dieser Prozess dann, wenn es sich um Branchen handelt, die neu entstanden sind oder bisher nicht organisiert waren. Das trifft im weiteren Sinn schon auf den IT-KV des Jahres 2001 zu. Die aktuellen Beispiele sind bekannt: Sozialwirtschaft, private Bildungseinrichtungen, Arbeitskräfteüberlassung. Daneben gibt es weitere, weniger bekannte. Dazu ggf nötige neue Arbeitgeber-Vereinigungen wurden gegründet und durchaus auch von den Gewerkschaften begrüßt. Das sind bemerkenswerte Erfolg für das KV-System und bestätigt dessen langfristige Orientierung.

[25] Dort ist oft die Tätigkeit der technischen Facharbeiter*innen körperlich weniger belastend!
[26] Vgl *Drs*, Arbeiter und Angestellte (1999) insb 47–52.

4. Einige inhaltliche Entwicklungen

Die Inhalte der KV sind derart vielfältig, dass es mir unmöglich erscheint, generelle inhaltliche Veränderungen festzustellen. Doch bei einigen Themenbereichen, die mir auch gesellschaftlich bedeutsam erscheinen, zeigt sich eine ähnliche Entwicklungin mehreren KV:

4.1 Dezentralisierung als neuer KV-Inhalt?

Die „Dezentralisierung der Lohnverhandlungen" war eine zentrale neoliberale Forderung. Das ist strukturell nur in geringen Ansätzen geschehen (Kap 3.5), die angestrebte Verlagerung der Verhandlungen auf die Betriebsebene ist nicht erfolgt. Aber eine Dezentralisierung kann auch bei unveränderter KV-Struktur dadurch entstehen, dass die KV selbst ihre Regelungsbefugnis delegieren. Tatsächlich lässt sich eine solche Tendenz feststellen: Ab den 90er-Jahren wird bei Lohnabschlüssen die wirtschaftliche Lage in den einzelnen Betrieben stärker berücksichtigt bzw den Betrieben (kleine) Gestaltungsspielräume eröffnet: So wurden ab 1997 in der Metallindustrie (auch für Ang) wiederholt „Verteilungsoptionen" vereinbart. Sie erlaubten, einen kleinen Teil der Ist-Lohnerhöhung im Einvernehmen mit dem BR individuell zu verteilen, wenn im Ausgleich eine stärkere, als die generell vereinbarte Erhöhung der Ist-Löhne/Gehälter erfolgte (zB 0,5 % verteilbar bei um 0,3 % erhöhtem Ist-Prozentsatz).[27] Ab 2008 wurde in den Metall-KV wiederholt die Höhe der vereinbarten Einmalzahlung vom im Vorjahr erzielten operativen Gewinn (EBIT) des einzelnen Unternehmens abhängig gemacht. Vereinzelt fanden sich sogar dispositive Regelungen in KV. Im Gegenzug wurden aber auch jährlich verpflichtende innerbetriebliche Lohnrunden in KV verankert („Verteilvolumen" – vgl Kap 4.3). Ab 2013 wurden regelmäßig „Freizeitoptionen" vereinbart, wonach AN mit dem AG vereinbaren können, statt (Teilen) der Ist-Lohnerhöhung entsprechend mehr Freizeit (im Kern: Urlaub) zu erhalten – eine moderne Lösung, die differenzierteren AN-Interessen Rechnung trägt.

Diese neuen Regelungen sind eher in Branchen mit hohem gewerkschaftlichen Organisationsgrad zu finden. Gewerkschaften lassen in „starken" Branchen offenbar eher Experimente zu, wohl weil sie dort ggf auch die Macht haben, diese wieder zu beenden.

4.2 Flexibilisierung: Entwicklungstendenzen der Regelungen zur Arbeitszeit

Ferner ist eine Flexibilisierung der Arbeitszeit in vielen Branchen ermöglicht worden. Typischerweise regeln die KV dabei nur die Voraussetzungen und Bedingungen

[27] Das hatte es früher vereinzelt und für kleine Gruppen auch gegeben, sogar schon 1974. Nun galt die Regelung für die gesamte Metallindustrie, und es wurde für immerhin 22 % der potentiell erfassten AN davon Gebrauch gemacht: *Rosner* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 89.

möglicher Regelungen und ermächtigen die BV (in gewerblichen KV oft auch den Arbeitsvertrag) zur tatsächlichen Einführung und Ausgestaltung im Detail. Die Spielräume und Gegenleistungen werden in den KV festgelegt. Diese Entwicklung in den späten 90er-Jahren hat auch das „Einfangen" einer auf betrieblicher Ebene bereits erfolgten „wilden Dezentralisierung" bewirkt.[28]

Hingegen ist die, durch ungebrochene Zuwächse der Produktivität eigentlich induzierte Verringerung der Wochenarbeitszeit nur marginal erfolgt. Eine Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden ist im Wesentlichen schon in den 90er-Jahren typisch geworden. Nun gelten auch 37 Wochenstunden schon häufig (zB in der Sozialwirtschaft, im Zeitungsdruck, …). Aber Arbeitszeiten von 36 Wochenstunden und weniger kommen zwar vor (KV Expedit der Zeitungen; KV Papierindustrie für Arbeiter*innen im vollkontinuierlichen Schichtbetrieb; …), sind aber immer noch eine seltene Ausnahme.

4.3 Regelungen zur faktischen Gleichstellung der Frauen mit den Männern

Um dieses, gesetzlich zwar ausdrücklich, aber mit wenig faktischer Wirksamkeit längst verankerte Ziel zu erreichen, sind KV grundsätzlich gut geeignet: Oft sind es branchentypische Besonderheiten, die dazu führen, dass formal genderneutrale Regelungen praktisch doch Frauen benachteiligen: zB die viel niedrigere Bewertung von Facharbeit im Verhältnis zu un- bzw angelernter Arbeit in Branchen, in denen überwiegend Frauen Facharbeit leisten. Dadurch wird weibliche Facharbeit (Verkäufer*in, Friseur*in, …), die oft ohnedies nicht als solche wahrgenommen wird, auch finanziell entwertet. Bei der Beseitigung offen diskriminierender Regelungen waren die Gewerkschaften immer wieder Vorreiter (zB der Metallerstreik 1962, mit dem ua die Abschaffung der deklarierten Frauen-Lohngruppen durchgesetzt wurde). Was hat sich diesbezüglich getan?

Unmittelbar diskriminierende Regelungen sind in KV so gut wie nicht mehr zu finden. Allgemeine Anordnungen, die lediglich das gesetzliche Gleichbehandlungsgebot wiederholen (insb im Zusammenhang mit Einstufungsregeln) sind sehr häufig, aber wohl wenig wirkungsvoll. Leider gibt es konkrete Regelungen zur Frauen„förderung" selten. Zu nennen wären etwa das „Verteil- bzw Leistungsvolumen" (Metall- bzw Elektroindustrie; jeweils Arb und Ang) das, allerdings nur neben anderen Zielen, ausdrücklich zur „Verbesserung der Lohnstruktur, insb im Hinblick auf die Nichtdiskriminierung der Geschlechter" beitragen soll. Oft gelten ferner die Verfallsfristen eines KV nicht für Gleichbehandlungsansprüche.

Die Bedachtnahme auf branchentypische Besonderheiten muss allerdings nicht ausdrücklich als solche benannt sein. So begünstigt die Abschaffung der jeweils niedrigsten Entlohnungsgruppe (leider) regelmäßig die Frauen. Das gilt ebenso für

[28] *Flecker/Krenn* in *Karlhofer/Talos*, Zukunft der Sozialpartnerschaft 60.

die generelle Anhebung der niedrigsten Löhne bzw Gehälter durch General-Vereinbarungen mit den AG-Verbänden, wie zB 2017 die Einigung auf Löhne/Gehälter von mindestens € 1.500.– ab 2020. Als faktische, branchenspezifische Regelung kann ferner die Öffnung der Facharbeits-Gruppen auch für AN ohne Lehrabschlussprüfung in der Metall- und der Elektroindustrie genannt werden; in der aber leider sehr wenige Frauen Facharbeit verrichten.

Regelungen zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie, eine indirekte Förderung der Gleichstellung, finden sich in etlichen KV. Ich habe aber nur zwei Gruppen gefunden, in denen *normative* Regeln bestehen: Einerseits sehen die KV der Elektroindustrie (Arb und Ang) die Pflicht zur Bedachtnahme auf die Vereinbarkeit bei der Verteilung der Normalarbeitszeit, der Anordnung von Mehrarbeit und Dienstreisen vor. Andererseits räumen zahlreiche KV, die Sonntagsarbeit zulassen, den AN das Recht ein, die Leistung dieser zu verweigern oder einseitig zu beenden, wenn das ua aus Gründen der Vereinbarkeit nötig ist. Sonst handelt es sich um allgemeine Bekenntnisse bzw Absichtserklärungen (zB Post AG, Sparkassen, Universitäten), oder Erläuterungen zur Empfehlung, der Inanspruchnahme von „Papamonaten" zuzustimmen (im Journalisten-KV wurde ein Rechtsanspruch verankert) bzw Erläuterungen iVm der „Freizeitoption" (vgl Kap 4.1).

4.4 Angleichung der Rechte der Arbeiter*innen an jene der Angestellten

Das war ein zentrales Thema für die Arbeitergewerkschaften in all den 50 Jahren. Dabei haben KV, wie generell in der Entwicklung des Arbeitsrechts, eine Vorreiterrolle eingenommen. So sei nur an das Urlaubs-, aber auch Abfertigungsrecht erinnert, deren gesetzlicher Angleichung jeweils KV-Regelungen weit vorangegangen waren. Auch die in den letzten Jahren erfolgten Angleichungen im Bereich der Entgeltfortzahlung bei Krankheit und des Kündigungsrechts hatten KV längst vorweggenommen (zB der KV Metallindustrie schon ab 1998) und dadurch die gesetzliche Gleichstellung erleichtert. Diese Regelungsinhalte verlieren nun weitgehend ihre Bedeutung. Zu den gesetzlich noch nicht angeglichenen Fragen, insb des Entlassungs- bzw Austrittsrechts, bestehen kaum KV-Regelungen.

5. Zusammenfassung

1. Das KV-System reagiert durchaus flexibel und effizient, aber eher langsam auf neue Herausforderungen: Ausgliederungen aus dem öffentlichen Dienst (AMS, Museen, Universitäten …), aber auch die Entstehung neuer Branchen (IT, Sozialwirtschaft, Weiterbildung, …) bzw von Beschäftigungsformen wie Leiharbeit führen zum Abschluss neuer Kollektivverträge, die diese Bereiche abdecken und das sehr hohe Niveau durch KV erfasster Arbeitsverhältnisse noch steigern.

2. Dem massiven, neoliberalen Druck zu einer „Dezentralisierung der Lohnverhandlungen" hat das System Stand gehalten: Es ist weder zu einer Zersplitterung noch gar zu einer Dezentralisierung der Verhandlungsstrukturen gekommen. Eine vorsichtige Erweiterung der Gestaltungsmöglichkeiten auf Betriebsebene bzw sogar für AN selbst, ist durch branchenspezifische und themenbezogene Regelungen in den KV erfolgt. Es besteht jedoch eine Tendenz zur Auflösung mehrere FV übergreifender Verhandlungsgemeinschaften.
3. In der Zusammensetzung der Verhandlungskomitees ist eine Änderung erkennbar, die man am ehesten als „Professionalisierung" charakterisieren kann. Frauen sind weiterhin unterrepräsentiert, besonders auf der Arbeitgeberseite.
4. Die Verhandlungsabläufe sind nach wie vor äußerst unterschiedlich, haben sich aber nirgends sehr verändert. Auch das interne Verhandlungsklima hat sich nicht wesentlich zugespitzt: Das KV-System hat die politischen Schwankungen und Polarisierungen der letzten Jahrzehnte bislang gelassen ignoriert.
5. Die faktische Angleichung der Rechte, insb Entgelte von Frauen und Männern wird häufig angesprochen, aber selten vorangetrieben; doch gibt es einige Regelungen die dieses Ziel, zT nur indirekt, verfolgen.
6. Die KV haben inhaltlich die Angleichung der gesetzlichen Rechte von Arbeiter*innen an jene der Angestellten wesentlich vorangetrieben und dadurch die endlich, wenngleich noch nicht vollständig erfolgte gesetzliche Gleichstellung ermöglicht. Auch die Inhalte der für Arbeiter*innen bzw für Angestellte gültigen KV einer Branche nähern sich oft an. Gemeinsame KV gibt es aber nur selten: Im Regelfall bestehen auf Branchenebene unterschiedliche faktische Anforderungen an die beiden AN-Gruppen, denen durch getrennte KV entsprochen wird.

Neuerungen in der Kollektivvertragspolitik

Entgeltregelungen, innovative Arbeitszeitmodelle und die Digitalisierung als neues Handlungsfeld

Michael Gogola/Susanne Haslinger

1. Einleitung 125
2. Entgeltregelungen als Kern der KollV-Politik 126
   2.1 Betriebsübliche Löhne in der Arbeitskräfteüberlassung: die Referenzzuschläge 127
   2.2 Die „Wettbewerbs- und Beschäftigungssicherungsklausel" als Alternative zu klassischen Tariföffnungsklauseln? 128
3. Arbeitszeitgestaltung als Herausforderung der KollV-Politik 129
   3.1 Die Wahl zwischen Geld und Zeit: Freizeitoption in der Industrie 130
   3.2 10/36 im Metallgewerbe – Interessenausgleich bei Flexibilität: Das kann nur Verkürzung sein! 132
   3.3 Maßnahmen zur Schaffung größerer Zeitautonomie: Recht auf eine 4-Tage-Woche und Schwarz-Weiß-Regelung im Handel 133
   3.4 Begrenzung der Arbeitszeit: Das Recht auf Nichterreichbarkeit im IT-Bereich 134
4. Die Digitalisierung als neues Handlungsfeld der KollV-Politik 135
   4.1 Telearbeitsregelungen im KollV 136
   4.2 Datenschutz und Künstliche Intelligenz als kollv Regelungsgegenstände? 137
5. Zusammenfassung und Ausblick 139

1. Einleitung

Als zentrales kollektives Regelungsinstrument – neben der Betriebsvereinbarung – kommt dem KollV überragende Bedeutung bei der Gestaltung der Arbeitsbeziehungen und der Normierung sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebender Rechte und Pflichten von AG und AN zu. Die heutigen rechtlichen Grundlagen des KollV finden sich gleich zu Beginn des Arbeitsverfassungsgesetzes (§§ 2–17 ArbVG),[1] dessen Inkrafttreten sich im Jahr 2024 zum 50. Mal jährt. Wenngleich sich in KollV eine große Bandbreite an Inhalten findet, stellen die relevantesten Regelungen zweifellos solche über das Entgelt, das für die zu leistende Arbeit (zumindest) zu bezahlen ist, sowie über das Ausmaß und die Gestaltung der Arbeitszeit dar. Durch Normierung auf

[1] BGBl I 2023/60.

überbetrieblicher (Branchen-)Ebene werden die Elemente (Mindest-)Entgelt und Arbeitszeit dem Wettbewerb zwischen einzelnen Unternehmen weitgehend entzogen. Ein besonderer Vorteil der BranchenkollV liegt auch darin, auf die jeweiligen Spezifika bestimmter Wirtschaftsbereiche zielgerichteter eingehen zu können.

2. Entgeltregelungen als Kern der KollV-Politik

Das Kernstück eines jeden Kollektivvertrags bilden zweifellos die Mindestentgeltregelungen sowie deren – in aller Regel – jährliche Erhöhung. Traditionell wird hierbei die vielzitierte Benya-Formel herangezogen. Dahinter steckt die Orientierung der kollektivvertraglichen Lohnpolitik an der Inflation sowie der mittelfristigen gesamtwirtschaftlichen Produktivität (sog solidarische Lohnpolitik). Dabei wird die rollierende Inflation der letzten zwölf Monate zugrunde gelegt, also hinsichtlich der Teuerung in die Vergangenheit geblickt. Zugleich orientieren sich die Kollektivvertragsparteien sowohl an der Produktivität der Branche, deren Zuwächse an die Beschäftigten weitergegeben werden sollen, als auch an der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung. Letzteres verhindert ein allzu heftiges Auseinanderdriften verschiedener Branchen und sichert die Stabilität der Kaufkraft – womit den Lohnabschlüssen nach diesem Schema eine hohe stabilisierende Wirkung in der gesamten österreichischen Wirtschaft zukommt. So konnte alleine im Zeitraum von Herbst 2022 bis Juni 2023 für jene ca 2 Mio Beschäftigte, die KollV unterliegen, die von der Gewerkschaft GPA abgeschlossen werden, eine Lohn- bzw Gehaltssteigerung von zumindest 3,2 Mrd EUR erreicht werden, die Lehrlingseinkommen stiegen um 38,3 Mio EUR.[2] Die Lohn- und Gehaltssumme stieg in Österreich insgesamt um 16,9 Mrd EUR (im Vergleich zu 2022) auf 196,63 Mrd EUR im Jahr 2023[3] – was wesentlich zur Kaufkraft beitrug.

Kollektivvertragliche Entgeltpolitik ist ein sich stets wandelndes und überaus komplexes Gesamtgebilde, sie ist also gefordert, sich im Laufe der Zeit neu zu orientieren und an veränderte Gegebenheiten anzupassen. Als Beispiele seien hier die wichtige Abschaffung der Frauenlohngruppen in der Industrie im Gefolge eines 200.000 Streikende umfassenden Metaller:innenstreiks ab 1962 genannt, genauso wie die aktuellen Herausforderungen, die mit der übermäßigen Teuerung einhergehen und zu einer ähnlich großen Streikbewegung geführt haben. Ebenso stellen das schrittweise Zurückdrängen des Senioritätsprinzips in den Entgeltschemata sowie die Vereinheitlichung des Arbeiter:innen- und Angestellten-KollV in der Metallindustrie wesentliche Meilensteine dar. In der nahen Zukunft wird sich mit wandelnder Qualifizierung und sich ändernden Berufsfeldern die Frage nach der Entwicklung neuer Bewertungskriterien stellen.

---

2 *Gewerkschaft GPA*, Aktionswoche „Dein Kollektivvertrag bringt's!"; verfügbar unter: https://www.gpa.at/themen/kollektivvertragstartseite/aktionswoche-kollektivvertrag (02.01.2024).

3 *WIFO*, Konjunkturprognose 4/2023.

In den vergangenen fünfzehn Jahren kann jedoch zunehmend Druck in den Kollektivvertragsverhandlungen beobachtet werden – insbesondere AG-seitig sind gesteigerte Wünsche nach Abkehr von der traditionellen Verhandlungsbasis zu beobachten. Dies betrifft nicht nur das Infragestellen der bisher unstrittigen Grundlagen (zB rollierende Inflation), sondern auch die Methodik der Entgelterhöhung. So sind gerade in jüngerer Zeit Einmalzahlungen vermehrt ins Augenmerk der AG gerückt. Derartige Einmalzahlungen haben für die Beschäftigten allerdings keine nachhaltige Wirkung – die Tatsache, dass sie das Entgelt nur einmalig vorübergehend erhöhen, führt zu Einkommens- und Pensionseinbußen in großer Höhe, weswegen Einmalzahlungen von den Gewerkschaften auch nur in absoluten Ausnahmesituationen als Teil der Lohn- bzw Gehaltserhöhung akzeptiert werden.

Im Folgenden wollen wir uns besonderen Entgeltregelungen widmen, die spezifischen wirtschaftlichen oder branchentypischen Situationen begegnen.

2.1 Betriebsübliche Löhne in der Arbeitskräfteüberlassung: die Referenzzuschläge

Die Beziehung Arbeit gegen Entgelt muss nicht immer linear zwischen AG und AN stattfinden, wie das dreipersonale Beispiel der Arbeitskräfteüberlassung zeigt. Das von § 10 Abs 1 AÜG geforderte ortsübliche angemessene Entgelt als Mindeststandard zu etablieren und damit gleichermaßen den Schutz der überlassenen Arbeitskräfte wie der Stammbelegschaft zu schaffen, hat die KollV-Parteien vor mittlerweile über 20 Jahren vor große Herausforderungen gestellt.

Der Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (Arb) beinhaltet in Abschnitt IX eine einsatzunabhängige Lohntabelle, die sich historisch an den Lohnsätzen des Metallgewerbes und damit am „guten Durchschnitt des österreichischen kollektivvertraglichen Lohnniveaus" orientiert.[4] Vor dem Hintergrund des Günstigkeitsprinzips des § 10 AÜG kommt diese Mindestlohntabelle immer dann zur Anwendung, wenn eine Überlassung in eine unterdurchschnittlich bezahlte Branche (zB in der Reinigung) erfolgt bzw in Stehzeiten als Auffangnetz gegenüber dem 13-Wochen-Schnitt. Diese Mindestsätze sorgen gleichermaßen für die Sicherung eines stabilen Einkommens wie für den Schutz der Stammbelegschaft in „Niedriglohnbranchen".

Anders verhält sich die Systematik in „Hochlohnbranchen", denn überall dort, wo der kollektivvertragliche Lohn über jenem Schema im KollV AKÜ liegt, richtet sich der Entgeltanspruch nach dem für vergleichbare AN im Beschäftigerbetrieb geltenden (höheren) KollV. Der Großteil an Überlassungen erfolgt seit jeher in die typischen Hochlohnbranchen der Industrie oder der Bauwirtschaft[5] – in diesen

[4] *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV (2022) 28.

[5] *Statistik Austria* im Auftrag des BMAW, Erhebung zur Arbeitskräfteüberlassung; verfügbar unter: https://www.statistik.at/statistiken/arbeitsmarkt/arbeitskraeftenachfrage/arbeitskraefte ueberlassung (02.01.2024).

Branchen ist eine Überzahlung zum kollv Mindestlohn (sog „Ist-Löhne") an der Tagesordnung.

Der KollV stand und steht entsprechend vor der Herausforderung, die Ist-Löhne in den Beschäftigerbetrieben abzubilden. Dies ist zunächst kein leichtes Unterfangen, sind doch die Informationen über konkrete betriebliche Lohnschemata und ihre Höhe nicht unbedingt öffentlich zugänglich. Gemeinsam ist es den Sozialpartnern jedoch gelungen, die üblichen Überzahlungen für die typischen Überlassungsbranchen außer Streit zu stellen und im KollV mittels sog „Referenzzuschläge" abzubilden (Abschnitt IX/3, 4 und 4a).

Dazu werden zunächst Referenzverbände gebildet, die im Wesentlichen die Hochlohnbranchen der Industrie (Metallindustrie, Elektro- und Elektronikindustrie, Mineralölindustrie etc), aber zB auch das Baugewerbe abbilden. So ist beispielsweise bei Überlassung in einen Betrieb der Metallindustrie nach Abschnitt IX/4a KollV AKÜ ein nach der Qualifikation abgestufter Überlassungslohn von 109 % (ungelernte AN) bis 118 % (Facharbeiter:innen) des Mindestlohns nach Punkt 1 zu bezahlen. Gibt es im Überlasserbetrieb ein innerbetriebliches Lohnschema, sind die prozentuellen Zuschläge noch einmal höher (Punkt IX). Verändern sich die betrieblichen Überzahlungen im Laufe der Zeit um mehr als 0,5 %, verpflichten sich die KollV-Parteien, die Referenzlöhne entsprechend anzupassen (Anhang III, Protokoll vom 15.01.2002). Im Verlauf der letzten beiden Jahrzehnte gab es zunächst einen Trend in der Industrie, stärker auf die Erhöhung der kollv Mindestlöhne zu setzen als auf die innerbetrieblichen Ist-Löhne. Dieser Trend hat sich in den letzten Jahren umgekehrt – was im Ergebnis dazu führt, dass sich bis dato kein allzu starkes Auseinanderdriften von Überzahlung und kollv Mindestlohn eingestellt hat und eine Neufestlegung der Referenzwerte bisher nicht notwendig war.

2.2 Die „Wettbewerbs- und Beschäftigungssicherungsklausel" als Alternative zu klassischen Tariföffnungsklauseln?

Das Zusammenspiel von besonders hoher Inflation, fehlenden Steuerungsmaßnahmen der Politik und einer – wenn auch milden – Rezession in der Industrie legten es nahe, im Zuge der Metaller:innen-Herbstlohnrunde 2023 für einzelne Betriebe, die von den Lohnkosten eines hohen Abschlusses aufgrund ihrer spezifischen wirtschaftlichen Situation außergewöhnlich stark betroffen wären, neue Wege zu gehen.

Die KollV-Parteien einigten sich auf eine Härtefallklausel:[6] Betriebe, die bestimmte betriebswirtschaftliche Kennzahlen nachweisen, aus denen hervorgeht, dass der grundsätzliche Lohnabschluss von 10 % (gedeckelt mit 400 Euro), eine über-

[6] KollV eisen- und metallerzeugende und -verarbeitende Industrie, Anhang II, Punkt 1 2. Teil „Wettbewerbs- und Beschäftigungssicherungsklausel für Unternehmen mit hohem Personalkostenanteil"; gleichlautende Regelungen finden sich auch in den KollV der Ang.

mäßige wirtschaftliche Härte für sie bedeuten würde, können von einer niedrigeren Erhöhung (8,5 % bzw max 340 Euro, 7 % bzw max 280 Euro in besonders gravierenden Fällen) Gebrauch machen, wenn sie hinsichtlich des Differenzbetrags auf 10 % einen betrieblichen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat – mittels Betriebsvereinbarung – vereinbaren (Anhang II KollV eisen- und metallverarbeitende Industrie). Zu diesen Voraussetzungen zählt bspw, dass die Personalkosten einen Anteil von über 75 % (90 %) an der Wertschöpfung ausmachen oder der Betrieb ein negatives EBT gem § 231 Abs 2 Z 17 UGB aufweisen. Die entsprechenden Voraussetzungen mussten bereits bis 22.12.2023 nachgewiesen bzw (je nach Gesellschaftsform) glaubhaft gemacht werden. Holdinggesellschaften oder Montageunternehmen (die steigende Personalkosten an ihre Kund:innen weiterverrechnen können) sind von der Inanspruchnahme der Klausel ausgeschlossen.

Der verlangte Interessenausgleich kann (kumaltiv oder alternativ) in Teuerungsprämien iSd § 124b EStG bestehen (der KollV liefert die diesbezüglich vom EStG verlangte Ermächtigung), in zusätzlicher Freizeit, der Dotierung eines Aus- und Weiterbildungsfonds oder anderen adäquaten Maßnahmen. Der Interessenausgleich musste bis 29.02.2024 mit dem Betriebsrat in einer Betriebsvereinbarung vereinbart werden, in Betrieben ohne Betriebsrat unmittelbar mit der Gewerkschaft sowie im Anschluss mit allen betroffenen AN in Form einer Einzelvereinbarung.

Ein derartiges Abgehen von der vollen Lohnerhöhung hat für beide Beschäftigtengruppen, Arb und Ang, zu erfolgen und der Interessenausgleich muss gleich gestaltet sein. Er unterliegt einer doppelten Zustimmung: Einerseits haben die Sozialpartner auf überbetrieblicher Ebene die Möglichkeit, dem Interessenausgleich bis 31.03.2024 zu widersprechen, zum anderen natürlich der Betriebsrat selbst. In BR-losen Betrieben unterliegt die Inanspruchnahme eines Abweichens von der Lohnerhöhung der Zustimmung jedes/jeder einzelnen AN. Kommt keine Einigung zustande, gilt die Lohnerhöhung von 10 % (max 400) Euro rückwirkend auch für diesen Betrieb.

Die Wettbewerbs- und Beschäftigungssicherungsklausel gilt für alle sechs Fachverbände bzw Berufsgruppen der Metallindustrie und vorerst nur für den Abschluss 2023. In Hinblick auf den Abschluss 2024 wird die Härteklausel von den KollV-Parteien evaluiert.

3. Arbeitszeitgestaltung als Herausforderung der KollV-Politik

Zweifellos bildet – neben Fragen des Entgelts – die Gestaltung der Arbeitszeit eines der wichtigsten Handlungsfelder der Kollektivvertragspolitik. So ist es im Laufe der vergangenen Jahrzehnte in einer Vielzahl von Kollektivverträgen gelungen, die wöchentliche (Normal-)Arbeitszeit schrittweise auf ein Niveau zu reduzieren, das mitunter deutlich unter der gesetzlichen Normalarbeitszeit von 40 Stunden liegt. So beträgt etwa die wöchentliche Normalarbeitszeit im Kollektivvertrag der Sozialwirtschaft Österreich seit 01.01.2022 nunmehr 37 Stunden. Die Verkürzung der Arbeits-

zeit über kollv Regelungen trägt dem deutlichen Wunsch einer großen Zahl von Vollzeitbeschäftigten nach kürzeren Arbeitszeiten Rechnung. So möchte jede:r sechste AN seine/ihre Arbeitszeit reduzieren – selbst, wenn damit finanzielle Einbußen verbunden wären.[7] Die Normierung kürzerer Arbeitszeiten auf kollv Ebene – anstatt individuelle Regelungen im Einzelarbeitsvertrag anzustreben – zielt auf die Sicherung eines Arbeitsentgelts in adäquater Höhe und soll insb auch Situationen individueller „Erpressbarkeit" beim Aushandeln kürzerer Arbeitszeiten durch einzelne AN verhindern.

Zugleich wird vom ÖGB und den Gewerkschaften weiterhin mit großer Vehemenz eine gesetzliche Arbeitszeitverkürzung gefordert.[8] Dem gegenüber lehnen die AG-Vertretungen Arbeitszeitverkürzungen ab und befürchten – in Verbindung mit der derzeit erhöhten Nachfrage nach Arbeitskräften – wirtschaftliche Einbußen,[9] während zugleich ein höheres Maß an Flexibilität hinsichtlich der Arbeitszeit eingefordert wird.

Neben einer generellen Verkürzung der Arbeitszeit durch Absenkung der wöchentlichen Normalarbeitszeit für alle Beschäftigten im Anwendungsbereich eines bestimmten KollV, hat eine Reihe weiterer Regelungen zur Verkürzung der Arbeitszeit bzw zur Herstellung eines höheren Maßes an Arbeitszeitsouveränität für die Beschäftigten Eingang in KollV gefunden. Beispielhaft werden in der Folge die Freizeitoption im KollV Elektro- und Elektronikindustrie, die „10/36-Regelung" im KollV Metallgewerbe, das im KollV für Handelsangestellte enthaltene Recht auf eine 4-Tage-Woche sowie die „Schwarz-Weiß-Regelung" im Handel und das „Recht auf Nichterreichbarkeit" im KollV IT dargestellt.

3.1 Die Wahl zwischen Geld und Zeit: Freizeitoption in der Industrie

Die sog Freizeitoption wurde erstmalig 2013 in der Elektro- und Elektronikindustrie (EEI) als Teil des KollV-Abschlusses vereinbart. Dem folgten die einzelnen Branchen der Metallindustrie (Bergbau-Stahl seit Herbst 2013, Fahrzeugindustrie seit Herbst 2014, Gas-Wärme, Gießereiindustrie, Maschinen- und Metallwarenindustrie und Nichteisen-Metallindustrie seit November 2015) sowie die Papierindustrie (seit Frühjahr 2015).[10] Die Freizeitoption will dem steigenden Bedürfnis einer Priorisierung

---

7 *Statistik Austria*, Jede:r sechste Erwerbstätige möchte weniger arbeiten, 2023; verfügbar unter: https://www.statistik.at/fileadmin/announcement/2023/09/20230907Arbeitsmarkt2023Q2.pdf (02.01.2024).

8 Siehe *ÖGB*, „Dafür ÖGB" – Grundsatzprogramm 2023-2028; verfügbar unter: https://www.oegb.at/content/dam/oegb/downloads/der-%C3 %B6gb/20--bundeskongress/beschlossen/OEGB_Programm_2023_2028_beschlossen_am_20_Bundeskongress_22062023.pdf (02.01.2024).

9 Siehe etwa *WKO*, Kampagne „Nicht weniger Arbeitszeit für alle"; verfügbar unter: https://www.wko.at/meinearbeit (02.01.2024).

10 Der Übersichtlichkeit halber werden in diesem Unterkapitel lediglich die Reglungen der Arb-KollV dargestellt.

von Zeit über Geld entsprechen und wurde zu diesem Zeitpunkt als „eine der bemerkenswertesten sozialen Innovationen der letzten Jahre“[11] hervorgestrichen.

Anstelle der Ist-Lohnerhöhung ist es im Rahmen der Freizeitoption möglich, im selben Ausmaß individuell gestaltbare Freizeit zu erwerben. Einmal vereinbart, erwirbt der/die AN jedes Jahr Freizeit im selben Ausmaß. Der Verbrauch dieser Freizeit kann je nach Wunsch als Verkürzung der wöchentlichen Arbeitszeit, als Freizeit in ganzen Tagen oder Verlängerung des Erholungsurlaubs, bis hin zu einer Blockung der angesparten Freizeit bspw vor dem Pensionsantritt erfolgen.

In der EEI wurde die Freizeitoption bis 2025 auf insgesamt zehn Jahre als verbindlicher Teil eines jeden jährlichen Lohnabschlusses festgelegt (Anhang 5 KollV EEI Arb).[12] Die AN können sie innerhalb dieses Zeitraums maximal vier Mal in Anspruch nehmen, wobei eine Wahl der Freizeitoption vor dem 50. Geburtstag des/der AN nur zwei Mal möglich ist. Zuletzt wurde die Freizeitoption 2023 im Ausmaß von 198 Stunden/Jahr festgelegt, was der Lohnerhöhung von 9,9 % im Frühjahr 2023 entspricht (Anhang 1/5 KollV EEI Arb).

Zur „Aktivierung“ der Freizeitoption ist eine zweifache Vereinbarung erforderlich. Zunächst ist eine Betriebsvereinbarung abzuschließen (Anhang 1/5 KollV EEI Arb). Sie ist nicht erzwingbar und setzt somit ein Einvernehmen zwischen AG und Betriebsrat voraus. Das Angebot, die Freizeitoption in Anspruch zu nehmen, kann somit einseitig vom AG ausgeschlossen werden, wenn die betrieblichen Umstände vom/von der AG dagegensprechen. Nur selten kommt ein Veto gegen die Betriebsvereinbarung vom Betriebsrat, bspw wenn die Beschäftigten im Betrieb bereits hohe Salden an Gutstunden und große Urlaubsrückstände erworben haben und aufgrund der erwartbaren weiterhin hohen Arbeitsintensität wenig Chancen auf einen baldigen Abbau bestehen.[13]

Nach Abschluss einer Betriebsvereinbarung muss jede:r einzelne AN, der/die die Freizeitoption in Anspruch nehmen will, eine separate Einzelvereinbarung mit dem AG abschließen (Anhang 1/5 KollV EEI). Dies hat sich im Einzelfall als eine Hürde für die Inanspruchnahme bei höher qualifizierten Beschäftigten erwiesen, da hier die Unternehmen dazu tendieren, die Mitarbeiter:innen für nicht entbehrlich zu halten. Hier gibt es allerdings einen deutlichen Eingewöhnungseffekt: Betrug die Ge-

---

[11] *Marterbauer*, Bemerkenswerte Innovation: Die Freizeitoption im Kollektivvertrag, Arbeit& Wirtschaft-Blog, 08.01.2014; verfügbar unter: http://blog.arbeit-wirtschaft.at/bemerkenswerte-innovation-die-freizeitoption-im-kollektivvertrag/ (02.01.2024).

[12] Im Metallgewerbe wurde die Freizeitoption als Absichtserklärung bis 2032 verankert (Anhang IIIa KollV MetallGew Arb).

[13] Die in diesem Abschnitt angeführten Evaluierungsergebnisse sind – sofern nicht ausdrücklich anders angeführt – allesamt der Studie von Schwendinger entnommen: *Schwendinger*, Die Freizeitoption in Kollektivverträgen – Eine Auswertung für 2013 und 2014, Materialien zu Wirtschaft und Gesellschaft (WuG) 143; verfügbar unter: http://www.arbeiterkammer.at/service/zeitschriften/materialienzuwirtschaftundgesellschaft/Materialien_WuG_143.html (02.01.2024).

nehmigungsquote in der EEI 2013 nur knapp 55 %, stieg sie im Folgejahr auf rund 85 % an.[14]

Insgesamt konnte bereits nach zwei Jahren festgestellt werden, dass anfängliches Zögern, Unsicherheiten und administrative Hürden hinsichtlich der Inanspruchnahme der Freizeitoption im zweiten Jahr offensichtlich weitgehend ausgeräumt werden konnten. Zwei Drittel der befragten BR geben an, diesbezüglich keine Probleme mehr zu haben.[15]

3.2 10/36 im Metallgewerbe – Interessenausgleich bei Flexibilität: Das kann nur Verkürzung sein!

Mit steigender durch AG-Wünsche fremdbestimmter „Flexibilität" in Hinblick auf die Arbeitszeit steigen auch die Belastungen. Größere Schwankungsbreiten in der Arbeitszeit bedeuten stets auch längere tägliche und wöchentliche Arbeitszeiten an den Spitzen. Der KollV ist geradezu prädestiniert, hier einen entsprechenden Interessenausgleich zu schaffen. Neben der klassischen Flexibilitätsabgeltung in Geld (va durch verschiedene Zuschlagssysteme) ist dabei in den letzten Jahren auch der Faktor Zeit zunehmend in den Fokus gerückt. Damit wird der aus gesundheitspolitischen und psychosozialen Überlegungen dringend notwendigen Entlastung für überlange Arbeitszeiten Rechnung getragen.

§ 4 Abs 1 AZG ermöglicht es dem KollV ohne weitere materielle Voraussetzungen, eine tägliche Normalarbeitszeit von bis zu zehn Stunden zuzulassen.

Der KollV für das eisen- und metallverarbeitende Gewerbe (Arb) hat in seinem Abschnitt VI Punkt 16a die obenstehenden Überlegungen aufgegriffen: Die tägliche Normalarbeitszeit darf auf 10 Stunden ausgeweitet werden, wenn im Gegenzug dazu die wöchentliche Normalarbeitszeit auf 36 Stunden gesenkt wird. Die wöchentliche Normalarbeitszeit darf dabei je nach Dauer des Durchrechnungszeitraums auf bis zu 50 Stunden (8 Wochen Durchrechnung) bzw 48 Stunden (13 Wochen) ausgedehnt werden. Die reduzierte Normalarbeitszeit von 36 Stunden muss somit nur im Durchschnitt erreicht werden. Die Verteilung der Normalarbeitszeit ist für den gesamten Durchrechnungszeitraum spätestens 14 Tage vor Beginn festzulegen.

Besteht nach Ende des Durchrechnungszeitraums ein Zeitguthaben, ist dieses mit einem Zuschlag von 50 % zu versehen, der/die AN hat dabei die Wahl zwischen einer Abgeltung in Geld oder Zeitausgleich (Überstundenvergütung inkl Zuschlag). Die Lage des Zeitausgleichs ist zu vereinbaren und hat tunlichst in ganzen Tagen bzw in Verbindung mit einer wöchentlichen Ruhezeit zu erfolgen.

---

[14] *Schwendinger*, Die Freizeitoption in Kollektivverträgen – Eine Auswertung für 2013 und 2014, Materialien zu Wirtschaft und Gesellschaft (WuG) 143, 13; verfügbar unter: http://www.arbeiterkammer.at/service/zeitschriften/materialienzuwirtschaftundgesellschaft/Materialien_WuG_143.html (02.01.2024).

[15] Ebd, 25 f.

Die Einführung derartiger Regelungen bleibt einer Betriebsvereinbarung im Sinne des Arbeitsverfassungsgesetzes bzw (bei Nichtvorhandensein eines Betriebsrats) einer schriftlichen Vereinbarung mit den betroffenen AN vorbehalten. Die Kombination dieses Arbeitszeitmodells mit anderen flexiblen Arbeitszeitmodellen und Schichtarbeit ist nicht zulässig.

3.3 Maßnahmen zur Schaffung größerer Zeitautonomie: Recht auf eine 4-Tage-Woche und Schwarz-Weiß-Regelung im Handel

Mit dem Kollektivvertragsabschluss 2019 wurde im KollV für Angestellte im Handel eine wichtige Forderung umgesetzt und erstmals ein individuelles Recht auf eine Verteilung der Arbeitszeit auf max vier Arbeitstage pro Woche verankert. So legt Abschnitt 2, lit A Abs 4 des KollV Handel fest, dass auf Antrag des/der AN die vereinbarte wöchentliche Normalarbeitszeit regelmäßig auf vier oder weniger Tage zu verteilen ist. Der AG kann diesen Antrag binnen zwei Wochen ablehnen, wenn entweder die Einhaltung von Betriebsabläufen gefährdet ist oder die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs nicht mehr gewährleistet werden kann. Der Ablehnung eines Antrags auf eine 4-Tage-Woche müssen somit sachliche Gründe auf AG-Seite zugrunde liegen. Bei Ablehnung eines Antrags muss der AG in Betrieben mit Betriebsrat diesen informieren und ein Vermittlungsgespräch führen.

Neben der individuellen Umsetzung einer 4-Tage-Woche mittels einzelvertraglicher Regelungen kann die Einführung einer 4-Tage-Woche selbstverständlich auch generell im Unternehmen mittels Betriebsvereinbarung – bzw in Betrieben ohne Betriebsrat mittels Einzelvereinbarung – gem § 4 Abs 8 AZG erfolgen.

In den kollv Bestimmungen zur 4-Tage-Woche wird zwischen Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten unterschieden: Bei Vollzeitbeschäftigten kann die tägliche Normalarbeitszeit im Rahmen einer 4-Tage-Woche ohne weitere Voraussetzungen auf zehn Stunden ausgedehnt werden. Bei Teilzeitbeschäftigten hingegen wird eine Ausdehnung der täglichen Normalarbeitszeit auf zehn Stunden nur unter der Voraussetzung zugelassen, dass der/die AN an jenen Tagen, an denen gearbeitet wird, für mindestens vier Stunden zusammenhängend beschäftigt wird.

Die Verankerung eines individuellen Rechts auf eine Verteilung der Arbeitszeit auf max vier Arbeitstage soll den Beschäftigten größere Möglichkeiten bei der Gestaltung der Lage ihrer Arbeitszeit einräumen und ermöglicht daher eine „Blockung" der Arbeitszeit um größere zusammenhängender Freizeitphasen zu schaffen. Dies erscheint schon angesichts des hohen Anteils an Teilzeitbeschäftigten im Handel[16] und der Gefahr der Verteilung der Arbeitszeit auf sämtliche Werktage, ungeachtet einer niedrigen vertraglichen Normalarbeitszeit, sinnvoll und geboten. Neben dem

[16] *AK Wien*, Lage der Beschäftigten im Handel, 2022; verfügbar unter: https://www.arbeiterkammer.at/service/presse/Handelsstudie_IFES_WIFO.pdf (02.01.2024).

Recht auf eine 4-Tage-Woche enthält der KollV überdies – wie der KollV der Sozialwirtschaft – einen Rechtsanspruch auf Altersteilzeit.

Bereits seit längerer Zeit ist im KollV für Handelsangestellte zudem die sog „Schwarz-Weiß-Regelung" für den Einzelhandel verankert, die im Grundsatz vorsieht, dass bei Beschäftigung an einem Samstag nach 13:00 Uhr der folgende Samstag zur Gänze arbeitsfrei zu bleiben hat. Von dieser Grundregel besteht jedoch eine Reihe von Ausnahmen, so etwa im Hinblick auf die vier Weihnachtssamstage. Abweichend kann mittels Betriebsvereinbarung (in Betrieben ohne Betriebsrat mittels schriftlicher Einzelvereinbarung) ein Durchrechnungszeitraum von vier Wochen geschaffen werden, innerhalb dessen an zwei (auch aufeinander folgenden) Samstagen beschäftigt werden darf. Diesfalls müssen die übrigen Samstage jedenfalls arbeitsfrei bleiben.[17]

In Einzelhandelsunternehmen mit dauerhaft nicht mehr als 25 Beschäftigten bestehen weitere und zum Teil umfangreichere Möglichkeiten der Durchrechnung: So kann bspw – wiederum jeweils mittels Betriebsvereinbarung bzw in Betrieben ohne Betriebsrat mittels schriftlicher Einzelvereinbarung zu vereinbaren – innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von vier Wochen an drei Samstagen beschäftigt werden, wenn innerhalb des Durchrechnungszeitraumes jeweils ein Samstag und ein Montag arbeitsfrei bleibt, oder innerhalb eines erweiterten Durchrechnungszeitraumes von acht Wochen an bis zu vier Samstagen beschäftigt werden, wenn die anderen Samstage arbeitsfrei bleiben oder innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von zehn Wochen an fünf Samstagen beschäftigt werden, wenn die anderen Samstage arbeitsfrei bleiben. Sogar eine Beschäftigung an sechs Samstagen ist möglich, wenn (zusätzlich) ein Montag arbeitsfrei bleibt oder eine Beschäftigung an sieben Samstagen, wenn zwei Montage arbeitsfrei bleiben.[18]

3.4 Begrenzung der Arbeitszeit: Das Recht auf Nichterreichbarkeit im IT-Bereich

Die zunehmende Digitalisierung der Arbeitswelt und die seit der COVID-19-Pandemie stark gestiegene Verbreitung von Telearbeit bzw Arbeit im Homeoffice samt der damit einhergehenden Ausstattung der AN mit digitalen Hilfsmitteln hat zuletzt verstärkt zu europaweiten Diskussionen über die Gefahr einer ständigen Erreichbarkeit der Beschäftigten geführt. So könnten AN auch außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit kontaktiert werden oder sich verpflichtet fühlen, von sich aus zu Zeiten tätig zu werden, während derer sie ansonsten nicht gearbeitet hätten. So wurde in Frankreich bereits ein „Recht auf Abschalten" gesetzlich normiert[19] und soll insb der Abgrenzung von Arbeitszeit und Privatleben bzw der ungestörten Einhaltung von

[17] KollV Handelsangestellte, Abschnitt 2 lit C Abs 2 Z 2.3.
[18] KollV Handelsangestellte, Abschnitt 2 lit C Abs 2 Z 2.4.
[19] Fr Code du travail, Art L2242-17.

Ruhezeiten und Urlaub dienen, wobei das „Recht auf Abschalten" durch kollv Regelungen ausgestaltet und umgesetzt werden soll.

Zwar geht das AZG von einer strikten Trennung zwischen fremdbestimmter, aber entlohnter Arbeitszeit und selbstbestimmter Freizeit aus,[20] in der Praxis wird allerdings dennoch vielfach außerhalb der vereinbarten Arbeitszeiten gearbeitet. Über die ausdrückliche Festlegung eines „Rechts auf Abschalten", etwa in Form konkreter „Nichterreichbarkeitszeiten" auf gesetzlicher Ebene, sollte daher auch in Österreich nachgedacht werden.

Vor dem Hintergrund der Debatte über die Gefahr der Dauererreichbarkeit von AN wurde eine kollv Umsetzung eines „Rechts auf Nichterreichbarkeit" im KollV für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (IT-KollV) versucht.

So wird in § 4 Abschnitt II Abs 1 des KollV geregelt, dass neben der Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit auf die einzelnen Arbeitstage, der Einführung der gleitenden Arbeitszeit einschließlich der fiktiven täglichen Normalarbeitszeit und der Lage der Pausen auch „der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit, auch im Sinne der digitalen und telefonischen Erreichbarkeit" durch Betriebsvereinbarung (in Betrieben ohne Betriebsrat durch schriftliche Einzelvereinbarung) festzulegen ist, wobei die jeweiligen Betriebserfordernisse zu berücksichtigen sind. Mit der gewählten Formulierung soll also betont werden, dass das Ende der vereinbarten täglichen Arbeitszeit auch das Ende der Erreichbarkeit bedeutet.

4. Die Digitalisierung als neues Handlungsfeld der KollV-Politik

Während die Faktoren Zeit und Geld dem Arbeitsverhältnis als zentrale Abtauschfaktoren stets immanent bleiben, ändert sich die Arbeitswelt. Die Arbeitsbedingungen und die Anforderungen an die Beschäftigten sind also einem steten Wandel unterworfen, der in den letzten Jahren umso rasanter von der zunehmenden Digitalisierung getrieben wird. Arbeitsabläufe und Tätigkeiten, bis hin zu ganzen Berufsfeldern ändern sich. Der Umgang mit digitaler Technologie ist notwendiger Bestandteil beruflicher Qualifikationen geworden, mitunter werden an die Beschäftigten spezialisierte und verantwortungsvolle Erwartungen gestellt (zB *Troubleshooting*). Diese Entwicklungen lassen „althergebrachte" Berufsfelder, die mit den Tätigkeiten einhergehende Verantwortung und Entscheidungsbefugnis und damit die kollv Einstufungskriterien und Tätigkeitsbeschreibungen mitunter unzureichend erscheinen. Immer mehr Branchen vereinbaren dementsprechend eine komplette Überarbeitung dieser Regelungen.

Parallel dazu wandelt sich die Arbeit selbst, der Arbeitsort (man denke nur an das mittlerweile omnipräsente Homeoffice), aber auch die Arbeitsbedingungen.

[20] Siehe hierzu auch *Risak*, Hintergründe der Arbeitszeitregulierung: Gesundheitsschutz – Emanzipation – Arbeitsmarktpolitik, ZAS 2015/21, 127.

Neue digitale Technologien bringen ein bis dato ungeahntes Kontroll- und Überwachungspotential mit sich, dem es auf betrieblicher Ebene entgegenzuwirken gilt. Umso schwieriger scheint hier das Unterfangen, überbetriebliche, branchenweite Regelungen zu treffen – nichtsdestotrotz stellt gerade die Digitalisierung eines jener Zukunftsfelder von Kollektivverträgen dar, in denen Innovationen weitestgehend noch gefordert sind. In diesem Zusammenhang sollen nachfolgend zwei Punkte herausgegriffen werden.

4.1 Telearbeitsregelungen im KollV

Bis zum Beginn der COVID-19-Pandemie im Frühjahr 2020 arbeitete bloß eine kleine Minderheit der Beschäftigten in Österreich regelmäßig von der eigenen Wohnung aus. Mit dem Einsetzen der Pandemie wurde AG von der Bundesregierung wiederholt nahegelegt, Homeoffice für die Beschäftigten in ihren Unternehmen zu ermöglichen[21] und schließlich fanden die Empfehlungen sogar in der 4. COVID-Schutzmaßnahmenverordnung[22] Niederschlag, in deren § 6 darauf hingewiesen wurde, „*dass die berufliche Tätigkeit vorzugsweise außerhalb der Arbeitsstätte erfolgen soll, sofern dies möglich ist und Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Arbeitsverrichtung außerhalb der Arbeitsstätte ein Einvernehmen finden*“, woraus sich jedoch keine Rechtspflicht zur Ermöglichung der Arbeit im Homeoffice ergab, sondern vielmehr die Notwendigkeit der Einvernehmlichkeit von Homeoffice-Vereinbarungen zwischen AG und AN betont wurde. Infolgedessen stieg die Zahl an Beschäftigten, die während des ersten Pandemiejahres 2020 im Homeoffice gearbeitet hatten, deutlich an. So arbeiteten einer von OGM im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit durchgeführten Studie zufolge[23] zwischen März und November 2020 39 % Prozent aller unselbstständig Erwerbstätigen in Österreich, also 1,5 Mio AN, für zumindest vier Wochen von der eigenen Wohnung aus.

Dies mündete – auf der Grundlage einer Sozialpartnereinigung – in der Schaffung arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Spezialregelungen, die mit 01.01.2021 (steuerrechtliche Bestimmungen, BGBl I 2021/52) bzw 01.04.2021 (BGBl I 2021/61) in Kraft traten. Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen sind in § 2h AVRAG einseitig zwingend ausgestaltet und enthalten neben einer Legaldefinition des Begriffes „Homeoffice“ und der Festlegung eines Rücktrittsrechts von der Homeoffice-

[21] Siehe etwa *BMKOES – Bundesministerium für Kunst, Kultur, öffentlichen Dienst und Sport*, Kogler: Home-Office und Telearbeit weiter notwendig zur Eindämmung der Corona-Krise, APA-OTS v 06.04.2020; verfügbar unter: https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200406_OTS0166/kogler-home-office-und-telearbeit-weiter-notwendig-zur-eindaemmung-der-corona-krise (02.01.2024).

[22] BGBl II 2021/139.

[23] *Bundesministerium für Arbeit*, Homeoffice: Verbreitung, Gestaltung, Meinungsbild und Zukunft (2021); verfügbar unter: https://www.bmafj.gv.at/dam/jcr:bc612283-14a0-42a0-8f58-e932ebffcec2/Homeoffice-Studie%20zur%20Verbreitung,%20Gestaltung,%20Meinungsbild%20und%20Zukunft%20von%20Homeoffice.pdf (02.01.2024).

Vereinbarung insb Regelungen über die Arbeitsmittelbereitstellung und den zu leistenden Kostenersatz.[24] Die Arbeit außerhalb der Wohnung gilt jedoch nicht als Homeoffice iSd § 2h AVRAG[25] und blieb daher ungeregelt.

Bereits lange vor der COVID-19-Pandemie und der größeren Verbreitung der Arbeit außerhalb des Betriebes, nämlich im Jahr 2002, einigten sich die europäischen Sozialpartnerorganisationen auf eine Rahmenvereinbarung über Telearbeit.[26] Diese beinhaltet wesentliche, rechtlich jedoch nicht verbindliche, Eckpunkte, die in nationalen Regelungen der kollektiven Rechtsgestaltung – also Kollektivvertrag bzw Betriebsvereinbarung – verankert werden sollten. So wird in der Rahmenvereinbarung das Prinzip der (beidseitigen) Freiwilligkeit von Telearbeit verfolgt und betont, dass Telearbeiter:innen dieselben kollektiven und individuellen Rechte wie anderen (am Betriebssitz tätigen) AN zukommen müssen. So soll der AG Telearbeiter:innen schulen und ihnen im selben Ausmaß wie anderen AN Zugang zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen gewähren. Daneben sollen AG zur Bereitstellung der notwendigen Arbeitsmittel und Ausstattung, zur Einhaltung der Privatsphäre der Telearbeiter:innen und zur Einhaltung datenschutzrechtlicher und gesundheitsschutzrechtlicher Bestimmungen verpflichtet sein.

Ausgehend von der europäischen Sozialpartner-Rahmenvereinbarung über Telearbeit enthalten einige österreichische Kollektivverträge schon seit längerer Zeit Bestimmungen zum Thema. So sehen etwa die KollV für Angestellte bei den Sparkassen, in der IT-Branche, und im Metallgewerbe eine Verpflichtung der AG zur Arbeitsmittelbereitstellung bzw zur Leistung von Kostenersatz (gegen Nachweis) vor. Angesichts des einseitig zwingenden Charakters von § 2h AVRAG könnten künftig weitere – über die gesetzlichen Regelungen zu Homeoffice hinausgehende – Verbesserungen auf kollektivvertraglicher Ebene geschaffen werden. So sind etwa ein Recht des/der AN auf Telearbeit bzw Homeoffice, Kostenersatzpauschalen in bestimmter Höhe oder das Recht für AN, Homeoffice einseitig antreten zu können, denkbar.

4.2 Datenschutz und Künstliche Intelligenz als kollv Regelungsgegenstände?

Spätestens seit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) im Jahr 2018 und infolge steigender Sensibilität für das Recht auf Privatsphäre ist der Schutz von Beschäftigtendaten als Thema interessenpolitischer Auseinandersetzungen angekommen. So ist die Stellung der AN von der typischerweise vorliegenden ökonomischen Abhängigkeit von regelmäßigen Lohn- bzw Gehaltszahlungen und dem

[24] Siehe hierzu ausführlicher *Gogola*, Die neue Rechtslage zur Arbeit im Homeoffice, DRdA-infas 2021/4, 341.

[25] Siehe IA 1301/A 27. GP 4; verfügbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/A/A_01301/index.shtml (02.01.2024).

[26] Siehe Rahmenvereinbarung über Telearbeit der Europäischen Sozialpartner; verfügbar unter http://erc-online.eu/wp-content/uploads/2014/04/2007-01080-EN.pdf (02.01.2024).

damit einhergehenden Machtungleichgewicht im Arbeitsverhältnis geprägt, weshalb AN als besonders schutzwürdig anzusehen sind. So enthält bereits das ArbVG mit den §§ 96 und 96a Regelungen, die iwS auf den Schutz der Privatsphäre von AN abzielen und auf deren Grundlage bereits vielfach Betriebsvereinbarungen zu datenschutzrechtlichen Fragestellungen – etwa im Hinblick auf die Verarbeitung von Daten durch im Betrieb eingesetzte technische Systeme – abgeschlossen wurden.

Die wesentliche Rolle kollektiver Rechtsetzung im Kontext des Beschäftigtendatenschutzes wird auch in der DSGVO anerkannt. Art 88 DSGVO enthält eine Öffnungsklausel, wonach durch kollektive Vereinbarungen „spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext" vorgesehen werden können. Neben Betriebsvereinbarungen können also auch KollV Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz treffen, in welchen etwa ein Rahmen für betriebliche Regelungen geschaffen oder auf branchenspezifische Besonderheiten eingegangen wird.

Neben allgemeinen datenschutzrechtlichen Themen wird derzeit umfassend über den Einsatz „Künstlicher Intelligenz" (KI) und ihre Auswirkungen auf die Arbeitswelt debattiert. Bei Künstlicher Intelligenz handelt es sich iwS um selbstlernende Verfahren, die anhand einer großen Menge an zur Verfügung gestellten „Trainingsdaten" bestimmte Ableitungen vornehmen oder Aussagen treffen. Vom Einsatz derartiger Systeme erhoffen sich AG Steigerungen von Produktivität und Effizienz, während zugleich der Verlust von Arbeitsplätzen durch Automatisierung befürchtet wird. KI-Systeme stehen zudem im Verdacht, diskriminierungsanfällig zu sein bzw gesellschaftliche Ungleichheiten zu reproduzieren, da stets auf die – möglicherweise einseitigen oder qualitativ unzureichenden – Ausgangsdaten zurückgegriffen werden muss. Enthalten etwa die Ausgangsdaten eines Systems, das zur Unterstützung des Personalrecruitings eingesetzt wird, lediglich die Lebensläufe von Männern, so wird das System mit hoher Wahrscheinlichkeit die Bewerbungen von Frauen nicht berücksichtigen.[27] In diesem Zusammenhang sieht Art 22 DSGVO bereits das Recht vor, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die der betroffenen Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. In derartigen Fällen muss die Letztentscheidung also jedenfalls von einem Menschen getroffen werden.

Noch lassen sich die Auswirkungen des Einsatzes von KI-Systemen auf die Arbeitswelt nicht vollständig abschätzen, jedoch erscheinen KollV geeignet, einen Interessenausgleich zwischen AG und AN auch im Hinblick auf den Einsatz von KI-Systemen in der Arbeitswelt herbeizuführen.

---

[27] *Dastin*, Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women; verfügbar unter: https://www.reuters.com/article/idUSKCN1MK0AG/ (02.01.2024).

5. Zusammenfassung und Ausblick

Anhand der dargestellten Beispiele zeigt sich deutlich, dass Kollektivverträgen nach wie vor eine überragende Bedeutung bei der Sicherung der Kaufkraft durch Festlegung von Mindestentgelten bzw durch nachhaltig wirksame Lohnerhöhungen auf der Grundlage der sog Benya-Formel und damit einen wesentlichen Beitrag zur allgemeinen Stabilisierung der Wirtschaft leisten. Untrennbar damit verbunden ist aber auch die Gestaltung der Arbeitszeit und die Nutzung des Instruments KollV zur sukzessiven Verkürzung der Arbeitszeit sowie der Erhöhung der Arbeitszeitsouveränität. Bei der Schaffung kollv Regelungen steht stets der Interessenausgleich zwischen AG und AN im Vordergrund, was in einer Vielzahl von – je nach Branche zT recht unterschiedlichen – Modellen zum Ausdruck kommt. Nicht zuletzt hält die sich infolge der Digitalisierung rasant ändernde Arbeitswelt neue Herausforderungen und Handlungsfelder für die KollV-Politik bereit. So ermöglichen digitale Technologien etwa verstärkt das Arbeiten außerhalb des Betriebes in Form von Telearbeit, die mit dem Einsetzen der COVID-19-Pandemie ab dem Frühjahr 2020 ungeahnte Verbreitung gefunden hat, bringen jedoch auch ein bislang unbekanntes Kontroll- und Überwachungspotential mit sich. Auch in diesen Bereichen erscheint der KollV als Regelungsinstrument geeignet, um sachgerechte Lösungen vor dem Hintergrund branchenspezifischer Bedürfnisse zu finden und im Wandel von Arbeitswelt und Gesellschaft am Puls der Zeit zu bleiben.

Praxis der Arbeit und Mitbestimmung von Betriebsräten nach 50 Jahren ArbVG

Aktuelle Befunde und Ergebnisse aus der Studie „Betriebliche Mitbestimmung in Österreich 2022"

Michael Heiling/Christine Schuster-Himmel/Eva Zeglovits

1. Empirische Erfassung von betrieblicher Mitbestimmung 142
   1.1 Die Studien 142
   1.2 Glossar 143
2. Wer engagiert sich im Betriebsrat? 143
3. Vertretungsdichte 145
   3.1 Wer wird von einem Betriebsrat vertreten? 145
   3.2 Wünschen sich Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat einen? 146
4. Was machen Betriebsräte? 147
   4.1 Was sind die häufigsten Aktivitäten des Betriebsrats? 147
   4.2 Mit welchen Themen beschäftigen sich Betriebsrät:innen? 148
   4.3 Welche Betriebsvereinbarungen gibt es in den Unternehmen? 150
5. Was bringt die Mitbestimmung durch einen Betriebsrat den Arbeitnehmer:innen? 151
   5.1 Wer einen Betriebsrat hat, bewertet Betriebsräte besser 151
   5.2 Beschäftigte mit Betriebsrat können auch öfter „informell" mitwirken 152
   5.3 Beschäftigte mit Betriebsrat haben stabilere, längere Arbeitsverhältnisse und mehr Informationen 153
6. Ausblick: Wo könnte das ArbVG und die Mitbestimmung gestärkt werden? 153

Im Jahr 1972 begleitete die erste bundesweite Arbeiterkammer-Studie zur betrieblichen Mitbestimmung in Österreich die Vorarbeiten zum – das damalige Betriebsrätegesetz ablösende – ArbVG. Diese Studie bildete den Auftakt zu einer Studienserie, die alle zehn Jahre von der Arbeiterkammer Wien beauftragt und vom Institut für empirische Sozialforschung durchgeführt wurde. Der Österreichische Gewerkschaftsbund war und ist dabei ein wichtiger inhaltlicher Kooperationspartner.

Die zweite Studie dieser Art wurde Anfang der achtziger Jahre durchgeführt und fiel mit dem nächsten Schub in der Ausweitung der Betriebsratsrechte zusammen. Sie lieferte erste wichtige Hinweise auf diesbezügliche Wandlungsvorgänge in Praxis, Bewertung und Zielsetzung der innerbetrieblichen Mitbestimmung. Der Zehn-Jahres-Takt erlaubt es, Änderungen in der Arbeitswelt und damit einhergehende

Entwicklungen in der betrieblichen Mitbestimmung zu erheben, zu analysieren und empirische Evidenz in die interessenspolitische Arbeit von Arbeiterkammer, Österreichischem Gewerkschaftsbund und Gewerkschaften einfließen zu lassen.

Zuletzt wurde die Studie „Betriebliche Mitbestimmung" im Jahr 2022 durchgeführt. Die Ergebnisse stehen auf der Website der Arbeiterkammer Wien der interessierten Öffentlichkeit zur Verfügung.[1] Der vorliegende Beitrag beschreibt auf Basis dieser umfangreichen Publikationen ausgewählte Ergebnisse, die ein Blitzlicht auf die Realität der im ArbVG geregelten betriebsrätlichen Arbeit, auf die Auswirkungen von betrieblicher Mitbestimmung auf die Arbeitnehmer:innen sowie auf Perspektiven der befragten Beschäftigten und Betriebsratsmitglieder werfen.

Der vorliegende Beitrag beschreibt die gelebte Praxis der betrieblichen Mitbestimmung in Österreich, er gibt einen Überblick über empirische Ergebnisse. Wenngleich in den publizierten Berichten zur Studie eine Einbettung in aktuelle Literatur erfolgt, bleibt vorliegender Beitrag deskriptiv und praxisnah und verzichtet weitgehend auf die wissenschaftliche Einbettung. Alle Ergebnisse in diesem Beitrag sind dem Gesamtbericht[2] zur Studie sowie einem Kurzbericht über Arbeitnehmer:innen mit und ohne Betriebsrat[3] entnommen, an dem die Autor:innen mitgearbeitet haben.

1. Empirische Erfassung von betrieblicher Mitbestimmung

1.1 Die Studien

Seit den 1970er-Jahren beauftragt die Arbeiterkammer Wien etwa alle zehn Jahre eine sozialwissenschaftliche Untersuchung, wie betriebliche Mitbestimmung wahrgenommen und erlebt wird. Dabei sind die Sichtweisen vom Betriebsrät:innen sowie von Arbeitnehmer:innen von Interesse. Die Studien erlauben, Wirkungsweisen der betrieblichen Mitbestimmung zu analysieren, Veränderungen über die Zeit zu beobachten und gleichzeitig durch neue Schwerpunktsetzungen in den Studien aktuellen Entwicklungen in der Gesellschaft, am Arbeitsmarkt und in den Betrieben gerecht zu werden. Die Studien erheben Anspruch auf Repräsentativität, sie zeigen die Realität von Betriebsrät:innen und Arbeitnehmer:innen in Österreich.

Die jüngste Erhebung fand im Jahr 2022 statt. Alle Ergebnisse basieren auf zwei umfangreichen repräsentativen Befragungen, einer Befragung der unselbständig Beschäftigten in ganz Österreich mit n=2.501 Befragten und einer Befragung unter

[1] Alle Berichte stehen unter diesem Link zum Download zur Verfügung: https://wien.arbeiterkammer.at/service/studienundzeitschriften/ak-studien/sammlung_arbeit/Sammlung_Arbeit.html (abgerufen am 1.2.2024).

[2] *IFES/AK*, Mitbestimmung in Österreich 2022 – Gesamtbericht (2023), abrufbar unter: https://emedien.arbeiterkammer.at/viewer/image/AC16860719/ (abgerufen am 23.1.2024).

[3] *IFES/AK*, Mitbestimmung in Österreich 2022 – Kurzbericht Vergleich Arbeitnehmer:innen mit bzw ohne Betriebsrat (2023) https://emedien.arbeiterkammer.at/viewer/image/AC16810783/ (abgerufen am 18.1.2024).

Betriebsrät:innen, ebenfalls in ganz Österreich, mit einer Fallzahl von n = 2.774 Befragten. Beide Befragungen wurden telefonisch und online im Zeitraum Juni bis September 2022 durchgeführt. Bei Arbeitnehmer:innen wurden besondere Maßnahmen gesetzt, um Menschen mit weniger guten Deutschkenntnissen die Teilnahme an der Umfrage zu ermöglichen. Die Methoden der Stichprobenziehung und die großen Fallzahlen garantieren zum einen eine sehr gute Datenqualität und ermöglichen zum anderen auch die Analyse von Untergruppen in ausreichender Fallzahl.

1.2 Glossar

Unter betrieblicher Mitbestimmung werden in diesem Beitrag die großteils im Arbeitsverfassungsrecht verankerten Rechte der Arbeitnehmer:innen verstanden. Es handelt sich also um verfasste, in Gesetzen geregelte Rechte der politischen Teilhabe. Unter Mitwirkung hingegen werden in diesem Beitrag alle möglichen weiteren Formen der Teilhabe verstanden, die neben der gesetzlich geregelten Mitbestimmung bestehen können. Es handelt sich also um informelle Möglichkeiten der politischen Teilhabe.

Die Bezeichnung Betriebsrät:in oder Betriebsratsmitglied wird eingesetzt, wenn es um die befragten Personen geht. Gemeint sind die Mitglieder des Betriebsrats. Die Körperschaft wird analog dazu als Betriebsrat bezeichnet, gemeint ist hier das Gremium.

Als Personen mit Migrationshintergrund werden all jene bezeichnet, die selbst nicht in Österreich geboren sind (1. Generation) oder von denen zumindest ein Elternteil nicht in Österreich geboren wurde (2. Generation). Die Staatsbürgerschaft spielt für diese Definition keine Rolle.

2. Wer engagiert sich im Betriebsrat?

Seit den 1970er-Jahren werfen die Studien zur betrieblichen Mitbestimmung einen Blick auf die Zusammensetzung der Betriebsräte. Die Frage, ob gewählte Vertreter:innen in ihren soziodemographischen Strukturen die zu Vertretenden widerspiegeln und ob eine mögliche Diskrepanz relevant ist oder nicht, beschäftigt die Politikwissenschaften schon seit den 1960er-Jahren. Seitdem unterscheidet man in der wissenschaftlichen Debatte bei gewählten Vertretungsorganen zwischen der sogenannten deskriptiven und der substanziellen Repräsentation. Erstere meint eine soziostrukturelle Ähnlichkeit von Vertreter:innen und zu Vertretenden. Zweitere, nämlich die substanzielle Repräsentation, beschreibt das Abbilden und Sichtbarmachen der inhaltlichen Anliegen unterschiedlicher Gruppen.[4]

Vergleicht man die soziodemographische Struktur der Betriebsrät:innen mit jenen der Arbeitnehmer:innen, wird klar, dass es hier deutliche Unterschiede gibt:

[4] Vgl *Pitkin*, The concept of representation (1967).

Trotz des fast ausgeglichenen Geschlechterverhältnisses bei Arbeitnehmer:innen wird die überwiegende Mehrheit der Betriebsrats-Mandate (65 Prozent) nach wie vor durch Männer bekleidet: Im Vergleich zu 2012 hat sich der Frauenanteil zwar erhöht, allerdings nur um 4 Prozentpunkte, sodass man nach wie vor von männlich geprägter Betriebsratstätigkeit sprechen kann. Betriebsrät:innen sind auch im Schnitt deutlich älter als Arbeitnehmer:innen, die Altersgruppe der unter 30-Jährigen ist in Betriebsräten kaum vertreten, obwohl rund ein Viertel der Arbeitnehmer:innen in diese Altersgruppe fällt.

Ebenfalls unterrepräsentiert in den Betriebsräten sind Arbeitnehmer:innen mit Migrationshintergrund oder nicht-österreichischer Staatsbürgerschaft. Nur rund jede:r zwanzigste Betriebsrät:in hat Migrationshintergrund. In den Gremien der betrieblichen Mitbestimmung ist die vielfältige Zusammensetzung der Arbeitnehmer:innen, was ihre Staatsbürgerschaft, ihr Geburtsland, ihre Alltagssprache etc betrifft, noch nicht in vollem Umfang angekommen. In den letzten zehn Jahren ist der Anteil der Betriebsrät:innen mit Migrationshintergrund zwar leicht gestiegen, aber die Diskrepanz zur Zusammensetzung der Gesamtheit der Arbeitnehmer:innen ist immer noch sehr groß.

Deskriptive Repräsentativität ist also nur teilweise gegeben, die Frage ist aber, ob dies Auswirkungen auf die Vertretungsqualität hat, insbesondere, ob die Interessen und Anliegen der unterrepräsentierten Gruppen trotzdem gut abgebildet und berücksichtigt werden, ob also substanzielle Repräsentation dennoch gegeben ist.

Die Studie zur betrieblichen Mitbestimmung 2022 zeigt recht eindeutig, dass Arbeitnehmer:innen sich dann besser von ihrem Betriebsrat vertreten fühlen, wenn dieser divers zusammengesetzt ist. Wenig überraschend zeigen die Daten, dass Frauen sich besser vertreten fühlen, wenn auch Frauen in der Körperschaft vertreten sind. Interessant ist aber, dass auch Männer sich besser vertreten fühlen, wenn Frauen im Betriebsrat vertreten sind. Das gleiche Muster konnte auch für andere Gruppen gezeigt werden: Jüngere und ältere Arbeitnehmer:innen fühlen sich besser vertreten, wenn auch Junge im Betriebsrat sind, Arbeitnehmer:innen mit und ohne Migrationshintergrund fühlen sich besser vertreten, wenn auch Personen mit Migrationshintergrund im Betriebsrat vertreten sind. Je vielfältiger also eine Körperschaft zusammengesetzt ist, desto besser fühlen sich die Arbeitnehmer:innen vertreten.

Zum anderen kann man Unterschiede in der Prioritätensetzung der Betriebsrät:innen erkennen, wenn man sie in soziodemographische Gruppen teilt. So beurteilen etwa Frauen in Betriebsräten das Fehlen von Betriebsvereinbarungen zur Frauenförderung viel kritischer als Männer.

Man kann also aus den Daten ableiten, dass divers zusammengesetzte Betriebsräte positive Effekte auf die Betriebsratsarbeit haben. Deskriptive Repräsentation stärkt die substanzielle Repräsentation. Die Herausforderung ist also, unterrepräsentierte Gruppen für die Betriebsratsarbeit zu motivieren. Dies birgt das Potential für qualitativ bessere Betriebsratsarbeit.

Betriebsrät:innen selbst erkennen oft die Unterrepräsentation, vor allem von jungen Arbeitnehmer:innen und von Personen mit Migrationshintergrund. Sie könnten aber Unterstützung brauchen, wenn es um das Gewinnen von neuen Betriebsratsmitgliedern aus ebendiesen Gruppen geht.

3. Vertretungsdichte

3.1 Wer wird von einem Betriebsrat vertreten?

Etwas mehr als die Hälfte (54 Prozent) der Arbeitnehmer:innen in Österreich sind in Betrieben beschäftigt, in denen (laut ihren eigenen Angaben) ein Betriebsrat tätig ist. 42 Prozent der Arbeitnehmer:innen geben an, keinen Betriebsrat zu haben. 4 Prozent, also jede:r 25te weiß nicht, ob es im Betrieb einen Betriebsrat gibt.

Seit 1972 lassen sich Schwankungen, aber keine eindeutige Tendenz bei der Vertretungsdichte feststellen, wie nachstehende Tabelle zeigt.

Tabelle: *Anteile von Beschäftigten mit Betriebsrat – Zeitvergleich (1972 bis 2022)*[5]

	1972	1981	1992	2002	2012	2022
Befragte	8.008	2.562	2.535	1.902[a]	2.401	2.501
Betriebsrat im Betrieb	61 %	56 %	54 %	61 %	57 %	54 %
a = ohne Personen mit Migrationshintergrund						

Frage: Gibt es in Ihrem Betrieb einen gewählten Betriebsrat oder eine gewählte Personalvertretung? Basis: Gesamt, n = 2.501 Arbeitnehmer:innen; Angabe in Prozent.

Die Vertretungsdichte nimmt wenig überraschend mit der Betriebsgröße zu und steigt von lediglich 11 Prozent bei Arbeitnehmer:innen in Betrieben mit maximal 19 Beschäftigten auf über 36 Prozent bei jenen in Betrieben mit 20 bis 99 Beschäftigten und dann kontinuierlich weiter bis auf 87 Prozent bei Arbeitnehmer:innen in Großbetrieben mit mehr als 1.000 Beschäftigten. Bei Arbeiter:innen ist die Vertretungsdichte geringer (43 Prozent) als bei Angestellten (56 Prozent) bzw Öffentlich Bediensteten (83 Prozent), bei Arbeitnehmer:innen mit Migrationshintergrund niedriger (47 Prozent) als bei jenen ohne Migrationshintergrund (58 Prozent). Vor allem bei Personen mit Migrationshintergrund, die kein Deutsch im Alltag sprechen, ist der Anteil von Beschäftigten in organisierten Betrieben mit 37 Prozent niedrig.

[5] Tabelle 17 (Seite 63) in: *IFES/AK*, Mitbestimmung in Österreich 2022 – Gesamtbericht, https://emedien.arbeiterkammer.at/viewer/image/AC16860719/ (abgerufen am 23.1.2024).

Männer arbeiten (56 Prozent) häufiger in Betrieben mit Betriebsrat als Frauen (51 Prozent).

Ein unterdurchschnittlicher Anteil von Arbeitnehmer:innen mit Betriebsrat findet sich mit jeweils 46 Prozent auch bei Teilzeitbeschäftigten bzw bei von instabilen Arbeitsbedingungen Betroffenen sowie bei Arbeitnehmer:innen mit einer Beschäftigungsdauer von maximal 3 Jahren (42 Prozent). Spätestens hier stellt sich die Frage nach einer möglichen Kausalität, also ob zB Personen in instabilen Beschäftigungsverhältnissen[6] deshalb seltener in einem Betrieb mit Betriebsrat arbeiten, weil Betriebsräte instabile Beschäftigungsverhältnisse reduzieren oder verhindern können.

Gut die Hälfte der Arbeitnehmer:innen arbeitet also in Betrieben, in denen es keine Vorteile durch die gesetzlich verankerten Rechte der betrieblichen Mitbestimmung gibt, und die Verteilung, wer davon betroffen ist, ist nicht zufällig. Auch wenn diese Vertretungsdichte wenig überraschend besonders stark von der Betriebsgröße bestimmt ist, kann man dennoch die Frage stellen, wie beispielsweise die Vertretungsdichte in den in Österreich besonders häufigen Betriebsgrößen von 20 bis unter 100 Beschäftigten gesteigert werden kann, da hier rund zwei Drittel der Arbeitnehmer:innen keinen Betriebsrat haben. Der Wunsch nach einem Betriebsrat ist jedenfalls da, wie der nächste Abschnitt zeigt.

3.2 Wünschen sich Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat einen?

Der Wunsch nach einem Betriebsrat ist unter Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat ausgeprägt, aber nicht alle Arbeitnehmer:innen wollen einen Betriebsrat haben.

43 Prozent der Beschäftigten in Betrieben ohne Betriebsrat sind sehr bzw eher dafür, dass in ihrem Betrieb ein Betriebsrat gewählt wird. 37 Prozent sind dagegen, 20 Prozent haben keine Meinung zu dieser Frage, sie haben auf die Frage mit „weiß nicht" geantwortet.

37 Prozent der Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat in Betrieben mit 5 bis 19 Beschäftigten wünschen sich einen Betriebsrat, 44 Prozent hingegen nicht. Ab 20 Beschäftigten ist der Wunsch stärker als die Ablehnung, so stehen bei Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat in Betrieben mit 20 bis unter 100 Beschäftigten 47 Prozent, die sich einen Betriebsrat wünschen, 30 Prozent gegenüber, die das ablehnen.

Nach Geschlecht bzw Migrationshintergrund betrachtet, sind keine nennenswerten Unterschiede im Antwortverhalten der befragten Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat zu erkennen, nach der gesprochenen Sprache im Alltag allerdings durch-

[6] Arbeitsverhältnisse werden in dieser Studie als instabil bezeichnet, wenn zumindest eines der folgenden Merkmale vorliegt: Leiharbeit, Befristung, Geringfügigkeit, häufige Jobwechsel (zweimal oder häufiger im Zeitraum von einem Jahr), sehr unregelmäßige Wochenarbeitszeit, Beschäftigung als Praktikant:in oder Trainee, Beschäftigung bei mehr als einem/einer Arbeitgeber:in oder als freie:r Dienstnehmer:in.

aus: So ist die Zustimmung zur Betriebsratsgründung bei Personen, die Bosnisch-Kroatisch-Serbisch bzw Türkisch im Alltag sprechen, unterdurchschnittlich ausgeprägt. Deutlich präsenter ist der Wunsch nach einer Betriebsratsgründung dagegen bei Gewerkschaftsmitgliedern ohne Betriebsrat, 58 Prozent sprechen sich innerhalb dieser Gruppe sehr oder eher dafür aus. Ein weiterer zentraler Zusammenhang lässt sich aus den Daten ablesen: Je mehr Probleme im Betrieb wahrgenommen werden, desto höher ist die Zustimmung zur Wahl einer Belegschaftsvertretung.

Es stellen sich damit aber zwei zentrale Fragen: Die erste ist, warum Menschen ihr Recht auf betriebliche Mitbestimmung ablehnen oder zumindest nicht den Wunsch danach äußern. Die Studie gibt auch Antworten auf diese Frage: Explizit meinen viele der Arbeitnehmer:innen, die keinen Betriebsrat haben wollen, obwohl eine Gründung laut Gesetz möglich wäre, dass der Betrieb zu klein sei, um verfasste betriebliche Mitbestimmung nötig zu machen. Auf der anderen Seite stehen manche Arbeitnehmer:innen Betriebsrät:innen kritisch gegenüber. Diese Arbeitnehmer:innen sind zwar in der Minderheit, aber diese Skepsis gegenüber dem Nutzen von Betriebsräten soll hier auch Erwähnung finden. Die zweite zentrale Frage ist, wie damit umzugehen ist, dass rund jede:r fünfte Arbeitnehmer:in ohne Betriebsrat keine Meinung dazu hat, ob er/sie einen Betriebsrat möchte oder nicht. Fehlendes Wissen über die Arbeit von Betriebsräten kann hier als Ursache identifiziert werden.

4. Was machen Betriebsräte?

Die Tätigkeiten und Aufgaben von Betriebsrät:innen sind vielfältig. Im folgenden Abschnitt werden zunächst die unterschiedlichen Aktivitäten vorgestellt, die Betriebsrät:innen setzen, um ihre Arbeit auszuführen, man könnte hier von Werkzeugen sprechen. Danach widmet sich der Abschnitt den Inhalten der Betriebsratsarbeit. Betriebsvereinbarungen sind eine besondere im ArbVG geregelte Form der Betriebsratsarbeit, daher werden sie in einem eigenen Abschnitt gesondert dargestellt.

4.1 Was sind die häufigsten Aktivitäten des Betriebsrats?

Eine der wichtigsten und häufigsten Aktivitäten von Betriebsräten ist die Informationsweitergabe an die Kolleg:innen. 93 Prozent der Betriebsrät:innen geben an, dass sie dies in den letzten drei Jahren auch gemacht haben. An zweiter Stelle folgen mit 91 Prozent der Nennungen Verhandlungen mit der Geschäftsführung bzw der Personalabteilung. Dieser Wert hat in den vergangenen zehn Jahren deutlich zugenommen, was vermutlich auch mit dem im Zuge der Corona-Pandemie zusätzlichen Regelungsbedarf zusammenhängt (Kurzarbeit, Home-Office, Maßnahmen zum Schutz im Betrieb etc). Aber schon vor der Pandemie führten geänderte Rahmenbedingungen zu mehr Aushandlungsbedarf, exemplarisch sei dafür die Datenschutzgrundverordnung von 2018 genannt, die – wie sich in der Studie niederschlägt – auch im Bereich Datenschutz zu mehr Aktivität geführt hat.

Betriebsrät:innen organisieren auch soziale Aktivitäten und finanzielle Unterstützungen für die vertretenen Beschäftigten: Rund acht von zehn Betriebsratsmitgliedern nennen Gutscheine und Ermäßigungen, rund drei von vier die Organisation von Ausflügen, Festen oder anderen Aktivitäten. Direkte finanzielle oder soziale Unterstützungsleistungen für einzelne Beschäftigte führten wiederum sechs von zehn Betriebsratsmitgliedern an. Im Kontext der Pandemie kann der beobachtbare Rückgang bei Ausflügen und Festen im Vergleich zu 2012 gesehen werden. Dass es bei den sozialen Unterstützungsleistungen für einzelne Beschäftigte einen deutlichen Rückgang von 79 Prozent auf 60 Prozent gibt, ist allerdings nicht notwendigerweise direkt durch die Pandemie zu erklären.

Aus dem Bündel der überbetrieblichen Aktivitäten erfolgten die häufigsten Zuordnungen rund um die Themenbereiche „Werbung von Mitgliedern für die Gewerkschaft" (83 Prozent), „Unterstützung bei den Arbeiterkammerwahlen 2019" (70 Prozent) sowie „Mitwirkung an Kollektivvertragsverhandlungen" (50 Prozent).

Die Arbeitnehmer:innen sehen die Aktivitäten der Betriebsrät:innen grundsätzlich ähnlich, es gibt allerdings Teilbereiche, wo die Arbeitnehmer:innen die Aktivitäten der Betriebsrät:innen offenbar nicht in dem Ausmaß wahrnehmen, wie sie stattfinden. Dies betrifft insbesondere die Verhandlungen mit der Geschäftsführung, aber auch Unterstützungsleistungen für Einzelpersonen. Dies ist nicht weiter verwunderlich, da diese Art der Betriebsratsarbeit möglicherweise nur von den direkt betroffenen Beschäftigten und nicht von der ganzen Belegschaft wahrgenommen wird.

Relevant ist aber, dass beinahe alle Betriebsrät:innen angeben, ihre Kolleg:innen im Betrieb zu informieren, aber nur 73 Prozent der Beschäftigten eine solche Information wahrnehmen. Das kann und muss als Hinweis interpretiert werden, dass die Information nicht bei allen ankommt. Dazu sei angemerkt, dass die häufigsten Nennungen, dass es keine Informationen gegeben hätte, von Beschäftigten aus kleinen Betrieben kommt, wo anzunehmen ist, dass Informationen auch informell, also ohne Verschriftlichung bzw ohne Aushang oder Ähnlichem, weitergegeben werden, was dann vielleicht nicht als Informationsaktivität des Betriebsrats interpretiert wird.

4.2 Mit welchen Themen beschäftigen sich Betriebsrät:innen?

Die inhaltlichen Tätigkeitsfelder von Betriebsräten sind vielfältig. Mehr als acht von zehn Betriebsrät:innen geben an, in den letzten Jahren zu den Themen Arbeitnehmer:innenschutz, Einstellungen/Kündigungen/Versetzungen oder Arbeitszeitregelungen aktiv gewesen zu sein. Mehr als sieben von zehn nennen Lohn- und Gehaltsfragen, Gesundheit, betriebliche Sozialleistungen, Lösung von Konflikten am Arbeitsplatz, Home-Office sowie Datenschutz inkl Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen.

Tabelle: *Betriebsratsaktivitäten in letzten 3 Jahren aus der Sicht der Betriebsratsmitglieder – Zeitvergleich (1972 bis 2022)*[7]

	Betriebsratsmitglieder					
	1972	1981	1992	2002	2012	2022
Befragte	522	110	95	199	500	2.774
Arbeitsgebiete, Aktivitäten						
Arbeitnehmer:innenschutz, Sicherheit	67 %[b]	61 %[b]	68 %[b]	70 %[b]	56 %	85 %
Lohn-/Gehaltsfragen	78 %[a]	59 %[a]	66 %[a]	63 %[a]	60 %	79 %
Arbeitsbelastungen, Arbeitsintensität, Gesundheit	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	62 %	79 %
Einstellungen, Kündigungen, Versetzungen	70 %	65 %	71 %	74 %	63 %	85 %
Arbeitszeitregelungen	65 %[f]	59 %[f]	60 %[f]	57 %[f]	56 %[f]	80 %
betriebliche Sozialleistungen	69 %	53 %	65 %	60 %	54 %	74 %
Lösung von Konflikten am Arbeitsplatz	–[g]	–[g]	–[g]	58 %[e]	67 %	75 %
Home-Office	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	71 %
Umstrukturierungen/ Arbeitsplatzsicherung	–[g]	52 %[c]	56 %[c]	49 %[c]	46 %	58 %
Vereinbarkeit von Beruf und Familie	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	56 %
betriebliche Weiterbildung	–[g]	–[g]	–[g]	45 %[d]	50 %	53 %
Datenschutz, Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	28 %	73 %
Gleichbehandlung und Antidiskriminierung	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	35 %	45 %
Urlaubsregelungen	65 %[f]	59 %[f]	60 %[f]	57 %[f]	56 %[f]	53 %
Aspekte rund um Nachhaltigkeit und Klimaschutz	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	31 %
Arbeitskräfteüberlassung, Leiharbeit	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	–[g]	31 %

a = 1972-2002 – Lohn- und Gehaltsregelungen; b = 1972–2002 – Arbeitsplatzbedingungen/Sicherheitsvorkehrungen; c = 1981–2002 – Sicherung von Arbeitsplätzen; d = 2002 – berufliche Weiterbildung; e = 2002 – Probleme am Arbeitsplatz; f = 1972–2012 Arbeitszeit-/Urlaubsregelungen in einem Item abgefragt; g = nicht erhoben

Frage: Ist der Betriebsrat in den letzten drei Jahren in den folgenden Bereichen aktiv geworden? Basis: Gesamt, n = 2.774 Betriebsrät:innen; Angabe in Prozent.

[7] Tabelle 27 (Seite 88) in: *IFES/AK*, Mitbestimmung in Österreich 2022 – Gesamtbericht, https://emedien.arbeiterkammer.at/viewer/image/AC16860719/ (abgerufen am 23.1.2024).

Mehr als die Hälfte gibt an, zu Umstrukturierungen, Vereinbarkeit von Beruf und Familie, betrieblicher Weiterbildung oder Urlaubsregelungen aktiv gewesen zu sein. Schlusslicht bilden die Themen Gleichbehandlung, Klimaschutz und Arbeitskräfteüberlassung.

Diese Vielfalt an Themen hat seit den 1970er-Jahren stark zugenommen: Bei den allermeisten Arbeitsgebieten kann man eine Steigerung der Aktivitäten feststellen und dazu kommen neue Themen. Die stärkste Zunahme aus Sicht der Betriebsrät:innen gibt es beim Thema Datenschutz/Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen, wo es einen Sprung von 28 Prozent auf 73 Prozent der Nennungen zwischen 2012 und 2022 gab. Auch im Arbeitnehmer:innenschutz kann ein sehr starker Anstieg von 56 Prozent im Jahr 2012 auf 85 Prozent im Jahr 2022 beobachtet werden, wenngleich der Wert 2012 in der langen Zeitreihe mit Abstand der niedrigste war. Beim Thema Lohn- und Gehaltsfragen, das von 60 Prozent der Nennungen 2012 auf 79 Prozent 2022 anstieg, sei erwähnt, dass Aktivitäten der Betriebsrät:innen im Sommer 2022 bereits unter dem Eindruck der beginnenden Teuerung gestanden haben können.
Die thematische Breite ist also beachtlich – besonders in kleineren Körperschaften, wo die Arbeitsteilung oder Spezialisierung nur teilweise möglich ist, stellt dies aber auch eine große Herausforderung für die Betriebsrät:innen dar. Es überrascht daher nicht, dass viele Betriebsrät:innen ihre Betriebsratsarbeit zumindest teilweise auch in der Freizeit machen, und dass die zeitliche Belastung gerade für die Menschen schwierig ist, die ihre bezahlte Arbeit bereits mit unbezahlter Familienarbeit vereinbaren müssen.

4.3 Welche Betriebsvereinbarungen gibt es in den Unternehmen?

Das Thema Arbeitszeit (zB Arbeitszeiterfassung, Schichtarbeit, Wochenarbeit, Rufbereitschaft etc) ist jenes, zu dem es am häufigsten Betriebsvereinbarungen gibt. 87 Prozent der Betriebsrät:innen geben an, dass es in ihrem Betrieb zumindest eine entsprechende Betriebsvereinbarung gibt. Im Zeitvergleich seit 1981 fällt auf, dass die Arbeitszeitregelungen immer schon zu den häufigsten Betriebsvereinbarungen zählen und hier konstant seit 40 Jahren den ersten Platz belegen.

Weiters nannten rund sechs von zehn Betriebsratsmitgliedern den Schutz von personenbezogenen Daten. Stabil auf hohem Niveau sind auch Betriebsvereinbarungen zu betrieblichen Sozialleistungen. Betriebsvereinbarungen, die den technischen und organisatorischen Entwicklungen geschuldet sind, wie beim Thema Home-Office, dem Umgang mit dienstlich bereitgestellten Informationstechnologien, aber auch Datenschutz oder technische Systeme zur Kontrolle der Beschäftigten, nehmen einen immer wichtigeren Stellenwert ein. Dass weniger als zweieinhalb Jahre nach dem ersten pandemiebedingten Lockdown bereits 53 Prozent der Betriebsrät:innen eine Betriebsvereinbarung zu Home-Office vorweisen können, zeigt die Aktivität der Betriebsräte eindrucksvoll.

Die Studienergebnisse erlauben aber auch darzustellen, welche zusätzlichen Betriebsvereinbarungen die Betriebsrät:innen als besonders notwendig einstufen. Zu den nicht vorhandenen Betriebsvereinbarungen, die aber durchaus notwendig wären, wurden va folgende Bereiche genannt: Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf (36 Prozent), Frauenförderpläne (34 Prozent) und Bildungsmaßnahmen (33 Prozent). Seltener als notwendig erachtet werden hingegen beispielsweise Vereinbarungen über die Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften (49 Prozent: „nicht notwendig"). Nicht unerwähnt bleiben soll auch, dass 41 Prozent der weiblichen Betriebsratsmitglieder, aber nur 30 Prozent der männlichen Betriebsratsmitglieder der Ansicht sind, dass eine Betriebsvereinbarung zum Thema Frauenförderpläne nötig wäre, was hier die Brücke zur oben erwähnten substanziellen Repräsentation schlägt.

5. Was bringt die Mitbestimmung durch einen Betriebsrat den Arbeitnehmer:innen?

Da in der Studie „Betriebliche Mitbestimmung in Österreich 2022" sowohl Beschäftigte mit Betriebsrat als auch Beschäftigte ohne Betriebsrat befragt wurden, kann aus den Daten dargelegt werden, welche Vor- oder Nachteile Beschäftigte mit Betriebsrat im Vergleich zu ihren Kolleg:innen ohne Betriebsrat sehen bzw auch, ob sie die betriebliche Mitbestimmung in ihrer Gesamtheit anders wahrnehmen.

In drei ausgewählten Bereichen zeigen die Ergebnisse der Studie besonders interessante Befunde, die in diesem Abschnitt kurz angeführt werden. Dies ist erstens der Blick der Beschäftigten auf den Betriebsrat und die betriebliche Interessenvertretung allgemein, zweitens das vermeintliche Spannungsfeld zwischen informeller Mitwirkung der Beschäftigten und der betrieblichen Mitbestimmung durch den Betriebsrat und zuletzt der Bereich der soziodemographischen Zusammensetzung der Beschäftigten und der Charakteristika ihrer Beschäftigungsverhältnisse.

5.1 Wer einen Betriebsrat hat, bewertet Betriebsräte besser

Für den ersten Bereich kann gesagt werden, dass die Wichtigkeit einer betrieblichen Interessenvertretung von der überwiegenden Mehrheit der Beschäftigten bejaht wird und dies in noch stärkerem Ausmaß, wenn die Beschäftigten bereits von einem Betriebsrat vertreten werden. 84 Prozent aller Beschäftigten finden es sehr oder eher wichtig, dass es in Betrieben eine – wie auch immer ausgestaltete – Vertretung für die Beschäftigteninteressen gibt, in Betrieben mit Betriebsrat steigt diese Zustimmungsrate noch leicht auf 92 Prozent.

Mit Blick auf die konkret wahrgenommenen Vor- und Nachteile eines Betriebsrates kann eine ähnliche Aussage getätigt werden. Schon „*Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat stimmen den positiven Aussagen über Betriebsräte mit absoluten Mehr-*

heiten zu und lehnen negative Aussagen mit relativen Mehrheiten ab."[8] Beschäftigte, die von einem Betriebsrat vertreten werden, taten dies auch, allerdings mit jeweils noch stärkerer, noch deutlicherer Ausprägung. Konkret sagen etwa 50 Prozent der Befragten ohne Betriebsrat (bei 14 Prozent, die Frage nicht beantworten konnten oder wollten), dass ein Betriebsrat nicht nur den Beschäftigten, sondern auch dem Unternehmen Vorteile bringt. Werden nur die Beschäftigten befragt, die auch tatsächlich von einem Betriebsrat vertreten werden, steigt dieser Wert auf 62 Prozent.

Für diesen Bereich kann zusammengefasst befunden werden, dass Arbeitnehmer:innen mehrheitlich ein gutes Bild von der betrieblichen Mitbestimmung und von Betriebsräten haben – und dass dieses Bild noch positiver wird, wenn sie tatsächlich ihren konkreten Betriebsrat (und nicht nur einen abstrakten Betriebsrat) vor Augen haben. Zweiteres lässt sich auch für jene Minderheit der Beschäftigten befinden, die kein positives Bild von Betriebsräten haben: Rund ein Viertel der Arbeitnehmer:innen meint nämlich, dass Betriebsräte auch für den eigenen Vorteil arbeiten oder dass sie Entscheidungen verlangsamen. Auch hier gilt aber, dass diese Aussagen von Arbeitnehmer:innen mit Betriebsrat stärker abgelehnt werden als von Arbeitnehmer:innen ohne Betriebsrat.

5.2 Beschäftigte mit Betriebsrat können auch öfter „informell" mitwirken

Neben der betrieblichen Mitbestimmung gibt es in Betrieben – einerseits auf Betreiben der Geschäftsführung, andererseits aber auch auf Initiative der Belegschaft oder des Betriebsrates – die Realität der informellen Mitwirkung, dass also etwa Sounding Boards, Gesprächsrunden oder auch Abstimmungen unter den Beschäftigten eingesetzt werden, ohne dass diese auf den gesetzlichen Bestimmungen des ArbVG fußen. So kennen etwa 53 Prozent der befragten Arbeitnehmer:innen in ihrem Betrieb Mitarbeiter:innen-Befragungen, 51 Prozent einen „Ideenkasten". 43 Prozent der Beschäftigten haben in ihrem Betrieb die Möglichkeit, ihren Vorgesetzten strukturiertes Feedback zu geben.

Nun könnte aufgrund dieser eher weiten Verbreitung der informellen Mitwirkung der Beschäftigten der isolierte Schluss gezogen werden, dass es in manchen Betrieben nicht notwendigerweise einen Betriebsrat braucht, damit Beschäftigte ihre Meinungen und Positionen in Betrieben einbringen können. Die Befragung zeigte aber, dass auch solche informellen Mitwirkungsformen in Betrieben mit Betriebsrat häufiger angeführt werden als in Betrieben ohne Betriebsrat bzw in der Gesamtstichprobe der befragten Beschäftigten. Es zeigt sich also, dass betriebliche Mitbestimmung und informelle Mitwirkung nicht notwendigerweise konkurrieren, sondern vielmehr die betriebliche Mitbestimmung auch als „Ermöglicherin" für

[8] *IFES/AK*, Mitbestimmung in Österreich 2022 – Kurzbericht Vergleich Arbeitnehmer:innen mit bzw. ohne Betriebsrat 6.

informelle Mitwirkung dienen kann. Außerdem zeigte sich, dass durch den zusätzlichen Akteur Betriebsrat mehr Initiativen für Mitwirkungsformen auf die Belegschaft und ihre Vertretung zurückgehen und weniger auf die Geschäftsleitung.

5.3 Beschäftigte mit Betriebsrat haben stabilere, längere Arbeitsverhältnisse und mehr Informationen

Zu den Charakteristika der vertretenen Beschäftigten sei in erster Linie auf den Abschnitt 3.1. dieses Beitrags verwiesen, der darstellt, welche Gruppen in welchen Betrieben öfter und weniger oft von einem Betriebsrat vertreten werden. In Bezug auf die Wirkung von Betriebsräten auf die konkrete Situation der Beschäftigten lässt sich bemerken, dass von einem Betriebsrat vertretene Beschäftigte im Schnitt über höhere Einkommen verfügen, weniger oft von instabilen Arbeitsbedingungen betroffen sind und längere Beschäftigungsdauern aufweisen. Dies legt nahe, dass sich das Vorhandensein eines Betriebsrates auch positiv auf die Stabilität der Beschäftigung auswirkt. Nicht zuletzt wurde festgehalten, dass Arbeitnehmer:innen mit Betriebsrat auch besser über die überbetriebliche Interessenvertretung informiert sind, Betriebsräte also hier eine wichtige Multiplikator:innenrolle zum Informationsvorteil der Beschäftigten einnehmen.

Aufgrund dieser Befunde aus der sehr umfassenden und aktuellen Befragung aus der Studie „Mitbestimmung in Österreich 2022“ kann also auf die Frage „Was bringt den Beschäftigten ein Betriebsrat?“ zumindest geantwortet werden: Arbeitnehmer:innen mit Betriebsrat genießen nicht nur die Vorteile der betrieblichen Mitbestimmung, sondern haben auch verstärkt die Möglichkeit zur informellen Mitwirkung im Betrieb. Wer von einem Betriebsrat vertreten wird, hat außerdem im Schnitt stabilere Beschäftigungsverhältnisse. Die Vorteile der Beschäftigten manifestieren sich wohl auch in deren Bild vom Betriebsrat, denn: Haben Arbeitnehmer:innen einen „konkreten“ Betriebsrat, der sie vertritt, so beurteilen sie diesen besser als einen „allgemeinen, abstrakten“ Betriebsrat.

6. Ausblick: Wo könnte das ArbVG und die Mitbestimmung gestärkt werden?

Die Studie „Mitbestimmung in Österreich 2022“ bildet die Realität der Aufgaben und Tätigkeiten des Betriebsrates sowie seiner Mitbestimmungsrechte umfangreich ab. Die Betriebsratstätigkeit und die Rechte des Betriebsrates fußen auf den Bestimmungen des ArbVG, dieses bildet also Tag für Tag die rechtliche Grundressource für die Interessenarbeit in den Betrieben. In der Studie wurden die Betriebsratsmitglieder, die tagtäglich mit dieser Ressource arbeiten, auch befragt, in welchen Bereichen sie bestimmte Forderungen zur Weiterentwicklung der betrieblichen Mitbestimmungsrechte für gute, eher gute, schlechte oder eher schlechte Ideen halten.

Konkret wurden dabei die folgenden Ideen abgefragt und erhielten die aus der Tabelle ablesbaren Zustimmungs- bzw Ablehnungswerte:

Tabelle:[9] *Bewertung von Forderungen im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung*

	sehr gute Idee	eher gute Idee	weniger gute Idee	schlechte Idee	weiß nicht
Gerichtliche Strafbarkeit der Behinderung von BR-Wahlen	65 %	23 %	4 %	1 %	6 %
Besserer Kündigungsschutz für alle, die an der Gründung eines BR oder einer BR-Wahl beteiligt sind	63 %	28 %	3 %	1 %	5 %
Mehr Freistellung, auch schon bei geringeren Beschäftigtenzahlen	47 %	31 %	15 %	2 %	4 %
Schaffung der Möglichkeit der Teilung von Freistellungen zwischen Mitgliedern des BR	44 %	34 %	12 %	4 %	6 %
Erhöhung der Zahl der Betriebsratsmandate auch schon bei geringeren Beschäftigtenzahlen	36 %	34 %	21 %	3 %	5 %
Recht auf Arbeitszeitaufstockung für Teilzeitkräfte, die ein Mandat ausüben	35 %	40 %	10 %	2 %	13 %
Schaffung einer gemeinsamen Interessenvertretung von Arbeitnehmer:innen, die an einem Standort, aber nicht im gleichen Betrieb arbeiten	28 %	34 %	13 %	4 %	21 %

Frage: Halten Sie folgende Forderungen für eine sehr gute Idee, eine eher gute Idee, eine weniger gute Idee oder eine schlechte Idee? Basis: Filtersplit I, n = 1.329 Betriebsrät:innen; Angabe in Prozent.

[9] Vgl Abbildung 43 (Seite 122) in: *IFES/AK*, Mitbestimmung in Österreich 2022 – Gesamtbericht. Aufgrund von Rundungsdifferenzen bzw der Nicht-Beachtung von Nachkommastellen können die Summen von 100 Prozent abweichen.

Wie aus der Tabelle ersichtlich wird, erhielten alle Ideen grundsätzlich mehrheitlichen Zuspruch, jeweils mehr als die Hälfte der befragten Betriebsratsmitglieder hielt alle Forderungen für sehr oder eher gute Ideen.

Den deutlichsten Zuspruch bekamen aber jene Forderungen, die die Beteiligten bei Betriebsratswahlen bzw einer Betriebsratsgründung schützen oder umgekehrt jene wirksam sanktionieren sollen, die solche behindern. Fast je zwei Drittel der befragten Betriebsratsmitglieder sprachen sich „sehr" dafür aus, die Behinderung von Betriebsratswahlen gerichtlich strafbar zu machen und umgekehrt an Betriebsratsgründungen und Betriebsratswahlen beteiligte Arbeitnehmer:innen mit einem besseren Kündigungsschutz auszustatten.

Einen etwas geringeren, aber immer noch fast 80 %igen Zuspruch erhielten die Forderungen nach mehr Freistellungen bzw einer Teilbarkeit von Freistellungen, was den immer vielfältigeren Tätigkeiten und Herausforderungen geschuldet sein könnte, denen sich Betriebsratsmitglieder stellen müssen. Bemerkenswert ist hier, dass die Forderung nach mehr Freistellungen nicht nur von Betriebsratsmitgliedern aus kleineren Betrieben (ohne Freistellungen) kommt, sondern – möglicherweise auch solidarisch – von Betriebsratsmitgliedern aus sehr großen Betrieben mit mehr als 1.000 Beschäftigten geteilt wird. Die Forderung nach der Teilbarkeit von Freistellungen hingegen wird am stärksten von weiblichen Betriebsratsmitgliedern, Betriebsratsmitgliedern mit Migrationshintergrund und nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern geteilt.

Gefolgt werden diese Forderungen – gemessen an der Zustimmung – von den Ideen, die Zahl der Betriebsratsmandate generell zu erhöhen sowie Teilzeitbeschäftigten, die ein Betriebsratsmandat ausüben, ein Recht auf die Aufstockung ihrer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu gewähren. Zuletzt wird auch die Forderung nach der Schaffung von gemeinsamen Interessenvertretungen von Arbeitnehmer:innen, die zwar an einem gemeinsamen Standort, aber nicht im selben Betrieb arbeiten, (etwa für Angestellte von einzelnen kleinen Handelsbetrieben in einem Einkaufszentrum) immer noch mit klarer Mehrheit (62 Prozent) als „sehr oder eher" gute Idee wahrgenommen.

Zusammengefasst befindet die aktuelle Studie also in Bezug auf die Stärkung der Mitbestimmung, dass es nach 50 Jahren ArbVG Aspekte gibt, in denen Betriebsratsmitglieder mehrheitlich eine Weiterentwicklung der rechtlichen Grundlagen von betrieblicher Demokratie und Mitbestimmung begrüßen würden – insbesondere deren verstärkten Schutz. Allem voran nämlich, wenn es darum geht, einerseits Arbeitnehmer:innen, die an der Gründung eines Betriebsrates mitwirken, zu schützen und andererseits wirksame Sanktionen zu ermöglichen, wenn Arbeitgeber:innen die Gründung eines Betriebsrates oder eine Betriebsratswahl behindern.

Ausbildungsanforderungen an Betriebsrät:innen

Wie gewerkschaftliche Bildung Arbeitnehmervertreter:innen fit für die Praxis macht

Brigitte Daumen Garrido

1. Die Tätigkeit von Arbeitnehmervertreter:innen ist anspruchsvoll 158
2. Ein Blick in die Geschichte 158
3. Heute schon wissen, was morgen gebraucht wird: Handlungskompetenz und Gegenmachtsfähigkeit 160
4. Gewerkschaftliche Bildung ist immer politische Bildung 162
5. Der Praxisfall in der Sozialakademie 162
   5.1 Warum ein Praxisfall? 163
   5.2 Inhalte des Praxisfalls 164
   5.3 Warum der Praxisfall die Königsdisziplin in der SOZAK ist 165

Die Hoitzhitten GmbH ist ein holzverarbeitendes Unternehmen mit 690 Arbeitnehmer:innen, angesiedelt in Ratzfatz, einer kleinen Stadt im Waldviertel. In der Hoitzhitten GmbH brennt der Hut. Die Mitarbeiter:innen haben erfahren, dass Teile der Produktion geschlossen und Arbeitsplätze ins benachbarte Ausland verlagert werden sollen.[1]

Diese fiktive Geschichte bildet den Ausgangspunkt für den Praxisfall in der Sozialakademie (SOZAK), der mittlerweile abgewandelt und weiterentwickelt, seit dem 64. Lehrgang der SOZAK zur Anwendung kommt. Durch den Einsatz dieser Methode führen die Lehrgangsteilnehmer:innen ihre eigenen Erfahrungen und ihre erworbenen Qualifikationen in den Bereichen Recht, Wirtschaft, Sozialrecht und sozialer Kompetenz zusammen. Diese Arbeitsweise ist ein gutes Beispiel, wie zeitgemäße und problemorientierte Didaktik in der gewerkschaftlichen Bildung eingesetzt wird und somit die Teilnehmer:innen praxisorientiert lernen.

Was sind die Anforderungen an Arbeitnehmervertreter:innen heutzutage? Was sollten sie alles können? Und was kann gewerkschaftliche Bildung dazu beitragen, dass sie ihre Tätigkeiten kompetent ausführen? Am Beispiel des Praxisfalls, der in der SOZAK, einer 10-monatigen gewerkschaftlichen Vollzeitausbildung zum festen Bestandteil des Curriculums gehört, wird erläutert, wie problemorientiertes Lernen in der gewerkschaftlichen Bildung gelingen kann.

---

[1] *Daumen/Hons/Oberrauter/Sever*, Der Betriebsrat in Aktion, Vom Lernen ins Tun – der SOZAK-Praxisfall (2017).

1. Die Tätigkeit von Arbeitnehmervertreter:innen ist anspruchsvoll

Arbeitnehmervertreter:in zu sein, ist eine große und anspruchsvolle Aufgabe, alles andere als ein Kinderspiel. Das wissen alle, die sich zum Ziel gesetzt haben, die Belegschaft zu vertreten. Tatsächlich wird von Betriebsrät:innen viel erwartet: Sie müssen das Arbeitsrecht und Gesetze verstehen, den jeweiligen Kollektivvertrag gut kennen, Bilanzen lesen und interpretieren können, Probleme der Kolleg:innen lösen oder zumindest helfen, sie zu lösen. Dabei müssen sie zuhören und sich klar ausdrücken können. Sie müssen in der Lage sein, zu schlichten und zu mobilisieren, kollektive Ängste zu erkennen und natürlich müssen sie auch wissen, wie man Vorschläge formuliert, verhandelt und Ergebnisse bewertet. Sie müssen Konflikte entschärfen und Spannungen interpretieren sowie die Macht der Arbeitnehmer:innen stärken. Betriebrät:innen sind häufig ein bisschen von allem: Jurist:in und Anwält:in, Ökonom:in, Soziolog:in und Psycholog:in, Vertrauensperson, Ausbilder:in und Organisator:in. Aber nicht nur das. Die Mitglieder von Betriebsräten müssen auch eine vorausschauende Vision, den Blick nach vorn haben, um die Zukunft schon heute zu verstehen: Herausforderungen wie Digitalisierung, Industrie 4.0 oder der gerechte sozial-ökologische Umbau der Gesellschaft und die Auswirkungen von all dem auf die Arbeitsplätze, sind nur einige der Herausforderungen, denen sie sich stellen müssen. Dazu kommt noch der gerade stattfindende Generationenwechsel in den Belegschaften. Damit verbunden ist der Verlust vieler Erfahrungen und Kompetenzen, die durch die Pensionierung oft lang jähriger Betriebsratsmitglieder plötzlich in den Gremien fehlen.

Kurzum, Arbeitnehmervertreter:innen müssen einen guten Überblick über die herrschenden Umstände, Probleme und eine Vision über die Zukunft der Arbeit haben. Mit anderen Worten: Betriebsrät:innen sollten Alleskönner sein. Und dies zu sein, ist nicht nur sehr anspruchsvoll, dafür bedarf es auch einer kämpferischen Haltung und des ständigen Lernens.

Das Arbeitsverfassungsgesetz bildet die rechtliche Grundlage all dieser betriebsrätlichen Tätigkeiten. Um mit Arbeitgeber:innen auf Augenhöhe verhandeln zu können, braucht es eine gute Ausbildung. Seminare und Schulungen der Gewerkschaft helfen, handlungsfähig zu werden. Profunde Kenntnisse des Arbeitsverfassungsgesetztes sind dabei unerlässlich für eine erfolgreiche Betriebsratsarbeit.

2. Ein Blick in die Geschichte

Unter dem Titel „Mehr wissen – mehr bewegen!" präsentiert der VÖGB (Verband österreichischer gewerkschaftlicher Bildung) gemeinsam mit der AK Österreich seine Bildungsangebote für Arbeitnehmer:innen-Vertreter:innen.[2] Fachwissen und

[2] *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Mehr wissen – mehr bewegen, Folder AK Österreich – VÖGB (2022).

Kompetenz sind die Basis für eine erfolgreiche Betriebsratsarbeit. Die Bildungsarbeit des VÖGB und der Arbeiterkammern kann dabei auf eine lange Tradition zurückblicken. Schon in den Anfängen der Gewerkschaften spielte die Ausbildung der Funktionär:innen eine große Rolle.

Im Mai 1919 verabschiedete die Nationalversammlung das erste Betriebsrätegesetz. Ab diesem Zeitpunkt durften in Betrieben mit mindestens 20 Arbeiter:innen oder Angestellten Betriebsrät:innen gewählt werden.[3] Das Gesetz regelte zum ersten Mal die Aufgaben von Betriebsrät:innen und Vertrauensleuten, wie zB die Vertretung der Interessen der Belegschaft und die Überwachung der Kollektivverträge. Sie erhielten nun erstmals Kündigungsschutz.

Zu diesem Zeitpunkt wurde die Bedeutung der Ausbildung von Betriebsrät:innen immer offensichtlicher. Die sozialistische Zentralstelle für das Bildungswesen organisierte gemeinsam mit den freien Gewerkschaften erste Betriebsräteschulungen, in denen Betriebsrät:innen vor allem rechtliche und praktische Kenntnisse vermittelt werden sollten.[4]

Ferdinand Hanusch, der maßgeblich die österreichische Sozialgesetzgebung aufbaute und dem eine wesentliche Bedeutung bei der Errichtung der Arbeiterkammern zukommt, spielt ebenfalls bei der Entwicklung der gewerkschaftlichen Bildungsarbeit in den 20er-Jahren des 19. Jahrhunderts eine große Rolle. *Hanusch* widmete der Arbeiterbildung besonderes Augenmerk. Es wurden unter seiner Führung Kurse für Lehrende, er nannte sie „Instruktor:innen", eingerichtet, die die neu gewählten Betriebsrät:innen schulen sollten.[5] Er gab so maßgeblich den Anstoß für die Entwicklung des ersten Bildungsprogramms der damals neu gegründeten Arbeiterkammer. „Begonnen wurde mit einem Kurs über das Betriebsrätegesetz, bald aber folgten Kurse zu den Themen Arbeits- und Sozialrecht, Wirtschaftsgeschichte, Verfassungskunde, Sozialhygiene und vieles mehr."[6]

Eine weitere wichtige Figur in der gewerkschaftlichen Bildung der damaligen Zeit war *Richard Wagner*. Schon 1926 stellte er in einem Artikel der Arbeit & Wirtschaft die Frage, ob es einer Gewerkschaftsschule bedürfe. Es gab zwar schon etliche Bildungsangebote für Betriebsrät:innen, es fehlte aber an einer Systematisierung der

[3] Gesetz betreffend die Errichtung von Betriebsräten, StGBl 1919/283.

[4] https://blog.refak.at/geb-eine-kurze-geschichte-der-mitbestimmung/ (abgerufen am 9.11.2023)

[5] Vgl *Knopp/Seelhofer*, Ferdinand Hanusch, Der Vater des Sozialstaats und wir, Arbeit & Wirtschaft (2023).

[6] *Parlamentskorrespondenz Nr. 719*: Der Architekt des österreichischen Sozialsystems (25.11. 2002).

Angebote. Er erarbeitete eine solche Systematik und konzipierte eine Gewerkschaftsschule, die eine Grundlage für die Arbeiterhochschule war.[7] Bei seiner Systematik unterschied er drei Ebenen gewerkschaftlicher Bildungsarbeit: „die „äußere Bildungspolitik" – das Fordern und Durchsetzen von Bildungsfortschritten im demokratischen Staat, und zwei Ebenen der „inneren Bildungspolitik" –, die „Massenbildung" der Gewerkschaftsmitglieder und die Funktionär:innenschulung".[8]

3. Heute schon wissen, was morgen gebraucht wird: Handlungskompetenz und Gegenmachtsfähigkeit

Gewerkschaftliche Bildungsarbeit ist von dem Gedanken getragen, dass gut ausgebildete Betriebsrät:innen die Grundlage für die Durchsetzungsfähigkeit gewerkschaftlicher Interessen sind. Es geht also immer um die Frage der Macht bzw Gegenmacht im Zusammenhang mit gewerkschaftlicher Bildung. Im Zeitalter des Neoliberalismus wird die Sozialpartnerschaft und somit auch das Verhandlungsmandat der Gewerkschaften als anerkannte Akteurinnen bei der Regelung betrieblicher Mitbestimmung, Lohnverhandlungen etc, immer häufiger in Frage gestellt. In dem 2019 gestarteten Strategieprozess des Österreichischen Gewerkschaftsbundes (ÖGB) wurde dementsprechend auch eine Arbeitsgruppe eingerichtet, die das Thema Gegenmacht für die gewerkschaftliche Bildung bearbeiten sollte. Als ein Ergebnis dieser Arbeitsgruppe ist ua in der VÖGB-Skriptenreihe ein Band mit dem Titel „Mach dich stark als Betriebsrat, bilde Macht",[9] erschienen. Diese Broschüre zeigt auf, wie Bildung von Gegenmacht in der gewerkschaftlichen Bildungsarbeit zukünftig bearbeitet und vermittelt werden kann.

Gegenmachtsfähig zu sein ist also eine der Hauptkompetenzen von Arbeitnehmervertreter:innen. Was versteht man darunter? Sowohl die Bewältigung des Tagesgeschäfts als auch von Krisen ist eine stetige Herausforderung für Betriebsrät:innen. Dementsprechend liegen die Schwerpunkte gewerkschaftlicher Bildung auf den Inhalten Recht & Wirtschaft sowie auf den sogenannten sozialen Kompetenzen, wie zB Verhandlung, Rhetorik und Konfliktmanagement. Mit diesen Inhalten ausgestattet fällt es leichter, mit Arbeitgeber:innen auf Augenhöhe zu arbeiten und agieren, statt immer nur zu reagieren.

Alle österreichischen Gewerkschaften verfügen über eigene Bildungsprogramme. Für neu gewählte Betriebsrät:innen werden Grundkurse oder sogenannte Basiskurse angeboten. Diesen Kursen kommt eine entscheidende Rolle zu, sind sie doch zumeist

---

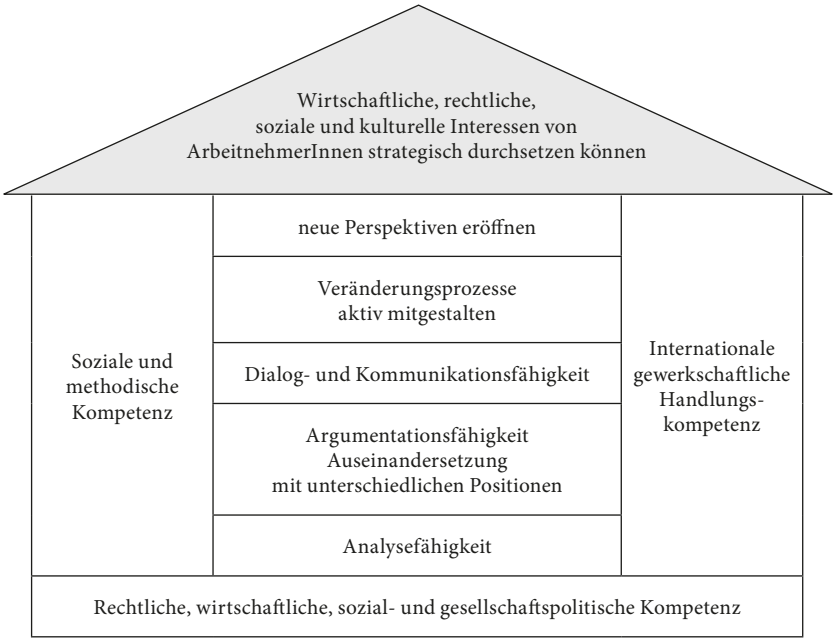
7 Vgl *Letz*, Kämpfen für ein gutes Leben. Blitzlichter gewerkschaftlicher Bildungsarbeit von 1848 bis zur Ersten Republik, in *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (Hrsg), Bildung & Gerechtigkeit 150 Jahre ArbeiterInnenbildungsbewegung in Österreich (2017).

8 *Pellar*, Energiezentren, https://www.arbeit-wirtschaft.at/archiv-posts/energiezentren/ (abgerufen am 9.11.2023).

9 *Gerstmayer/Greif/Gstöttner-Hofer/Jungert/Schneeweiß/Wall-Strasser/Windtner*, Mach dich stark als Betriebsrat, bilde Macht! VÖGB-Skriptenreihe (2021).

der erste Kontakt von neu gewählten Betriebsrät:innen mit der gewerkschaftlichen Bildung, einer angeleiteten Auseinandersetzung mit ihrer neuen Rolle und mit ihren Aufgaben. In diesen Kursen werden ua rechtliche Inhalte, also individuelles und kollektives Arbeitsrecht vermittelt. Das Arbeitsverfassungsgesetz, als rechtliche Grundlage der Betriebsratsarbeit, spielt in diesen Kursen eine wichtige Rolle. Der VÖGB, gemeinsam mit den Arbeiterkammern, bietet darüber hinaus eine ganze Palette von maßgeschneiderten Seminaren, Lehrgängen, Vorträgen und Workshops an.[10]

Um Bildungsziele und -inhalte gewerkschaftlicher Bildung darzustellen, wird in der SOZAK seit einigen Jahren die Metapher des Bildungshauses benutzt. Die Darstellung veranschaulicht die verschiedenen Inhalte und Kompetenzen, die nicht nur für die SOZAK gelten, sondern auf die gesamte gewerkschaftliche Bildung angewendet werden können.



Rechtliche, wirtschaftliche, sozial- und gesellschaftspolitische Kompetenzen sind das Fundament gewerkschaftlicher Bildung, die Basis des Hauses.[11] Neben dieser wichtigen Grundlage sind soziale und methodische Kompetenzen (Verhandlung, Strategie, Rhetorik, Präsentation, Projektmanagement, Führen und Leiten), Kompe-

[10] Siehe dazu Homepage des VÖGB: https://www.voegb.at/.

[11] *Kammer für Arbeiter und Angestellte*, Jahrbuch der Sozialakademie, 69. Lehrgang, 2019/20; Abbildung von Brigitte Daumen (2020).

tenzen im projektbasierten Arbeiten (Ziele definieren, Selbstorganisation, Zeitmanagement, Teamarbeit) sowie auch die internationale Perspektive wichtig. Diese komplexe Mischung wird in der Metapher des Bildungshauses veranschaulicht.

4. Gewerkschaftliche Bildung ist immer politische Bildung

Was meinen wir damit, wenn wir sagen „gewerkschaftliche Bildung ist immer politische Bildung"? Gewerkschaftliche Bildung bezieht Stellung, man könnte auch sagen, sie ist interessengeleitet. Ihr Ziel ist es, Arbeitnehmervertreter:innen für ihre Aufgaben im Betrieb zu stärken und somit geht es immer um den Interessensgegensatz zwischen Kapital und Arbeit. Es geht darum, die Interessen der zu vertretenden Belegschaft zu erkennen und jene Kompetenzen zu erwerben, die für die Durchsetzung notwendig sind. Gewerkschaftliche Bildung kann nicht neutral sein. *„Was folgt daraus für die gewerkschaftliche Bildungsarbeit? Politische Bildung heißt nicht Akzeptanzbeschaffung für bestehende gesellschaftliche Verhältnisse – ganz im Gegenteil. Sie ist eine kritische Instanz zur Problematisierung gesellschaftlicher Widersprüche. Sie stellt den Anspruch, Politik zu entschlüsseln, Zusammenhänge durchschaubar zu machen und neue Perspektiven aufzuzeigen."*[12] Oder, um auf das Bildungshaus zurückzugreifen, *„wirtschaftliche, rechtliche, soziale und kulturelle Interessen von Arbeitnehmer:innen strategisch durchsetzen zu können"*.

Der Ansatzpunkt für gewerkschaftliche Bildung ist die betriebliche Erfahrung der Betriebsrät:innen. Die Erfahrungen und das Wissen der Teilnehmer:innen werden wertgeschätzt, der Lernprozess ist handlungsorientiert und interessengeleitet. Teilnehmende in gewerkschaftlichen Ausbildungen lernen zwar aus individuellen Gründen, aber immer an den Herausforderungen ihres betrieblichen Alltags orientiert.

Um diese Praxisorientierung geht es auch im Fallbeispiel der Hoitzhittn GmbH, das in weiterer Folge vorgestellt wird.

5. Der Praxisfall in der Sozialakademie

Die SOZAK ist eine zehnmonatige Vollzeitausbildung der Bundesarbeitskammer und des ÖGB. Im Rahmen dieser Ausbildung werden Betriebsrät:innen und (angehende) Gewerkschaftssekretär:innen auf ihre Arbeit als Arbeitnehmervertreter:innen vorbereitet. Die Inhalte setzen sowohl an den betrieblichen Erfahrungen der Teilnehmer:innen sowie an den Erfahrungen der Gewerkschaften, welche Kompetenzen für die Erfüllung der Aufgaben von Arbeitnehmerverterter:innen notwendig sind, an. Neben den klassischen Inhalten wie individuelles und kollektives Arbeitsrecht, Ökonomie und Sozialpolitik, werden wichtige Soft Skills, vorrangig Verhand-

[12] *Allespach/Meyer/Wentzel,* Politische Erwachsenenbildung, Ein subjektwissenschaftlicher Zugang am Beispiel der Gewerkschaften (2009) 16.

lungstechniken und Rhetorik, vermittelt. Die Inhalte werden ständig den aktuellen Gegebenheiten angepasst.

Vor vielen Jahren wurde in der SOZAK projektbasiertes Arbeiten eingeführt, sei es im Rahmen von Projektarbeiten oder anderen Formen, in denen sich die Teilnehmer:innen eigenständig und selbstorganisiert in einer projektorientierten Struktur inhaltlich mit verschiedenen Themen auseinander setzen. Die Einführung des Praxisfalls war somit nur eine weitere logische Folge, um selbstgesteuertes und -organisiertes Lernen in der SOZAK auszubauen. Die in zehn Monaten erworbenen Qualifikationen in den Bereichen Recht, Wirtschaft, Verhandlung und den dazugehörigen sozialen Kompetenzen sollten zusammengeführt und in einem Praxisfall angewendet werden.

5.1 Warum ein Praxisfall?

Krisen im Betrieb sind eine stetige Herausforderung für Betriebsrät:innen und Gewerkschaftssekretär:innen. Unter Druck müssen rasch Strategien entwickelt und Lösungen gefunden werden. Diese Tatsache motivierte die Lehrgangsleitung der SOZAK vor einigen Jahren, die Methode des Planspiels in das Curriculum des Lehrgangs zu integrieren. In den Gegenständen Arbeitsrecht und Arbeitsverfassung kommen schon lange kleinere Praxisfälle zur Anwendung, um die „trockene" Gesetzesmaterie zu veranschaulichen und in die tägliche Praxis der Betriebsrät:innen einzubetten. Anhand von Praxisbeispielen aus der gewerkschaftlichen Beratung werden Gesetze erläutert und interpretiert.

Bewusst entschied man sich für die Bezeichnung „Praxisfall". Dieser Ansatz basiert auf der Methode des Problemorientierten Lernens, das Teilnehmer:innen zum eigenständigen Denken und Handeln (versus auswendig lernen) ermutigt. Praxisfälle, in der englischsprachigen Literatur *case studies* genannt, gehören in Managementausbildungen schon seit langem zum Standard. Insbesondere in Rechtsfächern wird diese Methode eingesetzt, wie das Beispiel der Law School zeigt, die bereits um 1870 mit sogenannten cases (Fälle) in ihren Ausbildungen arbeitete.[13]

Das entscheidende Merkmal dieser Methode ist, dass die Teilnehmer:innen, „motiviert werden, aktiv in das Geschehen einzugreifen, zu reflektieren, zu argumentieren, zu evaluieren und Entscheidungen zu treffen."[14] Also genau die Qualifikationen, die sie für ihre tägliche Arbeit in den Betrieben benötigen. Der Fall beruht auf Ereignissen aus der Realität und damit verbundenen Rechtsfällen, mit denen die Sekretäre der Gewerkschaften konfrontiert waren.

---

[13] Vgl *Daumen/Hons/Oberrauter/Sever*, Der Betriebsrat in Aktion, Vom Lernen ins Tun – der SOZAK-Praxisfall.

[14] Ebenda 14.

5.2 Inhalte des Praxisfalls

Für den Praxisfall ist im Curriculum der SOZAK eine Woche eingeplant, dabei handelt es sich um die vorletzte Lehrgangswoche. Also zu einem Zeitpunkt, zu dem die TeiInehmer:innen bereits alle im Lehrplan vorgesehenen Inhalte kennengelernt haben. Jetzt geht es um das Verbinden und Umsetzen in die Praxis. Die Bereiche individuelles und kollektives Arbeitsrecht spielen, neben dem Lesen und Interpretieren der Jahresbilanz des Unternehmens, dabei eine sehr große Rolle. Der Fall ist nicht allein lösbar, daher ist Teamfähigkeit sehr wichtig.

Die konkreten Inhalte des Praxisfalls werden von Lehrgang zu Lehrgang verändert und dementsprechend den aktuellen Herausforderungen der Zeit angepasst. Ging es im ersten Praxisfall um die Teilschließung der Produktion und Verlagerung einer holzverarbeitenden Firma ins benachbarte Ausland, war in einem anderen Jahr ein Gesundheits- und Wellnesscenter der Mittelpunkt des Falls. Die Praxisfall-Teilnehmer:innen sind in vielen Belangen gefordert und müssen Fragen zu Entlassung, Versetzung, Mutterschutz, Pensionen, Mobbing etc schriftlich beantworten. Sie müssen die Bilanz des Unternehmens analysieren und führen Verhandlungen mit der Geschäftsführung. Sie werden von Medien kontaktiert, Betriebsversammlungen werden abgehalten. Kampagnen müssen organisiert werden, um die Kolleg:innen und die Öffentlichkeit als Mitstreiter:innen zu gewinnen. Auch wenn es sich bei den Praxisfällen in der SOZAK um Simulationen handelt, so sind sie doch immer sehr realistisch gestaltet. Es werden Problemfelder ausgewählt, mit denen die Teilnehmer:innen in ihrer Praxis häufig konfrontiert sind: Kündigungen, Entlassungen, Standortverlagerungen, Änderung von Arbeitsverträgen etc.

Damit der Praxisfall tatsächlich realitätsnah ist, wurde bei der Konzeption auf nachfolgende Eckpunkte besonders geachtet:

- *„Der Fall muss einen Bezug zu den bisherigen Erfahrungen und Arbeitssituationen der Teilnehmer:innen haben.*
- *Die Teilnehmer:innen müssen für die Abläufe im Fall Verständnis aufbringen können.*
- *Der Fall sollte problem- und konflikthaltig sein.*
- *Der Fall muss überschaubar sein und unter den zeitlichen Rahmenbedingungen sowie den individuellen Voraussetzungen der Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten der Teilnehmer:innen bearbeitbar sein.*
- *Der Fall soll mehrere Strategien und somit Lösungsmöglichkeiten zulassen.*
- *Um den Lernerfolg zu sichern, sollten immer wieder Feedback-Schleifen für die Studierenden eingebaut werden.“*[15]

[15] Ebenda 16 f.

5.3 Warum der Praxisfall die Königsdisziplin in der SOZAK ist

Der Praxisfall wird gerne als Königsdisziplin der SOZAK bezeichnet. Der Grund dafür liegt auf der Hand. Anhand eines konkreten Falles wird praxisnah und handlungsorientiert gelernt. Die verschiedenen Kompetenzen, die in den zehn Monaten der Ausbildung erworben wurden, werden miteinander verbunden und vernetzt. Die Inhalte werden wiederholt und können an dem Fallbeispiel ausprobiert werden. Dazu kommen die Feedbackschleifen, mit denen der Transfer in die Realität gut gelingt. Feedback gibt es von Expert:innen in allen Bereichen des Praxisfalls, also sowohl bei den rechtlichen Anfragen, der Interpretation der Bilanz als auch zu den geführten Verhandlungen, Medienauftritten und dem Agieren mit der Belegschaft. Durch den starken Praxisbezug ist ein effektiveres Behalten der vermittelten Inhalte realistisch.

Natürlich sind Praxisfälle kein didaktisches Allheilmittel für die gewerkschaftliche Erwachsenenbildung. Zu Aneignung von Basiswissen ist die Methode weniger gut geeignet. Praxisfälle brauchen viel Zeit zur Vorbereitung und auch bei der Durchführung. Die Lernerfolge zeigen sich meist erst etwas später in der beruflichen Praxis. Dennoch werden viele, besonders in der gewerkschaftlichen Bildung wichtige Lernprozesse durch diese Methode angeregt. Der Erwerb von sozialen Kompetenzen, wie Team- und Kooperationsfähigkeit und Dialogkompetenz soll hier besonders hervorgehoben werden. Durch den Modellcharakter von Praxisfällen kann das Gelernte im geschützten Raum ausprobiert werden, was den Teilnehmer:innen hilft, sich mit den Folgen ihres eigenen Handelns auseinanderzusetzten und ihre Kompetenzen selbst besser einschätzen zu können. Durch die Praxisrelevanz nehmen die Teilnehmenden wahr, dass sie für ihre berufliche Praxis lernen und nicht nur theoretisches Wissen vermittelt bekommen. Dies bestätigen die Absolvent:innen der SOZAK. Die Inhalte des Praxisfalls und die damit erworbenen Kenntnisse sowie das erfahrene Selbstvertrauen helfen ihnen in ihrer beruflichen Realität, oft noch jahrelang später.

Durch den Einsatz eines Praxisfalls kann ein wichtiges Kriterium für die gewerkschaftliche Bildungsarbeit erreicht werden: nicht nur Kompetenzen zu entwickeln, sondern auch Haltungen aufzubauen und Positionen aktiv zu vertreten.

Mitbestimmung im Aufsichtsrat: Voraussetzungen, Praxis und Mehrwert

Michael Heiling/Hannes Schneller

1. Einleitung 167
2. Rechtsrahmen: Das mitteleuropäische Modell der Unternehmensmitbestimmung 168
3. Voraussetzungen für gute Betriebsratsarbeit im Aufsichtsrat 171
   3.1 Rechtliche Kompetenz 171
   3.2 Betriebswirtschaftliche Kenntnisse – kritische Betrachtung, Einordnung und Plausibilitätsprüfung 172
   3.3 Aufsichtsratsarbeit als Kommunikationsarbeit 173
   3.4 *Fit&Proper* in jeder Branche: Ausbildungsangebote des IFAM 173
4. Der konkrete Mehrwert der Aufsichtsratsmitbestimmung 174
5. Conclusio 176

1. Einleitung

Nach internen Erhebungen der Arbeiterkammern Österreichs sind derzeit rund 2.900 demokratisch gewählte Belegschafts-Repräsentant:innen in den Aufsichtsorganen von AG, GmbH, Genossenschaften oder „Sonder-Rechtsträgern"[1] vertreten. Sie waren im Jahr der „Quoten"-Einführung (2018) zu 76 Prozent männlich.[2] Mittlerweile dürfte aber die Frauenquote die (gesetzlich als Minderheitsgeschlechts-Quote bloß für einen Bruchteil der von § 110 ArbVG erfassten Unternehmen vorgeschriebene) 30-Prozent-Marke erreicht oder sogar überschritten haben, und zwar unabhängig vom kleinen Kreis der quoten-unterworfenen Rechtsträger. Eine erfreuliche, wenngleich deutlich verspätete Entwicklung nicht nur im Hinblick auf die Vorgaben des § 87 Abs 2a AktG, der ja seit 2013 in Geltung steht und Diversität (fachliche Ausgewogenheit und Kenntnisbreite im Kollegialorgan, *Background*-Breite uÄ) bei der Alters- und Geschlechterstruktur normiert, wobei dies von der Hauptversammlung bei der Wahl der Aktionärs- bzw Kapitalvertreter:innen (KV) *zu beachten* ist.

---

[1] Das jeweilige Ausgliederungs- oder Errichtungsgesetz verweist hier punkto Arbeitnehmer:innen-Mitbestimmung im „Kuratorium", Stiftungsrat, Universitätsrat oÄ zumeist auf § 110 ArbVG in gänzlicher oder zumindest wesentlicher Anwendung. Siehe näher bei *Schneller/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 110 Rz 103 ff und Rz 163 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

[2] *Stadler/Adam/Eichmann*, Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Die Praxis der Betriebsratsarbeit im Aufsichtsrat im Kontext von Digitalisierung (2019) 11.

Wie *Kalss*[3] zurecht betont, spricht der Gesetzgeber mit dieser (uU haftungsrelevanten!) „*zu beachten*"-Anordnung die Vertretung beider Geschlechter und die Altersstruktur im Aufsichtsratsgremium an – zudem sind Ausbildung, Ausrichtung, Herkunft, Lebens- und Berufserfahrung von Bedeutung. Damit sollen in der Diskussion verschiedene Sicht- und Denkweisen eingebracht werden und Entscheidungen umfassender getroffen werden.

Nun unterliegen die Arbeitnehmervertreter:innen (ANV) zwar nicht § 87 AktG oder etwa § 30b GmbHG, weil sie ja nicht von der Gesellschafterversammlung gewählt, sondern vom Zentralbetriebsrat, Betriebsausschuss oder der Konzernvertretung der Belegschaft entsendet werden. Da sie jedoch gemäß § 110 Abs 3 ArbVG „vollwertige" Aufsichtsratsmitglieder mit gleichen Rechten und Pflichten wie die KV sind (von wenigen Ausnahmen abgesehen), ist zu konstatieren, dass sie nicht bloß „einseitige" Interessenvertreter:innen sind, sondern einen zusätzlichen Diversitäts-Faktor im Aufsichtsgremium darstellen.[4] Nämlich seit Inkrafttreten des ArbVG per 1.7.1974 mit einer Beteiligungsquote von einem Drittel, beziehungsweise – damals noch mit geringerer Beteiligungsquote – auch schon seit dessen Vorgängergesetzen, dem BRG 1920 und dem BRG 1947.

Im Folgenden soll in gebotener Kürze der Frage nachgegangen werden, welche Besonderheiten der Kontrollmandat-Ausübung typischerweise bei den ANV – im Vergleich zu den ihnen gegenübersitzenden KV – zu beobachten sind. Danach soll eine Kurzdarstellung empirisch belastbarer Befunde den „Mehrwert" der Aufsichtsratsmitbestimmung – gegenüber der bloßen betrieblichen Mitwirkung – aufzeigen. Und zwar den zusätzlichen Wert für die Belegschaft, aber auch für das Unternehmen, dessen Stakeholder:innen und alle vom Schutzgedanken des § 70 AktG umfassten Interessenträger:innen.

2. Rechtsrahmen: Das mitteleuropäische Modell der Unternehmensmitbestimmung

In knapp mehr als der Hälfte aller EU- und EWR-Staaten ist Arbeitnehmer:innen-Beteiligung im „Board" der Arbeitgebergesellschaft rechtlich garantiert, überwiegend durch Gewerkschaftsfunktionär:innen oder -mitarbeiter:innen ausgeübt.[5] Aber nur das „mitteleuropäische Modell" – und mit Einschränkungen auch das Polder-

[3] *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG[3] (2021) § 87 Rz 14 f.

[4] Damit korrespondierend § 70 Abs 1 AktG, wonach die das Organhandeln bestimmende Leitlinie „Wohl des Unternehmens" die Interessen von Aktionären, Arbeitnehmern sowie Öffentlichkeit zu berücksichtigen hat.

[5] Siehe dazu näher *European Trade Union Institute*, Board Level Employee Representation across the EU, www.worker-participation.eu/node/1683 (abgerufen am 28.11.2023) oder *Hans-Böckler-Stiftung,* Mitbestimmung in der EU-27, https://www.mitbestimmung.de/html/mitbestimmung-in-europa-166.html#:~:text=eine%20wichtige%20Rolle.-,Unternehmensmitbestimmung,als%202.000%20Arbeitnehmern%20die%20H%C3%A4lfte (abgerufen am 28.11.2023).

modell der Niederlande – gewährt per Gesetz weitgehende Gleichheit der Aufsichtsorganmitglieder (zudem: in Österreich ausschließlich nicht-leitende AN der Gesellschaft),[6] egal ob sie von der Haupt- bzw Generalversammlung gewählte KV oder vom (Zentral-)Betriebsrat entsandte ANV sind. Neben der Sprache sind auch die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen für Aktiengesellschaften, GmbH und Genossenschaften in Österreich und Deutschland stark angenähert, weshalb es nicht verwundert, dass ein reger Austausch zwischen ÖGB-nahen und DGB-nahen Ausbildungs- und Unterstützungseinrichtungen besteht – vor allem über das *IFAM*[7] und die *Hans-Böckler-Stiftung*, deren Aktivitäten, Gutachten, Schulungsunterlagen und Publikationen über die Homepages dieser Institutionen leicht zugänglich sind.

Wie nutzen nun Österreichs ANV diese Rechtsstellung tatsächlich? Welche Themen sind für sie idR vorrangig, welche Instrumente der Überwachung werden genutzt, wie verschaffen sich die ANV Gehör? Und noch etwas, im Vergleich zur rein betrieblichen Mitwirkung: Welche Effekte hat die Unternehmensmitbestimmung auf die wirtschaftlich-soziale Lage der Belegschaft und auf die Performanz des Unternehmens bzw Konzerns? Die zuletzt formulierte Frage gewinnt zusätzliche Bedeutung angesichts der ab 2024 – also 50 Jahre nach Inkrafttreten des ArbVG – schrittweise Geltung erlangenden Nachhaltigkeitsberichterstattung gemäß der *Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)* – und künftig wohl auch der *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD) über „nachhaltige" Wertschöpfungs- und Lieferkettenverantwortung.[8] Denn die „soziale Säule" der Nachhaltigkeitsberichterstattung ist wohl ein „Heimspiel" für ANV. Aber auch bei der Umwelt- und bei der Governancesäule werden sie als *Unternehmens-Insider:innen* idR jedes Berichtsdetail auf der Grundlage ihrer betriebsrätlichen Aufgabenerfüllung, zB anlässlich der Überwachung von Arbeits- und Entgeltbedingungen sowie der Mitwirkung bei Organisations- und Produktionsveränderungen (§§ 89 ff und §§ 108 ff ArbVG), anhand der dabei erhaltenen – oder *obiter* „gewonnenen" – Informationen genauestens überprüfen können. Die Bedeutung der Aufsichtsratmitbestimmung für „*good corporate governance*" – somit ua ein ausgewogenes System an *checks&balances* im Unternehmen, ergänzend zum internen Kontrollsystem, Risikomanagement und

---

[6] § 110 Abs 2 iVm § 36 ArbVG; in diesem Sinn auch Regel Nr. 59 des Österreichischen Corporate Governance Kodex: „*Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ist neben der betrieblichen Mitbestimmung durch Einrichtung eines Betriebsrats ein gesetzlich geregelter Teil des österreichischen Corporate Governance Systems*".

[7] Institut für Aufsichtsrat-Mitbestimmung von ÖGB und AK, siehe www.ifam-aufsichtsrat.at (abgerufen am 28.11.2023).

[8] Siehe dazu *Europäische Kommission*, Kommissionsvorschlag einer „Directive on corporate sustainability due diligence", https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en oder auch *Deutscher Nachhaltigkeitskodex*, https://www.deutscher-nachhaltigkeitskodex.de/de/berichtspflichten/corporate-sustainability-due-diligence-directive-csddd/ (abgerufen jeweils am 28.11.2023).

Controlling – wird auch in Regel Nr 59 des Corporate Governance Codex[9] hervorgehoben: „*Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ist neben der betrieblichen Mitbestimmung durch Einrichtung eines Betriebsrats ein gesetzlich geregelter Teil des österreichischen Corporate Governance Systems.* […] *Die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmervertreter sind dieselben wie die der Kapitalvertreter; dies gilt insbesondere für die Informations- und Überwachungsrechte, die Sorgfaltspflicht, die Pflicht zur Verschwiegenheit und eine allfällige Haftung bei Pflichtverletzung.* […]"

Zudem können unserer Erfahrung nach ANV aufgrund ihrer AN-Stellung und des damit verbundenen *insight-knowledge* (unternehmensinterne[s] Sichtweise und Wissen) als eine gewisse Garantie dafür angesehen werden, dass die Geschäftsführung die satzungsgemäßen Vorgaben und weitere drei daraus abgeleitete Pflichtenbindungen hinsichtlich Geschäftsmodell-Beibehaltung und festgelegter Strategie (vgl § 95 Abs 5 Z 8 AktG uä) einhält. Denn die Unternehmensleitung muss – unter steter Beachtung des § 70 AktG-Prinzips und der *Business Judgement Rule* – diese aus dem Geschäftsgegenstand abgeleiteten Vorgaben und Ziele verfolgen und sonst nichts.[10]

Die dem Aufsichtsrat berichtspflichtige (und bei wichtigen zustimmungspflichtigen Vorhaben *genehmigungsunterworfene*) Geschäftsführung wird sich in einem mitbestimmten Aufsichtsrat deutlich schwerer tun, außerbilanzielle Geschäfte oder sonstige zu intensiv betriebene Fremdgeschäfte für bilanzkosmetische Maßnahmen heranzuziehen, die mit dem Unternehmensgegenstand höchstens noch am Rande etwas zu tun haben. Die gesetzlichen Unternehmensvertreter:innen müssen bei ihren Planungen und Ausführungen – und hier hat die Überwachungsaufgabe und strategiebegleitende Funktion des Aufsichtsorgans anzusetzen – im Korridor des (1) Geschäftsgegenstands (bzw Gegenstände, § 17 Z 2 AktG, § 4 Abs 1 Z 2 GmbHG) und daran anknüpfend des vorgegebenen (2) Geschäftsmodells, aus dem die (3) Geschäftspolitik (vgl § 95 Abs 5 Z 8 AktG) situationsadäquat abgeleitet wird und schlussendlich in der (4) faktischen Geschäftsführung mündet, agieren. Es leuchtet ein – und deckt sich mit den Erfahrungen[11] zahlreicher gewerkschaftlicher Interessenvertreter:innen – dass ein Aufsichtsrat mit „Insider:innen" im Kollegialorgan hier effizienter überwachen sowie strategisch begleiten (anleiten) kann als etwa ein vorrangig von dividendenorientierten Investorenvertreter:innen beschicktes Organ.

---

[9] Siehe dazu Österreichischer Corporate Governance Kodex idF Jänner 2023, https://www.corporate-governance.at/kodex/ (abgerufen am 28.11.2023).

[10] IdS *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus* (Hrsg), AktG II[6] (2019) § 70 Rz 91 mwN der österreichischen und deutschen Literatur. Zur Bedeutung der Mitbestimmung für Compliance und satzungsgemäßes Verhalten der Geschäftsführung vgl auch *Schneller*, Aufsichtsräte ohne Mitbestimmung: Diversität und Ausgewogenheit fehlen häufig, DRdA-infas 2021, 336.

[11] Siehe dazu auch empirische Befunde in Abschnitt 4 dieses Beitrags.

3. Voraussetzungen für gute Betriebsratsarbeit im Aufsichtsrat

3.1 Rechtliche Kompetenz

Die Voraussetzungen und „*rechtlichen Tools*" der Überwachungstätigkeit sind hier bei ANV und KV die gleichen. Nur werden sie häufig unterschiedlich eingesetzt (oder unterlassen). Es darf auch die Tatsache nicht unterschätzt werden, dass ANV in der Sekunde nach Aufsichtsrats-Sitzungsschluss wieder zu „gewöhnlichen Arbeitnehmer:innen" werden – und damit weisungs- und disziplinarunterworfen sind. Nun räumt zwar § 115 ArbVG den Betriebsratsmitgliedern einen halbwegs brauchbaren Benachteiligungsschutz ein (va in Verbindung mit dem Kündigungs- und Entlassungsschutz der §§ 120–122 ArbVG), aber das Gesprächsklima und die Diskussionskultur im AG-AN-Verhältnis soll nach Meinung zahlreicher ANV nun doch nicht nachhaltig verschlechtert werden.

Sämtliche Überwachungs- oder Vertretungstätigkeiten „zum Wohl der Gesellschaft"[12] sind vom Kollegialorgan oder seinen allfälligen Ausschüssen zu bearbeiten und dabei kommen den ANV – von der Personalausschusskompetenz der Vorstände-Vertragsgestaltung abgesehen – gleiche Rechte, Pflichten und Haftungsrisiken wie den KV zu. Voraussetzung für *due diligence*- und *good corporate governance*-gemäße Mandatsausübung ist jedenfalls eine umfassende Vertrautheit mit dem Unternehmen und seinem Rechtsrahmen (Gesellschafts- und Gewerberecht bzw Berufsausübungsrecht; Satzung, Geschäftsordnungen, Konzernrichtlinien usw) sowie die Beachtung der seit etwa zehn Jahren verstärkt in den Schadenersatz-Diskurs einfließenden Grundsätze „*know your company/know your structure (owners)/know your risks*". Die seit 2016 geltenden Prinzipien der Business Judgement Rule (BJR), § 84 AktG und § 25 GmbHG, sollten sozusagen spiegelbildlich (Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters der betreffenden Branche und Unternehmensgröße anwenden, um im *safe harbour* der BJR zu bleiben) beachtet werden, denn es geht bei Aufsichtsratsmitgliedern ebenso wie bei den Geschäftsführungsmitgliedern um die „*selbständige treuhändige Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen*".[13] Nach der dem US-amerikanischen Insolvenzrecht entstammenden „Zweifelsregel in Haftungsfragen" wird vermutet, dass die Vorgangsweise dann sorgfältig vorbereitet und rechtmäßig war, wenn bei

- unternehmerischen (dh nicht zwingend vorgegebenen) Prognose-Entscheidungen
- unbefangen („disinterested and independent")
- auf der Grundlage angemessener Informationen (größen-, risiko- und situationsadäquat!)

[12] Vgl etwa *Frotz/Schörghuber* in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat[2] (2016) 330 ff.

[13] OGH 15.9.2020, 6 Ob 58/20b mwN.

- sowie in der objektiv und subjektiv nachvollziehbaren, gutgläubigen Überzeugung zum Wohl der Gesellschaft zu agieren,

ein Geschäftsführungs- und/oder Aufsichtsratsbeschluss bzw ein faktischer Geschäftsführungs-Entschluss gefasst wurde.[14]

Auch hier wird ein weiterer gewichtiger Vorteil der Mitbestimmung erkennbar: Die haftungsbefreiende „angemessene Informationsbasis" ist in einem mit Betriebsabläufe-Insider:innen besetzten Kontrollorgan in aller Regel detaillierter und faktenbasierter gegeben, wenn es um Zustimmungsbeschlüsse für gewichtige Investitionen oder Produktionsbereichsveränderungen geht.

3.2 Betriebswirtschaftliche Kenntnisse – kritische Betrachtung, Einordnung und Plausibilitätsprüfung

Der Blick auf die Aufgaben, die das AktG sowie das GmbHG (in Verbindung mit dem UGB) für die Aufsichtsratsmitglieder vorsehen, führt außerdem zu notwendigen betriebswirtschaftlichen Kompetenzen und Fähigkeiten. Einerseits geht es hier um kontroll- und vergangenheitsbezogene Aufgaben (die Entgegennahme und Beurteilung der Jahres-, Quartals- und Sonderberichte[15] bis hin zur Überprüfung oder gar Feststellung des Jahresabschlusses samt Prüfung des Gewinnverwendungsvorschlages[16]), andererseits um zukunftsbezogene Aufgaben vor allem im Zusammenhang mit zustimmungspflichtigen Geschäften.[17] Vereinfacht gesprochen ist die Zustimmung des Aufsichtsrates zu Entscheidungen der Geschäftsführung oder des Vorstandes immer dann erforderlich, wenn Geschäftsführung oder Vorstand Maßnahmen setzen, die sich außerhalb der „täglichen, operativen Geschäftsführung" befinden – wie etwa die Änderung der allgemeinen Grundsätze der Geschäftspolitik, Investitionen oder Kreditaufnahmen über bestimmten Betragsgrenzen oder die Aufnahme/Aufgabe von ganzen Geschäftszweigen.

In der Praxis bedeutet das nicht, dass jede:r ANV im Aufsichtsrat Expert:in in Finanz- und Rechnungswesen und/oder Investitions- und Finanzierungsmanagement sein muss. Vielmehr geht es um die Fähigkeit und die Kompetenz, die Unterlagen kritisch zu betrachten, auf Nachvollziehbarkeit bzw Plausibilität zu prüfen, mit Betriebs- und Hausverstand auch das „*Nicht-Berichtete*" zu erkennen und – wenn notwendig – zu thematisieren. Betriebswirtschaftliche Prüfung von Berichten und Beschlussvorlagen bedeutet in der Praxis vor allem auch Szenarien, Alternativen und Vergleiche einzufordern sowie Auswirkungen zu erörtern und zu hinterfragen.

Um dies auf Augenhöhe tun zu können, ist es aber wichtig, wesentliche Begriffe aus der Rechnungslegung, der Kostenrechnung und der Budgetierung zu kennen

---

[14] *Schneller,* DRdA-infas 2021, 336.
[15] Vgl § 81 AktG bzw § 28a GmbHG.
[16] Vgl § 96 AktG bzw § 30k GmbHG.
[17] Vgl § 95 Abs 5 AktG bzw § 30j Abs 5 GmbHG.

und einordnen zu können. Mit diesem Grundwerkzeug kann das Betriebsratsmitglied im Aufsichtsrat üblicherweise das Berichtete und das Vorgeschlagene mit den Wahrnehmungen aus der Betriebspraxis, der Stimmung in der Belegschaft und möglicherweise auch mit dem „Flurfunk" verbinden und damit eine Perspektive einnehmen, die für die Geschäftsführung oder den Vorstand zwar vielleicht eine Herausforderung, aber richtig eingesetzt auch eine sehr wertvolle Ressource sein kann. Nicht umsonst nennen auch ANV selbst die „*Kenntnisse über das eigene Unternehmen*" und die „*betriebliche Erfahrung*" als für die Aufsichtsratsarbeit sehr wertvolle Kompetenzen[18] – ganz im Sinne von „*know your company/structure*" gleich nach dem Wissen über die eigenen Rechte und Pflichten.

3.3 Aufsichtsratsarbeit als Kommunikationsarbeit

Die Arbeit von ANV im Aufsichtsrat beginnt und endet keinesfalls mit der Aufsichtsratssitzung, diese bildet vielmehr nur die „*Spitze des Eisberges*". Aufsichtsratsarbeit bedeutet – wie auch Betriebsratsarbeit – in erster Linie Kommunikation. In der Praxis also: Die richtigen Quellen, Kontakte und Netzwerke zu kennen und zu pflegen, Fragen und Anträge entsprechend vorzubereiten, auch zu klären, welche Anliegen tatsächlich *in der Aufsichtsratssitzung* besprochen werden müssen und welche vor der Aufsichtsratssitzung oder in einer Beratung zwischen Betriebsrat und Geschäftsführung erörtert werden können. In der Praxis ist die (Nach-)Frage wohl das wichtigste Mittel der Kommunikation im Aufsichtsrat – sie eröffnet neue Perspektiven, sie gibt Kontrollmöglichkeit, ohne dabei selbst eine abschließende Position einnehmen zu müssen. „*Was dem Maurer die Kelle ist, ist dem Aufsichtsrat die Frage*" wurde dazu in der Beratungspraxis schon geäußert – oder auch: „*Wer fragt, der führt!*".

3.4 *Fit&Proper* in jeder Branche: Ausbildungsangebote des IFAM

ANV sollten also – über das sie besonders auszeichnende betriebliche „Insider-Wissen" hinaus – zumindest Wissen über den rechtlichen Rahmen des Unternehmens und ihrer Tätigkeit sowie Sattelfestigkeit in betriebswirtschaftlichem Vokabular erlangen um ihre Aufgaben im Aufsichtsrat gut erledigen zu können. Darüber hinaus ist Kommunikationsaffinität wichtig, dieser letzte Punkt ist aber wohl für die meisten Betriebsratsmitglieder ohnehin eine Grundkompetenz.

Das gemeinsam von Arbeiterkammer und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund betriebene Institut für Aufsichtsrat-Mitbestimmung (IFAM)[19] ist dabei ein wichtiger Partner für ANV beim Erwerb dieser Kompetenzen und der Begleitung

[18] *Stadler/Adam/Eichmann*, Mitbestimmung im Aufsichtsrat 30; https://www.forba.at/wp-content/uploads/2019/12/FORBA_Bericht_BR_im_Aufsichtsrat_2019-2.pdf (abgerufen am 28.11.2023).

[19] Das aktuelle Seminarangebot ist auf den Seiten des Verbands österreichischer gewerkschaftlicher Bildung (VÖGB) unter www.voegb.at/lehrgaenge/ifam (abgerufen am 15.09.2023) zu finden.

der Aufsichtsratsarbeit. Die IFAM-Ausbildung richtet sich an ANV (und Betriebsratsmitglieder, die auf Perspektive ein Aufsichtsratsmandat übernehmen) und vermittelt sowohl rechtliches als auch betriebswirtschaftliches Grundlagenwissen. Ebenso werden soziale und kommunikative Kompetenzen geschult. Für branchenspezifische Inhalte werden insbesondere für ANV in Banken, Versicherungen und Non-Profit-Unternehmen Spezialseminare angeboten. IFAM ist nur wenige Jahre jünger als das ArbVG: Am 1.7.1974 trat die Aufsichtsratsmitbestimmung gemäß § 110 ArbVG in Kraft – und ab 1977 nahm IFAM seinen Betrieb auf, federführend vom nachmaligen Sozialminister *Walter Geppert* und vom nachmaligen AK-Direktor *Josef Cerny* geprägt.

4. Der konkrete Mehrwert der Aufsichtsratsmitbestimmung

Es erscheint einerseits unbestritten, dass die Aufsichtsratsmitbestimmung für Betriebsratsmitglieder eine zusätzliche Ressource bietet, um den im ArbVG formulierten Auftrag gut erfüllen zu können.

Denn zunächst können auch zwei ANV im Aufsichtsrat jederzeit einen Bericht der Geschäftsführung oder des Vorstandes verlangen und damit zusätzliche Informationen erhalten. Diese sind in ihrer Rolle als Aufsichtsratsmitglied – wie bereits ausgeführt – bis auf geringfügige Ausnahmen „Gleiche unter Gleichen". In der Praxis bedeutet somit die Aufsichtsratsmitbestimmung schlichtweg auch „Augenhöhe" – oft auch über den Aufsichtsrat hinaus. Und auch wenn das beschriebene österreichische Modell der Aufsichtsratsmitbestimmung die „Drittelparität" kennt, so ist in der Praxis Stimme und Position der ANV immer dann besonders relevant, wenn von Seiten des Aufsichtsratsvorsitzes oder von Seiten des Vorstandes/der Geschäftsführung einstimmige Beschlussfassung angestrebt wird.

Andererseits ist es aber auch aus der Perspektive des Vorstandes oder der Geschäftsführung durchaus vorteilhaft, auf die Ressourcen des (drittel-)mitbestimmten Aufsichtsrats zurückzugreifen, um das Unternehmen gut zu führen. Ganz generell ist anzumerken, dass die Mitbestimmung durch den Betriebsrat in Österreich auch von der Mehrheit der Geschäftsführungsorgane geschätzt wird. 90 Prozent der befragten Leitungsorganmitglieder in Österreich geben im Rahmen einer europäischen Umfrage 2019 an, dem Betriebsrat stark oder eher zu vertrauen, fast ebenso hoch ist der Wert jener Geschäftsführer:innen, die die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat als sehr oder „eher konstruktiv" beschreiben.[20] In der bundesdeutschen[21] Forschung wird mehrfach ein positiver Zusammenhang zwischen dem Grad der (Aufsichts-

[20] Vgl *Stadler,* Lage und Wirkung der Mitbestimmung in österreichischen Unternehmen. Ergebnisse des European Company Survey 2019, FORBA-Forschungsbericht 2022 (2022) 31 f.

[21] Während in Österreich für die Aufsichtsratsmitbestimmung Drittelparität (für je zwei gewählte KV ist jeweils ein Mitglied vom Betriebsrat in den Aufsichtsrat zu entsenden) vorgesehen ist, gibt es in Deutschland verschiedene Grade der Mitbestimmung bzw der Repräsentation von ANV im Aufsichtsrat.

rats-)Mitbestimmung und der betriebswirtschaftlichen Performance – etwa im Bereich der langfristigen und zukunftssichernden Investitionstätigkeit[22] oder des Working-Capital-Managements und der Selbstfinanzierungsfähigkeit[23] der Unternehmen – empirisch nachgewiesen. Darüber hinaus zeigt sich auch, dass stärker (aufsichtsrats-)mitbestimmte Unternehmen weniger zu „aggressiver Finanzberichterstattung" (durch Ausnutzen von Bilanzspielräumen, um sich besser darzustellen) und Steuervermeidung[24] neigen.

Auf struktureller Ebene können ANV wohl aufgrund der folgenden Gegebenheiten dazu beitragen, die Aufgaben des Vorstandes gemäß § 70 AktG zu unterstützen – nämlich, „[…] *die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses* es erfordert".

- Zunächst steht heute weitgehend außer Frage, dass die Einbeziehung von Diversität in Unternehmen und auch in die Unternehmensführung positive Auswirkungen auf Betriebe, ihre Entwicklung und ihre Beschäftigten hat – oder wie es die Interessenvertretung der Arbeitgeber:innen formuliert: „*Die Einbeziehung von Vielfalt bringt klare Vorteile für die heimische Wirtschaft*".[25] Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat bringen aus vielerlei Perspektive diese Vielfalt mit, weil sie sich etwa in Bezug auf Ausbildungen und Erwerbskarrieren von den KV unterscheiden. Zudem sind die vom Betriebsrat entsendeten Mitglieder im Aufsichtsrat – jedenfalls in vorliegenden Analysen für börsennotierte Unternehmen – jünger[26] und weiblicher[27] als KV (wenngleich hier kritisch anzumerken ist, dass zuletzt ein Anstieg des Frauenanteils bei KV und eher eine Stagnation bei ANV zu erkennen ist und österreichische Aufsichtsräte in Summe noch immer deutlich von einem ausgewogenen Geschlechterverhältnis entfernt sind).[28] Die Chance, dass im Aufsichtsgremium *Betroffene zu Beteiligten* gemacht werden, dass unterschiedliche Sichtweisen eingebracht werden, steigt aber jedenfalls mit der diverseren Zusammensetzung dieser Gremien. Diese Vielfalt können Betriebsratsmitglieder in den Aufsichtsrat mitbringen.

---

22 Vgl *Vitols/Scholz*, Unternehmensmitbestimmung und langfristige Investitionen in deutschen Unternehmen, WSI-Mitteilungen 2/21 (87) 94 ff.

23 Vgl *Lopatta/Böttcher/Jaeschke*, When labor representatives join supervisory boards: empirical evidence of the relationship between the change to parity codetermination and working capital and operating cash flows, Journal of Business Economics, 1/18 (1) 16 ff.

24 Vgl *Eulerich/Fligge,* Aggressive Berichterstattung in deutschen Unternehmen, Mitbestimmungsreport 62/2020, 12.

25 *Wirtschaftskammer Wien*, Diversity Management. Ein Leitfaden für die Praxis (2017) 3.

26 Vgl *Koidl*, Aufsichtsratszusammensetzung von österreichischen börsennotierten Unternehmen (2016) 53 f.

27 Vgl *Aschauer et al*, Corporate Governance Monitor 2022 (2022) 27 ff.

28 Vgl *Haager/Hudelist*, Frauen.Management.Report 2023 (2023) 25 f.

- ANV im Aufsichtsrat kommen in Österreich „*aus dem Kreise der Betriebsratsmitglieder*“[29] und in weiterer Folge aus dem Kreise der Beschäftigten der Unternehmen. Sie kommen daher von *innen* und nicht von außen. Sie haben dadurch direkten Zugriff auf relevante Schlüsselpositionen und Arbeitnehmer:innen im Betrieb und arbeiten in vielen Fällen direkt, unmittelbar und tagtäglich an den Projekten und Prozessen, den Werkstücken und Dienstleistungen des Betriebes mit. Somit haben sie einen wesentlichen internen Informationsvorsprung gegenüber KV, die diese Informationen womöglich nur „*top-down*“ und durch mehrere Berichts- und Leitungsebenen „gefiltert“ erhalten. Die Leitungsorgane des Unternehmens sind gut beraten, diese Informationsressource zu nutzen und einzubinden.
- Für KV ergibt sich unter Umständen aus einem Wiederbestellungsinteresse heraus auch ein Interesse vorrangig im Auftrag der Eigentümer:innen zu handeln. In der Praxis ist nicht selten, dass Aufsichtsratsmitglieder einer Konzerntochter auch gleichzeitig Geschäftsführer:innen in einem Mutterunternehmen und damit zumindest in dieser Rolle an Beschlüsse der Konzerneigentümer:innen gebunden[30] sind. Zwar wollen wohl auch ANV durch ihr Gremium wiederentsandt werden, dieses Interesse ist aber weitgehend vom Willen der Eigentümer:innen abgekoppelt. Somit können ANV ganz besonders auf die langfristige Unternehmenserfolgsperspektive unter Einbindung der Interessen aller *Stakeholder:innen* fokussieren und geraten bei überhöhten Gewinnausschüttungsvorschlägen oder vom Management vorgeschlagenen lediglich kurzfristig gewinnmaximierenden Maßnahmen in keinen Interessenkonflikt mit den Interessen der Anteilseigner:innen bzw der *Shareholder:innen*.

5. Conclusio

Das beschriebene österreichische Modell der Aufsichtsratsmitbestimmung bringt ex lege Diversität und die interne Perspektive der Beschäftigten sowie Erfahrungen aus der tagtäglichen betrieblichen Praxis in den Aufsichtsrat ein. In der Beratungspraxis kann beobachtet werden, dass es oftmals ANV sind, die – wenn sie die entsprechenden rechtlichen, betriebswirtschaftlichen und kommunikativen Voraussetzungen mitbringen – eine vorgeschlagene Strategie oder Investition kritisch hinterfragen. So werden im Aufsichtsrat mitunter zusätzliche Berichte und neben den reinen Finanzkennzahlen auch die Einschätzung der konkreten Auswirkungen auf Standort und Beschäftigte erörtert, weil ANV direkte Informationen aus der Belegschaft oder aus der täglichen Praxis einbringen können, die KV möglicherweise

[29] § 110 Abs 1 ArbVG.

[30] Gemäß § 20 Abs 1 GmbHG sind die Geschäftsführer:innen verpflichtet, „*alle Beschränkungen einzuhalten,* […] *die durch Beschluß der Gesellschafter* […] *festgesetzt sind*“.

(noch) nicht haben. Dies kann mitunter zu längeren Abstimmungsprozessen, aber auch besseren, nachhaltigeren und möglicherweise umsichtigeren Lösungen für die Unternehmen führen, was sich in vielen Fällen auch empirisch messen lässt. Richtig eingesetzt kann die Mitwirkung im Aufsichtsrat gemäß § 110 ArbVG somit nicht nur im Sinne der Belegschaft, sondern auch ganz im Sinne des § 70 Abs 1 des Aktiengesetzes wirken, der dem Interesse der Gesellschafter:innen auch das Interesse der Arbeitnehmer:innen und das öffentliche Interesse zur Seite stellt.

Digitalisierung und Arbeitsgestaltung: Herausforderungen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer:innen[1]

Jörg Flecker/Philip Schörpf/Thomas Riesenecker-Caba

1. Einleitung 179
2. Wandel der Arbeit im Zuge voranschreitender Digitalisierung 181
   2.1 Überwachung und algorithmisches Management 181
   2.2 Arbeitsintensivierung 182
   2.3 Aufwertung oder Dequalifizierung 183
   2.4 Telearbeit 183
3. Herausforderungen für die Mitbestimmung durch den Betriebsrat 184
4. Individuelle Partizipation für die Humanisierung digitalisierter Arbeit ... 188

1. Einleitung

Der Einsatz digitaler Technik in Produktion und Verwaltung ist keineswegs neu. Seit Jahrzehnten ist er auch Gegenstand der betrieblichen Mitbestimmung, ohne dass sich Digitalisierung dabei zu einem Kernthema der Betriebsratsarbeit entwickeln konnte. In den letzten Jahren kam es zu einer neuerlichen Beschleunigung in der Entwicklung und im Einsatz digitaler Informationstechnik, die sich auch in einer verbreiteten Diskussion über Digitalisierung und einzelne Techniken wie „Künstliche Intelligenz" niederschlägt.

Verantwortlich für die vermehrte Durchdringung mit Informations- und Kommunikationstechnik ist, dass nunmehr in allen wesentlichen betrieblichen Bereichen technikunterstützt gearbeitet wird und das Angebot an technischen Anwendungen stetig steigt. Durch die Nutzung von Smartphones und Tablets ist auch kein PC-Arbeitsplatz mehr vonnöten, um Datenverarbeitungen durchzuführen. Alle wesentlichen Aufgabenbereiche lassen sich in der Zwischenzeit auch über mobile Anwendungen („Apps") erledigen. Die Cloud als neuer Verarbeitungsort unterstützt in der Verwaltung zusätzlich eine schnelle Anpassung betrieblich genutzter Dienste, da diese nun nicht mehr durch interne IT-Abteilungen aktuell gehalten werden müssen.

Die Automation von Produktionsschritten in der Industrie einschließlich des Einsatzes von Robotern ermöglicht es häufig, anstrengende und entfremdete Arbeit durch Technik zu ersetzen. Auch kann es sogar in der Einfacharbeit zu Anreiche-

[1] Der vorliegende Beitrag bezieht sich auf Ergebnisse des aktuellen Forschungsprojekts *„Shaping technology: biometric data, collective empowerment and humanization of work"* (ShapeTech, Projektnummer ICT20-034) (Laufzeit 2021–2024); gefördert vom Wiener Wissenschafts-Forschungs- und Technologiefonds (WWTF).

rungen von Tätigkeiten unter Nutzung von digitalen Assistenzsystemen kommen (*Ittermann*, 2023). Doch gerade der Einsatz von Assistenzsystemen in der Produktion hat gezeigt, dass diese für die Unterstützung qualifizierter Arbeitender oder aber für die Degradierung von Arbeit verwendet werden können. Zudem wird die aktuelle Digitalisierung im Sinne eines „digitalen Taylorismus" für weitere Standardisierung der Tätigkeiten und für engmaschige Leistungssteuerung und -kontrolle genutzt (*Butollo* et al, 2021, *Schmierl* et al, 2022). Dies ist insbesondere bei Industrie- und Logistikarbeitsplätzen der Fall, an denen Beschäftigte ohne Berufsausbildung nach oft kurzer Anlernzeit eingesetzt werden. Die Bemühungen um Rationalisierung und Leistungsverdichtung können hier auch mehr personenbezogene Überwachung bedeuten. Diese Gestaltungsoffenheit und die einander oft entgegengesetzten möglichen Anwendungsformen werden auch im Hinblick auf „Künstliche Intelligenz" diskutiert, insofern diese menschliche Arbeit ersetzen oder aber diese unterstützen kann.

In den Büros gehören sogenannte Office-Anwendungen seit vielen Jahren zum Arbeitsalltag. Solche „alten" Anwendungen werden laufend mit zusätzlichen Funktionen angereichert oder durch Cloudlösungen (zB Microsoft 365) ersetzt, und die Beschäftigten sind ständig mit Neuerungen im Bereich der Software konfrontiert. Ebenso wichtig für viele Angestellte ist, dass ihre Tätigkeiten in gesamtbetriebliche Informationssysteme wie Enterprise-Resource-Planning Systeme eingebunden und dadurch auch bestimmt sind. Dies betrifft Aufgaben des Rechnungswesens ebenso wie der Personalverwaltung, des Verkaufs oder der Materialwirtschaft. Über die Informationssysteme werden einerseits die Arbeitsabläufe strukturiert, etwa indem einzelne Beschäftigte abzuarbeitende Fälle oder Arbeitsschritte über einen „Workflow" zugeteilt bekommen. Andererseits dienen die Informationssysteme zur Erstellung von Managementinformationen, indem aktuelle Daten zu Kennzahlen und Übersichten zusammengefügt werden.

Automation ist auch in den Angestelltenbereichen insofern zum Thema geworden, als bei der sogenannten *robotic process automation* Software eingesetzt wird, um Aufgaben mittlerer Komplexität, wie etwa das Zusammenführen von Daten aus verschiedenen Quellen oder das technische Auslesen von Dokumentinformationen (zB in Rechnungen), automatisiert zu erledigen. Insbesondere in Bereichen, in denen projektförmig gearbeitet wird, kommt zudem Software zum Einsatz, die Arbeitsschritte oder -pakete bei anspruchsvollen Tätigkeiten in einen Zeitablauf integriert und den Projektfortschritt transparent macht. Eine Reihe von Produkten unterstützt parallel die Kommunikation zwischen den Beschäftigten etwa durch Chat-Funktionen (zB Microsoft Teams, Zoom). Inzwischen stehen sehr viele verschiedene Kommunikationskanäle von E-Mail, Videomeetings bis zu Chat-Funktionen in Kollaborationssoftware zur Verfügung.

Für einen Umbruch in Teilen der Arbeitswelt hat gesorgt, dass Unternehmen im letzten Jahrzehnt neue Geschäftsmodelle entwickelten, die auf einer Steuerung der

Arbeit über Internetplattformen und Apps etwa im Taxigewerbe oder bei der Essenszustellung per Fahrrad beruhen. Zudem wird über Internetplattformen Arbeit von Auftraggeber:innen an Arbeitende vermittelt. Dies kann ortsgebunden erfolgen, wie bei der Haushaltsreinigung, oder ortsungebunden, wie bei verschiedenen Online-Arbeiten vom Grafikdesign bis zum Videoschnitt. In der Regel sind die Beschäftigten in der Plattformarbeit formal selbständig, unterliegen aber detaillierter Steuerung und Überwachung durch die Unternehmen. Die formale Selbständigkeit bzw Scheinselbständigkeit und die Vereinzelung stellen dabei große Barrieren für die Interessenvertretung dar.

Insgesamt gibt es also nicht „die" Digitalisierung, sondern vielfältige und im Einzelnen recht dynamische Entwicklungen der Nutzung digitaler Technik in der Arbeitswelt. Aktuelle Untersuchungen über betriebliche Digitalisierungsprozesse zeigen, dass die Auswirkung auf die Beschäftigten nicht von den Technologien an sich ausgeht, sondern vielmehr die konkrete Gestaltung von Technik und Arbeitsorganisation und die Anpassung der digitalen Systeme an die Aufgaben die Folgen für die Arbeitenden bestimmen (*Carls* et al, 2023). Insgesamt bedeuten diese Entwicklungen große Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung sowohl auf der Ebene der Gestaltung von Technik und Arbeitsorganisation als auch auf jener der Folgen für die Beschäftigten.

2. Wandel der Arbeit im Zuge voranschreitender Digitalisierung

2.1 Überwachung und algorithmisches Management

Von Beginn an wurde Digitalisierung für die Steuerung und Kontrolle der Arbeit genutzt. In den letzten Jahren hat sich diese Tendenz noch weiter verstärkt (*Altenried*, 2020). Digitale Technologien können den Arbeitsprozess ohne zusätzlichen Aufwand automatisiert dokumentieren und lassen so eine detaillierte Überwachung individueller Arbeitsfortschritte zu (*Elliott & Long*, 2016). Aber auch aus Gründen der Cybersicherheit ist eine permanente Überwachung der IT-Infrastruktur und der dabei zum Einsatz kommenden Komponenten notwendig. Neben der Erfüllung rechtlicher Vorgaben der Netz- und Informationssystemsicherheit (aus dem NISG[2] oder der NIS2-Richtlinie) empfiehlt sich dies, um jederzeit Angriffe auf die eigene IT abwehren bzw erfolgreiche Angriffe rasch erkennen und adäquat darauf reagieren zu können. Die damit einhergehende notwendige Verarbeitung von Gerätedaten und somit Nutzer:innenverhalten (Protokoll-, Telemetriedaten) ermöglicht auch eine erweiterte Analyse der dabei verarbeiteten personenbezogenen Informationen (zB daraus abgeleitete Leistungsanalysen).

Algorithmisches Management wirkt sich potenziell negativ auf die Arbeitnehmer:innen aus, zB durch Einschränkung der Privatsphäre oder Diskriminierung

[2] Netz- und Informationssystemsicherheitsgesetz, siehe bspw. https://www.nis.gv.at/.

aufgrund von Geschlecht, Bildung oder Alter. Außerdem ist es für Arbeitnehmer:innen schwierig, den komplexen algorithmischen Systemen zu widersprechen (*Kellogg* et al, 2020). In eine weitere Steigerungslogik fallen Quantified-Self-Technologien, also Technologien, die am Arbeitsplatz biometrische Daten von Mitarbeiter:innen erfassen, wie etwa den Puls zur Messung von Belastung oder Stress. *Moore* argumentiert, dass der Einsatz von Quantified-Self-Technologien am Arbeitsplatz darauf abzielt, einen „idealtypischen, leistungsstarken, wahrscheinlich männlichen, wahrscheinlich weißen Menschen" zu bevorzugen (2017, S 17). Der Einsatz solcher Technologien am Arbeitsplatz, sei es durch Wearables oder andere Geräte, wird als Fortschreibung neo-tayloristischer Arbeitssteuerung gesehen (*O'Neill*, 2017). In der Praxis könnte dies bedeuten, dass die Arbeitnehmer:innen ihr Verhalten entsprechend den gesammelten (und meist durch das Management interpretierten) Daten verändern: Eine „innere Managerin" nutzt einen „inneren Arbeitnehmer" aus (*Moore*, 2017).

2.2 Arbeitsintensivierung

Unter Intensivierung von Arbeit ist zu verstehen, dass Beschäftigte weniger Zeit für die Erledigung ihrer Aufgaben haben. Das kann von den Beschäftigten als Zeit- und Leistungsdruck erlebt werden (*Kratzer*, 2020). Einfach dargestellt kann eine hohe Arbeitsintensität auf eine gestiegene Anzahl an zu erledigenden Tätigkeiten bei gleichbleibender Arbeitszeit oder auf verringerte Arbeitszeit bei gleichbleibender Arbeitsmenge zurückzuführen sein. Tatsächlich ist die Digitalisierung sicherlich nicht der einzige Auslöser der Arbeitsintensivierung, und gleichzeitig kann Digitalisierung auch zu Arbeitsentlastungen beitragen. Vielmehr können unterschiedliche Prozesse für eine steigende Arbeitsintensität verantwortlich sein, wie Rationalisierungsbestrebungen von Unternehmen, örtliche und zeitliche Flexibilisierung von Arbeit (*Korunka*, 2020), neue Management- und Steuerungsformen, aber freilich auch Digitalisierung (*Kratzer*, 2020).

Einen direkten Zusammenhang zwischen der Einführung neuer Technologien und erhöhter Arbeitsintensität stellen *Meyer* et al (2019) fest: Ihre quantitativen Auswertungen zeigen etwa, dass die Anwendung von neuen Computerprogrammen und Fertigungstechnologien mit einer höheren Wahrscheinlichkeit einhergeht, unter starkem Termin- oder Leistungsdruck zu arbeiten. Gleichzeitig zeigen sie aber auch, dass neue Computerprogramme zu einem höheren Handlungsspielraum und geringerer Monotonie der Beschäftigten führen können. *Korunka* et al (2015) argumentieren, dass sich Arbeitsintensivierung negativ auf das Befinden der Beschäftigten auswirken kann. Ihrer Studie zufolge hat Arbeitsintensivierung negative Auswirkungen auf Arbeitszufriedenheit und bewirkt emotionale Erschöpfung.

Bei digitalen Anwendungen oder Abläufen interagieren die Beschäftigten zunehmend mit sehr komplexen digitalen Systemen. Um die Funktionen und Wirkweisen dieser Systeme nachvollziehen zu können, ist ein hohes Maß an technischem Ver-

ständnis erforderlich, ein Umstand, der auch dazu führen kann, dass bspw Managemententscheidungen (die in Richtung intensiverer Arbeit wirken) durch die Komplexität technischer Systeme verschleiert werden (*Kellogg* et al, 2020).

2.3 Aufwertung oder Dequalifizierung

Die bisher beschriebenen Veränderungen von Arbeit können unterschiedliche Anforderungen an die Beschäftigten stellen. So nimmt man einerseits an, dass durch die Automatisierung und durch Standardisierung von Tätigkeiten die Qualifikationsanforderungen an die Beschäftigten sinken (*Spencer* et al, 2021). In Beispielen aus Call Centern und der Öffentlichen Verwaltung wird beschrieben, wie (komplexe) Tätigkeiten in kleine Teilaufgaben aufgeteilt, teilautomatisiert und detailliert überwacht werden (*Carter* et al, 2011; *Howcroft & Richardson*, 2012). Aktuelle Entwicklungen der Digitalisierung werden als „digitaler Taylorismus" beschrieben, insofern es zu einer weiteren Standardisierung der Tätigkeiten und zu kleinteiligen Vorgaben für die Arbeitsleistung kommt (*Butollo* et al, 2021; *Schmierl* et al, 2022). Interne Datenbanken und Wikis ermöglichen es außerdem, die Kontrolle des Managements über den Arbeitsprozess auszubauen und Wissen über den Tätigkeitsablauf zu dokumentieren (*Taskin & Van Bunnen*, 2015).

Andererseits kann es durch den Einsatz digitaler Technologien auch zu einer Aufwertung von Tätigkeiten kommen, etwa wenn repetitive und entsprechend ungeliebte Tätigkeiten automatisiert und dadurch mehr Zeit für ansprechende und kreative Tätigkeiten bleibt (*Spencer* et al, 2021). Auch bei Anwendungen der „Künstlichen Intelligenz" lassen sich Ziele der Automation und Übertragung von Entscheidungen auf die Technik einerseits und eine Unterstützung der menschlichen Arbeit durch einen komplementären Technikeinsatz andererseits erkennen (*Huchler*, 2022; *Köszegi*, 2023). Welche Version der Digitalisierung und welche Auswirkungen auf Arbeit und Beschäftigung aber schlussendlich in einem Betrieb realisiert werden, ist wesentlich von der sozialen Gestaltung von Technologie und den involvierten Akteur:innen abhängig (*Howcroft & Taylor*, 2023).

2.4 Telearbeit

Die Arbeit vieler Angestellter – insbesondere die Büroarbeit – ist stark durch die Nutzung digitaler Informations- und Kommunikationssysteme geprägt. Die Konsequenzen der Nutzung solcher Systeme sind veränderte Zeit- und Raumbezüge, indem Arbeit nicht ausschließlich im klassischen Büro erledigt wird, sondern vor allem auch im Home-Office, insbesondere seit der COVID-19-Pandemie. Arbeit ist dadurch weniger stark an einen Ort gebunden (*Flecker*, 2016; *Kleemann & Leontaris*, 2023), allerdings nicht vollständig „ortslos", dh in einen virtuellen Raum verlagert; vielmehr bleiben räumliche Bezüge nach wie vor bedeutsam (*Will-Zocholl* et al, 2019) und neue Räume werden betrieblich erschlossen (*Will-Zocholl*, 2023). *Will-Zocholl* argumentiert weiter, dass Arbeitnehmer:innen zwar mehr Freiheit bei der

Organisation der Arbeit und der Arbeitsplätze (Home-Office und Büro) besitzen, diese Freiheit aber auch zusätzlichen Aufwand in Form von „Entscheidungen, Grenzen und Abgrenzungen" (*Will-Zocholl*, 2023, S 212) im Sinne der Selbstorganisation erfordert.

Neben eines veränderten räumlichen Bezugs der Arbeit zeigt sich insbesondere an betrieblicher Kommunikation der Einfluss digitaler Arbeitsmittel deutlich: *Kleemann* und *Leontaris* (2023) erkennen bei der Nutzung von digitaler Kommunikation außerhalb des Büros eine reduzierte, distanzierte und auf Arbeitsergebnisse fokussierte Kommunikation und betonen, dass das nicht nur Folgen für das Betriebsklima haben dürfte, sondern mit „betrieblicher Kommunikation in virtualisierten Arbeitszusammenhängen auf Dauer massive Beschränkungen eines funktionalen betrieblichen Kommunikationszusammenhangs einhergehen könnten" (S 152).

3. Herausforderungen für die Mitbestimmung durch den Betriebsrat

Betriebsräte haben über ihr gesetzliches Mandat und über (Rahmen-)Betriebsvereinbarungen die Möglichkeit, die Anwendung von digitalen Technologien zu regeln und insbesondere bestimmte Funktionen der Technologien und die Verarbeitung von Beschäftigtendaten einzuschränken. In solchen Betriebsvereinbarungen können auch Nutzungsregeln für einzelne Anwendungen festgelegt werden, wie beispielsweise eine Wahlfreiheit zur Verwendung von Kommunikationsanwendungen oder die Vermeidung eines Nutzungszwangs, wenn eine bestimmte Anwendung nicht zentral für die Erbringung der Arbeitsleistung ist. Dadurch wird erstens die Anzahl an verwendeten Systemen reduziert und zweitens können solche Regelungen dazu beitragen, die Belastungen durch die ständigen Änderungen digitaler Anwendungen und die sich daraus ergebenden Lernerfordernisse geringer zu halten.

Herausfordernd für Betriebsräte ist dabei zweifellos, das Wissen über digitale Anwendungen aktuell zu halten. Trotz aller Bemühungen um Weiterbildung ist es nicht immer möglich, ausreichend Informationen zu allen neuen Anwendungen zu bekommen. Betriebsräte greifen dabei auf unterschiedliche Methoden zur Informationsgewinnung zurück: Mitunter gibt es regelmäßige Treffen mit dem Management, die dazu dienen, den Betriebsrat über neue Technologien und deren geplante Implementierungen zu informieren. Solche formalisierten Abläufe in Form von Gremien sind aber eher selten, weshalb Betriebsräte oft auf einen regelmäßigen informellen Austausch mit IT-Abteilungen angewiesen sind. Wir konnten in einem Forschungsprojekt zu Digitalisierung und Arbeitsgestaltung im Dienstleistungssektor[3] feststellen, dass Beschäftigte aus IT-Abteilungen durchaus proaktiv auf den Betriebsrat

[3] „Auswirkungen der Digitalisierung auf Arbeit und Beschäftigung im Dienstleistungssektor" (2019–2021), gefördert durch den Jubiläumsfonds der Österreichischen Nationalbank, Projektnummer 18060.

zugehen, etwa wenn neue Technologien vor der Einführung stehen. Um früh und regelmäßig informiert zu sein und um ausreichend technische Expertise aufzubauen, ist für Betriebsräte also eine gute Verbindung zu den IT-Abteilungen von Vorteil. Von großem Nutzen ist es, wenn Personen mit IT-Kenntnissen für das Betriebsratsgremium rekrutiert werden.

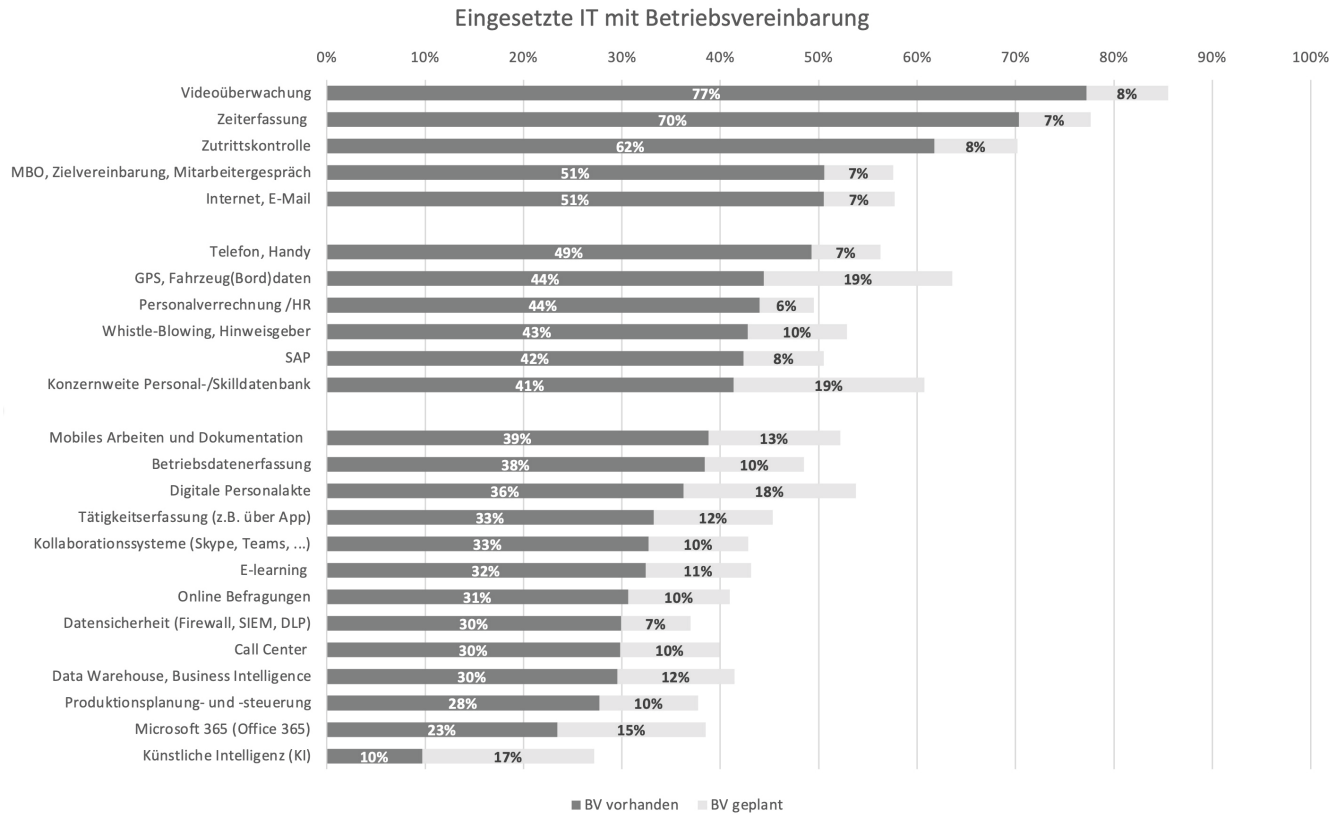
Eine österreichweite Befragung von Betriebsräten (*Riesenecker-Caba & Astleithner*, 2021) zur Verarbeitung personenbezogener Daten nach §§ 96, 96a und 97 ArbVG beschrieb die dabei auftretenden organisatorischen und rechtlichen Herausforderungen. *„Betriebsräte und Personalvertretungen sind in ihren Betrieben mit einer Vielzahl an verschiedenen Informationssystemen konfrontiert, und diese Zahl steigt stetig. (…) Auf Grundlage der mannigfaltigen Verarbeitungen, mitunter mittels Cloud- oder Konzernlösungen unterstützt, die nicht mehr im eigenen Betrieb erfolgt, kann leicht ein Gefühl der Überforderung entstehen"* (ebenda, S 56). Über 40 % der Befragten gaben an, dass aufgrund der Vielzahl und Komplexität der IT-Systeme im Betrieb eine Regelung für den Betriebsrat fast unmöglich ist. Dies lässt eine erhebliche Einschränkung der Mitwirkung des Betriebsrates erkennen. Auch zeigte die Betriebsrätebefragung, dass die Dienstgeber:innen ihrer Informationspflicht nach § 91 ArbVG nur unzureichend nachkommen.

Die Betriebsrätebefragung zeigte auch, dass Betriebsvereinbarungen für diejenigen IT-Systeme abgeschlossen werden, deren Wirkungsweise und Verwendung für die Arbeitgeber- und die Betriebsratsseite leicht nachzuvollziehen sind (*Riesenecker-Caba & Astleithner*, 2021, S 98). Dazu zählen die Videoüberwachung, die elektronische Zeiterfassung, die Zutrittskontrolle oder die Nutzung von Internet oder E-Mail. Das sind IT-Systeme, deren Verarbeitungszwecke überschaubar und die daher leichter zu diskutieren und zu regeln sind. Wie Abbildung 1 zeigt, werden komplexere Systeme deutlich seltener durch Betriebsvereinbarungen geregelt.

Neben der speziellen Regelung durch einzelne Betriebsvereinbarungen werden durch sogenannte Rahmenbetriebsvereinbarungen zur personenbezogenen Datenverarbeitung (*Haslinger* et al, 2020) innerbetriebliche „Spielregeln" für die personenbezogene Datenverarbeitung und die Erfüllung datenschutzrechtlicher Anforderungen erstellt und in Folge nur noch technische Details zu einzelnen IT-Systemen vereinbart (sofern die allgemeinen Regeln nicht ausreichend erscheinen).

Eine Befragung von Arbeitnehmer:innen in Österreich im Jahr 2022 ergab, dass die Beschäftigten häufig Aktivitäten des Betriebsrates im Zusammenhang mit dem Thema Home-Office wahrgenommen haben (*Zeglovits* et al, 2023). Als Folge der Corona-Pandemie ist also auch dieses in engem Zusammenhang mit Digitalisierung stehende Thema für Betriebsräte sehr relevant geworden.

Abbildung 1: Eingesetzte IT-Systeme und betriebliche Regelung



Auch Befunde aus Deutschland zeigen, dass Betriebsräte bei der Gestaltung von Technologien bisher wenig aktiv sind. Liegt traditionell die Stärke der betrieblichen Mitbestimmung in der Bearbeitung der Folgen des wirtschaftlichen Handelns der Unternehmen, so sind die Erfahrungen, was die Mitgestaltung der zukünftigen Arbeitswelt betrifft, eher gering. Digitalisierung als Thema von Betriebsvereinbarungen ist bislang vorwiegend mit Blick auf Datenschutz oder Home-Office und mobile Arbeit bedeutsam (*Baumann* et al, 2018; *Haipeter*, 2021). *Nettelsroth* und *Schilling* (2017) beschreiben, dass das klassische Verständnis von betrieblicher Mitbestimmung eher auf Nachsorge fokussiert. Es gilt für frühere Digitalisierungswellen ebenso wie heute: „Die Chancen neuer Technologien realisieren sich für die Beschäftigten nicht von selbst" (ebd, S 249).

Haipeter (2021) weist auf den übergreifenden Charakter von Digitalisierung hin. Er stellt fest: Die Transformation berührt vielfältige Themen, ist schwer abgrenzbar und ist deshalb nicht umstandslos in präzise Regelungen zu fassen. Darüber hinaus sind Betriebsräte oft nur unzureichend über Schwerpunkte und Verbreitung digitaler Technologien informiert. Dies liegt daran, dass Digitalisierung häufig in Form kleiner Projekte eingeführt wird, die in der Verantwortung dezentraler Bereiche liegen. Damit ist auch das Wissen um die Digitalisierung in den Betrieben oft nicht zentral abrufbar. So betiteln auch *Matuschek* und *Kleemann* (2018) bezeichnenderweise einen Artikel mit „Was man nicht kennt, kann man nicht regeln." Für *Haipeter* (2021) liegt die Herausforderung darin, dass das Thema Digitalisierung sehr unscharf und komplex ist und dass den Betriebsräten dafür oft Handlungskompetenzen fehlen. Aktuelle Befunde aus Betriebsrätebefragungen zeichnen einen wachsenden Qualifikationsbedarf der Betriebsräte im Umgang mit dem Thema. Einer Betriebsrätebefragung des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) zufolge ziehen rund zwei Drittel der Betriebsräte bei Fragen der Digitalisierung sachkundige Arbeitnehmer:innen hinzu, etwa die Hälfte bildet Arbeitsgruppen und gut 40 % suchen die Unterstützung der Gewerkschaften oder nutzen externe Beratung (*Ahlers*, 2018). Auf der anderen Seite erkennen Führungskräfte, Entwickler:innen und Unternehmensleitungen zunehmend, dass sie „ohne die Kompetenzen und ein breites Erfahrungswissen ihrer Belegschaften noch so intelligente Anwendungen nicht ‚ans Laufen kriegen'. Insofern sind sie am Dialog mit Betriebsräten und Beschäftigten interessiert" (*Nettelstroth & Schilling*, 2017, S 249). Dazu passt der Befund von *Niewerth* und *Massolle* (2020), die davon ausgehen, dass auch in Betriebsratsgremien zunehmend Abstand genommen werden wird von der sogenannten Stellvertreterpolitik. Stattdessen soll eine intensivere direkte Beteiligung von Beschäftigten angestrebt werden.

4. Individuelle Partizipation für die Humanisierung digitalisierter Arbeit

Häufig werden einzelne Beschäftigte in den Prozess der Technikgestaltung einbezogen, um sicherzustellen, dass das Wissen aus dem Fachbereich, in dem die Technologie eingesetzt werden soll, ausreichend in die Digitalisierungsprojekte einfließt. So zeigte unser bereits genanntes Forschungsprojekt zur Digitalisierung und Arbeitsgestaltung im Dienstleistungssektor, dass eine direkte Mitgestaltung der digitalen Transformation durch die Beschäftigten in den untersuchten Unternehmen vom Management durchaus gewünscht war, wobei typischerweise die Führungskräfte die Rahmenbedingungen der Mitgestaltung vorgeben. Häufig werden Beschäftigte in ihrer Rolle als Expert:innen ihres Arbeitsbereichs in Projekte einbezogen. Das erfolgt insbesondere dort, wo Arbeitsschritte kleinteilig digitalisiert bzw automatisiert werden sollen. Beschäftigte können Ideen zur Automatisierung einzelner Arbeitsschritte einbringen und werden teilweise in die Implementierung einbezogen. Bei einem Fokus der betrieblichen Digitalisierungsprojekte auf Rationalisierung kann aber generell nicht davon ausgegangen werden, dass die individuelle Partizipation an sich ein Schritt in Richtung Humanisierung der Arbeit ist.

Es braucht also eine eigenständige Orientierung an diesem Ziel. Dies kann der Betriebsrat einbringen, wobei allerdings auf die Kenntnisse und Erfahrungen der Beschäftigten ebenfalls nicht verzichtet werden kann. Wie bereits erwähnt, beziehen Betriebsräte bei Themen, die mit Digitalisierung verbunden sind, oft in der einen oder anderen Form Beschäftigte ein. Wie kann man aber erreichen, dass die Beschäftigten die digitalen Technologien, mit denen sie tagtäglich arbeiten, nicht als gegeben und unveränderbar, sondern als gestaltet und gestaltbar wahrnehmen und somit Vorschläge zu deren Verbesserung im Sinne einer Humanisierung der Arbeit entwickeln können? Zur Beantwortung dieser Frage greifen wir auf das aktuelle Forschungsprojekt „ShapeTech“[4] zurück.

In diesem Forschungsprojekt wurde eine Methode entwickelt, die Arbeitende an stark digitalisierten Arbeitsplätzen ermächtigen soll, Einfluss auf die Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen nehmen zu können. Ausgangspunkt war die Erfahrung, dass auch in partizipativen Settings Arbeitende nur dann Einfluss nehmen können, wenn sie die Perspektive der Gestaltungsmöglichkeit einnehmen und konkrete Gestaltungsalternativen zum Thema gemacht werden können. Die Vorgehensweise von ShapeTech umfasst drei Schritte: Erhebung von Daten über die Arbeitssituation, individuelle Rückmeldungen und Austausch mit Kolleg:innen in Gruppendiskussionen.

[4] *„Shaping technology: biometric data, collective empowerment and humanization of work"* (ShapeTech) (2021 – 2024); gefördert vom Wiener Wissenschafts- Forschungs- und Technologiefonds (WWTF) im Call „Digitaler Humanismus“; Konsortium: Universität Wien (Jörg Flecker, Philip Schörpf), TU Wien (Nima TaheriNejad), AIT (Cornelia Gerdenitsch), FORBA (Myriam Gaitsch).

Die Datenerhebung erfolgt in einem Methodenmix, indem die Angestellten interviewt werden, sie mit entsprechenden Geräten während der Arbeit biometrische Daten über Stress und Konzentration erfassen und ihre Tätigkeiten, Techniknutzung und Wohlbefinden jeden Tages im Sinne einer Tagebuchstudie rekonstruieren. Die Forschenden verdichten das umfangreiche Datenmaterial über eine Arbeitswoche zu einem individuellen Feedback-Bericht, den die Angestellten nutzen können, um ihre Arbeitssituation vertieft zu reflektieren. Auf dieser Basis finden in der Folge Gruppendiskussionen statt, in denen die Arbeitssituationen, die Techniknutzung und insbesondere die Belastungen mit Kolleg:innen an ähnlichen Arbeitsplätzen diskutiert werden, die ebenfalls an der Datenerhebung teilgenommen haben. Alle an den Gruppendiskussionen Beteiligten sind daher detailliert vorbereitet und können faktenbasiert argumentieren. Durch den Austausch soll erreicht werden, dass sich die Angestellten die Ursachen für etwaige Schwierigkeiten und Belastungen nicht nur sich selbst zuschreiben. Zugleich werden die Teilnehmenden aufgefordert, auf der Grundlage der Reflexion der Arbeitsweise und der Techniknutzung Ideen für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu entwickeln, die auch die Art der Nutzung digitaler Technologien und ihre Gestaltung einbeziehen sollen.

Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass die „Ermächtigung" in der beschriebenen Form zu einer vertieften Auseinandersetzung mit den Arbeitsbedingungen und der verwendeten digitalen Technik führt. Dies ist wiederum eine Voraussetzung dafür, eine Gestaltung der Abläufe und der Technologie anzuregen, die zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen führen kann. Um das an einem einfachen Beispiel zu illustrieren: Für die Kommunikation innerhalb einer beteiligten Organisation werden mehrere Kanäle wie E-Mail und Chat-Funktionen mehrerer Programme zugleich genutzt. Das führt zu Unübersichtlichkeit und häufigen Ablenkungen von der Arbeit. Ein Austausch darüber kann dazu führen, entlastende Nutzungsregeln für die digitale Kommunikation einzuführen.

Da auch die Mitbestimmung der Digitalisierung durch Betriebsräte auf Einblicke in komplexe Arbeitsrealitäten angewiesen ist, braucht es elaborierte Formen der Einbeziehung der Beschäftigten. Mit einer gegenüber dem beschriebenen Forschungsprojekt vereinfachten Vorgehensweise könnte es auch Betriebsräten gelingen, Problemlagen digitalisierter Arbeit zu identifizieren und Veränderungsvorschläge der Beschäftigten für die Betriebsratsarbeit und Mitbestimmung zu gewinnen. Auf diesem Weg – so ist zu erwarten – können Betriebsräte stärker auf die Gestaltung und Anwendung komplexer Systeme Einfluss nehmen als dies derzeit erfolgt.

Literatur

Adams-Prassl, J. & Gruber-Risak, M. (2017). Uber, TaskRabbit & Co: Plattforms as Employers? Rethinking the Labour Law of Crowdwork, in Ahlberg/Bruun (ed.), The New Foundations of Labour Law, Peter Lang, 95–125.

Ahlers, E. (2018). Die Digitalisierung der Arbeit. Verbreitung und Einschätzung aus Sicht der Betriebsräte. *WSI Report*, (40), 22.

Altenried, M. (2020). The platform as factory: Crowdwork and the hidden labour behind artificial intelligence. *Capital & Class*, *44*(2), 145–158. https://doi.org/10.1177/0309816819899410

Baumann, H., Mierich, S., & Maschke, M. (2018). Betriebsvereinbarungen 2017 – Verbreitung und (Trend-)Themen. *WSI-Mitteilungen*, *71*(4), 317–325. https://doi.org/10.5771/0342-300X-2018-4-317

Butollo, F., Feuerstein, P., & Krzywdzinski, M. (2021). Was zeichnet die digitale Transformation der Arbeitswelt aus? Ein Deutungsangebot jenseits von Großtheorien und disparater Empirie. AIS-Studien, 14(2), 27-44. https://doi.org/10.21241/ssoar.75425

Carls, K., Gehrken, H., Kuhlmann, M., Splett, B. & Thamm, L. (2023). Digitalisierung aus Beschäftigtensicht. Fehlende Mitgestaltung, belastender Zusatzaufwand, mangelnde Wertschätzung. WSI-Mitteilungen, 76, 83–92. doi: 10.5771/0342-300x-2023-2-83

Carter, B., Danford, A., Howcroft, D., Richardson, H., Smith, A., & Taylor, P. (2011). Lean and mean in the civil service: the case of processing in HMRC. *Public Money & Management*, *31*(2), 115–122. https://doi.org/10.1080/09540962.2011.560708

Flecker, J. (Hrsg.). (2016). *Space, Place and Global Digital Work*. London: Palgrave Macmillan.

Haipeter, T. (2021). „Arbeit 2020" – neue Ansatzpunkte der kollektiven Regulierung der Digitalisierung durch Aktivierung der Betriebsräte. In *Arbeitspolitik in digitalen Zeiten* (S. 109–142). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. https://doi.org/10.5771/9783748923046-109

Haslinger, S., Krisch, A. & Riesenecker-Caba, T. (Hrsg.). (2020). Beschäftigtendatenschutz. Handbuch für die betriebliche Praxis. 2. Auflage, Wien: ÖGB-Verlag.

Howcroft, D., & Richardson, H. (2012). The back office goes global: exploring connections and contradictions in shared service centres. *Work, Employment and Society*, *26*(1), 111–127.

Howcroft, D., & Taylor, P. (2023). Automation and the future of work: A social shaping of technology approach. *New Technology, Work and Employment*, *38*(2), 351–370. https://doi.org/10.1111/ntwe.12240

Huchler, N. (2022). Komplementäre Arbeitsgestaltung. Grundrisse eines Konzepts zur Humanisierung der Arbeit mit KI. Zeitschrift für Arbeitswissenschaft 76, 158–175. https://doi.org/10.1007/s41449-022-00319-5

Ittermann, P. (2023). Einfacharbeit in Produktion und Logistik in der digitalen Transformation. WSI-Mitteilungen 76 (5), 337–345.

Kellogg, K. C., Valentine, M. A., & Christin, A. (2020). Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. *Academy of Management Annals*, *14*(1), 366–410. https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174

Kleemann, F., & Leontaris, T. (2023). Grenzen der Virtualisierung?: Zum Wandel von Arbeitskommunikation in ortsungebundener Arbeit. *Arbeit*, *32*(2), 133–154. https://doi.org/10.1515/arbeit-2023-0009

Koeszegi, S. T. (2024). AI @ Work: Human Empowerment or Disempowerment? In H. Werthner, C. Ghezzi, J. Kramer, J. Nida-Rümelin, B. Nuseibeh, E. Prem & A. Stanger (Hrsg.), *Introduction to Digital Humanism: A Textbook* (S. 175–196). Cham: Springer Nature Switzerland. https://doi.org/10.1007/978-3-031-45304-5_12

Korunka, C. (2020). Arbeitsintensivierung: Ursachen, Verläufe und Risikogruppen. *WSI-Mitteilungen*, *73*(1), 11–18. https://doi.org/10.5771/0342-300X-2020-1-11

Korunka, C., Kubicek, B., Paškvan, M., & Ulferts, H. (2015). Changes in work intensification and intensified learning: challenge or hindrance demands? *Journal of Managerial Psychology*, *30*(7), 786–800. https://doi.org/10.1108/JMP-02-2013-0065

Kratzer, N. (2020). Arbeitsintensität und Arbeitsintensivierung. *Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut Mitteilungen*, *73*(1), 3–10. https://doi.org/10.5771/0342-300X-2020-1-3

Matuschek, I., & Kleemann, F. (2018). „Was man nicht kennt, kann man nicht regeln" Betriebsvereinbarungen als Instrument der arbeitspolitischen Regulierung von Industrie 4.0 und Digitalisierung. *WSI-Mitteilungen*, *71*(3), 227–234. https://doi.org/10.5771/0342-300X-2018-3-227

Meyer, S.-C., Tisch, A., & Hünefeld, L. (2019). Arbeitsintensivierung und Handlungsspielraum in digitalisierten Arbeitswelten – Herausforderung für das Wohlbefinden von Beschäftigten? *Industrielle Beziehungen / The German Journal of Industrial Relations*, *26*(2), 207–231.

Moore, P. (2017). *The Quantified Self in Precarity: Work, Technology and What Counts*. New York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315561523

Nettelstroth, W., & Schilling, G. (2017). Mitbestimmung 4.0: Die digitale Arbeit menschenwürdig gestalten. In G. W. Maier, G. Engels & E. Steffen (Hrsg.), *Handbuch Gestaltung digitaler und vernetzter Arbeitswelten* (S. 1–23). Berlin, Heidelberg: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-662-52903-4_11-1

Niewerth, C., & Massolle, J. (2020). Mitbestimmungspraxis Nr. 36, November 2020, 30.

O'Neill, C. (2017). Taylorism, the European Science of Work, and the Quantified Self at Work. *Science, Technology, & Human Values*, *42*(4), 600–621.

Riesenecker-Caba, T., & Astleithner, F. (2021). Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten und Grenzen betrieblicher Mitbestimmung in einer digitalisierten Arbeitswelt. Projektbericht, FORBA, Wien. https://www.forba.at/wp-content/uploads/2021/06/Verarbeitung-persbez-Daten-und-Mitbestimmung-FORBA-Bericht2021_DigiFonds.pdf

Schmierl, K., Schneider, P., Struck, O. & Ganesch, F. (2022). Digitale Logistik. Hans-Böckler-Stiftung. Study 477. ISBN: 978-3-86593-394-2

Spencer, D., Whittaker, X., Joyce, S., Cole, M., & Stuart, M. (2021). *Digital automation and the future of work*. https://doi.org/10.2861/826116

Taskin, L., & Van Bunnen, G. (2015). Knowledge management through the development of knowledge repositories: towards work degradation. *New Technology, Work and Employment*, 30(2), 158–172.

Will-Zocholl, M. (2023). Topologien von Büroarbeit: Raumkonstruktionen in physisch-virtuellen Arbeitsarrangements. *Arbeit*, *32*(2), 195–216. https://doi.org/10.1515/arbeit-2023-0012

Will-Zocholl, M., Flecker, J., & Schörpf, P. (2019). Zur realen Virtualität von Arbeit. Raumbezüge digitalisierter Wissensarbeit. *Arbeits- und Industriesoziologische Studien*, *Jahrgang 12, Heft 1*, 36–54.

Zeglovits, E., Schuster-Himmel, C. & Waldhauser, A. (2023). BETRIEBLICHE MITBESTIMMUNG 2022. Kurzbericht – Vergleich: Arbeitnehmer:innen mit bzw. ohne Betriebsrat. Wien: IFES.

Mitarbeiterbeteiligung als Perspektive
Stärkung der Mitbestimmung durch Mitarbeiterbeteiligung?

Heinz Leitsmüller

1. Die wirtschaftliche Mitbestimmung 193
   1.1 Ausgangssituation 193
   1.2 Mitbestimmungsrechte im ArbVG 194
   1.3 Aufsichtsratsmitbestimmung 194
   1.4 Welchen Zusatznutzen könnten Mitarbeiterbeteiligungsmodelle erfüllen? 195
2. Formen von Mitarbeiterbeteiligung 196
   2.1 Gewinnbeteiligung 196
   2.2 Kapitalbeteiligung 197
   2.3 Gebündelte Modelle 199
3. Ein Blick in die Praxis 200
   3.1 Voest Alpine Mitarbeiterbeteiligungsmodell – das Vorzeigemodell in Österreich 201
4. Resumee 203

1. Die wirtschaftliche Mitbestimmung

1.1 Ausgangssituation

Die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten hängen im Wesentlichen von den strategischen und operativen Entscheidungen der zuständigen Organe der Unternehmen ab. Geschäftsführungen und Vorstände entscheiden – in der Regel im Einvernehmen mit den Gesellschafter:innen – über die Auswahl und Weiterentwicklung der Geschäftsmodelle und der eingesetzten Technologien, Fragen der Prozess- und Aufbauorganisation, Aufbau und Entwicklung der Kommunikations- und Informationsarchitektur, Fragen des Human Resource Managements, Finanzierungsstrategien, Marktstrategien oder diverse Investitions- und Innovationsvorhaben. Ziel all dieser Entscheidungen ist es, die wirtschaftliche Rentabilität eines Unternehmens/Konzerns zu erhalten und zu steigern. Die Gesellschafter:innen der Unternehmen wollen Wertsteigerungen ihrer Anteile sehen. Mit all diesen Entscheidungen werden aber auch die Grundlagen festgelegt, wie „Arbeit" in den Betrieben konkret ausgestaltet wird: Welche Fertigungsmethoden sollen eingesetzt werden, wo soll die Leistungserstellung stattfinden (Standortfragen), welcher Teil der Wertschöpfung soll selbst erstellt, welcher zugekauft werden, welche Ressourcen stehen zur Verfügung, unter welchen Bedingungen arbeiten die Beschäftigten oder wie nachhaltig – auch auf sozialer Ebene – soll der Leistungserbringungsprozess angesetzt werden? Die Rahmen-

bedingungen der Arbeit in Hinsicht auf Ressourcen für die Beschäftigten, Arbeitsbelastungen, Sicherheit des Arbeitsplatzes, Qualifikationsentwicklung etc werden damit ebenfalls grundlegend festgelegt.

1.2 Mitbestimmungsrechte im ArbVG

Der österreichische Gesetzgeber hat daher konsequent erkannt, dass im Rahmen der Mitbestimmung von Arbeitnehmervertreter:innen neben der sozialen der wirtschaftlichen Dimension ebenfalls eine zentrale Bedeutung eingeräumt werden muss. Nur so könne es gelingen, die wesentlichen Determinanten für die Arbeitsbedingungen für die Mitbestimmung zugängig zu machen. Entsprechend werden daher Betriebsräten etwa in den §§ 91, 92 und 108 ArbVG eine Reihe von Mitbestimmungsmöglichkeiten in wirtschaftlichen Belangen eingeräumt, die in Form von Informationsrechten, Vorschlagsrechten oder Beratungsrechten umgesetzt sind. Inhaltlich beziehen sich die Rechte beispielsweise auf Informationen über wirtschaftliche Indikatoren wie Art und Umfang der Erzeugung, Entwickung der Aufträge, Investitionen, Pläne zur Hebung der Wirtschaftlichkeit, Veränderungen innerhalb des Konzerns oder Umstrukturierungen und deren Auswirkungen auf die Beschäftigten etc. Unter bestimmten Voraussetzungen verfügt der Betriebsrat auch über ein Recht auf Vorlage eines Jahresabschlusses (§ 108 Abs 3 ArbVG). Gemäß § 109 ArbVG steht dem Betriebsrat darüber hinaus ein Rechtsanspruch zu, bei bestimmten Betriebsänderungen wie Betriebsschließungen, Verlegungen von Betrieben oder anderen Veränderungen neben den Information- und Beratungsrechten auch Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung von Folgen dieser Betriebsänderungen in Form von Betriebsvereinbarungen regeln zu dürfen („Sozialpläne").

1.3 Aufsichtsratsmitbestimmung

Vereinfacht lässt sich feststellen, dass die dargestellten Regelungen dem Betriebsrat in den meisten Fällen jedenfalls einen hinreichend guten Einblick in die wirtschaftlichen Belange von Unternehmen ermöglichen. Allerdings sind abgesehen vom „Beratungsrecht" und dem Recht, bei Betriebsränderungen einen Sozialplan abzuschließen, keine wesentlichen weitergehenden Rechte des Betriebsrats normiert, bei Beschlussfassungen über wirtschaftliche Entscheidungen auch direkt beteiligt zu werden. Zwar kann gem § 111 ArbVG ein Einspruch gegen die Wirtschaftsführung gemacht werden und gem § 112 ArbVG unter bestimmten Voraussetzungen die Einberufung der staatlichen Wirtschaftskommission beantragt werden. In der Praxis spielen diese Instrumente aber keine wesentliche Rolle, wirtschaftliche Entscheidungen bleiben in der Verantwortung der Organe des Unternehmens. Anders ist dies bei Gesellschaften, die über einen Aufsichtsrat verfügen wie etwa Aktiengesellschaften, bestimmte GmbH oder größere Vereine. Das ArbVG sieht unter bestimmten Voraussetzungen in § 110 ArbVG die Entsendung von Arbeitnehmervertreter:innen in den Aufsichtrat vor. Die vom Betriebsrat delegierten Mandatar:innen verfügen mit einer

Einschränkung bei der Teilnahmemöglichkeit an Ausschüssen (§ 110 Abs 4 ArbVG) über die gleichen Rechte und Pflichten wie Kapitalvertreter:innen. Die wichtigste Aufgabe des Aufsichtsrats besteht in der Überwachung des Vorstandes (§ 95 Abs 1 AktG) bzw bei anderen Rechtsformen der jeweiligen Geschäftsführungsorgane. Mit dieser Verantwortung sind zahlreiche Rechte des Kollegialorgans, aber auch einzelner Mitglieder des Aufsichtsrats verbunden. Exemplarisch seien etwa die zustimmungspflichtigen Geschäfte gemäß § 95 Abs 5 AktG bzw § 30j Abs 5 GmbHG oder das Recht, Berichte vom Vorstand oder der Geschäftsführung gemäß § 95 Abs 2 AktG bzw § 30j Abs 2 GmbHG einzufordern, erwähnt. Zusätzlich verfügen die einzelnen Mitglieder eines Aufsichtsrates – und damit auch die Mitglieder der Arbeitnehmer:innenkurie – über spezifische Rechte, für die vorweg kein Beschluss des gesamten Aufsichtsrats eingeholt werden muss. Die Rechte der Aufsichtsratsmitglieder gehen damit deutlich über die Rechte in der Funktion „Betriebsrat" hinaus, die Qualität der wirtschaftlichen Mitbestimmung wird durch eine Entsendung in einen Aufsichtsrat entscheidend erhöht. Die Arbeitnehmervertreter:innen erhalten damit in der Regel laufend aktuelle und vertiefte Informationen über die wirtschaftlichen Aktivitäten. Und letztlich haben die Arbeitnehmervertreter:innen auch die Pflicht, bei besonderen Geschäften wie größeren Investitionen, Finanzierungen, Beteiligungserwerben oder auch Betriebsschließungen im Rahmen der zustimmungspflichtigen Geschäfte aktiv bei der Beschlussfassung mitzuwirken. Nicht zuletzt haben die Arbeitnehmerverter:innen auch die Gelegenheit, direkt in Kontakt mit Kapitalvertreter:innen zu treten, was bei bestimmten Angelegenheiten, die insbesondere von den Gesellschafter:innen angetrieben werden (zB Standortfragen, Umgründungen etc), ebenfalls zumindest unterstützend in der Mitbestimmungspraxis wirken kann.

1.4 Welchen Zusatznutzen könnten Mitarbeiterbeteiligungsmodelle erfüllen?

In diversen unternehmensrechtlichen Regularien ist vorgesehen, dass „grundsätzliche" Entscheidungen den Gesellschafter:innen eines Unternehmens vorbehalten sind. Bei Kapitalgesellschaften – auf die im im Rahmen dieses Artikels fokussiert wird – werden die Gesellschafterrechte insbesondere in den Haupt- oder Generalversammlungen („Gesellschafterversammlungen") wahrgenommen. Zuständig ist dieses Organ – vereinfacht dargestellt – etwa für die Beschlussfassung von Umgründungsvorgängen wie Spaltungen oder Verschmelzungen, für Änderungen von Satzung oder Gesellschaftsvertrag, für die Entlastung des Vorstands bzw der Geschäftsführung, für die Beschlussfassung von Ausschüttungen (nach Billigung bzw Überprüfung durch den Aufsichtsrat), für die Beschlussfassung des Jahresabschlusses – und künftig auch des Nachhaltigkeitsberichts – oder für die Grundsätze der Vergütungspolitik der obersten Entscheidungsträger. Bei einigen dieser exemplarisch aufgelisteten Angelegenheiten ist der Aufsichtsrat – und damit mittel-

bar auch die Belegschaftsvertreter:innen – im Vorfeld involviert, wenn etwa der Jahresabschluss oder Spaltungs- und Verschmelzungspläne vom Aufsichtsrat zu prüfen sind, bevor sie in der Gesellschafterversammlung behandelt werden. In den Gesellschafterversammlungen selbst haben Betriebsräte keine „Mitentscheidungsmöglichkeiten". Lediglich stimmberechtige Gesellschafter:innen haben das Recht, bei der Beschlussfassung mitzuwirken.

Die Frage ist nun, ob eine Beteiligung von Mitarbeiter:innen am Kapital des Arbeitgeberunternehmens die bestehenden Mitbestimmungsmöglichkeiten des ArbVG und auch spezifisch der Aufsichtsratsmitbestimmung in der Praxis erweitern könnten. Aufbauend auf die eingangs dargestellten Mitbestimmungsrechte im ArbVG könnten sich als mögliche Potenziale von Mitarbeiterkapitalbeteiligung (MKB) folgende „Zusatznutzen" für die wirtschaftliche Mitbestimmung ergeben:

- Beteiligung bei Grundsatzentscheidungen in den Hauptversammlungen, bei denen der Betriebsrat bzw der Aufsichtsrat direkt keine Mitentscheidungsmöglichkeiten hat in Form von Teilnahmerecht an HV, Nutzung von Fragerechten
  - Nutzung von Minderheitsrechten
  - Aktive Stimmrechtsabgabe
- Zusätzliche Stärkung von Informationsmöglichkeiten
- Zugang zu diversen Rechten auch für Beschäftigte, die über kein Betriebsratsmandat verfügen. Die Bildung von „strategischem" Eigentum als Schutz vor nicht erwünschten Übernahmen.

Im Folgenden soll überprüft werden, ob diese hypothetischen Potenziale von Mitarbeiterbeteiligung auch in der Praxis relevant sind und damit MKB-Modelle aus der Sicht der Mitbestimmung interessant machen.

2. Formen von Mitarbeiterbeteiligung

Der Begriff „Mitarbeiterbeteiligung" wird allgemein relativ breit verwendet. Um die Frage der Bedeutung von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen im Kontext zur Mitbestimmung zu beantworten, ist es sinnvoll, in einem ersten Schritt zwischen den verschiedenen Beteiligungsmöglichkeiten zu differenzen, und diese anschließend in einem weiteren Schritt spezifisch auf die oben dargestellten Hypothesen zu analysieren.

2.1 Gewinnbeteiligung

Bei Gewinnbeteiligungen werden Beschäftigten keine Rechte auf Anteile eines Unternehmens eingeräumt, sondern lediglich auf meist einmalige Bonuszahlungen bei Erreichen von bestimmten Indikatoren. Häufig werden Finanzkennzahlen wie Ge-

winnmargen oder Rentabilitätskennzahlen als Auslöser für Bonuszahlungen eingesetzt. Gewinnbeteiligungen haben die Wirkung, dass teilweise wirtschaftliches Unternehmerrisiko an die Beschäftigten weitergegeben wird. „Läuft es wirtschaftlich gut", profitieren die Beschäftigten durch eine Zusatzzahlung, „läuft es weniger gut", entlasten ausfallende Boni die Personalaufwendungen für das Unternehmen. Trotz Übernahme von Unternehmerrisiko ist diesen Modellen aber gemein, dass begünstigten Beschäftigten in der Regel keine relevanten erweiterten Mitbestimmungsmöglichkeiten eingeräumt werden – abgesehen von Informationen über die dem Modell zugrundeliegenden wirtschaftlichen Indikatoren. Abgesehen von der Möglichkeit eines Abschlusses einer freiwilligen Betriebsvereinbarung gem § 97 ArbVG über die Ausgestaltung von Gewinnbeteiligungsmodellen, wird die Mitbestimmung duch derartige Modelle nicht verbessert.

2.2 Kapitalbeteiligung

Anders als Gewinnbeteiligungen bieten Mitarbeiterkapitalbeteiligungen die Möglichkeit, sich am Kapital des Arbeitgebers zu beteiligen. Grundsätzlich sind dabei in Bezug auf mögliche Auswirkungen auf die Mitbestimmung vor allem jene Modelle relevant, die eine Beteiligung am Eigenkapital ermöglichen, da damit, je nach Ausformung des konkreten Modells, auch die Ausübung von Gesellschafterrechten verbunden wäre. Fremdkapitalgeber:innen – etwa in Form von Genußrechten oder als Stille:r Gesellschafter:in – werden in der Praxis bestenfalls erweiterte Informationsrechte, meist in Form von Aushändigung des Jahresabschlusses, eingeräumt. Diese Informationen erhalten Betriebsräte aber wie oben dargestellt ohnedies gemäß den arbeitsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsmöglichkeiten. Abgesehen davon müssen Jahresabschlüsse zusätzlich auch veröffentlicht werden, sodass auch Beschäftigte einen Zugang dazu haben. Fremdkapitalgebende Mitarbeiter:innen verfügen – abhängig vom zugrundeliegenden Vertrag – in der Regel auch über keine Einflussrechte auf Entscheidungen der Gesellschafter:innen. Für die Mitbestimmung sind somit auch bei diesen Modellen keine nennenswerten Implikationen erkennbar.

Erweiterte Mitbestimmung bei „stimmrechtslosen" Aktien?

Das Bild ändert sich allerdings, wenn Mitarbeiter:innen Unternehmensanteile erwerben und selbst Gesellschafter:in werden. Für die Frage der Mitbestimmung ist es nun relevant, ob mit dem Erwerb eines Anteils auch ein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung verbunden ist, oder ob es sich um „Vorzugsaktien", ohne Stimmrecht in der Hauptversammlung, handelt. Der Vorzug besteht in der Regel aus höheren Dividenden (§ 12a AktG). Abgesehen vom Stimmrecht stehen Vorzugsaktionär:innen andere Rechte in der Hauptversammlung – wie die Teilnahme an der Hauptversammlung selbst, Auskunftsrecht etc – zu.

Aus der Sicht der Mitbestimmung bieten Vorzugsaktien für Arbeitnehmervertreter:innen im Aufsichtsrat nur einen geringen Mehrwert. Im Rahmen ihrer Aufsichtsratstätigkeit verfügen sie ohnedies über ein breites Repertoire an Informations- und Überwachungsinstrumenten und haben überdies ein Teilnahmerecht an der Hauptversammlung.

Anders ist dies für die beteiligten Beschäftigten zu beurteilen: Der Besitz von Vorzugsaktien könnte die Chance bieten, trotz Fehlens der Stimmberechtigung an einer Hauptversammlung persönlich teilzunehmen und dort gegebenenfalls etwa vom Auskunftsrecht gem § 118 AktG Gebrauch zu machen. Damit bestünde zumindest die Möglichkeit, Informationen aus erster Hand zu erhalten. Auch Antragsrechte, wie auf eine Sonderprüfung gem § 130 AktG, könnten von Vorzugsaktionär:innen ausgeübt werden.

Kapitalanteile mit Stimmrecht

Verfügen Belegschaftsaktien auch über ein Stimmrecht, steht den Beteiligten ein deutlich relevanteres Repertoire an Rechten zur Verfügung, die in der Hauptversammlung ausgeübt werden können. Die Rechte der GmbH seien im Rahmen dieses Artikels außen vor gelassen, da direkte Kapitalbeteiligungen von Mitarbeiter:innen aus unterschiedlichen Gründen bei GmbH in der Praxis nicht relevant sind.

Exemplarisch seien einige Sachverhalte genannt, bei denen sich beteiligte Mitarbeiter:innen im Rahmen der Beschlussfassung in der Hauptversammlung einbringen könnten:

- Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, Beschlussfassung von Jahresabschluss und Gewinnverwendungsvorschlag (§ 104 AktG)
- Satzungsänderungen (§ 145 AktG)
- Kapitalerhöhungen (§ 149 AktG)
- Bedingte Kapitalerhöhungen (§ 160 AktG)
- Umgründungsvorgänge wie Spaltung (§ 8 SpaltG) oder Verschmelzung (zB § 221 AktG)
- Sonderprüfungen (§ 130 AktG) etc.

Bereits 5 % (+ 1 Stimme) der stimmberechtigten Aktionäre können beispielsweise die Einberufung einer Hauptversammlung beantragen oder Beschlussanträge in der Hauptversammlung stellen. 10 % können die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds bei wichtigen Gründen oder eine Sonderprüfung beantragen, wenn die Antragsteller:innen prüfungswürdige Tatumstände glaubhaft machen können. Auch kann eine Minderheit von mehr als 10 % einen Gesellschafterausschluss bzw Squeeze-out verhindern.

Verfügen die Beteiligten über mehr als 25 % der Anteile (Sperrminorität), können im Rahmen des AktG bedeutende strukturelle Beschlüsse wie etwa Spaltungen, Ver-

schmelzungen, Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen, Auflösung der Gesellschaft etc beeinflusst werden. Diese Beschlüsse benötigen dann die Zustimmung von mehr als 75 % der Anteilseigner:innen.

Im Kontext mit der Frage, ob mit Beteiligungsmodellen eine Verbesserung der Mitbestimmung erreicht werden könnte, bedeutet dies, dass es relevant ist, über welches Ausmaß die Belegschaftsbeteiligung verfügt und ob die Stimmen gemeinsam und gebündelt ausgeübt werden.

2.3 Gebündelte Modelle

Die dargestellten Beschlusserfordernisse weisen bereits auf ein Problem von Mitarbeiterbeteiligungen in Bezug auf Mitbestimmung hin: Die einzelnen Anteile sind zunächst innerhalb der Belegschaft breit gestreut. Bei größeren Unternehmen besitzen oft hunderte oder tausende Beschäftigte Aktien. Ohne ein koordiniertes abgestimmtes Vorgehen der beteiligten Beschäftigten, ist es in der Regel nicht möglich, eine erforderliche relevante Anzahl von Stimmen zu erreichen, um Beschlüsse oder Antragsmöglichkeiten auch tatsächlich gestalten bzw nützen zu können.Hier können etwa Stiftungsmodelle zum Einsatz gebracht werden, im Rahmen derer die Stimmen der Beteiligten gebündelt werden. Denkbar sind unterschiedliche Varianten:

- Variante 1:

  Die Mitarbeiterbeteiligungsstiftung tritt – vereinfacht dargestellt – als „Treuhänderin" auf und übt das Stimmrecht für die Mitarbeiter:innen treuhändisch und einheitlich aus. Das Eigentum an den Aktien bleibt aber direkt bei den Beschäftigten, sie ziehen auch den wirtschaftlichen Vorteil daraus (zB Dividenden). Die beteiligten Mitarbeiter:innen können über die Aktien – abgesehen von vereinbarten oder steuerlich vorgeschriebenen Sperrfristen – frei verfügen und sie nach Ablauf diverser Sperrfristen auch veräußern. Stiftungen übernehmen meist auch noch verwaltungstechnische Aufgaben im Bereich der Anteilsverwaltung oder der Finanzierung. Seit 2018 wurden die Möglichkeiten dieser Stiftungen erweitert, sie dürfen seither auch selbst Aktien erwerben und später an die Beschäftigten weitergeben. Im Einkommensteuerrecht ist dieses Modell insbesondere in § 3 Abs 1 Z 15c EStG abgebildet.

  Ähnliche Effekte können auch durch die Bildung von Belegschaftsgenossenschaften oder Vereinen erreicht werden, die lediglich die Aufgabe der Stimmrechtsbündelung übernehmen.

- Variante 2:

  Die Mitarbeiterbeteiligungsstiftung selbst ist Eigentümerin der Anteile, nicht die Beschäftigten selbst. Die Beschäftigten nehmen die Rolle des Begünstigten in der Stiftung ein und erhalten daraus etwa Zuwendungen aus den Dividenden. Da sie aber nicht selbst Eigentümer:innen sind, können sie auch nicht

über die Anteile verfügen und sie verkaufen. Vorteil dieser Konstruktion ist, dass die Anteile innerhalb der Belegschaftsstiftung für einen längeren Zeitraum konstant bleiben und damit ein „stabiler Kernaktionär" aufgebaut werden kann. Dieses Modell ist im Einkommensteuerrecht in § 4d Abs 4 EStG abgebildet.

In Bezug auf Mitbestimmung bieten gebündelte Modelle deutlich mehr Chancen, Gesellschafterrechte zu nützen und damit die im ArbVG für Arbeitnehmervertreter:innen definierten Rechte zu ergänzen. Wie wirksam die Modelle sind, hängt aber vor allem von der Höhe der Beteiligung und der Konstellation der übrigen Gesellschafter:innen ab.

3. Ein Blick in die Praxis

Ein Blick in die Praxis zeigt, dass Mitarbeiterkapitalbeteiligungsmodelle in Österreich nur bei wenigen Unternehmen praktiziert werden. Zu kompliziert sind diese Modelle meist für Unternehmen, die über keinen fungiblen Unternehmenswert verfügen, der über einen Marktpreismechanismus – wie bei börsennotierten Unternehmen – jederzeit abrufbar ist. Fluktuationen innerhalb der Belegschaft und damit erforderliche Transaktionen bei den Beteiligungen würden aufwendige Verfahren, insbesondere bezüglich der Bewertung, erforderlich machen. Bis auf wenige Ausnahmen werden Kapitalbeteiligungsmodelle somit meist nur bei börsennotierten Unternehmen angewendet. An der Wiener Börse notieren per Oktober 2023 nur mehr knapp über 40 Unternehmen im Primemarket mit Stammaktien, dazu kommen noch 17 Unternehmen in den Marktsegmenten „Standard Market Continuous" und „Standard Market Auction".[1] Die Anzahl der börsennotierten Unternehmen hat sich in den letzten Jahren deutlich verringert. Damit reduziert sich sukzessive auch das Anwendungsfeld für die „klassischen" Mitarbeiterkapitalbeteiligungsmodelle.

Einige Unternehmen an der Wiener Börse haben Mitarbeiterkapitalbeteiligungsmodelle aufgelegt, wie etwa Post, Telekom, RHI, EVN.[2] Diese Modelle sind jedoch nicht gebündelt, sodass im Wesentlichen – wie oben dargestellt – kein relevanter Mitbestimmungseffekt in den Hauptversammlungen erreicht werden kann. Meistens liegen die Anteile der Belegschaftsaktien in Summe auch nur in einem niedrigen einstelligen Prozentanteil gemessen am stimmberechtigten Gesamtkapital, in den meisten Fällen unter 3 %. Selbst eine Bündelung würde in diesen Fällen nicht ausreichen, Minderheitenrechte in der Hauptversammlung erwirken zu können. Lediglich das Teilnahme- und Auskunftsrecht kann wahrgenommen werden.

Nur wenige Unternehmen haben auch gebündelte Modelle eingerichtet. Dazu gehören etwa die Stiftungen bei Erste Bank, Oberbank, AMAG, Salinen, Flughafen

[1] www.wienerboerse.at (abgerufen am 18.10.2023).

[2] Näheres siehe https://wien.arbeiterkammer.at/service/broschueren/betriebsraete/Mitarbeiterbeteiligung_2016.pdf, 71 f (abgerufen am 18.10.2023).

Wien oder Voest Alpine.[3] Die Anteile der Belegschaft sind bei diesen Modellen teilweise deutlich höher und reichen bis zu 14,3 % bei der Voest Alpine.

Die Ausgabe von Unternehmensaktien ist zusätzlich auch ein gängiges Instrument m Rahmen der Vergütungspolitik von Führungskräften. In der Regel findet sich beinahe in jedem Vorstandsvertrag eine Vereinbarung zum Bezug von Aktien oder Optionsrechten zur Erreichung bestimmter Unternehmensziele.[4] Da bei diesen Modellen die übrige Belegschaft außerhalb des Führungskreises üblicherweise nicht bezugsberechtigt ist, werden sie im Rahmen dieses Artikels nicht näher betrachtet.

Über den Kreis der an der Wiener Börse notierten Unternehmen werden Belegschaftsaktien auch noch bei einigen internationalen Konzernen im Rahmen von breit angelegten Incentive-Programmen angeboten. Empirisch sind diese Beteiligungen für Österreich nicht erfasst oder quantifiziert. Im Rahmen der Frage der Mitbestimmung haben diese Modelle in der Regel keine wesentliche Wirksamkeit, da die Stimmen in der Regel nicht gebündelt sind und die Hauptversammlungen außerhalb von Österrreich stattfinden.

Zunehmend beschäftigen sich auch Start-up-Unternehmen mit diesem Instrument. Start-ups können dringend benötigtem Personal oft längere Zeit keine attraktiven Gehälter bezahlen. Beschäftigte sollen mit dem Versprechen motiviert werden, bei einem – in der Praxis allerdings nur selten vorkommenden – Exit von den dann hoffentlich hohen Verkaufserlösen der Gesellschaftsanteile profitieren zu können. Im Entwurf zum „Flexible Kapitalgesellschaftsgesetz“[5] (FlexKapGG) wurde dazu auch eine eigene Kapitalkategorie, die sogenannten Unternehmenswertanteile (§ 9 Entwurf FlexKapGG), geschaffen, die spezisch für beteiligte Beschäftigte angedacht ist. Diese sehen aber kein Stimmrecht vor, von Seiten der Bundesarbeitskammer wurden auch zahlreiche Bedenken im Rahmen des Stellungnahmeprozesses vorgebracht. Ein nennenswerter Beitrag zur Mitbestimmung ist bei diesen Modellen ebenfalls nicht zu erkennen.

3.1 Voest Alpine Mitarbeiterbeteiligungsmodell – das Vorzeigemodell in Österreich

Das wohl bekannteste Modell in Österreich ist jenes der Voest Alpine AG.[6] Es ist auch jenes Modell, das aus der Sicht der Mitbestimmung am meisten Relevanz besitzt und daher etwas ausführlicher dargestellt werden soll.

---

[3] Ebenda.

[4] Näheres siehe *AK Wien*, Vorstandsvergütung der ATX-Unternehmen 2022 (2023), Download unter: https://wien.arbeiterkammer.at/service/betriebsrat/ifam/dividendenpolitik_und_vorstandsverguetung/Vorstandsgehaelter_der_ATX_Unternehmen_steigen_wieder.html (abgerufen am 18.10.2023).

[5] Siehe Entwurf zum FlexKapGG: 276/ME XXVII. GP.

[6] Näheres siehe https://www.voestalpine.com/group/de/konzern/mitarbeiterbeteiligung/ (abgerufen am 18.10.2023).

Im Frühjahr 2000 beschloss die Bundesregierung den Verkauf sämtlicher Industriebeteiligungen der Republik. Es drohte eine unsichere Eigentümer:innenstruktur. Die Unternehmensleitung der Voest Alpine stellte gemeinsam mit dem Betriebsrat Überlegungen zur Absicherung des Unternehmens an. Die Vision war mehr als 10 % Kapitalanteil am Unternehmen für Mitarbeiter:innen zu erreichen. Das Ziel war also ein Modell, das strategisches Eigentum gewährleisten sollte. Dafür waren eine längerfristige Stimmrechtsbündelung der Mitarbeiter:innenaktien und das Aufbringen des erforderlichen Kapitals notwendig. Im November 2000 wurde ein Zusatzkollektivvertrag abgeschlossen und in den Folgejahren kamen noch weitere hinzu. Die Verwendung von Entgeltbestandteilen zum Aufbau einer Mitarbeiterbeteiligung wurde rechtlich abgesichert, entsprechende Betriebsvereinbarungen abgeschlossen. Die Beteiligung selbst wurde über mehrere Jahre aufgebaut, im Jahr 2023 halten die Beschäftigten 14,3 % am Kapital der Voest Alpine, 22.300 Beschäftigte – auch von internationalen Tochtergesellschaften – sind beteiligt. Die treuhändisch gebündelten Stimmrechte aller Mitarbeiter:innen werden von der „voestalpineArbeitnehmerprivatstiftung" verwaltet. Sie vertritt das gebündelte Interesse der Mitarbeiter:innen bei der alljährlichen Hauptversammlung der Voest Alpine. Weiters wurde ein:e Vertreter:in in den Aufsichtsrat – zusätzlich zu den Arbeitnehmervertreter:innen – entsandt. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses können Mitarbeiter:innen entweder die erworbenen Aktien auf ein Bankdepot übertragen, sie im Wege der Privatstiftung zum jeweiligen Tageskurs verkaufen oder die Aktien weiterhin durch die Privatstiftung verwalten lassen.

Für die Mitbestimmung ist dieses Modell deshalb relevant, da es hier gelungen ist, den Anteil der Beschäftigten sukzessive über mehrere Jahre auszubauen. Mit 14,3 % stellen die Belegschaftsaktionär:innen mittlerweile den größten Gesellschafter dar. 13,5 % werden daneben von der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich und 8,0 % von der Oberbank gehalten, weitere 60 % der Anteile befinden sich im Streubesitz.[7] Durch den hohen Anteil des Streubesitzes ist der Anteil der abgegebenen Stimmen bei Hauptversammlungen üblicherweise deutlich geringer, so haben bei der Hauptversammlung am 5. Juli 2023 nur 57 % der Aktionär:innen ihre Stimme abgegeben.[8] Die Belegschaftsaktionär:innen kommen mit ihren 14,3 % somit schon sehr nahe an die Sperrminoritätsgrenze von 25 % heran. Je nachdem, wie sich das Abstimmungsverhalten der übrigen Aktionär:innen darstellt, kann somit bei einzelnen Abstimmungen eine entsprechende Wirksamkeit bei den Beschlussfassungen erreicht werden. Ebenso können Minderheitsrechte in Anspruch genommen werden und auch ein Squeeze-out, also ein „Rausverkauf" der Belegschaftsaktionär:innen, kann unterbunden werden.

[7] https://www.firmenbuchgrundbuch.at/abfrageservices/firmenbuch/fn/66209t (abgerufen am 18.10.2023).

[8] Siehe Abstimmungsergebnisse der Hauptversammlung der Voest Alpine AG am 5.7.2023; https://www.voestalpine.com/group/static/sites/group/.downloads/de/aktie/hv/hv2023/2023-hv-abstimmungsergebnisse.pdf (abgerufen am 18.10.2023).

4. Resumee

Mitarbeiterbeteiligungsmodelle verfolgen nur in wenigen Fällen das Ziel, die Mitbestimmung der Beschäftigten zu erhöhen. Zumeist besteht das vorrangige Ziel darin, die Beschäftigten durch ein zusätzliches Einkommen aus den Gewinnen oder den Wertsteigerungen von Unternehmensanteilen mitprofitieren zu lassen. Bei Gewinnbeteiligungsmodellen ist in der Regel ohnedies keine Mitbestimmung auf Unternehmensebene vorgesehen oder beabsichtigt. Bei Kapitalbeteiligungsmodellen ohne Stimmrecht ist ebenfalls – abgesehen von der Nutzung etwa des Teilnahme- oder Auskunftsrechts – keine relevante Verbesserung der Mitbestimmung erkennbar.

Eine wirksame Ergänzung der Mitbestimmung ist lediglich bei Aktienmodellen mit gebündelten Stimmrechten erreichbar. Die Wirkung ist dabei aber auch davon abhängig, wie hoch der Anteil der Belegschaftsaktien ist, um entsprechende Rechte in Hauptversammlungen überhaupt ausüben zu können. Auch die Zusammensetzung des übrigen Aktionariats hat entscheidenden Einfluss darauf, ob Belegschaftsaktien – auch in Fällen von nur geringen Belegschaftsanteilen – zu einem „Zünglein an der Waage" mutieren können. Beispiele, wo die Mitarbeiterkapitalbeteiligung tatsächlich eine wirksame zusätzliche Kraft zur Verbesserung der Mitbestimmung entwickeln kann – wie das Voestalpine Stiftungsmodell –, sind in Österreich nur in Ausnahmefällen zu finden.

Die eingangs dargestellten wirtschaftlichen Mitwirkungsrechte des Betriebsrats gemäß ArbVG – insbesondere die Mitwirkung im Aufsichtsrat – sind daher in der betrieblichen Praxis als deutlich wirkungsvoller und durchsetzungsrelevanter einzuschätzen als diverse Mitarbeiterbeteiligungsmodelle. Eine Weiterentwicklung der Mitbestimmung sollte daher auch künftig vorrangig bei den rechtlichen und faktischen Möglichkeiten des Betriebsrates und der Beschäftigten ansetzen. Mitarbeiterkapitalbeteiligungsmodelle können dabei nur in seltenen Konstellationen und Modellgestaltungen einen erkennbaren Beitrag liefern.

3. Teil
Kollektive Rechtsgestaltung

Kollektive Rechtsgestaltung im Wandel – Ist das ArbVG bereit für Arbeitnehmerähnliche?

Christina Schnittler/Elisabeth Brameshuber

1. Einleitung 207
2. Entwicklung der einschlägigen Normen: vom EAG 1920 zum ArbVG in der geltenden Fassung 208
   2.1 EAG 1920 208
   2.2 KVG 1947 210
   2.3 ArbVG 1974 bis heute 211
3. Spielraum bei Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes des § 1 ArbVG? 211
   3.1 Gegenwärtiger Meinungsstand 212
   3.2 Vorliegen einer nachträglichen Regelungslücke? 214
4. Kollektivverträge für Nicht-Arbeitnehmer? 215
   4.1 Kollektive Rechtssetzung außerhalb des ArbVG – Status quo 216
   4.2 Problemfelder iZm der Kollektivvertragsfähigkeit – Vertretungsbefugnis und Gegnerunabhängigkeit 217
5. Conclusio 219

1. Einleitung

Der kollektiven Rechtsgestaltung liegt der Gedanke zugrunde, die *„faktisch einseitige Gestaltungsmacht"* des Arbeitgebers bei der einzelvertraglichen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses einzuschränken.[1] Durch besondere Regelungsinstrumente (wie den KollV) wird damit der Schutz jener Personen bezweckt, die aufgrund ihrer sozialen und wirtschaftlichen Situation besonders schutzwürdig sind. Dies trifft jedenfalls auf Personen zu, die in einem typischen Arbeitsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit stehen und sich dadurch in Bezug auf die Entgelt- und Arbeitsbedingungen regelmäßig in einer schlechteren Verhandlungsposition befinden.[2] Aufgrund der (insb technologischen) Entwicklungen der Arbeitswelt in den letzten Jahren drängt sich jedoch die Frage auf, ob nicht auch vergleichbare Personengruppen mit einer ähnlichen Position, die aber außerhalb eines Arbeitsverhältnisses tätig werden, in diesen Schutz miteinbezogen werden sollten. Gerade im Bereich digitaler Arbeit sind immer mehr wirtschaftlich abhängige arbeitnehmerähnliche Personen anzutreffen. Sind die Bestimmungen zur kollektiven Rechtsgestaltung im ArbVG also noch zeitgemäß oder ist es an der Zeit, gewisse Arbeitnehmerähnliche zu integrieren?

---

1 *Jabornegg/Resch*, ArbVG Einleitung (Stand 1.3.2016, rdb.at).

2 Vgl *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 1 Rz 12 (Stand 1.10.2002, rdb.at).

Dieser Beitrag widmet sich der – vor diesem Hintergrund in der Wissenschaft[3] vermehrt aufgegriffenen – Frage der Geltung bzw Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das I. Hauptstück des ArbVG gem § 1 ArbVG im Allgemeinen (3) sowie in KollV im Speziellen (4), wobei zu letztgenanntem insb auf Problemstellungen iZm der Kollektivvertragsfähigkeit gem § 4 ArbVG eingegangen wird. Nicht nur zu methodischen Zwecken, sondern vor allem auch aus Anlass des 50-jährigen Jubiläums des ArbVG, wird einleitend ein Überblick zur Entwicklung der genannten Normen gegeben (2).

2. Entwicklung der einschlägigen Normen: vom EAG 1920 zum ArbVG in der geltenden Fassung

2.1 EAG 1920

Der in § 1 ArbVG festgelegte Geltungsbereich des I. Teils des ArbVG sowie die Kollektivvertragsfähigkeit nach § 4 ArbVG basieren jeweils auf dem Kollektivvertragsgesetz 1947 (KVG 1947),[4] das in den grundsätzlichen Fragen wiederum den Bestimmungen des Gesetzes über die Errichtung von Einigungsämtern und über kollektive Arbeitsverträge (EAG 1920)[5] folgt.[6] Im EAG 1920 wurden die „kollektiven Arbeitsverträge (Kollektivverträge)"[7] erstmals umfassend in einem eigenen Abschnitt IV geregelt.[8] Für Heimarbeiter wurde bereits im HeimarbeitsG 1918 die Möglichkeit kollektiver Rechtsgestaltung geschaffen.[9] Der Geltungsbereich des EAG

---

3 S etwa *Brameshuber*, (Ein Grundrecht auf) Tarifverhandlungen für wirtschaftlich abhängige Arbeitnehmerähnliche, in *Brameshuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto* (Hrsg), Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy (2023) 275 (insb 290 ff); *dies*, Kollektivverträge für Arbeitnehmerähnliche, in FS Marhold (2020) 433; *Schwertner*, Arbeitnehmerähnliche Selbständigkeit und Kollektivvertrag, DRdA 2022, 126; *Mosler*, Brauchen wir einen neuen Arbeitnehmer*innenbegriff?, DRdA 2022, 119; *ders*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Kollektive Rechtsgestaltung, DRdA 2014, 511 (515); *ders*, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige?, DRdA 2012, 100; *ders*, Entwicklungstendenzen im Kollektivvertragsrecht (FN 1), DRdA 2012, 283; *Risak*, Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer?, ZAS 2002, 165; *Mosler* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 1 Rz 12 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

4 BGBl 1947/76.

5 StGBl 1920/16.

6 ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 54; s auch *Floretta* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) XXVI; *Runggaldier* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG Vor § 1 Rz 10 sowie § 1, 2 (1. Lfg, 2005).

7 Vgl § 11 Abs 2 EAG 1920.

8 S dazu auch *Felten/Mosler*, 100 Jahre Kollektivvertragsrecht, DRdA 2020, 91; *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar XXI.

9 Vgl § 30 ff HeimarbeitsG 1918, StGBl 1918/140; s *Hofmann*, Die Entwicklung des Kollektivvertragsrechts in Österreich, ÖJZ 1947, 205 (206).

1920 umfasste gem § 1 Abs 1 leg cit „Arbeitsverhältnisse", die in Abs 2 taxativ genannt waren.[10]

Die Fähigkeit zum Abschluss von KollV nach dem EAG 1920 besaßen nicht nur Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände – auf Arbeitgeberseite war dies auch einzelnen bzw mehreren Arbeitgebern möglich (vgl § 11 EAG 1920). Neben der damit bestehenden Möglichkeit, FirmenKollV mit einzelnen Arbeitgebern abzuschließen, konnten mehrere Arbeitgeber einheitliche Arbeitsbedingungen auch erwirken, indem sie sich zu losen Interessengemeinschaften zusammenschlossen. Gesetzliche Vorgaben für diese Interessengemeinschaften existierten nicht; es musste keine gemeinsame Interessenlage (zB die Ausübung eines gemeinsamen Berufs) vorliegen. Sowohl für die Berufsvereinigungen als auch die Interessengemeinschaften der Arbeitgeber war – im Unterschied zum heutigen ArbVG, aber auch schon zum KVG 1947 – kein Nachweis über eine bestimmte Mindestgröße bzw Mitgliederanzahl erforderlich. Für die Arbeitnehmerseite verlangte der Gesetzgeber hingegen ein Minimum an institutioneller Verfestigung sowie gleichgelagerte Interessen (Ausübung desselben Berufes).[11] Gesetzliche Interessenvertretungskörperschaften waren nur beschränkt kollektivvertragsfähig, wenn sie ausdrücklich per Gesetz dazu ermächtigt wurden (zB die Notariatskammern gem § 125 Abs 2 NO iVm § 11 Abs 3 KVG 1920).[12]

Mit der ab 1934 erfolgten Neuorganisation der Interessenvertretungen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfuhr das Kollektivvertragsrecht wesentliche Änderungen. Der bisher bestehende Gewerkschaftspluralismus wurde verboten, auf Seite der Arbeitnehmer stand der 1934 gegründeten „Einheitsgewerkschaft"[13] sowie der „Berufskörperschaft der öffentlichen Bediensteten" das alleinige Recht zum Abschluss von KollV zu.[14] Auf Seiten der Arbeitgeber kam die ausschließliche Kollektivvertragsfähigkeit den durch Gesetz errichteten Interessenvertretungen zu.[15] Zur Aufhebung dieses vom Dualismus der Kollektivvertragsparteien geprägten Systems der kollektiven Rechtssetzung führte das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)[16] im Jahr 1938.[17] In den Tarifordnungen des „Reichstreuhänders der Arbeit"

---

10 Arbeitsverhältnisse iSd Gewerbeordnung, in den Betrieben der Monopolverwaltung, in bestimmten Unternehmungen des Handlungsgehilfengesetzes, im Bergbau etc. S auch *Hofmann*, ÖJZ 1947, 205 (206).

11 *Felten/Mosler*, DRdA 2020, 91 (93).

12 *Resch*, Bemerkungen zur Kollektivvertragsfähigkeit und zur Kollektivvertragsunterworfenheit, JBl 1991, 762 (763); *Hofmann*, ÖJZ 1947, 205 (206 f).

13 Gewerkschaftsbund der österreichischen Arbeiter und Angestellten; Errichtung durch die Verordnung der Bundesregierung vom 2. März 1934 über die Errichtung des Gewerkschaftsbundes der österreichischen Arbeiter und Angestellten, BGBl 1934/132.

14 *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar XXV; *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG Vor § 1 Rz 8.

15 *Goller*, Zur Kollektivvertragsfähigkeit der Standeskammern, ZAS 1972, 173 (177).

16 Zweite Verordnung über die Einführung der sozialrechtlichen Vorschriften im Lande Österreich vom 9.8.1938, GBlÖ 1938/290.

17 S dazu etwa *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG Vor § 1 Rz 9.

als staatliche Verwaltungsbehörde wurden die Lohn- und Arbeitsbedingungen für die einzelnen Arbeitnehmergruppen autoritativ in Verordnungen festgelegt. Dessen Befugnisse wurden 1945 der durch Verordnung (BGBl 1946/50) eingerichteten provisorischen Zentralkommission übertragen, deren Aufgabe es war, eine Überleitung aus dem Tarifordnungsrecht in das Kollektivvertragsrecht herbeizuführen.[18]

2.2 KVG 1947

Zu einem „echten Systemwechsel" in Bezug auf die Kollektivvertragsfähigkeit kam es schließlich mit dem KVG vom 26.2.1947.[19] Das Recht, KollV abzuschließen, kam ausschließlich kollektivvertragsfähigen Körperschaften[20] zu (§ 2 Abs 1 KVG 1947). Festgelegt wurde – im Unterschied zum EAG 1920 – die ex lege Kollektivvertragsfähigkeit der gesetzlichen Interessenvertretungen. Darüber hinaus konnten die freiwilligen Berufsvereinigungen fortan nur mehr *qua* Feststellung des Obereinigungsamtes bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Kollektivvertragsfähigkeit erlangen. Aufgrund der expliziten Normierung der Kriterien der wirtschaftlichen Bedeutung und der Tätigkeit in einem war dies nur mehr wenigen Akteuren möglich. Einzelne Arbeitgeber waren grds nicht mehr zum Abschluss von KollV berechtigt.[21]

Der Geltungsbereich des KVG 1947 umfasste gem § 1 Abs 1 KVG 1947 (wie auch das heutige ArbVG; s 2.3) *„Dienst- und Lehrverhältnisse aller Art, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen"* und war damit zwar deutlich weiter gefasst als jener des EAG 1920[22] (arg: Zusatz *„aller Art"*). Ausgeschlossen waren nur privatrechtliche Dienstverhältnisse zu Gebietskörperschaften (§ 1 Abs 2 KVG 1947) sowie die Heimarbeitsverhältnisse (sofern für den betreffenden Zweig der Heimarbeit besondere gesetzliche Einrichtungen zur Regelung der Arbeits- und Lohnbedingungen bestanden, s § 1 Abs 3 KVG 1947).[23] Auf freie Dienstverträge fanden KollV nach Ansicht des OGH[24] mangels abhängiger Arbeit keine Anwendung.

---

18 *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar XXV.

19 *Felten/Mosler*, DRdA 2020, 91 (94).

20 Bis zum 1.7.1950 vorbehaltlich der Genehmigung durch die Zentrallohnkommission (zusammengesetzt aus dem BMfsozVerw als Vorsitzenden und paritätisch berufenen Mitgliedern aus dem Kreis der Dienstgeber und Dienstnehmer). S dazu *Goller*, ZAS 1972, 173 (177, FN 50).

21 *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar XXVI; *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG Vor § 1 Rz 10; *Felten/Mosler*, DRdA 2020, 91 (94).

22 *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 1, 2 (1. Lfg, 2005).

23 Seit Inkrafttreten des Heimarbeitsgesetzes mit BGBl 1954/66 sind für Heimarbeitsverträge die §§ 43 bis 50 des Heimarbeitsgesetzes anstelle der bis dahin maßgebend gewesenen Bestimmungen des KVG 1947 anzuwenden. Vgl *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG Vor § 1 Rz 11 und § 1, 2 f.

24 OGH 19.10.1954, 4 Ob 70/54, Arb 6.087.

2.3 ArbVG 1974 bis heute

Mit dem Inkrafttreten des ArbVG am 1.7.1974 wurde das KVG 1947 ersetzt.[25] Der in § 1 ArbVG festgelegte Geltungsbereich wurde aus § 1 KVG übernommen und lediglich hinsichtlich der Ausnahmebestimmungen vom 1. bis 4. Hauptstück in Abs 2 sprachlich konkretisiert.[26] Die Bestimmungen des I. Teils des ArbVG gelten (nach wie vor) für Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen (s 3). Auch § 4 ArbVG zur Kollektivvertragsfähigkeit folgt im Wesentlichen § 3 Abs 1 KVG.[27] Präzisiert wurde das Kriterium der Gegnerunabhängigkeit nach § 4 Abs 2 Z 4 ArbVG für die Anerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit freier Berufsvereinigungen. Zudem wurde es – neben dem Erfordernis einer bestimmten Zielsetzung – in § 4 Abs 1 ArbVG auch für die gesetzlichen Interessenvertretungen normiert.[28] Mit § 4 Abs 3 ArbVG wurde die Kollektivvertragsfähigkeit von Vereinen bei Vorliegen bestimmter gesetzlicher Kriterien eingefügt.[29]

Seit Inkrafttreten des ArbVG erfolgte in § 1 Abs 2 Z 1 ArbVG mit BGBl I 1996/601 lediglich eine Zitatanpassung an die Wiederverlautbarung des Landarbeitsgesetzes[30] sowie eine redaktionelle Anpassung.[31] Während sich der Wortlaut der Normen daher seit Inkrafttreten des ArbVG nur mehr geringfügig verändert hat, ist die kollektive Rechtssetzung außerhalb des ArbVG keineswegs einem Stillstand unterlegen. So wurde etwa im Jahr 1999 im JournG für ständig freie Mitarbeiter, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, die journalistische Tätigkeit im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine unternehmerische Struktur verfügen, die Möglichkeit geschaffen, Gesamtverträge abzuschließen (näher s 4.1).

3. Spielraum bei Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes des § 1 ArbVG?

Der persönliche Geltungsbereich des I. Teils des ArbVG umfasst (nach wie vor; s 2) „*Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen*“ (vgl § 1 Abs 1 ArbVG). Liegt ein Arbeitsverhältnis iSd § 1151 ABGB vor, ist grds[32]

---

[25] *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar XXVI f.

[26] Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter, die dem LAG 1948 unterliegen sowie Arbeitsverhältnisse, die dem Heimarbeitsgesetz 1960 unterliegen; ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 54.

[27] ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 57.

[28] *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 43.

[29] *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 43.

[30] Dabei wurde „des Landarbeitsgesetzes, BGBl. Nr. 140/1948,“ durch „des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287,“ ersetzt; ErläutRV 318 BlgNR 20. GP 23.

[31] „Gemeinen“ wurde durch „Gemeinden“ ersetzt.

[32] Bestimmte Arbeitsverhältnisse sind gem § 1 Abs 2 ArbVG ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich ausgenommen. Etwa die bereits unter 2 genannten Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter, „Arbeitsverhältnisse“, die dem Heimarbeitsgesetz 1960 unterliegen, Arbeitsverhältnisse zu Bund, Ländern, Gemeinden etc.

davon auszugehen, dass der I. Teil des ArbVG zur Anwendung gelangt.[33] In der Literatur sticht vor allem die Frage um die Geltung für bzw die Einbeziehung von arbeitnehmerähnlichen Personen hervor. Ausgehend von den Definitionen in arbeitsrechtlichen Sondergesetzen, in die Arbeitnehmerähnliche ausdrücklich einbezogen sind, handelt es sich dabei um Personen, die, „*ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit*[34] *als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind*."[35] Vermehrt findet sich die Ansicht, dass diese aufgrund eines ähnlichen Schutzbedürfnisses wie der typische Arbeitnehmer durchaus vom Schutz der kollektiven Rechtsgestaltung umfasst sein könnten bzw umfasst sein sollten.[36]

3.1 Gegenwärtiger Meinungsstand

Als Argument dafür, dass Arbeitnehmerähnliche bereits *de lege lata* in den I. Teil des ArbVG einbezogen sein könnten, wird einerseits der Wortlaut *„Arbeitsverhältnisse aller Art"* herangezogen, der für eine weite Auslegung des § 1 ArbVG spreche.[37] Auch die Bezeichnung der vom 1. und 4. Hauptstück des ArbVG ausgeschlossenen Heimarbeiter nach dem Heimarbeitsgesetz 1960 als „Arbeitsverhältnisse" in § 1 Abs 2 Z 2 ArbVG spreche dafür[38] – Heimarbeiter sind nach ganz hA arbeitnehmerähnliche Personen. Nach *Mosler* sei der Ausschluss von Heimarbeitern überflüssig, ginge man davon aus, dass nur Arbeitsverhältnisse iSd § 1151 ABGB erfasst

---

33 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 1 Rz 6.

34 Als Kriterien für die wirtschaftliche Unselbständigkeit dienen etwa der Mangel an einer eigenen Betriebsstätte und eine länger andauernde Beschäftigung für den gleichen oder mehrere, nicht aber für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Anzahl an Auftraggeber(n). S etwa *Wachter*, Anmerkung zu OGH 12.11.1979, 4 Ob 68/79, DRdA 1981, 136 (139); *ders*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980) 98 ff. Ausführl auch *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 1151 ABGB Rz 123 ff.

35 § 1 Abs 1 DHG, § 51 Abs 3 Z 2 ASGG, § 3 Abs 4 AÜG, § 2 Abs 2 lit b AuslBG (dort ausdrücklich *„in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis"*), § 1 Abs 3 Z 2 und § 16 Abs 3 Z 2 GlBG, § 7a Abs 2 Z 4 BEinstG, nach der Rsp teilweise auch das KautSchG (s etwa OGH 7.4.1987, 14 ObA 10/87, DRdA 1990, 2013 [*Jabornegg*]), der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz oder die aus dem Judikat 33 neu folgenden Grundsätze (s die Nachweise etwa bei *Brameshuber*, Dogmatik des Arbeitsrechts, in *Bezemek* (Hrsg), Rechtsdogmatik (2023) 193 (205 ff). Zum Teil findet sich auch eine Anknüpfung an den Begriff des dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmers iSd § 4 Abs 4 ASVG, konkret in § 1 Abs 1a BMSVG (Abfertigung neu), § 1164a ABGB (Dienstzettel) sowie § 1 Abs 5 und § 10 Abs 8 MSchG,

36 Insb *Mosler*, DRdA 2022, 119; *Felten/Mosler*, DRdA 2020, 91 (102); *Mosler*, DRdA 2014, 511; *ders*, DRdA 2012, 100; *ders*, DRdA 2012, 283; s auch *Brameshuber* in FS Marhold 433. Nach *Mosler* könnte auch der faktische Arbeitnehmerbegriff des Betriebsverfassungsrechts (vgl § 36 ArbVG) auf Arbeitnehmerähnliche ausgedehnt werden. Vgl *Mosler*, DRdA 2022, 119 (123).

37 *Mosler*, DRdA 2012, 100 (102); im Ergebnis aber für Arbeitnehmerähnliche verneinend *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 1 Rz 12 f.

38 *Mosler*, DRdA 2012, 100 (102); *ders* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 1 Rz 12.

seien.[39] Auch aus der gesetzlichen Sonderregelung zum Abschluss von Gesamtverträgen für ständige freie Mitarbeiter im JournG (vgl §§ 17 ff JournG; näher s 4.1) könne nicht automatisch der Gegenschluss gezogen werden, dass nur echte Arbeitnehmer unter den Geltungsbereich des ArbVG fallen, da die Sonderregelung mit den Besonderheiten der Berufssparte zusammenhänge.[40]

Entscheidendes Merkmal für die Einbeziehung in die Normen zur kollektiven Rechtsgestaltung ist nach *Mosler „die wirtschaftliche Unterlegenheit bzw Abhängigkeit"*, aus der sich eine Bedürftigkeit nach dem Schutz kollektiver Normen ergebe. Dies treffe auf Personen zu, bei denen zwar aufgrund der relativ hohen persönlichen Selbständigkeit (etwa freie Zeiteinteilung, geringe Ortsgebundenheit, Vertretungsmöglichkeit) keine Arbeitnehmereigenschaft nach § 1151 ABGB vorliege, aber die wirtschaftliche Abhängigkeit besonders hoch sei, wenngleich *„eher nur ein kleiner Teil der arbeitnehmerähnlichen Personen"* in Betracht komme (etwa Zeitungszusteller, Botendienstfahrer, Lehrbeauftragte).[41] Eine Einbeziehung sonstiger Arbeitnehmerähnlicher, die also nicht die genannte besonders starke wirtschaftliche Abhängigkeit aufweisen, sei *de lege lata* aber nicht vertretbar.[42]

Die hM ist jedoch der Ansicht, dass eine weite Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs bzw eine analoge Anwendung auf arbeitnehmerähnliche Personen auszuschließen sei (dh auch für wirtschaftlich schwache).[43] Hätten diese in den Anwendungsbereich mit einbezogen werden sollen, wäre dies – wie in sonstigen individualarbeitsrechtlichen Schutzgesetzen auch – ausdrücklich erfolgt.[44] Arbeitnehmerähnliche waren dem Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Schaffung des ArbVG auch durchaus schon bekannt.[45] Die im HeimarbG und JournG verankerten Möglichkeiten zum Abschluss von Gesamtverträgen würden keinen Sinn machen, unterlägen Arbeitnehmerähnliche ohnehin dem I. Teil des ArbVG.[46] *Risak*[47] schließt die Anwendung

---

39 *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 1 Rz 12; *ders*, DRdA 2012, 100 (102); aA *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1 ArbVG Rz 18, der von einer rein deklarativen Bedeutung ausgeht. So auch *Runggalddier* in *Tomandl,* ArbVG § 1 Rz 14.

40 *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 1 Rz 12; restriktiver noch *ders*, DRdA 2012, 100 (102 f): der Gesamtvertrag als Instrument der kollektiven Rechtsgestaltung wäre überflüssig, würde man Vertragsverhältnisse von arbeitnehmerähnlichen Personen als Arbeitsverhältnisse iSd § 1 Abs 1 ArbVG qualifizieren.

41 *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 1 Rz 12; *ders*, DRdA 2012, 102 ff.

42 *Mosler*, DRdA 2014, 511 (514); *ders*, DRdA 2012, 104.

43 *Risak*, ZAS 2002, 165 (166).

44 *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 (415 f); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 1 Rz 13; *Runggaldier* in *Tomandl,* ArbVG § 1 Rz 9 f; *ders*, Kollektive Normsetzung für „ständige freie Mitarbeiter" – Kritische Anmerkungen zum Entwurf einer Novelle des JournalistenG, RdW 1999, 533 ff; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1 ArbVG Rz 11.

45 S etwa § 2 Abs 1 ArbGerG (BGBl 1946/140); s zB auch *Risak*, ZAS 2002, 165 (166).

46 *Risak*, ZAS 2002, 165 (166).

47 *Risak*, ZAS 2002, 165 (166).

des § 1 ArbVG auch anhand einer historischen Interpretation aus, da der OGH[48] bereits zum KVG 1947, aus dem der Geltungsbereich des § 1 ArbVG übernommen wurde (s bereits 2), der Ansicht war, dass ein freier (unabhängiger) Dienstvertrag mangels abhängiger Arbeit einem KollV nicht unterfalle. Nach Inkrafttreten des ArbVG hielt der OGH zu Arbeitnehmerähnlichen zudem mehrfach fest, die Bestimmungen des ArbVG seien auch nicht analog anzuwenden.[49]

3.2 Vorliegen einer nachträglichen Regelungslücke?

Seit der Gesetzgeber zum bis dato letzten Mal Arbeitnehmerähnliche in den Schutzbereich eines individualarbeitsrechtlichen Sondergesetzes einbezogen hat,[50] haben sich vor allem durch die Digitalisierung neue Arbeitsformen (wie Crowdwork und Plattformarbeit) herausgebildet. Häufig sind gerade in diesem neuen Bereich wirtschaftlich besonders abhängige Selbständige anzutreffen.[51] Dies hat nicht nur auf nationaler,[52] sondern insb auch auf europäischer Ebene[53] die Frage nach einer Einbeziehung Arbeitnehmerähnlicher bzw Selbständiger in die kollektive Rechtsgestaltung aufleben lassen. Thematisiert wurde vor allem die Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot gem Art 101 Abs 1 AEUV. In der Rs *Albany*[54] hat der EuGH KollV vom Kartellverbot ausgenommen, die unmittelbar der Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, insb ihrer Entlohnung, dienen. In der Rs *FNV Kunsten*[55] gelangte der EuGH zu der Ansicht, dass das Kartellverbot auch kollektiven Vereinbarungen (für selbständige Aushilfsmusiker) insoweit nicht entgegenstehe, als „Scheinselbständige" mit einbezogen werden.[56] Unklar war allerdings, ob auch Tarifverträge wirtschaftlich abhängiger Selbständiger aus dem Anwendungsbereich des

48 OGH 19.10.1954, 4 Ob 70/54, Arb 6.087.

49 S etwa OGH 29.9.1981, 4 Ob 45/81, DRdA 1984, 134 (*Grillberger*); OGH 11.5.1988, 9 ObA 165/87, DRdA 1990, 349 (*Runggaldier*); s auch *Wachter*, DRdA 1984, 405 (417).

50 Vor mittlerweile etwa 18 Jahren in § 7a Abs 2 Z 4 BEinstG mit BGBl I 2005/82. Dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmerinnen iSd § 4 Abs 4 ASVG wurden zuletzt mit BGBl I 2015/149 teilweise in den Anwendungsbereich des MSchG einbezogen (vgl § 1 Abs 5 und § 10 Abs 8 leg cit).

51 S etwa *Liedermann*, Kollektive Rechtsgestaltung für Arbeitnehmerähnliche 4.0, ASoK 2021, 467.

52 S etwa *Mosler*, DRdA 2022, 119; *Schwertner*, DRdA 2022, 126; *Liedermann*, ASoK 2021, 467; *Risak*, Arbeits- und sozialrechtliche Absicherung im digitalisierten Arbeitsmarkt, SozSi 2017, 25 (29 f); *Risak*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Rechtliche Aspekte neuer Formen der Arbeitsorganisation, DRdA 2017, 331 (337 f).

53 *Brameshuber*, (A Fundamental Right to) Collective Bargaining for Economically Dependent, Employee-Like Workers, in *Miranda Boto/Brameshuber* (Hrsg), Collective Bargaining and the Gig Economy (2022) 227; *Brameshuber* in *Brameshuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto*, Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy 275.

54 EuGH 21.9.1999, C-67/96, *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430 Rz 59, 63.

55 EuGH 4.12.2014, C-413/13 *FNV Kunsten*, ECLI:EU:C:2014:2411.

56 S dazu *Schwertner*, DRdA 2022, 126 ff; *Brameshuber* in FS Marhold 441 ff.

Kartellverbots ausgenommen sind.[57] Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Kommission Leitlinien[58] zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der EU auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von gewissen Solo-Selbständigen erlassen. Geschützt sind zuvörderst – die hier vor allem interessierenden – wirtschaftlich abhängigen Solo-Selbständigen,[59] aber auch solche Solo-Selbständigen, die „*Seite an Seite*" mit Arbeitnehmern arbeiten; die Ausnahme von Art 101 AEUV wird letztlich mit der Vergleichbarkeit der Situation begründet.[60] Schließlich werden Solo-Selbständige geschützt, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten (näher s 4.1).[61]

Diese Entwicklungen waren für den historischen Gesetzgeber des ArbVG nicht vorhersehbar. Stellt man nicht auf ein weites Begriffsverständnis des „Arbeitsverhältnisses" in § 1 ArbVG ab, eröffnet sich in Bezug auf die Geltung des I. Teils des ArbVG daher die Frage, ob die historische *ratio legis* inzwischen nicht hinter den Entwicklungen der letzten Jahre zurückgeblieben sein könnte und aufgrund einer neuen Sachlage ein neues Normverständnis erforderlich ist.[62] Geht man davon aus, dass der Zweck, der dem persönlichen Geltungsbereich des I. Teils des ArbVG zugrunde liegt, auch auf die (zumindest) wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmerähnlichen zutrifft, da auch diese (anders als „traditionelle Selbständige") nicht in der Lage sind, faire Arbeits- und Entgeltbedingungen einzelvertraglich auszuhandeln,[63] wäre – nimmt man eine nachträgliche Regelungslücke an – eine Ausweitung des I. Teils des ArbVG durch Analogieschluss möglich. Freilich steht aber auch der Bejahung einer nachträglichen Lücke das Argument entgegen, dass der Gesetzgeber (bislang) bewusst von einer Einbeziehung Arbeitnehmerähnlicher abgesehen haben könnte (s 3.1). Davon wird – jedenfalls aktuell – noch auszugehen sein; insb auch vor dem Hintergrund, dass *de lege lata* bereits andere Instrumente der kollektiven Rechtsetzung (wie Gesamtverträge, etwa im Bereich Journalismus) zur Verfügung stehen (s 4.1).

4. Kollektivverträge für Nicht-Arbeitnehmer?

Indirekt wird mit § 1 ArbVG auch der sachliche Anwendungsbereich der §§ 2 ff ArbVG zu den Instrumenten der kollektiven Rechtsgestaltung sowie deren Rege-

---

57 *Schwertner*, Neue EU-Regeln für Tarifverträge für „Solo-Selbständige", ZAS 2022, 199 (200); *Felten*, Arbeit und Soziales, Jahrbuch Europarecht 2015, 245 (249 f).

58 C(2021) 8838 final; für eine erste Analyse s *Brameshuber* in *Brameshuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto,* Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy 296 ff; *Schwertner*, ZAS 2022, 199 (200); *Seifert*, Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige und unionsrechtliches Kartellverbot (2022).

59 S zu den Kriterien für die wirtschaftliche Abhängigkeit die Rz 24 f der Leitlinien.

60 S Rz 26 f der Leitlinien.

61 Rz 28 ff der Leitlinien.

62 *Kodek* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB[4] § 7 ABGB Rz 23 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

63 *Brameshuber* in FS Marhold 433.

lungsbefugnis umschrieben.[64] In untrennbarem Zusammenhang mit der Diskussion um die Geltung des I. Teils des ArbVG steht damit auch die Frage nach der Einbeziehung in KollV. Für arbeitnehmerähnliche Personen bzw sogar Selbständige ist dem österreichischen Recht kollektive Rechtsgestaltung an sich, meist in Form von Gesamtverträgen, zwar nicht fremd (4.1). In Bezug auf das Instrument des KollV drängt sich bei genauerem Hinschauen aber vor allem die Frage auf, wer zum Abschluss von KollV für Arbeitnehmerähnliche überhaupt berechtigt wäre (4.2).

4.1 Kollektive Rechtssetzung außerhalb des ArbVG – Status quo

Kollektive Rechtsgestaltung für Nicht-Arbeitnehmer und insb wirtschaftlich schwache Selbständige ist kein Novum, wenngleich diese hinsichtlich der Rechtsgrundlagen außerhalb des ArbVG angesiedelt ist. Neben den bereits genannten Möglichkeiten des Abschlusses von (dem KollV nachgebildeten) Heimarbeitsgesamtverträgen (vgl §§ 43 bis 50 HeimarbeitsG) sowie Gesamtverträgen für ständig freie Mitarbeiter nach dem JournG (vgl §§ 16 ff leg cit),[65] existiert auch bzw sogar für (sonstige) Selbständige kollektive Rechtsgestaltung, und zwar unabhängig von einer etwaigen wirtschaftlichen Abhängigkeit. Zu nennen sind etwa die Gesamtverträge der Kassenärzte und Angehörigen anderer Gesundheitsberufe mit Kassenvertrag.[66] Das Urheberrecht kennt mittlerweile sogar zwei Formen der kollektiven Rechtsgestaltung (auch) für Selbständige. Zum einen gibt es die von Verwertungsgesellschaften[67] mit Nutzerorganisationen abgeschlossenen Gesamtverträge betreffend die Verwertung von Urheberrechten (§§ 20 ff VerwGesG), die gesetzliche Vergütungsansprüche (zB Bibliothekstantiemen) für ihre Mitglieder mit normativer Wirkung festlegen.[68] Zum anderen wurde mit der UrhG-Novelle 2021 (BGBl I 2021/244) die Möglichkeit geschaffen, dass *„gemeinsame Vergütungsregelungen"* von (nicht zwingend kollektivvertragsfähigen) *„repräsentativen Vereinigungen"* abgeschlossen werden können (vgl § 37b Abs 4 und 5 UrhG). Dieses völlig neue Rechtsinstrument zielt auf die einzelvertraglich geschuldeten urheberrechtlichen Vergütungsansprüche ab und kann diese mit normativer Wirkung für die betroffene „Berufsgruppe" regeln. Nach Ansicht des Gesetzgebers sind davon sowohl selbständig als auch unselbständig tätige Urheber erfasst.[69]

---

64 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 1 Rz 2; *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 1 Rz 3.

65 S dazu auch *Marhold*, Economically-dependent workers in the EU Member States – A. Austria, in *Schubert* (Hrsg), Economically-dependent Workers (2022) 9 (Rz 5).

66 *Mosler*, DRdA 2022, 119 (123).

67 ZB die Literar-Mechana Wahrnehmungsgesellschaft für Urheberrechte GmbH.

68 Vgl *Walter*, Österreichisches Urheberrecht, Teil I (2008) 1905 f.

69 ErläutRV 1178 BlgNR 27. GP 15, mit Hinweis auf die (damalige) Konsultation der Kommission zur Frage der Vereinbarkeit kollektiver Vereinbarungen Selbständiger mit dem Wettbewerbsrecht. Im Kollisionsfall mit einer kollektivvertraglich festgelegten Vergütungsregelung gehen letztere vor, sofern der Urheber dem Kollektivvertrag unterworfen ist. S dazu *Kollau*, Die Ver-

Auch in anderen Mitgliedstaaten der EU werden arbeitnehmerähnliche Personen bzw atypisch Beschäftigte in die kollektive Rechtsgestaltung einbezogen. In Deutschland etwa können für Arbeitnehmerähnliche gem § 12a TVG Tarifverträge abgeschlossen werden. In Polen genießen Telearbeiter, die keine Arbeitnehmer sind, seit 2019 Gewerkschaftsrechte, wenn sie bezahlte Arbeit für eine andere Person oder Einrichtung leisten, keine anderen Personen beschäftigen und kollektive Rechte haben, die von Gewerkschaften vertreten werden können.[70] Auf europäischer Ebene sind die bereits genannten Leitlinien der Kommission zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der EU auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von bestimmten Solo-Selbständigen zu erwähnen.[71] Die Leitlinien klären, inwiefern es Personen, die in keinem Arbeitsverhältnis stehen, möglich ist, ihre Arbeitsbedingungen kollektiv zu verhandeln, ohne gegen die Wettbewerbsregeln der EU (Art 101 AEUV) zu verstoßen. Dabei wird festgelegt, dass das EU-Wettbewerbsrecht jedenfalls für Tarifverträge von drei Gruppen von Solo-Selbständigen nicht gilt: Wirtschaftlich abhängige Solo-Selbständige,[72] Solo-Selbständige, die „*Seite an Seite*" mit Arbeitnehmern arbeiten[73] und Solo-Selbständige, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten.[74]

4.2 Problemfelder iZm der Kollektivvertragsfähigkeit – Vertretungsbefugnis und Gegnerunabhängigkeit

Der obige Überblick zeigt, dass ein Bedarf an kollektiver Rechtsgestaltung durchaus auch für Nicht-Arbeitnehmer anerkannt wird. Neben dem bislang gewählten Instrument des Gesamtvertrages[75] könnte dieser Bedarf für wirtschaftlich abhängige Arbeitnehmerähnliche auch durch die Einbeziehung derselben in KollV gedeckt werden; vorausgesetzt, man geht von einem „erweiterten Kollektivvertragsrecht" aus. Erforderlich dafür wäre eine Vertretung durch insb gegnerunabhängige, kollektivvertragsfähige Interessenvertretungen.[76] Die Bildung eigener freiwilliger Interessenvertretungen wird in der Literatur aufgrund der Inhomogenität der Arbeitnehmerähnlichen als Gruppe mit kollektiven Interessen vor allem aufgrund des

gütung des Arbeitnehmerurhebers – Trennungs- oder Abgeltungstheorie?, JAS 2023, 330 (339 f).

70 *Kozak-Maśnicka/Pisarczyk*, Extending the Personal Scope of Collective Bargaining as a Chance for Gig Workers? The Polish Case, in *Miranda Boto/Brameshuber* 211 (218 f).

71 S bereits FN 49.

72 Zu den Kriterien für die wirtschaftliche Abhängigkeit, insb dem Bezug von mindestens 50 % des gesamten jährlichen Arbeitseinkommens von einer einzigen Gegenpartei, s Rz 24 f der Leitlinien.

73 S Rz 26 f der Leitlinien.

74 S Rz 28–31 der Leitlinien.

75 Nach *Risak*, ZAS 2002, 165 (172), wäre es sinnvoll, für arbeitnehmerähnliche Personen Gesamtverträge vorzusehen.

76 Dazu auch *Schwertner*, DRdA 2022, 126 (130 f).

Erfordernisses der „*maßgebenden wirtschaftlichen Bedeutung*" nach § 4 Abs 2 ArbVG[77] als eher schwierig angesehen.[78]

Schon derzeit vertreten aber auch bereits bestehende Organisationen Interessen arbeitnehmerähnlicher Personen. Der AK gehören nach § 10 Abs 1 Z 6 ArbVG Heimarbeiter und nach Z 7 leg cit seit 2008 (BGBl I 2007/97) dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer nach § 4 Abs 4 ASVG an. Nach den Gesetzesmaterialien sei die Einbeziehung der freien Dienstnehmer sachlich gerechtfertigt, „*da sie in ihrer Interessenlage Arbeitnehmer/inne/n wegen der wie bei Arbeitnehmer/inne/n gegebenen wirtschaftlichen Abhängigkeit – trotz des unterschiedlichen vertragsrechtlichen Status, der auch nach Gleichstellung hinsichtlich der Arbeiterkammerzugehörigkeit unterschiedlich bleibt – gleich zu halten sind*."[79] Theoretisch wäre die AK damit[80] zum Abschluss von KollV auch für Arbeitnehmerähnliche (zumindest der nach § 4 Abs 4 ASVG Pflichtversicherten) berechtigt. In der Praxis macht die AK freilich keinen Gebrauch von ihrem Recht, KollV abzuschließen, sondern lässt den freiwilligen Berufsvereinigungen, insb dem ÖGB, den Vortritt.[81] Aber auch der ÖGB vertritt nach § 1 Abs 1 seiner Statuten[82] Arbeitnehmerähnliche, nämlich „*Angehörige sonstiger Berufsgruppen (wie zum Beispiel freischaffend, freiberuflich Tätige, atypisch oder prekär Beschäftigte), soweit sie von ihrer Tätigkeit her mit den unselbstständig Erwerbstätigen vergleichbar sind*". Diese Umschreibung geht sogar weit über den arbeitsrechtlichen Begriff der Arbeitnehmerähnlichen (freien Dienstnehmer) hinaus.[83] Problematisch kann dies iZm der Gegnerunabhängigkeit sein,[84] wenn der Arbeitnehmerähnliche über eine Gewerbeberechtigung verfügt und damit automatisch auch Pflichtmitglied der Wirtschaftskammer ist – Doppelvertretungen sollen ausgeschlossen werden. Eine Zugehörigkeit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu einer Organisation steht der Kollektivvertragsfähigkeit aber ausnahmsweise nicht entgegen, sofern die Willensbildung für die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite „*voneinander völlig unabhängig*" ist (so etwa kraft gesetzlicher Anordnung bei der Gruppe der Notare und der Notariatskandidaten).[85] Mögliche, in der Literatur angedachte Lösungen wä-

---

77 So *Mosler*, DRdA 2012, 100 (111), der auch anführt, dass es überdies einer Ergänzung des Begriffs des Arbeitnehmers in § 4 Abs 2 ArbVG bedürfte, geht man nicht von einem weiten Begriffsverständnis aus.

78 *Risak*, ZAS 2002, 165 (170); *Schwertner*, DRdA 2022, 126 (131).

79 AB 360 BlgNR 23. GP.

80 Wiederum bei weitem Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs (hier nach § 4 Abs 1 ArbVG).

81 Vgl etwa *Marhold* in *Schubert* 9 (Rz 6).

82 Abrufbar unter https://www.oegb.at/der-oegb/statuten-und-geschaeftsordnung (abgefragt 9.2.2024).

83 *Mosler*, DRdA 2012, 100 (111); *Schwertner*, DRdA 2022, 131.

84 *Risak*, ZAS 2002, 171; *Mosler*, DRdA 2012, 100 (109). Zur Problematik in Zusammenhang mit dem unter dem Dach des ÖGB gegründeten Verein Vidaflex s *Friedrich*, Vidaflex, eine Gewerkschaft für Ein-Personen-Unternehmen und Kleinunternehmen, ASoK 2018, 122.

85 ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 57.

ren die Schaffung eigener Kurien[86] (wie es bei der Ärztekammer[87] der Fall ist) mit Angehörigkeit der Person zu nur einer Kurie, oder eine Ausnahme der Gruppe der Arbeitnehmerähnlichen (mit Gewerbeberechtigung) von der Wirtschaftskammermitgliedschaft.[88]

5. Conclusio

Die überwiegende Ansicht in der Literatur geht – mit berechtigten Argumenten – nach wie vor nicht davon aus, dass Arbeitnehmerähnliche der kollektiven Rechtsgestaltung des ArbVG (*de lege lata*) unterliegen oder in diese (*de lege ferenda*) einbezogen werden sollten. Schließlich kann einem Schutzbedarf auf faire Lohn- und Arbeitsbedingungen durch andere Instrumente außerhalb des ArbVG, nach dem Vorbild der Gesamtverträge für Heimarbeiter oder freie Journalisten, nachgekommen werden.[89] Nicht geleugnet werden kann jedoch, dass – auch der Digitalisierung geschuldet – insb auf europäischer Ebene, aber auch in einzelnen Mitgliedstaaten, ein Umdenken in Richtung Einbeziehung Selbständiger in KollV, die sich im Hinblick auf ihre aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit resultierende Schutzbedürftigkeit in einer vergleichbaren Situation mit Arbeitnehmern befinden, wahrzunehmen ist.

Ob das ArbVG hinsichtlich der Einbeziehung Arbeitnehmerähnlicher in die Regelungen zum kollektiven Arbeitsrecht „bereit" ist (oder gar „bereit sein muss"), hängt naturgemäß von der Sichtweise ab. Möchte man Arbeitnehmerähnliche in die kollektive Rechtsgestaltung des ArbVG einbezogen wissen, kommt – neben einer ausdrücklichen Einbeziehung in § 1 Abs 1 ArbVG *de lege ferenda – de lege lata* wohl nur eine extensive Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in § 1 Abs 1 ArbVG in Betracht. Eine Neuformulierung des Arbeitnehmerbegriffs iSd § 1151 ABGB unter Einbeziehung Arbeitnehmerähnlicher wird aus derzeitiger Sicht wohl kaum realistisch sein. Von einer planwidrigen Regelungslücke, die im Rahmen einer analogen Anwendung des 1. Teils des ArbVG auf Arbeitnehmerähnliche geschlossen werden könnte, wird man ebenfalls nicht ausgehen können. Auch eine nachträgliche Regelungslücke wird zumindest zum jetzigen Zeitpunkt (noch) nicht vorliegen.[90]

Eröffnet man den Geltungsbereich des I. Teils des ArbVG für Arbeitnehmerähnliche, bleibt die Frage, wer für diese KollV abschließen soll. Denn auch, wenn Arbeitnehmerähnliche vom ÖGB (und grds auch von der AK) vertreten werden, sodass diese KollV auf „Arbeitnehmer(ähnlichen)seite" abschließen könnten, bleibt das

---

86 *Risak*, ZAS 2002, 165 (170 f); *Schwertner*, DRdA 2022, 126 (131).

87 Laut OGH ist die Gegnerunabhängigkeit dadurch nicht beeinträchtigt; s OGH 25.6.2019, 9 ObA 40/19a, RdM 2020, 25 (*Resch*).

88 So *Mosler*, DRdA 2012, 100 (110).

89 *Risak*, ZAS 2002, 165 (170, 172).

90 S *Schwertner*, Kollektive Rechtssetzung und Arbeitnehmerähnlichkeit (Dissertation 2024) 69 ff.

Problem der Gegnerunabhängigkeit bei jenen Arbeitnehmerähnlichen, die über eine Gewerbeberechtigung verfügen. Möglich wäre die Schaffung eigener Kurien, mit denen die gegenseitige Einflussnahme beseitigt wäre, oder eine entsprechende Ausnahme aus der Mitgliedschaft zur Wirtschaftskammer. Dem stünde jedenfalls das ArbVG nicht entgegen, und somit ist einmal mehr auf *Sinzheimer* zu verweisen, der bereits vor 110 Jahren wie folgt befunden hat: „*Der Wille zur Rechtsgestaltung muss in der Rechtswissenschaft lebendig werden, der Wille, für die neuen Formen und Bedürfnisse des Lebens das entsprechende Recht zu finden*."[91] Es bleibt zu hoffen, dass wirtschaftlich abhängige Arbeitnehmerähnliche nicht noch 50 Jahre auf die Reflexion ihres grundrechtlich geschützten Rechts auf Kollektivverhandlungen[92] im einfachen Gesetzesrecht warten müssen.

[91] Auszug aus *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden (1976) 61.

[92] Vgl etwa *Brameshuber* in *Brameshuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto,* Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy 278 ff.

Reichweite und Grenzen der Regelungsbefugnis des Kollektivvertrags

Birgit Schrattbauer/Hannah Dölzlmüller

1. Einleitung 221
2. Allgemeines zur normativen Regelungsbefugnis der Kollektivvertragsparteien 223
3. Reichweite der Generalklausel des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG 228
4. Sonderproblem Verfallsklauseln 231
5. Betriebsverfassungsrechtliche Normen 233
6. Fazit 237

1. Einleitung

§ 2 ArbVG ist die Basis der kollv Regelungsbefugnis und damit eine der zentralen Normen des österreichischen KollV-Rechts. Gem § 2 Abs 1 ArbVG sind KollV Vereinbarungen, die zwischen kollv-fähigen Körperschaften der AG und der AN schriftlich über Angelegenheiten abgeschlossen werden, zu deren Regelung diese nach § 2 Abs 2 ArbVG ermächtigt sind. § 2 Abs 2 Z 1 erwähnt zunächst schuldrechtliche Regelungen betreffend die gegenseitigen Rechtsbeziehungen der KollV-Parteien. Die folgenden Z 2 bis 7 ermächtigen den KollV dagegen zu normativer Rechtsetzung.

Das ArbVG brachte in Bezug auf die Regelungsbefugnis der KollV-Parteien im Vergleich zur davor bestehenden Rechtslage keine revolutionären Neuigkeiten mit sich, sondern setzte die schon nach dem KollVG 1947 geltende Rechtslage im Wesentlichen fort. Nahezu gleichlautend mit § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG war schon im KollVG 1947 sowie davor im EAG 1919 vorgesehen, dass durch KollV die *„gegenseitigen Rechte und Pflichten"* der AG und der AN geregelt werden können.[1] Im Gegensatz zu § 11 Abs 2 EAG, wonach auch die *„sonstigen Angelegenheiten, die für das Arbeitsverhältnis wirtschaftlich von Bedeutung sind"* Gegenstand eines KollV sein konnten, zählt § 2 Abs 2 ArbVG nunmehr alle durch KollV regelbaren Angelegenheiten taxativ auf. Durch diese Regelungstechnik sollten Unklarheiten hinsichtlich der kollv Regelungsermächtigung weitgehend ausgeräumt werden, ohne aber eine allzu kasuistische Regelung zu treffen, die ein situatives und rasches Reagieren der KollV-Parteien auf allfällige neue Entwicklungen am Arbeitsmarkt verunmöglichen würde.[2]

Seit dem Inkrafttreten des ArbVG im Jahre 1974 wurde § 2 ArbVG nie novelliert. Dies ist angesichts der massiven Umbrüche und Umwälzungen, denen das Wirt-

[1] Vgl § 11 Abs 2 EAG StGBl 1920/16 sowie § 2 Abs 1 KollVG 1947 BGBl 1947/76.
[2] Vgl ErlRV 840 BlgNR 13. GP 55.

schaftsleben seit den 1970er-Jahren unterworfen war, bemerkenswert und spricht für die hohe legistische Qualität dieser Norm. Es bedeutet aber freilich nicht, dass sich in den letzten 50 Jahren keine Fragen zur Auslegung der kollv Regelungsbefugnis ergeben hätten. Eine Vielzahl an Gerichtsentscheidungen und wissenschaftlichen Abhandlungen legt umfassend Zeugnis über die unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten des § 2 ArbVG und der damit verbundenen Problemstellungen ab. Eine eingehende Auseinandersetzung mit all diesen Fragen ist im Rahmen unseres Beitrags nicht möglich; ein kursorischer Überblick über einige besonders brisante Fragen, die Rsp und Wissenschaft iZm § 2 ArbVG seit 1974 beschäftigt haben, soll vielmehr Einladung wie Anstoß sein, sich mit der einen oder anderen angesprochenen Thematik auch selbst (wieder) einmal tiefer auseinander zu setzen.

Der Fokus der folgenden Ausführung liegt dabei auf Fragestellungen zum normativen Teil des KollV. Die Befugnis der KollV-Parteien zur Schaffung schuldrechtlicher Regelungen hat nämlich bislang vergleichsweise wenig Anlass zu kontroversen Diskussionen gegeben. Sie ergibt sich auch ohne die ausdrückliche Ermächtigung in § 2 Abs 2 Z 1 ArbVG bereits aus dem allgemeinen Vertragsrecht.[3] Zudem wirft die Auslegung schuldrechtlicher Regelungen nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung (§§ 914 f ABGB) keine schwierigen Fragen auf, sodass das weitgehende Fehlen höchstgerichtlicher Rsp zum obligatorischen Teil des KollV[4] auf ersten Blick nicht sonderlich überrascht. Allein der Mangel an Judikatur zur Friedenspflicht der KollV-Parteien ist bei näherer Betrachtung nicht ganz so selbstverständlich. Dass sich der OGH bislang noch nie mit der Frage beschäftigen musste, ob mit dem Abschluss des KollV tatsächlich, wie im Schrifttum überwiegend angenommen,[5] ein (rigoroses) Verbot von Arbeitskampfmaßnahmen zur Abänderung der kollv geregelten Angelegenheiten während aufrechter Geltung des KollV einhergeht („relative Friedenspflicht"), mag mit der hierzulande gering ausgeprägten Streikbereitschaft zu

[3] Vgl *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 2 ArbVG Rz 38 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm[3] (2018) § 2 ArbVG Rz 37; *Runggaldier* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 2 Rz 8 (1. Lfg, 2005); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 2 Rz 21 (Stand 1.10.2002, rdb.at).

[4] Klargestellt hat der OGH jedenfalls unter Berufung auf *Strasser*, dass auch jene Regelungen dem schuldrechtlichen Teil des KollV zuzurechnen sind, denen zwar offenkundig nach dem Willen der KollV-Parteien normative Wirkung zukommen soll, die aber nicht von der Regelungsbefugnis nach § 2 Abs 2 ArbVG gedeckt sind (OGH 16.11.1988, 9 ObA 515/88, Arb 10.750). Somit können etwa Abschlussnormen zwar keine unmittelbare Bindung der AG und AN auslösen, sie verpflichten aber jedenfalls die KollV-Parteien dazu, auf ein pflichtgemäßes Verhalten ihrer Mitglieder hinzuwirken.

[5] IdS etwa *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[11] (2020) 212; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] (2017) Rz 3/167; *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] (2021) 526; *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 2 Rz 10. Differenzierter dagegen *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 41, sowie ausführlich *Felten*, Arbeitskampf und kollektivvertragliche Friedenspflicht, in GS Rebhahn (2019) 47.

tun haben. Dass sich dies rasch ändern kann, hat sich in den zuletzt krisenbedingt besonders schwierigen KollV-Verhandlungen gezeigt. Und dann könnte auch die Reichweite der Friedenspflicht plötzlich von mehr als nur akademischem Interesse sein – wie ein spektakulärer Fall aus Deutschland zeigt, in dem Schadenersatzansprüche der AG-Seite in Millionenhöhe wegen Verletzung der relativen Friedenspflicht dem Grunde nach bejaht worden sind.[6] Die – weder in § 2 noch an anderer Stelle des ArbVG explizit thematisierte – Frage nach Inhalt und Reichweite der Friedenspflicht ist deshalb nicht nur dogmatisch interessant, sondern auch praktisch höchst relevant. Völlig zu Recht ist ihr deshalb im Rahmen der vorliegenden Festschrift ein eigener Beitrag gewidmet,[7] sodass es erlaubt sei, den Blick im Folgenden sogleich auf einige Detailfragen zur normativen Rechtsetzungsbefugnis der KollV-Parteien zu lenken.

2. Allgemeines zur normativen Regelungsbefugnis der Kollektivvertragsparteien

Zentraler Inhalt eines jeden KollV sind dessen normative Regelungen. Die Verfassungskonformität der Befugnis der KollV-Parteien zur heteronomen Rechtsetzung, eine in den 60er- und frühen 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts intensiv diskutierte Streitfrage,[8] steht heute völlig außer Zweifel. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ArbVG war die Debatte im Wesentlichen bereits abgeschlossen, nachdem sich OGH und VfGH im Jahr 1972 im Rahmen ihrer Stellungnahmen[9] zu zwei Gesetzesentwürfen zur verfassungsrechtlichen Absicherung des Rechtsinstituts des KollV dahingehend positioniert hatten, dass auch ohne ausdrückliche Verankerung im B-VG keine Bedenken gegen seine Verfassungsmäßigkeit bestünden. Seit der B-VG-Novelle 2008[10] ist die Anerkennung der Rolle der Sozialpartner explizit im B-VG festgeschrieben.[11]

Die besonderen Rechtswirkungen des KollV, die ihm den Charakter eines Gesetzes im materiellen Sinn verleihen, kommen nach hL nur dann zum Tragen, wenn sich die vertragsabschließenden Parteien im Rahmen der ihnen vom Gesetzgeber verliehenen Regelungsbefugnis bewegen.[12] Dieser hat sich für eine taxative Auflis-

---

6 BAG 26.7.2016, 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543.

7 *Mosler*, Gibt es eine kollektivrechtliche Friedenspflicht?, 473 ff.

8 Einen zusammenfassenden Überblick gibt *W. Schwarz*, Zum Ausklang eines Theorienstreits, DRdA 1972, 234.

9 Abgedruckt in DRdA 1972, 103 ff.

10 BGBl I 2008/2.

11 Art 120a B-VG. Ausführlich dazu *Felten*, Koaltitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz (2015) 105 ff; zur Bedeutung des Art 120a B-VG im Bereich des KollV-Wesens vgl *Mosler*, Entwicklungstendenzen im Kollektivvertragsrecht, DRdA 2012, 283 (287 f).

12 OGH 30.8.1989, 9 ObA 215/89, DRdA 1990, 142.

tung der zulässigen Inhalte des normativen Teils entschieden; eine eigenmächtige Erweiterung der Regelungsinhalte durch die KollV-Parteien scheidet aufgrund der zweiseitig zwingenden Wirkung dieser Bestimmung aus.[13] Freilich lässt die generalklauselartige Formulierung mancher Ziffern beträchtliche Gestaltungsspielräume offen; dies betrifft insb die Z 2 und 7 des § 2 Abs 2 ArbVG. Auf die Regelungsbefugnis der Z 2 wird noch zurückzukommen sein; die Möglichkeit der gesetzlichen Erweiterung der Rechtsetzungsbefugnis der KollV-Parteien (Z 7) ist vor allem im Arbeitszeitrecht in großem Umfang genutzt worden.[14]

Abgesehen von den aus § 2 Abs 2 ArbVG ableitbaren inhaltlichen Einschränkungen sind der Gestaltungsfreiheit der KollV-Parteien aber auch insofern Grenzen gesetzt, als die normativen Regelungen des KollV nach stRsp des OGH nicht gegen die Verfassung, das Unionsrecht, zwingendes Gesetzesrecht, die guten Sitten oder tragende Grundsätze des Arbeitsrechts verstoßen dürfen.[15] Eine ausführliche Darstellung der damit verbundenen Fragen bzw der Positionen in Lehre und Judikatur würde den Rahmen des Beitrags sprengen. Hingewiesen sei aber zumindest auf das gemeinsame Kernthema der dazu verhandelten Detailprobleme, das sich um das Verhältnis von KollV-Autonomie und staatlicher (oder unionaler) Rechtsetzung und somit um die Frage dreht, wie weit das Recht der KollV-Parteien geht, möglichst unbeeinflusst vom Staat Vereinbarungen mit normativer Wirkung zu schaffen. Zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen betreffen die Frage der Grundrechtsbindung der KollV-Parteien. Der OGH hat sich auf eine mittelbare Grundrechtsbindung festgelegt,[16] und geht zudem von einem weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der KollV-Parteien hinsichtlich der angestrebten Ziele und der zur Zielerreichung eingesetzten Mittel[17] und damit von einer abgeschwächten Grundrechtsbindung aus.[18]

Für die vom OGH geübte Zurückhaltung in der Korrektur kollv Regelungen unter Berufung auf den Grundrechtsschutz spricht, dass die gesetzliche Übertragung der Normsetzungsbefugnis an die KollV-Parteien offenkundig in der Erwartung

---

13 *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 29; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 2 ArbVG Rz 42.

14 Vgl dazu den Beitrag von *Mathy* im vorliegenden Band, 253 ff.

15 Zuletzt zB OGH 15.12.2021, 9 ObA 140/21k, DRdA-infas 2022/60, 148.

16 Grundlegend OGH 16.12.1992, 9 ObA 602/92, DRdA 1993/45, 369 (*Resch*) = ZAS 1995/1, 12 (krit *Schrammel*). Ebenso *Holzer*, Strukturfragen des Betriebsverfassungsrechts (1982) 78 ff; *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 17; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 9. AA *Jabornegg*, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten durch Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung und deren gerichtliche Kontrolle, in *Jabornegg/Resch/Stoffels* (Hrsg), Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (2007) 1 (3 f); *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[11] 219; *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Arbeitsrecht[4] 573.

17 Zuletzt zB OGH 16.2.2023, 9 ObA 74/22f, RdM-LS 2023/91, 153.

18 IdS OGH 16.12.1992, 9 ObA 602/92, DRdA 1993/45, 369 (*Resch*) = ZAS 1995/1, 12 (*Schrammel*); zuletzt zB OGH 15.12.2021, 9 ObA 140/21k, DRdA-infas 2022/60, 148; OGH 19.3.2013, 9 ObA 146/12d, DRdA 2013, 535.

erfolgt, dass das kollektive Aushandeln der wesentlichen Arbeitsbedingungen zu einem ausgewogeneren Interessenausgleich führt als staatliche Regulierung; welche Zugeständnisse an die andere Seite dabei jeweils zur Durchsetzung welcher Verbesserungen für die eigene Interessengruppe erfolgt sind, ist (auch mangels öffentlich zugänglicher „KollV-Materialien") im Nachhinein oft nur schwer erkennbar.[19] Eine strenge gerichtliche Gundrechtsprüfung isolierter Einzelregelungen würde somit weder dem besonderen Zustandekommen kollv Bestimmungen noch der Interessenwahrungspflicht der KollV-Parteien gerecht, die sich primär auf kollektive und nicht auf individuelle Interessen richtet. Freilich bedeutet das keinen Freibrief für die KollV-Parteien, sich über grundrechtlich geschützte Positionen der Normunterworfenen hinwegzusetzen. De facto wird sich der reduzierte Prüfungsmaßstab nur in Grenzfällen auswirken.[20] Er zeigt sich eher im Gesamtbild der auf ganz unterschiedliche Fallkonstellationen bezogenen[21] Entscheidungen zur Grundrechtskonformität kollv Regelungen, das eine zurückhaltende Position des OGH in Bezug auf Eingriffe in die KollV-Autonomie erkennen lässt.

Seitens des EuGH ist diesbezüglich wohl weniger Zurückhaltung zu erwarten. Zwar betont auch dieser fallweise die Besonderheiten des KollV als Resultat eines Aushandlungsprozesses zwischen den Interessenvertretungen, die ihn von gesetzlichen Maßnahmen unterscheiden würden.[22] Zudem bedinge die über Art 28 GRC gewährleistete Tarifvertragsautonomie, *„dass die Sozialpartner während der Phase, in der sie […] eine Vereinbarung aushandeln, frei einen Dialog miteinander führen und handeln können, ohne jegliche Anordnungen oder Weisungen von Dritten, insb der Mitgliedstaaten oder der Unionsorgane*".[23] IdS billigt prinzipiell auch der EuGH den Sozialpartnern einen weiten Beurteilungsspielraum zu.[24] Zugleich weist er aber auch regelmäßig darauf hin, dass das in Art 28 GRC normierte Recht auf Kollektivverhandlungen im Einklang mit dem Unionsrecht auszuüben sei und folglich der weite Beurteilungsspielraum durch die Pflicht zur Wahrung des Unionsrechts be-

---

19 So auch *Mosler*, DRdA 2012, 283 (292).

20 *Felten/Mosler*, 100 Jahre Kollektivvertragsrecht, DRdA 2020, 91 (96). Keine praktischen Auswirkungen durch die vom OGH postulierte abgeschwächte Grundrechtsbindung sehen *Schrammel* (Die Sozialpartner als Normsetzer, in FS B. Raschauer [2013] 511 [518]) und *Schoditsch* (Grundrechte und kollektives Arbeitsrecht, in FS Löschnigg [2019] 387 [392 f]).

21 So zB zur Zulässigkeit von Einschränkungen des persönlichen Geltungsbereichs des KollV: OGH 20.8.2008, 9 ObA 66/07g (Ausschluss von Ferialarbeiter*innen), DRdA 2010/13, 148 (*Burger*), oder zur Sachlichkeit von Differenzierungen zwischen verschiedenen AN-Gruppen: OGH 27.8.2019, 9 ObA 88/19k (unterschiedliche Senioritätslisten für verschiedene Fluglinien); OGH 27.2.2012, 9 ObA 80/11x (unterschiedliche Vorrückungszeiträume für verschiedene Verwendungsgruppen des SWÖ-KollV), DRdA 2012, 523.

22 Vgl etwa EuGH 8.9.2011, C-297/10 und C-298/10, *Hennigs* und *Mai*, EU:C:2011:560, Rn 66.

23 EuGH 15.12.2022, C-311/21, *TimePartner*, EU:C:2022:983, Rn 72, DRdA 2023/28, 267 (*Mair*) = ZAS 2023/48, 256 (*Dullinger*).

24 EuGH 15.12.2022, C-311/21, *TimePartner*, Rn 73; EuGH 19.9.2018, C-312/17, *Bedi*, EU:C:2018:734, Rn 69.

grenzt werde.[25] Dies ist dem EuGH zufolge von den nationalen Gerichten im Wege einer Inhaltskontrolle zu gewährleisten.[26] Ein großzügigerer Prüfungsmaßstab iSe Angemessenheitsvermutung tarifvertraglicher Regelungen lässt sich aus der Judikatur des EuGH also nicht herauslesen.[27]

Umstritten sind schließlich die Möglichkeiten und Grenzen zur Schaffung normativer Regelungen, die Differenzierungen zwischen den kollektivvertragsunterworfenen Betrieben vorsehen oder zumindest zulassen. Für Einzelfallregelungen steht der KollV als Instrument der kollektiven Rechtsetzung nicht zur Verfügung.[28] Dem OGH zufolge bedeutet dies allerdings nur, dass eine Mehrheit von AN bzw Arbeitsverhältnissen betroffen sein muss; eigene Lohntafeln für bestimmte, namentlich im KollV aufgezählte Unternehmen hat er dagegen nicht als unzulässige Einzelfallregelung angesehen, sondern diese Differenzierung nur einer Sachlichkeitsprüfung iSd mittelbaren Grundrechtsbindung unterworfen.[29] Während also Differenzierungen im Geltungsbereich des gesamten KollV bzw einzelner Regelungen des KollV offenkundig keinen Vorbehalten begegnen, sofern sie sachlich gerechtfertigt werden können, wurde und wird die Frage der Zulässigkeit dispositiver KollV-Regelungen sehr kontrovers diskutiert. Der OGH hat sich der von Teilen der Lehre vertretenen Meinung angeschlossen, dass punktuelle Einzelregelungen im KollV auch mit dispositiver Wirkung ausgestattet werden können:[30] Da es den KollV-Parteien freistehe zu entscheiden, in welchen Bereichen sie überhaupt Mindestarbeitsbedingungen normieren wollen, müsse es ihnen erst recht möglich sein, statt gar keiner zumindest eine abdingbare Regelung vorzusehen.[31] Die überwiegende Lehre sieht das zu Recht anders, spricht doch nicht nur die an sich klare Regelung des § 3 Abs 1 ArbVG, sondern va auch die zentrale Funktion des KollV, die in der Kartellierung der Arbeitsbedingungen zur Verhinderung eines Unterbietungswettbewerbs im Bereich der Lohnkosten liegt, gegen die Zulässigkeit dispositiver KollV-Bestimmungen.[32] Auch

---

25 Vgl zB EuGH 13.9.2011, C-447/09, *Prigge*, EU:C:2011:573, Rn 47; EuGH 8.9.2011, verb Rs C-297/10 und C-298/10, *Hennigs* und *Mai*, Rn 67; EuGH 15.12.2022, C-311/21, *TimePartner*, Rn 74 f.

26 EuGH 15.12.2022, C-311/21, *TimePartner*, Rn 76.

27 IdS auch *Felten*, Koalitionsfreiheit 267, sowie *Felten/Mosler*, DRdA 2020, 91 (97).

28 Grundlegend OGH 8.7.1998, 9 ObA 125/98f, ZAS 1999/15, 143 (*Aigner*) = DRdA 1999/33, 273 (*Firlei*).

29 OGH 8.7.1998, 9 ObA 125/98f; implizit ebenso OGH 9.11.2000, 8 ObA 30/00w, DRdA 2001/40, 430 (*Resch*).

30 Grundlegend OGH 20.10.2004, 8 ObA 88/04f (Reisekostenersatz), ZAS 2005/46, 274 (*Winkler*); ähnlich zB OGH 12.10.1988, 9 ObA 183/88, wbl 1989, 191 (*Grillberger*); OGH 20.12.1989, 9 ObA 291/89, ZAS 1991/10, 63 (*Resch*) = DRdA 1991/50, 447 (*Jabornegg*).

31 So auch *Tomandl*, Dispositive Kollektivvertragsbestimmungen in Österreich, in FS Floretta 639 (insb 644); ebenso *Binder*, Die Kartellwirkung des Kollektivvertrags, in FS Koppensteiner (2001) 549 (558 ff); *Runggaldier*, Grenzen der Regelungsbefugnis der Kollektivvertragsparteien, DRdA 2008, 479 (483 ff).

32 Ausführlich *Firlei*, Flucht aus dem Kollektivvertrag – 1. Teil, DRdA 2001, 118 (125 ff); vgl auch *Jabornegg* in *Jabornegg/Resch/Stoffels*, Vertragsgestaltung 1 (14 ff); *Marhold*, Probleme des

der OGH geht aber immerhin davon aus, dass Ausnahmen von der grundsätzlich einseitig zwingenden Wirkung des KollV lediglich hinsichtlich einzelner Regelungen und nur unter der Voraussetzung eines sachlichen Grundes möglich sind;[33] zudem scheint der OGH abdingbare Regelungen nur in Randbereichen, nicht aber auch im Kernbereich der Festlegung der Mindestlohnansprüche als zulässig anzusehen.[34]

Eine andere, weniger umstrittene Flexibilisierungsoption stellen sogenannte Öffnungsklauseln dar, nach denen ein Teil der vereinbarten Lohnerhöhung unter bestimmten Voraussetzungen auf betrieblicher Ebene abweichend geregelt werden darf. So wurden etwa zT „Verteilungsoptionen" in KollV aufgenommen, die es ermöglichen, einen Teil der Lohnerhöhung durch Abschluss einer BV innerbetrieblich nach leistungsbezogenen oder sozialen Gesichtspunkten umzuverteilen.[35] Eine andere Variante ist die kollv Vereinbarung einer sogenannten *„Freizeitoption"*, nach der den einzelnen AN im Rahmen einer BV die Option eingeräumt werden kann, anstelle der Ist-Lohn-Erhöhung mit dem AG eine Arbeitszeitverkürzung zu vereinbaren.[36] Die Einigung der Sozialpartner über die inflationsbedingt sehr hohen Lohnsteigerungen im Rahmen der KollV-Verhandlungen des Metallgewerbes für das Jahr 2024 beruhte letztlich ua auf der zusätzlichen Vereinbarung einer *„Wettbewerbs- und Beschäftigungssicherungsklausel"*, die es Unternehmen mit hohem Personalkostenanteil erlaubt, einen Teil der Ist-Lohn-Erhöhung durch eine zwischen Unternehmen und BR vereinbarte Kompensationsmaßnahme (zB Einmalzahlungen, zusätzliche Freizeit) zu ersetzen. Der zentrale Unterschied dieser Öffnungsklauseln zu dispositiven Regelungen besteht darin, dass die KollV-Parteien selbst festlegen, in welcher Form und unter welchen Bedingungen eine Abweichung von der kollv Norm möglich ist. Bisher scheinen sich solche Öffnungsklauseln zudem nur auf die Erhöhung des Ist-Lohnes bezogen zu haben, sodass sie auch nicht die kartellierende Wirkung des KollV im Bereich der Mindestlöhne berühren. Selbst Öffnungsklauseln in Bezug auf die Mindestlöhne wären aber wohl nicht von vornherein ausgeschlossen, da die KollV-Parteien generell dazu befugt sind, ihre Regelungsmacht an die BV-Parteien zu delegieren – und zwar auch in Form reiner Formaldelegationen, sofern diese nur ausreichend konkret bezeichnet werden. Anders als bei dispositiven Bestimmungen haben es die KollV-Parteien hier in der Hand, Fehlentwicklungen durch die Rück-

---

österreichischen Kollektivvertragsrechts, in FS Kissel (1994) 735 (747 ff); *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 3 ArbVG Rz 20; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 3 Rz 13 (Stand 1.10.2002, rdb.at).

33 OGH 20.10.2004, 8 ObA 88/04f, ZAS 2005/46, 274 (*Winkler*).

34 *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 3 ArbVG Rz 22; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 3 ArbVG Rz 37.

35 Vgl dazu etwa *Auer/Welte*, Die Verteilungsoption in Kollektivverträgen der österreichischen Industrie, Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management 2001, 180.

36 *Risak*, Die Freizeitoption, ZAS 2015/38, 241.

nahme der Delegation, die die darauf gestützten BV nach hA ohne Nachwirkung erlöschen lässt,[37] auch wieder zu korrigieren.[38]

3. Reichweite der Generalklausel des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG

Der Gesetzgeber ermächtigt die KollV-Parteien in § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG in extensiver Weise zur Regelung aller *„gegenseitigen, aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der AG und der AN"*. Die sog Inhaltsnormen stellen den Kernbereich des KollV dar. Einigkeit besteht darüber, dass nicht sämtliche im Rahmen des Individualarbeitsvertrages regelbaren Angelegenheiten auch zulässige Inhalte des KollV sind: Während die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien innerhalb der Grenzen der Gesetz- und Sittenwidrigkeit keinen weiteren Beschränkungen unterliegt, spricht schon die taxative Auflistung der durch KollV regelbaren Inhalte dagegen, dass die KollV-Autonomie ebenso weit reicht.[39] Der OGH schränkt in stRsp die Reichweite der Generalklausel des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG nun dahingehend ein, dass nur „*typische, wesentliche und regelmäßig wiederkehrende Inhalte eines Arbeitsverhältnisses*" Gegenstand eines KollV sein können.[40] Dazu gehören zB Regelungen zu Entgelt und Entgeltfortzahlung, Aufwandsentschädigungen, Urlaub, Arbeitszeit,[41] Arbeitsort[42] oder zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses;[43] dagegen können laut OGH etwa Regelungen zu Kondiktionsansprüchen wegen irrtümlich erbrachter rechtsgrundloser Leistungen iSd § 1431 ABGB[44] sowie zu Schadenersatzansprüchen nach dem EKHG[45] ebenso wenig auf § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG gestützt werden wie Regelungen, die berufsrechtliche Aspekte einer für die Tätigkeit erforderlichen Ausbildung[46] oder die Verwendung des Entgelts durch die AN[47] zum Inhalt haben.

---

37 Vgl mwN zB *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 29 Rz 30 (5. Lfg, 2008); *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 29 ArbVG Rz 48. Ausführlich *L. Mayer*, Der Wegfall der kollektivvertraglichen Betriebsvereinbarungsermächtigung (2021) 75 ff.

38 IdS auch *Reissner*, E-Anm zu OGH 9 ObA 52/03t, DRdA 2005, 23, 319 (322).

39 *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 48; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 29 ArbVG Rz 15; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 30. AA *B. Schwarz*, Rechtsfragen der Anwendung von Kollektivvertragsbestimmungen, DRdA 1994, 365 (372).

40 Grundlegend OGH 20.10.1981, 4 Ob 108/81, DRdA 1983, 180 (*Wachter*) = ZAS 1983, 102 (*Geppert*).

41 OGH 16.12.2019, 8 ObA 77/18h, DRdA 2020/44, 463 (*Mosing*).

42 OGH 29.6.2022, 8 ObA 40/22y, Arb 13.818 (Folgepflicht des AN bei Verlegung des Dienstortes).

43 So zB OGH 23.2.1994, 9 ObA 20/94, infas 1994, A 97; OGH 24.5.2017, 9 ObA 153/16i, wbl 2017/205, 650 (*Grillberger*) = DRdA 2018/16. 152 (*Felten*) = ZAS 2018/30, 191 (*Kietaibl*).

44 OGH 20.10.1981, 4 Ob 108/81, DRdA 1983, 180 (*Wachter*) = ZAS 1983, 102 (*Geppert*); OGH 7.11.2002, 8 ObA 176/02v, DRdA 2003, 177; OGH 19.12. 2013, 9 ObA 151/13s, DRdA 2014, 443.

45 OGH 16.3.2006, 2 Ob 109/04z, ZAS 2007/6, 39 (*Kissich*).

46 OGH 29.3.2001, 8 ObA 224/00z, Arb 12.205.

47 OGH 13.2.2003, 8 ObA 98/02y, DRdA 2004/24, 313 (*Runggaldier*).

In der Literatur ist an der vom OGH verwendeten Formel wiederholt Kritik geübt worden.[48] Insb die Beschränkung auf *„regelmäßig wiederkehrende"* Inhalte findet wenig Zustimmung, stellt sich hier doch die berechtigte Frage, warum die Häufigkeit, mit der eine Materie in Arbeitsverträgen auftaucht, ausschlaggebend dafür sein soll, ob sie auch im Rahmen eines KollV regelbar ist.[49] Vor allem aber suggeriert die Wendung *„regelmäßig wiederkehrend"* eine Beschränkung auf Inhalte, die schon immer Gegenstand arbeitsvertraglicher Vereinbarungen waren. Dieser These ist *Firlei* bereits 1983 völlig zu Recht mit dem Hinweis entgegengetreten, dass eine effektive gewerkschaftliche Interessenvertretung eine Reichweite der Regelungsbefugnis voraussetzt, die ein adäquates Reagieren auch auf neu auftretende Schutzbedürfnisse ermöglicht.[50] Diesen Gedanken hat zuletzt – ohne freilich von der bisher verwendeten Formel abzurücken – auch der OGH aufgegriffen. Handle es sich um eine Materie, die ihrer Art nach die Voraussetzungen für eine Inhaltsnorm erfülle, so seien die KollV-Parteien inhaltlich nicht auf „typische Ausgestaltungen" beschränkt; sie könnten vielmehr auch neuartige, atypische oder unübliche Regelungen vereinbaren, da die KollV-Parteien sonst keine Möglichkeit hätten, auf Veränderungen in der Arbeitswelt durch einzelvertraglich noch nicht übliche Regelungen zu reagieren und auf die Vertragsverhältnisse der von ihnen vertretenen Parteien gestalterisch einzuwirken.[51] Diese Klarstellung ist sehr zu begrüßen, wenn es auch sinnvoller erschiene, die Eingrenzung auf typische und regelmäßig wiederkehrende Inhalte aufzugeben und stattdessen zur Bestimmung der Reichweite der durch die Generalklausel des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG verliehenen Regelungbefugnis auf die Schutzfunktion des KollV zurückzugreifen.[52] Entscheidend ist letztlich, ob hinter einer kollv Regelung ein konkretes, aus dem Arbeitsverhältnis entspringendes Schutzbedürfnis steht, das einer normativen Regulierung iSd Schaffung verbindlicher Mindeststandards bedarf.[53]

Jedenfalls sollte aber kein Zweifel mehr daran bestehen, dass sich die gesetzlich zuerkannte Regelungsbefugnis der KollV-Parteien auch auf neue Phänomene erstreckt, die bisher noch nicht Gegenstand kollv bzw arbeitsvertraglicher Regulierung waren. Dies sichert die Funktionsfähigkeit des KollV-Systems auch in Zeiten sehr rascher Entwicklungen, bedingt etwa durch die fortschreitende Digitalisierung oder die sich zuspitzende Klimakrise. Es muss freilich immer ein ausreichender Bezugspunkt zu genuin arbeitsrechtlichen Interessen gegeben sein – nicht jede „sinnvolle"

---

48 Vgl nur mwN *Jabornegg* in *Jabornegg/Resch/Stoffels*, Vertragsgestaltung 6 f; *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 48; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 30.

49 *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 48; *Wachter*, DRdA 1983, 180 (182).

50 *Firlei*, Mitbestimmung durch Inhaltsnormen?, in FS Floretta (1983) 469 (475 f).

51 OGH 24.5.2017, 9 ObA 153/16i.

52 *Firlei* in FS Floretta 469 (475).

53 *Felten*, E-Anm zu OGH 9 ObA 153/16i, DRdA 2018/16, 152 (156); *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 49.

Regelung ist von § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG gedeckt. So wäre eine kollv Regelung zur Lage der Arbeitszeit, die sowohl dem AN-Schutz als auch ökologischen Interessen (zB iSd Einsparung von Energie durch die damit verbundenen Betriebsschließungszeiten) Rechnung trägt, unter dem Blickwinkel des § 2 ArbVG ebensowenig zu beanstanden wie ein Verbot der Verwendung bestimmter gesundheitsschädlicher Substanzen, das einerseits dem Gesundheitsschutz der damit hantierenden AN als auch dem allgemeinen Umweltschutz (zB iSd Vermeidung verunreinigender Abwässer) dient. Anders wäre wohl zB eine Verpflichtung der kollektivvertragsunterworfenen AG zur Umstellung ihrer Produktpalette auf umweltfreundliche Produkte zu werten. Mangels Bezugs zur arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen AG und AN könnte eine solche Regelung keine normative, sondern allenfalls schuldrechtliche Wirkung entfalten. Zudem würde sie als unmittelbare Marktregelung wohl auch außerhalb der nach der Rsp des EuGH geltenden Bereichsausnahme für Tarifverträge aus dem Wettbewerbsrecht liegen,[54] da diese nur dann zum Tragen kommt, wenn es sich um eine im Rahmen von Tarifverhandlungen erzielte Vereinbarung handelt, die ihrem Gegenstand nach unmittelbar zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der AN beiträgt.[55]

Nur hingewiesen sei schließlich darauf, dass Teile der (wettbewerbsrechtlichen) Literatur auch grundsätzlich auf die Arbeitsbeziehung zwischen AG und AN abzielende kollv Regelungen als außerhalb der Bereichsausnahme liegend ansehen, wenn sie geeignet sind, Auswirkungen auf nachfolgende Güter- und Dienstleistungsmärkte zu entfalten.[56] Gerade Arbeitszeitregelungen wie die oben beschriebene würden somit sehr wohl einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung unterliegen. Das muss aufgrund der dann zu prüfenden Freistellungsmöglichkeiten zwar nicht zwangsläufig zu ihrer Unzulässigkeit führen,[57] würde die KollV-Verhandlungen aber mit schwierigen Rechtsfragen belasten. Der bisherigen Rsp des EuGH ist eine solche Einschränkung der Bereichsausnahme freilich nicht zu entnehmen. Aus der wiederholt verwendeten Formulierung des EuGH lässt sich nur ableiten, dass eine Berufung auf die Bereichsausnahme dann nicht in Betracht kommt, wenn die Sozialpartner eine gar nicht oder bloß mittelbar dem sozialpolitischen Ziel der Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen dienende Vereinbarung treffen. Das legt einen deutlich weiteren Radius des außerhalb des Wettbewerbsrechts liegenden Betätigungsfeldes der KollV-Parteien nahe. Dazu kommt, dass gerade Arbeitszeitrege-

[54] IdS auch *Mohr* in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht[4] (2023) Kap 1 Rz 1301.

[55] Grundlegend EuGH 21.9.1999, C-67/96, *Albany*, EU:C:1999:430, Rn 60, sowie – vom selben Tag – verb Rs C-115/97 bis 117/97, *Brentjens*, EU:C:1999:434, Rn 57 und C-219/97, *Drijvende Bokken*, EU:C:1999:437, Rn 47.

[56] Vgl dazu nur mwN *Mohr* in MüKo WettbR I[4] Kap 1 Rz 1302 ff.

[57] Zur möglichen Freistellung von *„Nachhaltigkeitsvereinbarungen"* unter Berufung auf die Effizienzausnahme des Art 101 Abs 3 AEUV bzw § 2 Abs 1 KartG und der Bedeutung dieser Diskussion für das KollV-Recht vgl *Sonnberger*, "Green Competition" an der Grenze zum Arbeitsrecht, DRdA 2024, 125 (127 ff)

lungen wohl auch nach Verständnis des EuGH zum „Kernbereich" der durch Art 28 GRC grundrechtlich geschützten Tarifautonomie zählen, sodass hier eine Abwägung mit gegenläufigen, ebenfalls primärrechtlich geschützten Interessen kritischer zu beurteilen ist als in „Randbereichen".[58] Es wird also in einem allfälligen Streitfall auch darauf ankommen, welchen Stellenwert der EuGH der grundrechtlichen Absicherung der Tarifautonomie tatsächlich beimisst.

4. Sonderproblem Verfallsklauseln

Zur Frage der Zulässigkeit kollv Verfallsklauseln herrscht bis heute eine scheinbar unüberbrückbare Divergenz zwischen Rsp und Lehre. Kollv Verfallsklauseln sehen auf Grundlage des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG den Verfall arbeitsrechtlicher Ansprüche vor und verkürzen dadurch den Zeitraum zu ihrer Geltendmachung. Von der Praxis sind sie meist so ausgestaltet, dass AN ihre Ansprüche binnen einer bestimmten Frist beim AG geltend machen müssen, um sich ihre Durchsetzbarkeit im Rahmen der allgemeinen dreijährigen Verjährungsfrist nach § 1486 Z 5 ABGB zu sichern.[59] Erfolgt die Geltendmachung nicht im vorgegeben Zeitraum, verliert der AN seinen Anspruch unwiderbringlich.[60]

Der OGH geht in stRsp von der Zulässigkeit kollv Verfallsfristen aus, sofern diese die Geltendmachung des zugrundeliegenden Anspruchs nicht in sittenwidriger Weise erschweren.[61] Ein Widerspruch zu § 3 Abs 1 ArbVG liege nicht vor, da kollv Ausschlussfristen nicht den Anspruch selbst, sondern lediglich dessen Geltendmachung beschränken würden. Der Gesetzgeber selbst unterscheide in § 1164 ABGB zwischen dem Anspruch auf Kündigungsentschädigung gem § 1162b und der Frist zu ihrer Geltendmachung gem § 1162d. Eine solche Differenzierung würde sich erübrigen, wenn kein Unterschied zwischen Anspruch und Geltendmachung bestünde.[62] Im Rahmen der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB könne der KollV daher grundsätzlich den Verfall aller aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten vorsehen, sofern nicht der Gesetzgeber selbst eine besondere Verfallsfrist vorgesehen habe.[63] In

[58] Dazu ausführlich *Felten*, Koalitionsfreiheit 262 f.

[59] Näher *Geiblinger*, Die Geltendmachung von Ansprüchen und deren Verfall nach den KollV, ASoK 2012, 295.

[60] Nach hA verbleibt nicht einmal eine Naturalobligation; vgl für viele *Preiss* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 1486 ABGB Rz 57.

[61] Vgl bereits OGH 15.10.1985, 4 Ob 110/84; ebenso in ausführlicher Auseinandersetzung mit der Kritik in der Literatur OGH 26.2.2014, 9 ObA 1/14h, ZAS 2015/5, 32 (*Graf-Schimek)* = DRdA 2015/4, 34 *(Grillberger)*; zuletzt erneut zB in OGH 21.3.2019, 9 ObA 112/17m, Arb 13.489; OGH 26.1.2018, 8 ObS 9/17g DRdA 2019/5, 53 (*Jabornegg*). Nach der Judikatur (zB OGH 21.10.1999, 8 ObA 252/99p, Arb 11.953; OGH 26.2.2014, 9 ObA 1/14h, DRdA 2015/4, 34 [*Grillberger*]) gilt dies im Übrigen auch für einzelvertraglich vereinbarte Verfallsklauseln.

[62] OGH 26.2.2014, 9 ObA 1/14h.

[63] OGH 21.10.1986, 14 Ob 167/86, DRdA 1987, 233 *(Eypeltauer)*= DRdA 1989, 196 *(Pfeil);* OGH 21.10.1999, 8 ObA 252/99p, Arb 11.953; OGH 17.11.2004, 9 ObA 99/04f, ZAS 2006/6, 42 *(Rossmann).*

einer Entscheidung zur Kündigungsentschädigung sah der OGH freilich sogar eine Verkürzung der sechsmonatigen Verfallsfrist gem § 1162d ABGB als zulässig an, sofern die kollv Regelung den AN in eine insgesamt günstigere Position bringe; die Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung durch die kollv vorgesehene Möglichkeit zur anspruchswahrenden außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs beim AG könne idS selbst eine Halbierung der gesetzlichen Verfallsfrist aufwiegen.[64] Ausschlaggebend für die Zulässigkeit einer kollv Verfallsklausel ist nach der Rsp somit im Wesentlichen der konkrete Zeitraum, der für die Geltendmachung des Anspruchs verbleibt. Auch dabei legt der OGH einen recht großzügigen Maßstab an. Eine Verkürzung auf drei Monate wird idR als ausreichend,[65] eine einmonatige[66] Frist wurde dagegen als zu kurz bewertet. Im Zentrum der Begründung des OGH steht dabei stets die Rechtsbereinigungsfunktion kollv Verfallsfristen. AN sollen zur möglichst raschen Geltendmachung ihrer Ansprüche bewegt werden, um einen allfälligen Beweisnotstand auf AG-Seite zu vermeiden.[67]

Nun ist wohl wenig gegen kollv Ausschlussfristen einzuwenden, die Ansprüche betreffen, die ihrerseits erst durch den KollV normiert werden.[68] All dies soll jedoch dem OGH zufolge auch für gesetzlich normierte, unabdingbare Ansprüche gelten. Aus dem zwingenden Charakter eines Anspruchs ergebe sich nämlich nicht automatisch auch die Unabdingbarkeit der entsprechenden Durchsetzungsmöglichkeit. Wesentlich sei, dass ein ausreichend langer Zeitraum zur Durchsetzung des Anspruchs verbleibe. Welcher Zeitraum dabei im Einzelnen als ausreichend anzusehen sei, könne durch die KollV-Parteien im Wege der KollV-Autonomie näher ausgestaltet werden.[69]

Nun ist evident, dass die Verkürzung der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs eine massive Verschlechterung für jene Seite bedeutet, der dieser Anspruch zusteht. Ein zwar zwingend zustehender, aber nicht mehr durchsetzbarer Anspruch ist im Ergebnis nutzlos. Es besteht zudem ein eklatanter Wertungswiderspruch im Verhältnis zum Verzicht auf unabdingbare Ansprüche, den der OGH[70] im aufrechten Arbeitsverhältnis bzw solange sich der AN in einer Drucksituation befindet, als unzulässig ansieht.[71] Es ist insofern nicht verwunderlich, dass die Lehre der Judikatur zu kollv

[64] OGH 4.5.2006, 9 ObA 141/05h, Arb 12.602; krit *Eypeltauer*, Kündigungsentschädigung – Fristverkürzung bei außergerichtlicher Geltendmachung zulässig?, DRdA 2007, 99.

[65] Vgl zB zB OGH 30.8.2007, 8 ObA 34/07v, DRdA 2008/41, 427 *(Eypeltauer)*.

[66] OGH 23.1.2004, 8 ObA 42/03i, infas 2004, A 43.

[67] Grundlegend OGH 19.2.1974, 4 Ob 93/73; zuletzt zB OGH 15.12.2015, 8 ObA 85/15f, ARD 6493/9/2016.

[68] So auch *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 53.

[69] Vgl OGH 26.2.2014, 9 ObA 1/14h, DRdA 2015, 34 (*Grillberger*).

[70] Zuletzt zB OGH 29.3.2016, 8 ObA 11/16z, Arb 13.308; OGH 4.3.2013, 8 ObA 10/13y, ARD 6319/4/2013.

[71] Vgl schon *Holzner*, Verfall und Verjährung von Entgeltansprüchen, DRdA 1987, 136 (142).

Verfallsklauseln seit Jahrzehnten vehement entgegentritt.[72] In Frage gestellt wird dabei schon das Argument des OGH, dass sich aus dem in § 1502 ABGB normierten Verbot einer Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfristen im Umkehrschluss die Erlaubtheit einer Verkürzung der dreijährigen Verjährungsfrist für AN-Ansprüche gem § 1486 Z 5 ABGB ergebe. *Holzner* hat unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 1502 ABGB überzeugend nachgewiesen, dass mit dieser Bestimmung nur eine Fristverkürzung für dispositive Ansprüche ermöglicht werden soll.[73] Auch dass der Gesetzgeber der Notwendigkeit einer schnellen Klärung der Sach- und Rechtslage bereits durch die auf drei Jahre verkürzte Verjährungsfrist nach § 1486 Z 5 ABGB Rechnung getragen hat, spricht gegen die Zulässigkeit einer darüber hinausgehenden materiellen Beschränkung zwingender Ansprüche durch kollv Verfallsklauseln.[74] Gegen das Argument einer leichteren Beweisfindung durch rasche Verfahrensabwicklung wird schließlich zu Recht eingewendet, dass die Notwendigkeit einer zeitlichen Beschränkung der Geltendmachung aufgrund der technischen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte, die die Beweisführung für AG beträchtlich vereinfacht haben, mittlerweile zu bezweifeln ist.[75]

Trotz der energischen Kritik im Schrifttum hat der OGH bisher aber eisern an seiner Rsp zu kollv Verfallsklauseln festgehalten. Daran haben auch die seitens *Felten/Pfeil* vor dem Hintergrund des Inkrafttretens des LSD-BG vorgebrachten neuen Argumente gegen die Zulässigkeit einer kollv Verkürzung der Verjährungsfrist in Bezug auf unabdingbare Ansprüche[76] nichts geändert.[77] Ohne Eingriff des Gesetzgebers wird diese Judikatur also vermutlich nicht zu korrigieren sein.

5. Betriebsverfassungsrechtliche Normen

Betriebsverfassungsrechtliche Normen in KollV gestalten die AN-Mitwirkungsbefugnisse auf Betriebsebene. Die diesbezügliche Reichweite der kollv Rechtsetzungsbefugnis zählt zu den am heftigsten diskutierten Fragen zu § 2 ArbVG. Einigkeit

---

72 Ausführlich zB *Eypeltauer*, Verfall und Verjährung im Arbeitsrecht, DRdA 2013, 377; *Felten/Pfeil*, Strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG und Verfall von Entgeltansprüchen, DRdA 2017, 79 (81 ff); *Grillberger*, Verkürzung der Verjährungsfrist auch für unabdingbare Ansprüche, DRdA 2015, 36; *Holzner*, DRdA 1987, 136; *Jabornegg*, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, DRdA 2015, 71; *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 AngG Rz 20 ff; *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 265; *Wöss*, Verjährung und Verfall im Arbeitsrecht, DRdA 1988, 216. AA *Runggaldier*, Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts (1995) 128 f.

73 *Holzner*, DRdA 1987, 136 (141).

74 Vgl dazu *Eypeltauer*, DRdA 2013, 376 (381).

75 *Felten/Pfeil*, DRdA 2017, 78 (81).

76 Diese weisen auf den Wertungswiderspruch hin, wenn die Strafverfolgung bei Unterentlohnung drei Jahre ab Fälligkeit möglich ist, zugleich aber iSd Rsp des OGH die Ansprüche durch den*die AN aufgrund einer Verfallsklausel nicht mehr gerichtlich durchgesetzt werden können (*Felten/Pfeil*, DRdA 2017, 78 [88 f]).

77 Resignierend *Jabornegg*, Verfallsklauseln und LSD-BG, DRdA 2017, 52 (55).

besteht zunächst darüber, dass dem KollV im Bereich der betrieblichen Mitwirkungsbefugnisse nur begrenzte Gestaltungsmöglichkeiten offenstehen. Dies ergibt sich aus § 2 Abs 2 Z 5 ArbVG. Darin wird den KollV-Parteien die Regelung von Art und Umfang der Mitwirkungsbefugnisse der AN in Bezug auf die Durchführung von Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung iSd § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG sowie auf die Durchführung von Sozialplänen – und zwar sowohl solchen, die von den KollV-Parteien gem § 2 Abs 2 Z 4 ArbVG selbst, als auch solchen, die im Wege einer BV nach § 97 Abs 1 Z 4 ArbVG von den Betriebsparteien geregelt werden[78] – übertragen. Dass den KollV-Parteien (nur) in Bezug auf Sozialpläne zusätzlich zur Übertragung der grundsätzlichen Regelungskompetenz (Z 4) eine gesonderte Ermächtigung zur Regelung der betrieblichen Mitwirkungsbefugnisse erteilt wird, lässt e contrario darauf schließen, dass sich eine solche Befugnis nicht bereits aus den übrigen in § 2 Abs 2 ArbVG genannten Angelegenheiten ergibt. Die Ermächtigung nach § 2 Abs 2 Z 5 ArbVG wäre nämlich inhaltsleer, wäre die Schaffung betriebsverfassungsrechtlicher Normen schon ganz allgemein zB im Rahmen von § 2 Abs 2 Z 2 oder Z 4 ArbVG möglich. § 2 Abs 2 Z 5 ArbVG ist insofern als abschließende Regelung zu werten.[79] Dieses Ergebnis wird auch durch die Entstehungsgeschichte des § 2 ArbVG gestützt. So sah die RV zur Stammfassung des ArbVG in § 2 Abs 2 Z 5 ursprünglich eine allgemeine Befugnis des KollV zur Regelung („Erweiterung") der betrieblichen Mitwirkungsbefugnisse der AN vor.[80] Dass diese Ermächtigung letzten Endes lediglich in Bezug auf Sozialpläne Eingang in das ArbVG gefunden hat, ist zusammen mit der Systematik des § 2 Abs 2 ArbVG ein starkes Argument dafür, dass der Gesetzgeber den KollV-Parteien nur in den ausdrücklich geregelten Fällen eine Befugnis zur Änderung der gesetzlich geregelten AN-Mitwirkungsbefugnisse erteilen wollte.

Lehre und Rsp standen betriebsverfassungsrechtlichen Normen außerhalb der Anwendungsfälle der Z 5 aber nicht von Anfang an ablehnend gegenüber. Die kollv Regelung von Mitwirkungsbefugnissen des BR durch Inhaltsnormen iSd Z 2 in Form einer *„Beteiligung der Belegschaftsorgane als Bedingung für das Wirksamwerden zulässig regelbarer arbeitsvertraglicher Gestaltungen"* wurde etwa von *Firlei* und *Strasser* noch in den 1980er-Jahren als zulässig angesehen.[81] Einschlägige KollV-Klauseln wurden zunächst auch seitens der Rsp nicht problematisiert, sondern unter die Befugnis nach § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG subsumiert.[82] Dies änderte sich in den 1990er-Jahren unter dem Einfluss der insb durch die Arbeiten *Jaborneggs* begründeten Theorie

[78] Näher *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 64.

[79] OGH 24.5.2017, 9 ObA 153/16i.

[80] Vgl § 2 Abs 2 Z 5 idF ErlRV 840 BlgNR 13. GP 1; s dazu auch bei *Strasser* in *Floretta/Strasser* (Hrsg), ArbVG-Handkommentar (1975) 30.

[81] *Firlei* in FS Floretta 469 (479); *Strasser*, Mitbestimmung des BR bei der Anordnung von Überstunden, in FS Weißenberg (1980) 343 (348 f); idS auch *Floretta* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 626.

[82] Vgl nur OGH 17.2.1987, 14 Ob 227/86, DRdA 1990/9, 117 (*Jabornegg*).

des zweiseitig zwingenden Charakters des ArbVG.[83] Dieser zufolge kommt dem gesamten Arbeitsverfassungsrecht absolut zwingende Wirkung zu, es kann also von den gesetzlichen Vorgaben durch KollV, BV oder Arbeitsvertrag weder zum Nachteil noch zum Vorteil der Vertragsparteien abgewichen werden. Der OGH hat sich dieser These in weiterer Folge vollinhaltlich angeschlossen und sieht nunmehr in restriktiver Weise jede kollv Erweiterung der gesetzlichen AN-Mitwirkungsbefugnisse als unzulässigen Eingriff in absolut zwingendes Betriebsverfassungsrecht an, selbst wenn es sich um Befugnisse von vergleichsweise geringer Eingriffsintensität handelt.[84]

Im Rahmen dieses Beitrags ist eine fundierte Diskussion der Lehre zur zweiseitig zwingenden Wirkung des ArbVG und ihrer Konsequenzen für die kollv Rechtsetzungsbefugnis kaum möglich. Dem OGH ist zuzugestehen, dass er die Thesen *Jaborneggs* mit der kompromisslosen Ablehnung einer kollv Erweiterung betriebsverfassungsrechtlicher Mitwirkungsbefugnisse konsequent umsetzt. Ob diese Sicht der Dinge tatsächlich alternativlos ist, kann man aber durchaus hinterfragen. Auf Ebene der kollektiven Rechtsgestaltung begründet *Jabornegg* die absolute Wirkung überzeugend mit der Rechtschöpfungsfunktion von KollV und BV. Diese beruhe auf der vom Gesetzgeber verliehenen Befugnis und könne deshalb den Rahmen der gesetzlichen Delegation nicht überschreiten. Eine Erweiterung der Rechtsetzungsbefugnis durch die KollV-Parteien selbst sei mit der rechtlichen Ableitung dieser Befugnis im Wege der gesetzlichen Delegation nicht vereinbar.[85] Das bestätigt für sich genommen nun zwar den aus § 2 Abs 2 Z 5 ArbVG gezogenen Schluss, dass die unmittelbare Änderung gesetzlich vorgesehener Mitwirkungsbefugnisse durch die KollV-Parteien nicht auf § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG gestützt werden kann, würde aber nicht zwingend der Anerkennung einer kollv Regelung mit „Doppelcharakter" entgegenstehen, die primär als Inhaltsnorm iSd Z 2 zu werten ist, jedoch aufgrund der Zwischenschaltung des BR als Konkretisierungs- oder Kontrollinstanz für die individuelle Zuerkennung des kollv eingeräumten Anspruchs (etwa auf Basis von § 29 ArbVG) materiell auch den Charakter einer betriebsverfassungsrechtlichen Norm aufweist.[86] Wohl deshalb stützt sich der OGH in den einschlägigen Entscheidungen weniger auf das Argument der fehlenden Rechtsetzungsbefugnis der KollV-Parteien, sondern vor allem darauf, dass die Schaffung zusätzlicher Mitwirkungsbefugnisse im Rahmen des KollV einen unzulässigen Eingriff in absolut zwingendes Betriebsverfassungsrecht darstelle. So hat der OGH zuletzt etwa in einer Entscheidung aus dem Jahr 2017 festgehalten, der Gesetzgeber habe die betrieblichen Mitwirkungsbefugnisse in einer derart „*speziellen, fein ausdifferenzierten und je nach Materie besonders abgestuften Form*" geregelt, dass davon auszugehen sei, er habe damit eine

[83] Vgl insb *Jabornegg*, Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, in FS Strasser 367 (371 f).

[84] Vgl zB OGH 18.8.1995, 8 ObS 269/95 DRdA 1996/37, 388 (*Jabornegg*): Recht auf vorherige Anhörung des BR vor Ausspruch einer Entlassung.

[85] *Jabornegg* in FS Strasser 367 (373).

[86] IdS *Firlei* in FS Floretta 469 (481 ff).

„*endgültige, durch autonome Regelung grundsätzlich nicht abänderbare Ordnung*" schaffen wollen.[87] Aus diesem Grund stelle eine kollv Bestimmung, die die Kündigung älterer AN vom Vorliegen eines Sozialplans abhängig macht, eine unzulässige Ausweitung der Mitbestimmungsrechte der Belegschaft dar.

Das zitierte Erkenntnis ist schon deshalb zu Recht kritisiert worden, weil – wie selbst der OGH zugesteht – sowohl die Normierung eines erweiterten Kündigungsschutzes als auch die Schaffung von Sozialplanregelungen unzweifelhaft von der gesetzlich zuerkannten Regelungsbefugnis der KollV-Parteien gedeckt sind.[88] Vor allem aber ist die These der „unabänderlichen" gesetzlichen Ordnung der Mitwirkungsbefugnisse zu hinterfragen. So geht auch *Jabornegg* davon aus, dass dem Zweck der im Betriebsverfassungsrecht verankerten Belegschaftsbefugnisse, den er primär in der Verbesserung der Arbeitsbedingungen durch Beschränkung der faktischen Gestaltungsmacht des AG sieht, auch eine bloß relativ zwingende Wirkung der im ArbVG statuierten Beteiligungsrechte gerecht werden würde.[89] Dazu kommt, dass das ArbVG selbst eine Öffnung des scheinbar geschlossenen Systems der betrieblichen Mitwirkungsbefugnisse vorsieht, indem den KollV-Parteien – und nur diesen! – in mehrfacher Weise Möglichkeiten zur Abänderung der gesetzlich normierten Mitbestimmungsrechte eingeräumt werden. Neben der expliziten Regelungsbefugnis des § 2 Abs 2 Z 5 ArbVG erlaubt insb die Möglichkeit der Delegation der Regelungsbefugnis an die Betriebsparteien gem § 29 ArbVG eine weitreichende Übertragung selbst solcher Gestaltungsbefugnisse an die Betriebsparteien, die der Gesetzgeber offenkundig gerade nicht auf Betriebsebene angesiedelt wissen wollte (zB in Entgeltfragen). Im gegebenen Fall wäre wohl unstrittig eine Delegation der näheren Ausgestaltung des Kündigungsschutzes an die Betriebsparteien zulässig gewesen – was ebenso zu einer Erweiterung der Mitwirkungsrechte des BR im Verhältnis zu den gesetzlich vorgesehenen Befugnissen geführt hätte.[90] Die Vorstellung einer „unabänderlichen Ordnung" im Bereich der betrieblichen Mitwirkungsbefugnisse kann somit nicht restlos überzeugen. Dann aber ruht die These der absoluten Unzulässigkeit einer kollv Erweiterung betrieblicher Mitwirkungsbefugnisse allein auf einer strengen Lesart des § 2 Abs 2 ArbVG, die, wie vor allem *Firlei* aufgezeigt hat, nicht alternativlos ist. Sie wird zudem insofern schon jetzt nicht konsequent durchgehalten, als nach hL von der in Z 6 geregelten Befugnis zur normativen Regelung gemeinsamer Einrichtungen der KollV-Parteien dann doch wieder auch damit in Zusam-

[87] Vgl OGH 24.5.2017, 9 ObA 153/16i in wörtlicher Übernahme dieser Passage aus dem Beitrag *Jaborneggs* in FS Strasser 367 (381).

[88] IdS *Felten*, DRdA 2018/16, 152 (157).

[89] *Jabornegg* in FS Strasser 367 (379). Im Hinblick auf Organisation und Finanzierung der Belegschaft sieht er die absolut zwingende Wirkung für einen effektiven betrieblichen Interessensausgleich dagegen zu Recht als unerlässlich an.

[90] Darauf weist zu Recht schon *Felten*, DRdA 2018/16, 152 (157), hin.

menhang stehende Mitwirkungsbefugnisse der Arbeitnehmerschaft mitumfasst sein sollen.[91]

Selbst wenn man jedoch die dogmatischen Zweifel an der restriktiven Auslegung der kollv Gestaltungsbefugnisse in Bezug auf betriebsverfassungsrechtliche Normen nicht teilt, ist die derzeitige Rechtslage jedenfalls rechtspolitisch unbefriedigend.[92] Es gibt keinen überzeugenden Grund, den KollV-Parteien zwar einerseits unter der grundsätzlichen Annahme, dass KollV-Verhandlungen im Regelfall zu sachgerechten Lösungen führen, sehr weitreichende Befugnisse zur Delegation von Gestaltungsrechten an die Betriebsparteien an die Hand zu geben, andererseits aber jegliche Erweiterung von Mitwirkungsbefugnissen im Rahmen der Ausgestaltung zweifelsfrei zulässiger Inhaltsnormen zu unterbinden.

6. Fazit

§ 2 ArbVG hat sich als zentrale Grundnorm des KollV-Rechts durchaus bewährt. Insb die weite Formulierung der Generalklausel in Abs 2 Z 2 gibt der Regelung die nötige Elastizität, die den KollV-Parteien ein adäquates Reagieren auch auf neue Phänomene der Arbeitswelt ermöglicht. Erfreulicherweise hat dies mittlerweile auch der OGH bestätigt, sodass insofern kein legistischer Änderungsbedarf (mehr) besteht.

Unbefriedigend ist die Rechtslage dagegen zum einen in Bezug auf die faktische Entwertung zwingender AN-Ansprüche durch die Zulassung auch sehr kurzer kollv Verfallsfristen. Das ist freilich im Kern kein Problem schlechter legistischer Qualität, sondern Ergebnis einer verfehlten Judikatur. Für die längst überfällige Behebung dieses Problems wäre einer entsprechenden Änderung des § 2 ArbVG[93] aber eine Klarstellung im Rahmen des § 1502 ABGB dahingehend vorzuziehen, dass sich die Zulässigkeit der Verkürzung gesetzlicher Verjährungsfristen nur auf dispositive Ansprüche bezieht. Damit würde nämlich zugleich das noch schwerer wiegende Problem einzelvertraglicher Verfallsfristen beseitigt.

Wünschenswert wäre zum anderen eine Korrektur der strengen Auslegung der kollv Regelungbefugnis in Bezug auf betriebsverfassungsrechtliche Normen. Eine explizite Öffnung der Rechtsetzungskompetenz der KollV-Parteien würde der Gesamtsystematik des § 2 ArbVG deutlich besser entsprechen. Vorschläge dafür wurden bereits eingebracht.[94] Vorstellbar wäre uE auch eine Generalermächtigung der

---

[91] So etwa *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 2 Rz 70; *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 2 Rz 27; *Strasser* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 49. Krit *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 70.

[92] So bereits *Cerny*, Arbeitsverfassung aus Sicht der Arbeitnehmer, in *Grillberger* (Hrsg), 30 Jahre ArbVG (2003) 23; *Mosler*, Ist das ArbVG noch aktuell?, DRdA 2014, 511 (516); *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 68.

[93] Konkrete Vorschläge unterbreitet etwa *Wöss*, DRdA 1988, 216 (228).

[94] *Cerny* in *Grillberger*, 30 Jahre ArbVG 24; *Mosler*, DRdA 2014, 511 (516).

KollV-Parteien zur Erweiterung betrieblicher Mitwirkungsbefugnisse bei gleichzeitig explizit zweiseitig zwingender Ausgestaltung all jener Mitwirkungsrechte, die ausnahmsweise nicht der Abänderung der KollV-Parteien unterliegen sollen. Auf diesem Weg wäre es möglich, die Befugnis des KollV in jenen Bereichen zu begrenzen, in denen einer Erweiterung der Mitbestimmungsbefugnisse zB verfassungs- oder unionsrechtliche Bedenken entgegenstehen.[95]

[95] *Mosler* (DRdA 2014, 511 [516]) spricht sich etwa gegen die Zulässigkeit einer Umwandlung der Mitwirkungsrechte bei Kündigungen und Entlassung in ein echtes Vetorecht des BR aus; auch die Regelung der Mitwirkung im Aufsichtsrat sollte wegen der engen Verknüpfung mit dem Gesellschaftsrecht in der Hand des Gesetzgebers bleiben.

Entgeltregelungen im KollV und Verhältnis zur BV

Christoph Kietaibl

1. Umfassende Regelungskompetenz des KollV in Entgeltfragen 239
2. Einzelfragen kollektivvertraglicher Entgeltregelungen 241
   2.1 Istlohnklauseln 241
   2.2 Verbot unentgeltlicher Arbeitsverträge? 242
   2.3 Betriebliche Ruhegelder 243
   2.4 Verfallsklauseln 245
3. Verhältnis zur Betriebsvereinbarung 246
4. Schlussbetrachtung 249

1. Umfassende Regelungskompetenz des KollV in Entgeltfragen

Da es in Österreich keinen gesetzlichen Mindestlohn in der Privatwirtschaft gibt, hat die kollektivvertragliche Entgeltregelung kaum zu überschätzende Bedeutung. In der Praxis sind für die meisten Arbeitsverträge (idR branchenweit geltende) Mindestentgelte durch KollV festgelegt, und in der Entgeltregelung liegt auch seit jeher der Schwerpunkt der kollektivvertraglichen Normsetzung. Neben dem laufenden Entgelt regelt der KollV typischerweise auch Zulagen, Zuschläge und viele weitere Entgeltbestandteile, vereinzelt finden sich auch Ruhegeldansprüche im KollV. Die umfassende Regelungsbefugnis des KollV im Entgeltbereich folgt aus der Inhaltsnormkompetenz in § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG, die seit Inkrafttreten des ArbVG zur Regelung der „gegenseitig aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer" ermächtigt. Darunter fallen insb sämtliche Entgeltfragen samt dazugehörige Nebenbestimmungen.

In Bezug auf die genaue Reichweite dieser Regelungsbefugnis ist allerdings festzuhalten, dass die Rsp darunter nur typische, regelmäßig wiederkehrende Arbeitsvertragsinhalte subsumiert.[1] Damit wird dem KollV eine gewisse Restriktion auferlegt, für welche der Gesetzeswortlaut keinen Anhaltspunkt enthält und die im Schrifttum von vielen zu Recht kritisiert wird.[2] Fraglich waren und sind allerdings genauer Bedeutungsgehalt und Auswirkungen dieser Schranke, was wiederum davon abhängt, auf welchem Abstraktionsgrad zu prüfen ist, ob eine Regelung zum

---

1 ZB OGH 10.5.1995, 9 ObA 52/95.

2 Vgl zB etwa *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 2 Rz 30 (Stand 1.10.2002, rdb.at); sowie eingehend zur Diskussion *Runggaldier*, Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts (1994) 10 ff.

regelmäßigen und typischen Arbeitsvertragsinhalt zählt: Reicht es bereits aus, wenn die Regelungsmaterie an sich vom Gegenstand her (Entgelt, Beendigung, etc) typischer und wiederkehrender Inhalt von Arbeitsverträgen ist, oder muss dies auch auf die konkrete Ausgestaltung der Materie zutreffen? Die überwiegende Judikatur hat lange zur zweiten Variante tendiert und damit eine echte Einschränkung der kollektivvertraglichen Regelungsbefugnis insb auch im Entgeltbereich judiziert: So zählen zwar Entgeltregelungen zum Kern der regelmäßig wiederkehrenden Arbeitsvertragsinhalte, dennoch hat der OGH (obwohl unstrittig Entgeltfrage) etwa kollektivvertragliche Regelungen über Kondiktionsansprüche wegen überhöhten Entgeltzahlungen nicht zugelassen.[3] Ebenso kann nach dieser Rsp der KollV keine AN-Beiträge für eine Ruhegeldzusage vorsehen, obwohl Ruhegeldzusagen als solche typischer arbeitsvertraglicher Regelungsgegenstand sind.[4] Es kommt nach diesen Entscheidungen offenbar darauf an, dass die konkrete Ausgestaltung der fraglichen Materie typischerweise in Arbeitsverträgen anzutreffen ist.

Demgegenüber hat der OGH in der, soweit zu sehen, jüngsten Entscheidung zu dieser Frage zu einer durchaus ungewöhnlichen kollektivvertraglichen Bestandschutzregel nur darauf abgestellt, dass Bestandschutzregeln als solche typischer und regelmäßiger Arbeitsvertragsinhalt sind; keine Rolle hat für den OGH gespielt, dass die konkrete Ausgestaltung der fraglichen Bestandschutzregel (danach war die AG-Kündigung nur nach Abschluss eines Sozialplanes möglich) ein ganz und gar untypischer Arbeitsvertragsinhalt war.[5] In der Sache ist diese Sichtweise der jüngeren Judikatur überzeugend (und dürfte auch eher dem Gesetz entsprechen), schon weil der KollV dann leichter auf aktuelle Fragen reagieren und „Schrittmacherfunktion" übernehmen kann und nicht der Arbeitsvertragsgestaltung hinterherhinken muss. Das könnte insb auch im Entgeltbereich relevant sein, wo der KollV bislang kaum zur Entwicklung von neuen Entgeltmodellen beigetragen hat.[6] Versteht man die von der Judikatur postulierte Regelungsschranke des typischen und wiederkehrenden Arbeitsvertragsinhalts mit der jüngeren Rsp so weit, dass nur das Regelungsthema typischer Arbeitsvertragsinhalt sein muss, so bewirkt dies jedenfalls im Ergebnis auch im Entgeltbereich kaum eine echte Restriktion für den KollV. Die Rsp sollte dann aber besser (schon der Rechtsklarheit willen) überhaupt aufgegeben werden.

[3] OGH 14.1.1992, 4 Ob 108/91; vgl aber 18.12.2002, 9 ObA 104/02p.

[4] OGH 28.8.1991, 9 ObA 115/91.

[5] Vgl OGH 24.5.2017, 9 ObA 153/16i.

[6] Vgl auch bereits den Befund bei *Tomandl* et al, Kollektivvertragspolitik in Österreich 1985-1990 (1992) 46.

2. Einzelfragen kollektivvertraglicher Entgeltregelungen

2.1 Istlohnklauseln

Obwohl der KollV ursprünglich nur der Festlegung von Mindestlöhnen diente, haben KollV auch schon vor Inkrafttreten des ArbVG immer wieder Istlohnklauseln enthalten, die zur Erhöhung der tatsächlich bezahlten (überkollektivvertraglichen) Löhne verpflichten. Solche Istlohnklauseln sollten ursprünglich den Abstand zwischen überkollektivvertraglichen Löhnen und Mindestlöhnen verringern, indem sie für (überkollektivvertragliche) Istlöhne eine geringere prozentuelle Erhöhung als für Mindestlöhne vorsahen.[7] Heute ist die Anhebung oftmals gleich und dienen die Istlohnklauseln ganz allgemein dazu, auch den überkollektivvertraglich Entlohnten Vorteile aus dem Kollektivvertragsabschluss zu verschaffen sowie zur Kaufkrafterhaltung. Die Zulässigkeit solcher Istlohnklauseln war und ist im Schrifttum umstritten,[8] und entgegen den Materialien zum ArbVG[9] war die Zulässigkeit solcher Klauseln auch vor dem ArbVG nicht klar.[10]

Gegen die Zulässigkeit von Istlohnklauseln spricht vor allem, dass sie zu einer Atomisierung der KollV-Löhne führen und so der Schutzfunktion des KollV zuwiderlaufen. Da Istlohnklauseln nach ihrem Wirksamwerden neu eingestellte AN nicht erfassen, die daher zum kollektivvertraglichen Mindestlohn aufgenommen werden können, werden die zunächst durch die Istlohnklausel begünstigten AN der Gefahr ausgesetzt, durch billigere Arbeitskräfte ersetzt zu werden. Diese Bedenken bestehen in besonderem Maß gegen die Istlohngarantieklausel, nach welcher die erhöhten Istlöhne zur Gänze unabdingbar sein sollen. Die Zulässigkeit dieser Ausprägung der Istlohnklausel wird nur vereinzelt vertreten.[11] Die Bedenken richten sich aber grundsätzlich in gleicher Weise auch gegen die in der Praxis häufig anzutreffende schlichte Istlohnklausel, welche die spätere Abbedingung der erhöhten Istlöhne erlaubt. Da eine solche Abbedingung allgemein kaum stattfindet, führen auch diese Istlohnklauseln im Ergebnis zur Lohnzersplitterung und besteht die Gefahr der Verdrängung der erfassten AN durch später eingestellte, nicht gebundene AN. Die Rsp bejaht allerdings die Zulässigkeit der schlichten Istlohnklauseln.[12] Es stellt sich dann aber die Frage, auf welche Weise die Klausel die angestrebte Wirkung erreichen soll. Man

---

7 Vgl im Detail *Tomandl* et al, Kollektivvertragspolitik 33 ff.

8 Dafür insb *Jabornegg*, Grenzen kollektivvertraglicher Rechtssetzung und richterliche Kontrolle, JBI 1990, 212; *Grillberger*, Kollektivvertragliche Ist-Lohnerhöhungen und einzelvertragliche Anrechnungsklauseln, DRdA 1992, 432 ff; *Binder*, Die Kartellwirkung des Kollektivvertrages, in FS *Koppensteiner* (2001) 561 ff; dagegen insb *Tomandl*, Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung, ZAS 1969, 41 ff; *Schrank*, Anrechnungsvereinbarungen auf kollektivvertragliche Istlohnerhöhungen, insbesondere Ist-Biennalsprünge?, RdW 1992, 309 ff.

9 840 BIgNR 13. GP 57.

10 Dazu *Tomandl*, ZAS 1969, 41 ff.

11 Dafür *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II[4] (2001) 145.

12 Vgl OGH 14.1.1998, 9 ObA 375/97f; 18.5.1999, 8 ObA 173/98v.

muss wohl unterstellen, dass der zeitliche Geltungsbereich solcher Klauseln eine juristische Sekunde beträgt und dann Nachwirkung eintritt, oder dass solche Klauseln kombinatorisch zunächst mit unabdingbarer und dann mit dispositiver Kraft ausgestattet sind.[13]

Die fragwürdige Zulassung kollektivvertraglicher Istlohnklauseln wirft auch Folgeprobleme auf, die hier nur angedeutet werden können. Dabei geht es vor allem um die Zulässigkeit einzelvertraglicher Aufsaugklauseln, nach denen bei Vertragsschluss gewährte Überzahlungen des KollV (oder später gewährte Lohnerhöhungen) auf künftige kollektivvertragliche Istlohnerhöhungen anrechenbar sein sollen. Die Rsp lässt solche Anrechnungen jedenfalls dann zu, wenn sie nur für einen begrenzten Zeitraum vereinbart sind.[14] Die Zulassung einzelvertraglicher Aufsaugklauseln ist im Ergebnis zwar überzeugend, die dogmatische Begründung dafür fällt aber nicht leicht (wenn man die vom KollV geforderte Istlohnerhöhung als zwingend ansieht). Dass nach der Rsp kein Verzicht auf die Istlohnerhöhung vorliege, sondern eine vorab gewährte (und deshalb im Vergleich zur späteren Istlohnerhöhung günstigere) Lohnerhöhung, ist wenig überzeugend. Denn bei einem so verstandenen Günstigkeitsvergleich werden Zweck und Inhalt der Istlohnkausel verfälscht, weil diese auf tatsächliche Lohnerhöhungen am Stichtag ohne Rücksicht darauf abzielt, auf welche Weise die Löhne vereinbart wurden. Ein Abtausch erscheint daher nach den (sonst sehr strengen) Maßstäben der Rsp zur Vergleichsgruppenbildung beim Günstigkeitsvergleich (und dem daraus folgenden Erfordernis der Sach- und Funktionsgleichheit der abzutauschenden Regelungen) kaum möglich. Man sollte die kollektivvertragliche Istlohnerhöhung daher (wenn man sie überhaupt als zulässigen Regelungsgegenstand ansieht) eher als bloß dispositive Entgeltregel begreifen, sodass dann auch keine Bedenken gegen die einzelvertragliche Aufsaugklausel bestehen.

2.2 Verbot unentgeltlicher Arbeitsverträge?

Seit jeher umstritten ist die Frage, ob der KollV auch für Arbeitsverhältnisse einen zwingenden Mindestlohn vorschreiben kann, wenn im Arbeitsvertrag ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart ist; ob also der KollV letztlich unentgeltliche Arbeitsverträge untersagen kann.[15] Das ArbVG beschränkt die Regelungsbefugnis des KollV nicht ausdrücklich auf entgeltliche Arbeitsverträge, und entgegen der Ansicht mancher liegt in einer kollektivvertraglichen Mindestentgeltregelung auch für (nach Parteienintention) unentgeltliche Arbeitsverhältnisse wohl keine unzulässige Abschlussnorm. Denn der Kollektivvertragslohn gestaltet sowohl bei entgeltlichen als auch bei unentgeltlichen Arbeitsverhältnissen unmittelbar den Arbeitsvertragsinhalt, und es

[13] So *Grillberger*, DRdA 1992, 434.

[14] ZB OGH 18.5.1999, 8 ObA 173/98v.

[15] Dagegen zB *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971) 177; *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang Großkommentar[3] (2011) § 1152 ABGB Rz 45.

liegt insoweit eine Inhalts- und nicht Abschlussnorm vor.[16] Dass damit zugleich die einzelvertragliche Schmälerung des kollektivvertraglichen Entgelts ausgeschlossen ist (und insoweit ein Abschlussverbot für einzelvertragliche Abweichungen zu Lasten des AN besteht), ist notwendige Folge der einseitig zwingenden Wirkung des KollV und macht die KollV-Regelung nicht zur unzulässigen Abschlussnorm.

Es ist daher Auslegungsfrage, ob eine kollektivvertragliche Entgeltregelung auch ausdrücklich unentgeltlich vereinbarte Arbeitsverträge erfassen und damit die Unentgeltlichkeit ausschließen will.[17] Allein aus der Festlegung eines kollektivvertraglichen Mindestlohnes kann nicht ohne weiteres auf ein Verbot unentgeltlicher Arbeitsverträge geschlossen werden. Denn der generelle Ausschluss unentgeltlicher Arbeitsverträge ist ein erheblicher (oftmals nicht rechtfertigbarer) Eingriff in die Privatautonomie und daher dem KollV nicht generell unterstellbar. Dazu kommt, dass die Bereitschaft zu unentgeltlicher Arbeit andere ökonomische Interessen des Arbeitenden und damit eine geringere Schutzbedürftigkeit indiziert, als wenn dem Grunde nach Entgeltlichkeit der Arbeit vereinbart ist.[18] Die grundrechtlichen Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsanforderungen an ein kollektivvertragliches Entgeltlichkeitsgebot werden daher hoch und eine Rechtfertigung oftmals kaum möglich sein. Anders ist die Lage freilich, wenn es zB um längerdauernde Beschäftigung unbezahlter Praktikanten geht, die im Wesentlichen ähnliche Arbeit leisten wie entgeltlich beschäftige AN.

2.3 Betriebliche Ruhegelder

Der KollV kann seit jeher (als Inhaltsnorm) auch betriebliche Ruhegeld- und andere Versorgungszusagen an AN vorsehen.[19] Von dieser Möglichkeit haben im Wesentlichen nur die KollV für Angestellte von Banken, Versicherungsunternehmen und Sozialversicherungsträgern Gebrauch gemacht.[20] Insgesamt kommt dem KollV bis heute nur vergleichsweise geringe Bedeutung im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge zu, was wohl daran liegt, dass Ob und Wie solcher Zusagen besser auf betrieblicher Ebene festgelegt werden können und nicht branchenweit. Dazu kommt, dass das 1991 in Kraft getretene BPG in § 3 leg cit für die praktisch besonders bedeutsamen Pensionskassenzusagen einen strengen Rechtsformzwang zu Gunsten der BV vorsieht: Der Pensionskassenbeitritt erfordert nach § 3 Abs 1 BPG grundsätzlich eine arbeitsrechtliche Grundlage in Form einer Betriebsvereinbarung.[21] Zwar ändert die-

[16] Vgl zur Abgrenzung etwa *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 53.

[17] Treffend *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg) ZellKomm³ (2018) § 1152 ABGB Rz 11.

[18] Vgl wiederum treffend *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1152 ABGB Rz 12.

[19] Vgl etwa *Grillberger*, Drittbegünstigung bei Pensionsvereinbarungen, DRdA 1977, 12.

[20] Vgl dazu etwa *B. Schwarz*, Betriebspensionsregelungen in Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen, in *Runggaldier/Steindl* (Hrsg), Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung (1987) 65; *Tomandl* et al, Kollektivvertragspolitik 95 ff.

[21] Der KollV war zunächst gar keine taugliche Beitrittsgrundlage, seit 1.1.1997 kann er nach Abs 1a leg cit ausnahmsweise in zwei Fällen Grundlage für einen wirksamen Pensionskassen-

ser strenge Rechtsformzwang für den Pensionskassenbeitritt nichts daran, dass nach § 2 leg cit der KollV als mögliche Rechtsgrundlage für Pensionskassenzusagen dem Grunde nach in Betracht kommt.[22] Die Umsetzung einer allfälligen kollektivvertraglichen Pflicht zur Einführung einer Pensionskassenzusage ist nach § 3 leg cit aber grundsätzlich nur durch Abschluss einer BV möglich.

Nur im öffentlichen Dienst und für Universitätsbedienstete sieht der jüngere Gesetzgeber primär den KollV als Rechtsgrundlage zur Einführung für Pensionskassenzusagen vor.[23] Dies erleichtert eine einheitliche Ausgestaltung der Versorgungszusagen in diesen Bereichen. Zuweilen entfernt sich das Gesetz dabei aber in bedenklicher Weise vom Wesen des KollV im Sinne des ArbVG, wenn und weil nicht bloß eine Ermächtigung, sondern eine Pflicht zum KollV-Abschluss angeordnet wird. Eine solche Anordnung enthält die Regelung zur betrieblichen Altersvorsorge in § 115 UG, wonach durch KollV jedenfalls für das wissenschaftliche Universitätspersonal eine Pensionskassenvorsorge vorzusehen *ist*; § 78a Abs 4 VBG sieht einen ähnlichen Auftrag an den KollV für Vertragsprofessoren vor. Eine gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss eines KollV oder zur Schaffung bestimmter kollektivvertraglicher Regelungen ist mit dem Wesen des Rechtsinstituts KollV aber nicht vereinbar:[24] KollV sind nach ihrem Zustandekommen privatrechtliche Verträge, die durch freie Willenseinigung der Kollektivvertragsparteien im Verhandlungsweg zustande kommen. Weder besteht eine Verpflichtung der Kollektivvertragsparteien, überhaupt einen KollV abzuschließen, noch besteht im Fall der Nichteinigung die Möglichkeit der Zwangsschlichtung. Mit dieser Kollektivvertragsautonomie, die auch verfassungsrechtlich abgesichert ist, verträgt sich eine gesetzliche Pflicht zur Vereinbarung bestimmter Kollektivvertragsinhalte ebenso wenig wie ein einklagbarer Anspruch auf Abschluss eines bestimmten KollV. § 115 UG kann daher nicht in diesem Sinne verstanden werden. Gleiches gilt für § 78a Abs 4 VBG, der dem Wortlaut nach sogar noch weiter in die Kollektivvertragsautonomie eingreift: Danach hat der Dachverband der Universitäten als Stellvertreter des Bundes qua KollV eine Pensionskassenzusage für Vertragsprofessoren zu erteilen, wobei hier das Gesetz sogar die Höhe der Pensionskassenbeiträge vorwegnimmt und damit den KollV-Inhalt vorgibt. Da all dies mit dem Wesen des KollV unvereinbar ist, können die

beitritt sein: einmal dann, wenn der Kollektivvertrag zum 1.1.1997 selbst eine Pensionszusage enthalten hat; zum andern in Betrieben, in denen mangels Geltung des Betriebsverfassungsrechts des ArbVG die Errichtung eines Betriebsrates nicht möglich ist.

22 Vgl eingehend *Reiner*, Betriebspensionen in Kollektivverträgen – Rechtsdogmatik und Sozialpolitik (2017); *Schrammel/Kietaibl*, BPG/PKG² § 3 BPG Rz 21; ebenso zuletzt OGH 19.5.2022, 9 ObA 44/22v.

23 Vgl im Detail §§ 22a GehG; 78a VBG; 115 UG.

24 Treffend OGH 27.2.2018, 9 ObA 147/17h; 19.5.2022, 9 ObA 139/21p. Dazu und zum Folgenden eingehend und treffend *Schrammel*, Pensionskassenzusagen im Universitätsbereich, DRdA 2019, 148; ähnlich bereits *Pfeil*, Universitäten-Kollektivvertrag: Rechtliche Rahmenbedingungen, Probleme, Verhandlungsstand, in *Reissner/Tinhofer* (Hrsg), Das neue Universitätsarbeitsrecht (2007) 165.

Regelungen in § 115 UG und § 78a VBG in verfassungskonformer Weise nur als gesetzliche Ermächtigung verstanden werden, im Universitätsbereich Pensionskassenzusagen durch KollV einzuführen.[25] Auch eine solche Deutung als bloße Regelungsermächtigung des KollV hat aber durchaus Bedeutung, weil nach den oben dargelegten allgemeinen Regeln des BPG Pensionskassenzusagen grundsätzlich nur auf Basis einer BV möglich sind.

2.4 Verfallsklauseln

Der „Wert" von Entgeltansprüchen hängt wesentlich von den Durchsetzungsmöglichkeiten ab. Ein erhebliches Hindernis für den einzelnen AN, tatsächlich seine Entgeltansprüche zu realisieren, liegt in Verfallsfristen, die im KollV regelmäßig anzutreffen sind. Solche Verfallsfristen sehen für die Geltendmachung der Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis in der Regel nur eine kurze Frist von wenigen Monaten vor; danach erlöschen die Ansprüche. In der Praxis bewirkt dies vor allem im Entgeltbereich eine ganz erhebliche Einschränkung der Anspruchsdurchsetzung im Vergleich zur gesetzlichen Verjährung. Dies ist unabhängig von der Rechtsgrundlage der betroffenen Entgeltansprüche bedenklich, weil kurze Verfallsklauseln ganz allgemein eine ungebührliche Entwertung der Entgeltansprüche der AN bewirken können. Dazu kommt, dass typische Verfallsklauseln ihrer Formulierung nach zwar die (alle) wechselseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfassen und somit AN- und AG-Ansprüche gleichermaßen beschränken. Allerdings ist diese Symmetrie bloß eine formale, weil sich Verfallsklauseln de facto meist auf AN-Ansprüche auswirken. In der Praxis (und auch in der einschlägigen Judikatur) geht es meist um die rechtzeitige Geltendmachung von AN-Ansprüchen, weil der AN typischerweise vorleistungspflichtig ist und dadurch das Risiko der fristgerechten Erfüllung und Durchsetzung seiner Entgeltansprüche trägt.

Soweit es um gesetzlich unabdingbare Ansprüche geht, ist die Rsp[26] unabhängig von den oben umrissenen Bedenken der berechtigten Kritik im Schrifttum ausgesetzt, warum sie bei zwingenden Ansprüchen die Vereinbarung einer Verjährungsverkürzung durch KollV überhaupt zulässt.[27] Das von der Rsp bemühte Argument, es müsse zwischen dem zwingenden Anspruch selbst und seiner Geltendmachung differenziert werden, und eine Verjährungsverkürzung beschränke nicht den zwingenden Charakter des Anspruch, sondern nur die Anspruchsdurchsetzung, erscheint formalistisch. Denn bei zwingenden Ansprüchen besteht der Zweck der Unabdingbarkeit gerade darin, dass die Ansprüche den Berechtigten auch tatsächlich zugutekommen sollen.[28]

---

[25] Vgl auch *Schrammel* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG[3] (2022) § 115 Rz 18.
[26] Vgl etwa 26.2.2014, 9 ObA 1/14h.
[27] Gleiches gilt sinngemäß für einzelvertragliche Verfallsklauseln.
[28] So etwa treffend *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] 265.

Allerdings sollte die berechtigte Kritik an der Rsp nicht vergessen lassen, dass es regelmäßig der KollV selbst ist, der durch Festlegung von Verfallsklauseln den Berechtigten die Anspruchsdurchsetzung erschwert. Trotz der höchstgerichtlichen Erlaubnis zur Vereinbarung von Verfallsfristen müsste die Gewerkschaft solchen Fristen im KollV nicht zustimmen; und sie sollte dies auch nicht tun, wenn sie ihren Mitgliedern die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis wirklich zukommen lassen möchte. Dagegen spricht auch nicht das mitunter ins Treffen geführte Argument, ohne kollektivvertragliche Festlegung würden den AN im Einzelarbeitsvertrag noch viel kürzere Verfallfristen auferlegt; dem könnte der KollV durch Zwingendstellung der gesetzlichen Verjährung begegnen. Aber auch die Wirtschaftskammer als gesetzliche Vertretung der AG sollte die Vereinbarung kurzer Verfallsklauseln im KollV überdenken. Denn Verfallsklauseln nützen kaum den rechtstreuen AG, die sich um die Einhaltung des KollV und des Arbeitsrechts bemühen; sondern es profitieren vor allem jene AG, die systematisch Ansprüche vorenthalten und auf den baldigen Verfall hoffen. Ob die gesetzliche Interessenvertretung aber gerade diese Gruppe ihrer Mitglieder fördern sollte, erscheint fragwürdig, auch weil dies letztlich einen Wettbewerbsnachteil für die rechtstreuen AG bewirkt.

3. Verhältnis zur Betriebsvereinbarung

Nach dem Gesetz kommt dem KollV seit jeher Vorrang gegenüber der BV bei der kollektiven Rechtssetzung zu, insb in Entgeltfragen. Nach dem BRG 1947 und dem KollVG 1947 waren die Betriebspartner überhaupt nur dazu berechtigt, durch BV Ergänzungen zu jenen Punkten eines KollV zu vereinbaren, für welche der KollV einen entsprechenden Vorbehalt enthielt.[29] Daneben enthielten nur vereinzelte andere Bestimmungen Rechtsgrundlagen zum Abschluss von BV, so zB § 14 Abs 1 Z 2 BRG 1947 über die Festlegung von Akkordlöhnen. Durch das ArbVG wurden diese verstreut und kasuistisch geregelten BV-Typen zwar von einem einheitlichen BV-Modell abgelöst. Auch nach dem ArbVG ist die Regelungsbefugnis der BV (im Vergleich zur umfassenden des KollV) aber eingeschränkt, insb im Entgeltbereich. Nach dem ArbVG kann die BV nur leistungs- und erfolgsbezogene Entgelte und besondere Entgeltformen regeln, nicht aber den Zeitlohn bzw das laufende Entgelt. Der Grund für die (im Vergleich zum KollV) beschränkte Regelungsbefugnis der BV liegt zum einen im Schutz der überbetrieblichen Interessenvertretungen (vor allem der auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhenden Gewerkschaften). Diese würden bei einer unbeschränkten Regelungsbefugnis der BV an Verhandlungsstärke und Attraktivität für ihre Mitglieder verlieren.[30] Zum anderen fördert eine branchenweit einheitliche Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen den Solidaritätsgedanken innerhalb der AN-Schaft einer Branche (und schützt auch vor ruinösen Preiskämpfen innerhalb

[29] § 14 Abs 1 Z 1 BRG 1947; § 2 Abs 2 KollVG 1947.

[30] Vgl *Strasser*, Das Verhältnis Kollektivvertrag-Betriebsvereinbarung als sozialpolitisches und wirtschaftspolitisches Problem, in FS Cerny (2001) 479.

dieser AN-Schaft) und senkt gleichzeitig die Gefahr innerbetrieblicher Lohnkämpfe.[31] Der Schutz der Belegschaft vor einem „schwachen" BR kann die beschränkte Regelungsbefugnis der BV hingegen nur in Bezug auf jene Angelegenheiten rechtfertigen, wo nicht schon der KollV (oder das Gesetz) einen Mindeststandard vorgibt. Aus diesem Blickwinkel spräche somit nichts gegen Entgeltregelungen auf betrieblicher Ebene zur Verbesserung des kollektivvertraglichen Entgeltniveaus.

Nach § 29 ArbVG kann der KollV allerdings Angelegenheiten zur Regelung an die BV freigeben und somit die Regelungsmacht der Betriebspartner erheblich erweitern. Dies erlaubt Flexibilisierung und Rücksichtnahme auf unternehmens- und betriebsspezifische Besonderheiten auch innerhalb derselben Branche. In der Praxis macht der KollV (falls überhaupt) besonders im Entgelt- und Arbeitszeitbereich von seiner Delegationsbefugnis häufig Gebrauch. Lange gab es allerdings nur wenig Schrifttum zu solcherart ermächtigten BV und waren Möglichkeiten und Grenzen der kollektivvertraglichen Ermächtigung kaum untersucht. Unstrittig war zunächst bloß, dass der KollV nur im Rahmen seines eigenen Regelungspouvoirs an die BV delegieren kann, und dass (wegen der grundsätzlich nicht erweiterbaren Mitwirkungsrechte der Belegschaft) eine Ermächtigung zum Abschluss erzwingbarer oder notwendiger BV nicht möglich ist.[32] In einer Entscheidung zum KollV für Angestellte in Elektrizitätsunternehmen hat der OGH zwar ausgesprochen, dass die im KollV enthaltene BV-Ermächtigung zur Entgeltregelung so zu verstehen sei, dass eine entsprechende BV zwingend abzuschließen ist.[33] Mit dieser Aussage wollte der OGH aber wohl keine kollektivvertragliche Ermächtigungen zur Schaffung erzwingbarer BV zulassen.[34] Sofern ein KollV seinem Wortlaut nach für bestimmte Tätigkeiten oder Einsätze zwingend den Abschluss einer BV verlangt, besteht auch nach der genannten Entscheidung die Rechtsfolge bei Nichtabschluss einer solchen BV weder in Zwangsschlichtung noch Unzulässigkeit der Tätigkeit, sondern (nur) im Entgeltanspruch in Höhe der kollektivvertraglichen Lohansätze für vergleichbare Tätigkeiten.[35]

Eine andere Frage ist, ob § 29 ArbVG auch Formaldelegationen an die BV erlaubt. Nach einer vereinzelten Ansicht im älteren Schrifttum sollte der KollV die Betriebspartner nur zur Erlassung ergänzender Regelungen ermächtigen dürfen, nicht aber

---

[31] ZB *Jabornegg*, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten durch Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung, in *Jabornegg/Resch/Stoffels* (Hrsg), Vertragsgestaltung (2007) 31 ff; *Mazal*, Grenzen der Einräumung kollektiver Gestaltungsmöglichkeiten, in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Kollektivvertragsrechts (2003) 16 f; vgl auch *Strasser* in FS Cerny 473.

[32] *Holzer*, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts (1982) 111 ff; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg* (Hrsg), ArbVG-Kommentar (1999) § 29 Rz 12; OGH 18.5.1971, 4 Ob 16/71.

[33] OGH 29.8.2002, 8 ObA 321/01s.

[34] Ebenso *Jabornegg* in *Jabornegg/Resch/Stoffels*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht 29 f.

[35] Vgl 8 ObA 321/01s.

die Regelung von Arbeitsbedingungen formal als Blankoermächtigung delegieren.[36] Der für diese restriktive Sichtweise vorgebrachte Grund, nämlich der dem ArbVG immanente Vorrang des KollV im System der kollektiven Rechtsgestaltung, der andernfalls unterlaufen würde, trägt diese Auffassung aber nicht. Richtig ist zwar, dass das ArbVG bei der Regelung von Arbeitsbedingungen dem KollV einen Vorrang gegenüber der BV einräumt, und zwar insb in Entgeltfragen. Auch die Rsp misst dieser Vorrangstellung großen Stellenwert bei, wenn und weil sie Ermächtigungsnormen im KollV restriktiv auslegt.[37] An dieser Vorrangstellung des KollV ändert sich durch die Zulässigkeit (auch) von Formaldelegationen aber nichts. Die KollV-Parteien haben es weiterhin selbst in der Hand, ob und inwieweit sie ihre Regelungsmacht auf die Betriebspartner übertragen. Die hM geht daher heute zu Recht davon aus, dass der KollV die der BV übertragene Angelegenheit zwar ausreichend konkret bezeichnen muss, dass aber keine materielle Grundsatzregelung im KollV erforderlich ist.[38] Für die hM spricht auch der Wortlaut des § 29 ArbVG, insb im Vergleich zu jenem der oben erwähnten Vorgängerbestimmung in § 14 Abs 2 Z 1 BRG 1947 über KollV-Ergänzungen durch BV.

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung über das Schicksal kollektivvertragsabhängiger BV bei Wegfall der Ermächtigung im KollV. Die (wohl noch immer) hM lässt in diesem Fall die darauf gestützte BV ersatzlos und ohne Nachwirkung entfallen, und zwar unabhängig von der Ursache des Wegfalles der kollektivvertraglichen Ermächtigung; also nicht nur bei Erlöschen des KollV, sondern auch dann, wenn der ermächtigende KollV bloß unanwendbar wird, zB wegen Verbandsaustritt des AG oder wegen KollV-Wechsel bei Betriebsübergang.[39] Gestützt wird diese Auffassung vor allem mit einem Verweis auf die öffentlich-rechtliche „Herzog-Mantel-Theorie", wonach bei Wegfall der gesetzlichen Verordnungsermächtigung auch die darauf gestützte Durchführungsverordnung außer Kraft tritt. Eine Ausnahme macht die hM nur, wenn ein KollV-Wechsel zum Wegfall einer ermächtigten BV über laufendes Entgelt führt. In dieser Konstellation wendet die hM die Entgeltschutzregel in § 4 Abs 2 S 1 AVRAG analog an:[40] Diese Norm betrifft keine Besonderheit des Betriebsüberganges und enthält die verallgemeinerungsfähige Wertung, dass die AN durch KollV-Wechsel keine Einbußen beim „kollektivvertraglichen Normalentgelt" erleiden sollen. Formell betrachtet ist die Entgeltregelung in einer

---

36 *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller* (Hrsg), ArbVG[3] (2004) § 29 Erl 7; aA aber offenbar *ders* in FS Strasser 494.

37 OGH 12.10.1988, 9 ObA 131/88.

38 Vgl nur *Holzer*, Strukturfragen 110 f; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg,* ArbVG-Kommentar § 29 Rz 12; OGH 9 ObA 131/88.

39 Vgl nur *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II 472; *Jabornegg*, Unternehmensrecht und Arbeitsrecht (Teil II), DRdA 1991, 115 f; *Rebhahn*, Wechsel des anwendbaren Kollektivvertrages und Verbandswechsel, RdW 2005, 305; OGH 21.12.2000, 8 ObA 125/00s; 23.11.2005, 9 ObA 128/04w; 23.11.2005, 9 ObA 127/04y.

40 So überzeugend *Rebhahn*, RdW 2005, 395; diesem folgend OGH 9 ObA 127/04y.

ermächtigten BV zwar kein „kollektivvertragliches Entgelt", eine materielle Betrachtung spricht aber für ein anderes Ergebnis, weil die BV ohne Ermächtigung durch KollV das Entgelt nicht regeln darf.

Im jüngeren Schrifttum wird der von der hM undifferenziert unterstellte nachwirkungslose Untergang der ermächtigten BV bei Wegfall der kollektivvertraglichen Ermächtigung aber zunehmend und mit gewichtigen Argumenten in Frage gestellt und überzeugend vertreten, dass nach dem Grund des Wegfalles der Ermächtigung differenziert werden muss:[41] So ist etwa die Rücknahme der Ermächtigung durch den KollV im Zweifel aus Vertrauensschutzgründen wohl so auszulegen, dass sie sich nur auf Betriebe bezieht, die sie bislang noch nicht genutzt haben. Bei Erlöschen des KollV wirkt auch die BV-Ermächtigung nach § 13 ArbVG nach und bleibt daher auch die darauf gestützte BV aufrecht. Wird der ermächtigende KollV wegen Verbandsaustritt oder Betriebsübergang unanwendbar, so entfaltet der KollV zwar mangels Erlöschens keine Nachwirkung und erlischt die auf ihn gestützte BV. Allerdings kann diesfalls eine Nachwirkung der erloschenen BV auf analoge Anwendung des § 13 ArbVG gestützt werden, und zwar wegen ihres materiellen Charakters als kollektivvertragliche Inhaltsnorm. Die ermächtigte BV regelt genau jene Arbeitsbedingungen wie insb Entgelt, für welche § 13 ArbVG zwecks Vermeidung lückenhafter Arbeitsverhältnisse im Erlöschensfall Nachwirkung anordnet. Auch eine analoge Anwendung der nur für gekündigte BV vorgesehenen Nachwirkung in § 32 Abs 2 ArbVG ist möglich, weil die auf den Kündigungsfall beschränkte Nachwirkung nur für die gesetzlich ermächtigte BV passt, nicht aber für die kollektivvertragsermächtigte. Denn der Grund für die im Vergleich zum KollV eingeschränkte Nachwirkung liegt vor allem im beschränkten Umfang der gesetzlichen Regelungskompetenzen der BV. Endet eine auf Gesetz gestützte BV, so fällt nicht gleich ein ganzes Entgeltsystem weg.

4. Schlussbetrachtung

Seit Inkrafttreten des ArbVG sind die Bestimmungen zur Entgeltkompetenz des KollV sowie zum Verhältnis zur BV im Wesentlichen unverändert. In Bezug auf die Entgeltkompetenzen des KollV haben sich die gesetzlichen Regelungen bis heute bewährt und besteht kein Änderungsbedarf. Dass der KollV trotz seiner umfassenden Entgeltkompetenz bis heute kaum Impulse zur Entwicklung der Entgeltgestaltung gesetzt hat, liegt kaum an mangelnder Regelungsbefugnis; sondern eher an den

[41] Vgl bereits in Ansätzen insb *Jabornegg*, Die Wahl des Kollektivvertrages durch den Arbeitgeber – eine Option des geltenden Arbeitsverfassungsrechts?, DRdA 2005, 118 ff; *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller* (Hrsg), ArbVG[3] § 31 Erl 7; sowie mit umfassender Konzeption *Kietaibl*, Das rechtliche Schicksal von Betriebsvereinbarungen bei nachträglichem Wegfall für den Betriebsvereinbarungsabschluss erforderlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen – Untergang des Betriebsrates und Wegfall kollektivvertraglicher Betriebsvereinbarungsermächtigungen, in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Betriebsvereinbarungsrecht (2010) 29 ff.

KollV-Parteien sowie daran, dass manche Entgeltfragen besser auf betrieblicher Ebene geregelt werden könnten. Die von der Rsp postulierte Beschränkung der kollektivvertraglichen Regelungsbefugnis auf typisch wiederkehrende Arbeitsvertragsinhalte kann die Zurückhaltung des KollV bei Entwicklung neuer Entgeltmodelle kaum erklären, und die jüngere Rsp hat diese Beschränkung zu Recht auch deutlich aufgeweicht. Die im Vergleich zum KollV eingeschränkte Entgeltkompetenz der BV, die insb laufenden Zeitlohn ausnimmt, geht an den Bedürfnissen der betrieblichen Praxis vorbei und wird von der Praxis regelmäßig ignoriert. Obwohl der KollV die BV vergleichsweise selten zur Entgeltregelung ermächtigt, enthalten viele als BV bezeichnete Abreden der Betriebspartner Entgeltregelungen, die (mangels Regelungskompetenz) als BV unwirksam sind. Rsp und Lehre messen solchen Abreden allerdings als „freie" BV umfassende einzelvertragliche Rechtswirkungen bei, wodurch diesen Abreden im Ergebnis mehr Bestandkraft zukommen kann als einer BV im Sinne des ArbVG. Aus Sicht der betrieblichen Praxis ist dies Lösung als „Spagat" zwischen gesetzlicher Regelungsbefugnis und praktischem Regelungsbedürfnis zwar nachvollziehbar, dogmatisch kann sie aber bis heute nicht restlos überzeugen. De lege ferenda spricht wohl mehr für eine Ausweitung der gesetzlichen BV-Kompetenzen im Entgeltbereich. Klarstellen sollte der Gesetzgeber jedenfalls die Nachwirkung kollektivvertragsermächtigter BV bei Wegfall der kollektivvertraglichen Ermächtigung.

Spannungsfelder zwischen ArbVG und AZG am Beispiel der Zulassungsnormen

Thomas Mathy

1. Einleitung 251
2. Die Entwicklung bis zum ArbVG 252
3. Kollektivvertrag 253
   3.1 Allgemeines 253
   3.2 Zulässiger KollV-Inhalt: ArbVG vs AZG? 253
   3.3 Nachwirkung 254
   3.4 Satzungsfähigkeit 257
4. Betriebsvereinbarung 258
   4.1 Allgemeines 258
   4.2 BV-Typus 258
   4.3 Delegierung an die BV 260
   4.4 Regelungszuständigkeit der BV 261
5. Fazit 263

1. Einleitung

Auf den ersten Blick vermeint man, vor einem Paradoxon zu stehen. Scheinbar unberührt von den tiefgreifenden Umwälzungen, welche die Arbeitswelt in den vergangenen 50 Jahren erfahren hat, befinden sich gerade jene Bestimmungen des ArbVG nach wie vor in ihrer Stammfassung, die den KollV sowie die BV zur Regelung der Arbeitszeit ermächtigen: Die Bestimmung sowohl der Dauer als auch der Lage der Arbeitszeit stellt einen zentralen Aspekt der „*gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten*" dar und zählt damit gem § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG zum zulässigen Inhalt des KollV. Gleichzeitig erlauben § 97 Abs 1 Z 2 und Z 13 ArbVG den BV-Parteien sowohl die „*generelle Festsetzung des Beginns und Endes der täglichen Arbeitszeit, der Dauer und Lage der Arbeitspausen und der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage*" als auch die „*Anordnung der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit*". Der durch den unveränderten Wortlaut dieser Bestimmungen vermittelte Anschein der Beständigkeit erweist sich freilich als trügerisch. Blickt man hinter die Fassade der Kontinuität, offenbart sich das volle Ausmaß des auch in diesem Bereich eingetretenen Wandels. Dem Ruf nach (weiterer) Flexibilisierung der Arbeitszeit pflegt der Gesetzgeber nämlich vielfach dadurch Rechnung zu tragen, dass dieser Abweichungen von den öffentlich-rechtlichen Schutznormen des Arbeitszeitrechtes durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung gestattet. Dementsprechend erschließen sich Bedeutung und Tragweite, welche

den arbeitszeitbezogenen Regelungstatbeständen im ArbVG zukommen, erst in der Zusammenschau mit dem Arbeitszeitrecht.

2. Die Entwicklung bis zum ArbVG

Das Bedürfnis nach einer flexiblen Handhabung des arbeitszeitrechtlichen Schutzes bewog bereits den Gesetzgeber der Ersten Republik dazu, die mit der Einführung des Achtstundentages bewirkte Verkürzung der täglichen Arbeitszeit insoweit zur Disposition des KollV zu stellen, als dieser die wöchentliche Arbeitszeit auf 48 Stunden beschränkte.[1] Die auf der Grundlage dieser und vergleichbarer „*gesetzliche*[n] *Ermächtigungsvorschriften*" geschaffenen Regelungen wurden zwar bereits damals dem normativen Teil des KollV zugerechnet,[2] eine tiefgreifende dogmatische Auseinandersetzung unterblieb allerdings. Diese erfolgte erst am Vorabend des Übergangs vom KollVG (BGBl 1947/76) zum ArbVG. Besonders die Untersuchungen von *Martinek*,[3] *Floretta*[4] sowie *Grillberger*[5] führten zu einer wesentlichen Vertiefung des Verständnisses des kollektivvertragsdispositiven Rechtes sowie der darauf beruhenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung. Als besondere dogmatische „Baustelle" erwiesen sich dabei die „Zulassungsnormen". Ungeachtet des nicht gänzlich einheitlichen Gebrauchs dieses Begriffes versteht man darunter im Allgemeinen solche Regelungen, „*die eine nachgeordnete Rechtsquelle ermächtigen, innerhalb des Rahmens, den die übergeordnete Norm* [maW: die Zulassungsermächtigung] *vorgibt, Abweichungen vom Arbeitszeitrecht zu treffen*".[6] Das damit verbundene Berühren dreier Regelungsebenen, noch dazu an der Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht, bereitet bis heute beträchtliche Schwierigkeiten: Nicht nur, dass über die Rechtsnatur der Zulassungsnormen bislang kein Einvernehmen hergestellt werden konnte,[7] vielmehr wirft auch das mit ihnen einhergehende Zusammenspiel mehrerer Rechtsquellen nach wie vor eine Vielzahl an kontrovers diskutierten Fragen auf.[8]

---

1 Vgl § 5 AchtstundentagG 1918 (StGBl 1918/138) sowie § 5 AchtstundentagG 1919 (StGBl 1919/581); weitere Möglichkeiten zur Durchbrechung des AchtstundentagG mittels KollV wurden auf Verordnungsebene festgelegt, vgl zB § 11 Abs 1 Z 3 Erste Ausnahmeverordnung zum AchtstundentagG (StGBl 1920/349).

2 *Lederer*, Grundriss des österreichischen Sozialrechtes[2] (1932) 211 f.

3 *Martinek*, Kollektivvertragliche Regelungen im Arbeitnehmerschutzrecht, DRdA 1969, 41.

4 *Floretta*, Die Beteiligung der Kollektivvertragsparteien am Arbeitszeitschutz, DRdA 1973, 1.

5 *Grillberger*, Kollektivvertragsdispositives Recht, DRdA 1973, 41.

6 *G. Klein*, Neue Aspekte im Arbeitszeitrecht, DRdA 1998, 175 (176).

7 Vgl für die nach hA gebotene privatrechtliche Deutung insb *Floretta*, DRdA 1973, 5 f; *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 2 Rz 15 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); demgegenüber für eine öffentlich-rechtliche Deutung *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 2 Rz 53 (1. Lfg, 2002).

8 Vgl bereits *Weißenberg*, Arbeitszeitverlängerung durch Kollektivvertrag?, DRdA 1961, 251 (252).

3. Kollektivvertrag

3.1 Allgemeines

Durch § 2 Abs 2 Z 7 ArbVG wird ausdrücklich klargestellt, dass zum zulässigen Inhalt des KollV auch sonstige Angelegenheiten zählen, *„deren Regelung durch Gesetz dem Kollektivvertrag übertragen wird"*. Der Gesetzgeber verfolgte damit das Ziel iSd angestrebten Kodifikation des kollektiven Arbeitsrechtes, auch die in den verschiedenen Materiengesetzen vorgesehenen Zulassungsnormen mittelbar im ArbVG zu verankern.[9] Daraus ist abzuleiten, dass die im ArbVG festgelegten besonderen Rechtswirkungen des KollV auch den Zulassungsnormen zuteilwerden, soweit den jeweiligen Zulassungsermächtigungen nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist. Der durch § 2 Abs 2 Z 7 ArbVG erzielte Erkenntnisgewinn erweist sich freilich als bescheiden: Während sowohl die normative Wirkung als auch die Außenseiterwirkung der Zulassungsnormen bereits unter Geltung des KollVG allgemein anerkannt waren, divergierten in Bezug auf deren Nachwirkung sowie Satzungsfähigkeit die Ansichten.[10] Dies entspricht im Wesentlichen auch dem Meinungsstand zum ArbVG. Zu den „alten" Streitpunkten traten mit dem Verhältnis zwischen den Zulassungsermächtigungen und § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG auf der einen Seite und der (Un-)Zulässigkeit der Delegation der Regelungsmacht des KollV zur Schaffung von Zulassungsnormen an die BV aber auch neue hinzu.[11]

3.2 Zulässiger KollV-Inhalt: ArbVG vs AZG?

Ausgehend von den Materialien zum AZG verfestigte sich die Auffassung, dass sich der KollV aufgrund gesetzlicher Zulassungsermächtigungen gleichermaßen auf eine Erweiterung des Gestaltungsspielraums der nachgeordneten Rechtsquellen beschränken oder diesen durch Inhaltsnormen auch selbst ausschöpfen kann.[12] Dies trifft zwar im Ergebnis zu, lässt in der Begründung aber einen entscheidenden gedanklichen Zwischenschritt aus und ist folglich auf Widerspruch gestoßen.[13] Sofern allerdings die Ansicht vertreten wird, dass es sich bei Zulassungsermächtigungen um leges speciales im Verhältnis zu § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG handle und es dem KollV in diesem Bereich daher verwehrt sei, arbeitszeitbezogene Inhaltsnormen zu schaffen,[14]

---

9 ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 56 f.

10 *Martinek*, DRdA 1969, 52 ff; *Floretta*, DRdA 1973, 7 f.

11 Vgl *Cerny*, Flexibilisierung der Arbeitszeit – Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung als Gestaltungsmittel, in *Resch* (Hrsg), Arbeitszeitrecht (2001) 27 (38 f).

12 AB 1463 BlgNR 11. GP 3; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 54; *Rebhahn/Kietaibl*, Nachwirkung kollektivvertraglicher Zulassungsnormen, ecolex 2005, 54; *Gahleitner*, Möglichkeiten der Arbeitszeitregelung – Teil I, DRdA 2006, 335 (341).

13 *G. Klein*, DRdA 1998, 177.

14 *Schrank*, Probleme kollektivvertraglicher Zulassungsnormen, dargestellt an Arbeitszeitfragen, in *Tomandl* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Kollektivvertragsrechts (2003) 21 (24 f); *ders*, Arbeitszeit Kommentar[7] (2023) § 1a AZG Rz 19.

ist dem nicht zu folgen. Die Anwendung der Lex-specialis-Regel setzt nämlich voraus, dass entweder die Rechtsfolgen zweier Normen oder zumindest deren Wertungen miteinander in Widerspruch stehen.[15] Gerade an dieser Voraussetzung fehlt es jedoch: Die Zulassungsermächtigungen berufen den KollV – in den durch sie gezogenen Grenzen[16] – lediglich dazu, Abweichungen von den arbeitszeitrechtlichen Mindeststandards zu gestatten.[17] Welche Regelungsinstrumente zur Inanspruchnahme des erweiterten Gestaltungsspielraums zur Verfügung stehen, erfährt durch die Zulassungsermächtigungen demgegenüber keine Regelung. Das ist vielmehr eine Frage des zulässigen Inhaltes des jeweiligen Regelungsinstrumentes, der sich in Bezug auf arbeitszeitbezogene Inhaltsnormen des KollV nach § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG bestimmt.[18] Zwischen den gesetzlichen Zulassungsermächtigungen des Arbeitszeitrechtes und der Befugnis zur Schaffung arbeitszeitbezogener Inhaltsnormen bestehen daher weder Gesetzes- noch Wertungswidersprüche, die durch teilweise Derogation oder teleologische Reduktion des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG zu bereinigen wären. Sogenannte „doppelfunktionale" KollV-Regelungen, die Zulassungsnorm und Inhaltsnorm in sich vereinen, sind daher mit der hA als zulässig zu qualifizieren.[19]

3.3 Nachwirkung

Die Diskussion um die Nachwirkung kollektivvertraglicher Zulassungsnormen erhielt durch deren mittelbare Regelung im ArbVG zunächst keinen neuen inhaltlichen Impuls: Die Anordnung der Nachwirkung in § 13 ArbVG entspricht nahezu wörtlich jener des § 13 KollVG. Dennoch etablierte sich früh die Auffassung, dass die Nachwirkung nur den *„individualrechtlichen normativen Teil des KollV"* betreffe und Zulassungsnormen nicht erfasse.[20] Mittlerweile bietet sich diesbezüglich ein breites Meinungsspektrum: Neben uneingeschränkter Befürwortung[21] und grundsätzlicher

---

15 *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB[4] (2015) § 6 Rz 171.

16 Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen der Zulassungsermächtigung nicht erfüllt sind, fallen die vermeintlichen Zulassungsnormen der Nichtigkeit anheim. Die in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung vertretene gegenteilige Auffassung (VwGH 8.10.1990, 90/19/0037, DRdA 1991/37, 311 [abl *Chr. Klein*]) zog nicht nur ein Einschreiten des Gesetzgebers nach sich (näher *G. Klein*, DRdA 1998, 179), sondern erweist sich auch mit Blick auf die Judikatur zu § 1159 ABGB (vgl OGH 24.3.2022, 9 ObA 116/21f, DRdA 2022/50, 578 [*Pfleger/Schneller*]) als überholt.

17 *Pfeil*, Die Betriebsvereinbarung als Instrument des Arbeitszeitrechts, in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Aktuelle Arbeitszeitprobleme (2008) 79 (82).

18 Vgl *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 82; *Chr. Klein* in *Gasteiger/Heilegger/Klein* (Hrsg), AZG[7] (2021) § 1a Rz 6.

19 *Pfeil* in *Auer-Mayer/Felten/Pfeil* (Hrsg), AZG[4] (2019) § 1a Rz 5.

20 *Strasser*, Arbeitsrecht II (1976) 63; *Holzer*, Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts (1982) 78; aus jüngerer Zeit bspw *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm[3] (2018) § 13 ArbVG Rz 5.

21 *Schrank* in *Tomandl*, Probleme des Kollektivvertragsrechts 25 f; *Steiner-Motsch*, Zur Nachwirkung von kollektivvertraglichen Zulassungsnormen, ASoK 2014, 242 (246 f).

Ablehnung[22] wird auch erwogen, dass die Nachwirkung zumindest dann einzutreten habe, wenn die KollV-Parteien sich nicht auf die Schaffung einer Zulassungsnorm beschränken, sondern den erweiterten Gestaltungsspielraum auch selbst durch Schaffung einer Inhaltsnorm ausfüllen.[23] Dabei stützen sich die Anhänger eines extensiven Verständnisses vor allem darauf, dass die Regelungen des KollV eine Einheit bilden, die nicht durch eine bloß partielle Weitergeltung zerstört werden dürfe.[24] Dem halten die Befürworter einer restriktiven Auslegung zweierlei entgegen: Nicht nur, dass anstelle des durch den KollV erweiterten Regelungsrahmens ohnehin sogleich der engere gesetzliche Regelungsrahmen treten könne, weshalb der Zweck des § 13 ArbVG, Regelungslücken im Arbeitsverhältnis hintanzuhalten, die Nachwirkung von Zulassungsnormen gar nicht erfordere;[25] vielmehr müsse auch dem Schutzzweck der arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen Rechnung getragen werden, welcher sowohl nach einer engen Auslegung der Zulassungsermächtigungen verlange als auch einer Nachwirkung von Zulassungsnormen entgegenstehe.[26] Die Judikatur hat zu dieser Frage bislang nicht Stellung beziehen müssen. Gewisse Rückschlüsse lassen freilich jene Entscheidungen erwarten, die sich mit dem Wegfall einer kollektivvertraglichen BV-Ermächtigung befassen. Die Weitergabe einer dem KollV vorbehaltenen Angelegenheit an die BV entspricht nämlich zumindest ihrem Typus nach einer Zulassungsnorm: Aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung des § 29 ArbVG wird durch eine solche KollV-Klausel der zulässige Gestaltungsspielraum erweitert, welcher den BV-Parteien zur Verfügung steht.[27] Soweit ersichtlich hatte sich die Judikatur bislang allerdings nur mit Fällen zu beschäftigen, in denen der Wegfall der kollektivvertraglichen Ermächtigung auf das Ausscheiden aus dem Geltungsbereich des KollV zurückzuführen war, weshalb mangels Erlöschens des KollV dessen Nachwirkung von vornherein nicht in Betracht kam.[28] Die hinsichtlich der Ursache für den Wegfall der Ermächtigung nicht differenzierende Begründung dieser Entscheidungen deutet allerdings darauf hin, dass nicht mit einer Bejahung der Nachwirkung von Zulassungsnormen durch den OGH zu rechnen ist.[29]

Anderes könnte freilich in Bezug auf doppelfunktionale KollV-Bestimmungen gelten. Dies erscheint besonders dann naheliegend, wenn man die Nachwirkung als umfassenden Kontinuitäts- und Vertrauensschutz in Bezug auf die kollektivvertrag-

---

22 *Gahleitner*, DRdA 2006, 342; *Jabornegg*, Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung, DRdA 2012, 295 (305).

23 *Rebhahn/Kietaibl*, ecolex 2005, 55 ff; enger *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ §§ 3–4c AZG Rz 9.

24 *Rebhahn/Kietaibl*, ecolex 2005, 57; *Steiner-Motsch*, ASoK 2014, 246 f.

25 *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II⁴ (2001) 129; *Gahleitner*, DRdA 2006, 342.

26 *Gahleitner*, DRdA 2006, 342; *Jabornegg*, DRdA 2012, 305; *Chr. Klein* in *Gasteiger/Heilegger/Klein*, AZG⁷ § 1a Rz 7; vgl auch *Holzer*, Strukturfragen 78.

27 *Floretta*, DRdA 1973, 2.

28 OGH 21.12.2000, 8 ObA 125/00s, DRdA 2001/47, 547 (*Weiß*) = Arb 12.066; OGH 7.5.2008, 9 ObA 15/07g, wbl 2008/237, 495.

29 Vgl *Rebhahn/Kietaibl*, ecolex 2005, 54 FN 6.

lichen Entgelt- und Arbeitsbedingungen begreift,[30] der sich zudem nicht allein auf den Schutz der AN beschränkt.[31] Wiederum lassen sich aus den Rechtsfolgen, die der Wegfall der KollV-Ermächtigung für den Abschluss einer BV zeitigt, Rückschlüsse auf die Reichweite der Nachwirkung gem § 13 ArbVG ziehen: Wenn man den doppelfunktionalen KollV-Bestimmungen Nachwirkung zugesteht, knüpfen sich daran zwangsläufig auch Folgewirkungen. Insb stellt sich dann die Frage, warum bei Erlöschen des KollV den doppelfunktionalen KollV-Bestimmungen Nachwirkung zuteil wird, während es zu keiner Nachwirkung kommen soll, wenn sich der KollV auf die Schaffung einer Zulassungsnorm beschränkt und die darauf aufbauende Inhaltsnorm durch BV geschaffen wird: Der Entfall der kollektivvertraglichen Zulassungsnorm zieht hinsichtlich des erweiterten Gestaltungsspielraums den Verlust der BV-Fähigkeit nach sich und bewirkt damit das Erlöschen der BV; gleichzeitigt scheidet eine Nachwirkung der BV gem § 32 Abs 3 ArbVG mangels Kündigung aus.[32] Ob allein der Umstand, dass die inhaltliche Regelung einmal durch den KollV und einmal durch die BV geschaffen wird, einen ausreichenden Grund für die unterschiedliche Ausgestaltung der Nachwirkung bildet, ist jedoch zweifelhaft. Einen Ausweg könnte die analoge Anwendung des § 13 ArbVG auf die wegen Wegfalls der Rechtsgrundlage erloschene BV bieten. Gerade dieser Lösungsweg stünde aber im Widerspruch zur Judikatur des OGH: Dieser trat der von *Jabornegg* vertretenen analogen Anwendung des § 13 ArbVG auf kollektivvertragsergänzende bzw -ersetzende Inhaltsnormen einer BV, die auf einer KollV-Ermächtigung iSd § 29 ArbVG beruht und ohne Kündigung erlischt,[33] ausdrücklich nicht bei.[34] Wenn aber die Rsp eine analoge Anwendung des § 13 ArbVG selbst bei Erlöschen einer KollV-Ermächtigung iSd § 29 ArbVG ablehnt, obwohl eine Nachwirkung dort – nicht zuletzt wegen der unbeschränkten Regelungsmöglichkeit durch Einzelvereinbarung – weniger dogmatische Schwierigkeiten verursachen würde,[35] kommt diese bei Wegfall der kollektivvertraglichen Zulassung erst recht nicht in Betracht. Dementsprechend fügt sich das nachwirkungslose Erlöschen auch doppelfunktionaler KollV-Bestimmungen wertungskohärent in die bisherige Judikatur ein.

---

30 Für ein solches Verständnis insb *Jabornegg*, Die Wahl des Kollektivvertrages durch den Arbeitgeber – eine Option des geltenden Arbeitsverfassungsrechts? DRdA 2005, 107 (120); *ders*, DRdA 2012, 303.

31 AA insb *K. Mayr* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 97 Rz 124 (38. Lfg, 2016).

32 Vgl wiederum OGH 21.12.2000, 8 ObA 125/00s, DRdA 2001/47, 547 (*Weiß*) = Arb 12.066; OGH 7.5.2008, 9 ObA 15/07g, wbl 2008/237, 495.

33 *Jabornegg*, DRdA 2005, 120 f; *ders*, DRdA 2012, 304 f.

34 OGH 23.11.2005, 9 ObA 128/04w, DRdA 2006/42, 467 (*Grillberger*) = ZAS 2006/41, 278 (*Winkler*).

35 *Gahleitner*, DRdA 2006, 343.

3.4 Satzungsfähigkeit

Die hA spricht sich für die Satzungsfähigkeit von Zulassungsnormen aus, solange die allgemeinen Voraussetzungen des § 18 ArbVG erfüllt sind.[36] Dieser Auffassung ist zwar zuzugestehen, dass sie im Wortlaut des ArbVG Deckung findet,[37] allerdings weist sie auch eine offene Flanke auf: die fehlende Auseinandersetzung mit den Wertungen des Arbeitszeitrechtes. Gerade diese schüren jedoch Zweifel: Nicht nur, dass das AZG zwischen Regelungsermächtigungen für den KollV auf der einen Seite (zB § 4 Abs 1 AZG) und solchen für sämtliche Instrumente der kollektiven Rechtsgestaltung auf der anderen Seite (zB § 12a Abs 5 AZG) unterscheidet; vielmehr trifft es mit der vielfach angeordneten Weiterleitung der kollektivvertraglichen Regelungsermächtigung an die BV – entweder bei Fehlen eines KollV (zB § 13b Abs 2 und Abs 3 AZG) oder bei Fehlen einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft auf AG-Seite (zB § 1a Z 2 AZG) – Vorkehrungen für Sachverhaltskonstellationen, denen innerhalb des Regelungssystems des ArbVG durch die Substitutionsformen des KollV begegnet wird.[38] Hält man sich zudem vor Augen, dass die hA wegen des Charakters des Arbeitszeitrechtes als öffentlich-rechtliches (Gesundheits-)Schutzrecht eine extensive Auslegung der arbeitszeitrechtlichen Zulassungsermächtigungen ablehnt und zudem auch eine einschränkende Interpretation der §§ 13, 29 ArbVG vornimmt, verliert die aus dem Wortlaut des § 18 ArbVG abgeleitete Satzungsfähigkeit von Zulassungsnormen erheblich an Überzeugungskraft; dies umso mehr, als das zentrale Argument, welches für die Nachwirkung von Zulassungsnormen bzw doppelfunktionalen KollV-Bestimmungen vorgebracht wird, die Bewahrung der Ausgewogenheit des Verhandlungsergebnisses der KollV-Parteien, in diesem Zusammenhang ohnehin nicht in gleicher Weise verfängt: Sofern man Zulassungsnormen die Satzungsfähigkeit abspricht, können mit diesen im „*rechtlichen und sachlichen Zusammenhang*" stehende Bestimmungen aufgrund des Erfordernisses der Konnexität ebenfalls nicht zur Satzung erklärt werden (vgl § 18 Abs 2 ArbVG).

---

[36] *M. Löschnigg*, Strukturfragen der Satzung (2010) 62 ff; *Runggalider/Potz* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 18 Rz 4 (4. Lfg, 2007); *Melzer-Azodanloo* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 18 Rz 15 (42. Lfg, 2017); *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 18 Rz 12; aA *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[12] (2023) 259, weil dies nicht gewährleiste, dass auch die Voraussetzungen der Zulassungsermächtigung in Bezug auf die durch die Satzung zu erfassenden Arbeitsverhältnisse erfüllt sind.

[37] Vgl dem gegenüber § 14 Abs 1 KollVG, der noch auf solche KollV-Bestimmungen abstellte, „*die die Rechtsverhältnisse zwischen den Dienstgebern und Dienstnehmern regeln*"; dazu einerseits *Martinek*, DRdA 1969, 57 sowie andererseits *Floretta*, DRdA 1973, 8; zum ArbVG vgl *Schrammel*, Probleme der Satzung von Kollektivverträgen, ZAS 1998, 135 (135 f), der grundsätzlich nur jenen Regelungen die Satzungsfähigkeit abspricht, die sich auf ausgeschiedene AN beziehen.

[38] Vgl *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 100 f; mittlerweile wohl aA *Pfeil* in *Auer-Mayer/Felten/Pfeil*, AZG[4] § 1a Rz 13.

4. Betriebsvereinbarung

4.1 Allgemeines

Einer bis zum AchtstundentagG zurückreichenden Tradition entsprechend berufen die Zulassungsermächtigungen grundsätzlich den KollV dazu, Abweichungen von den arbeitszeitrechtlichen Mindeststandards zu erlauben. Unter dem Schlagwort „Stärkung der betrieblichen Ebene“[39] wird jedoch zunehmend auch die BV mit dieser Rechtsmacht betraut.[40] Dies erfolgt einerseits, indem der Gesetzgeber die BV unmittelbar zur Schaffung von Zulassungsnormen ermächtigt (zB § 4 Abs 2 S 2, Abs 8 AZG), sowie andererseits, indem den KollV-Parteien gestattet wird, ihre Regelungsmacht an die BV weiterzugeben (zB § 1a Z 1, § 5 Abs 2 Z 1 AZG).[41] Im Schrifttum stößt dies freilich nicht auf ungeteilte Zustimmung: Nicht nur, dass die Auswirkungen der Arbeitszeitflexibilisierung auf das Entgelt (Entfall von Überstunden) eine Zuständigkeit der KollV-Parteien geboten erscheinen lasse,[42] vielmehr sei den BV-Parteien auch die Fähigkeit abzusprechen, eine hinreichende Berücksichtigung des mit dem Arbeitszeitrecht verfolgten Gesundheitsschutzes zu gewährleisten.[43]

4.2 BV-Typus

Abseits der rechtspolitischen Kritik werfen die „Zulassungs-BV“ auch eine Vielzahl rechtsdogmatischer Fragen auf, derer sich der Gesetzgeber nicht angenommen hat. Dazu zählen neben der Erzwingbarkeit dieser BV vor allem deren Beendigung (insb Kündigung) und allfällige Nachwirkung. Die Beantwortung dieser Fragen hängt dabei von einer grundsätzlichen Weichenstellung ab: Unterliegen alle BV ausnahmslos den allgemeinen Beendigungsmodalitäten des § 32 ArbVG, wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich anderes anordnet? Überzeugend bemüht *Strasser* in diesem Zusammenhang die Parallele zum ABGB: Ebenso wie im Schuldvertragsrecht erlaubt auch im Betriebsvereinbarungsrecht das Herausarbeiten gemeinsamer Merkmale den Rückschluss auf übergreifende Prinzipien. Diese finden im Betriebsvereinbarungsrecht ihren Ausdruck insb in den zum ArbVG entwickelten BV-Typen.[44]

---

39 Vgl zB ErläutRV 141 BlgNR 23. GP 3.

40 Vgl den Überblick bei *Glowacka*, Die Rolle der BV im Zusammenhang mit Überstunden, ZAS 2019/37, 203.

41 Vgl zu den Rechtsgrundlagen im AZG zur Schaffung von Inhaltsnormen (zB § 4b Abs 2, § 11 Abs 2 AZG) insb *Strasser*, Die Rechtsgrundlagen für Betriebsvereinbarungen im Arbeitszeitgesetz, wbl 1995, 396 (398 ff).

42 *Cerny* in *Resch*, Arbeitszeitrecht 36 f; *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 86; *ders* in *Auer-Mayer/Felten/Pfeil*, AZG[4] § 4 Rz 4.

43 *Cerny*, Probleme des Arbeitszeitrechts, in FS Weißenberg (1980) 255 (259); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 55 f; *Gahleitner*, Möglichkeiten der Arbeitszeitregelung – Schluss, DRdA 2006, 447; zweifelnd selbst in Bezug auf den KollV *G. Klein*, DRdA 1998, 183.

44 *Strasser*, wbl 1995, 396.

Das Schrifttum bemüht sich um eine Einordnung der „Zulassungs-BV" in das zum ArbVG herausgearbeitete System der BV-Typen; das ist schon deshalb geboten, weil durch den offenen Wortlaut des § 29 ArbVG auch die „Zulassungs-BV" mittelbar im ArbVG verankert ist.[45] Einigkeit herrscht zunächst insoweit, als mangels ausdrücklich normierter Zuständigkeit der Schlichtungsstelle die Erzwingbarkeit einer „Zulassungs-BV" ausscheidet.[46] Dementsprechend bleibt nur noch eine Zuordnung entweder zum Typus der fakultativen BV oder der notwendigen BV zu erwägen. Zwar kann sich die Qualifikation als fakultative BV auf den Wortlaut berufen (§ 32 Abs 1 ArbVG iVm § 96 Abs 2 ArbVG e contrario), sie steht aber im Widerspruch zum inneren System des ArbVG: Die durch die Zulassungsermächtigungen vorgesehene Art der Mitbestimmung entspricht jener des § 96 ArbVG, der sogenannten notwendigen Mitbestimmung.[47] Die Regelungssperre gegenüber (im Stufenbau der Arbeitsrechtsordnung) nachgeordneten Rechtsquellen sowie der Ausschluss einer Rechtskontrolle ebenso wie einer Zwangsschlichtung spricht für die Qualifikation als notwendige BV.[48] Die Beendigungsmodalitäten der „Zulassungs-BV" richten sich daher nach § 96 Abs 2 ArbVG, weshalb sowohl eine gegenüber autonomen Beendigungsregeln subsidiäre Möglichkeit zur frist- und terminlosen Kündigung zur Anwendung gelangt als auch eine Nachwirkung der gekündigten BV ausgeschlossen ist.[49] Diese Qualifikation der „Zulassungs-BV" trägt nicht nur dem inneren System der BV-Typen Rechnung, sondern vermeidet auch Unstimmigkeiten zur Behandlung der kollektivvertraglichen Zulassungsnormen: Einerseits untermauern die teleologischen Einwände gegenüber einer Nachwirkung von kollektivvertraglichen Zulassungsnormen die systematische Einordnung der „Zulassungs-BV" zusätzlich. Andererseits fallen die unterschiedlichen gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten (vgl § 17 Abs 1, § 96 Abs 2 ArbVG) mit Blick auf ihre Subsidiarität gegenüber autonomen

---

45 Dieser definiert die BV als „*schriftliche Vereinbarung […] in Angelegenheiten […], deren Regelung durch Gesetz […] der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist*" (Hervorhebung durch den Verfasser).

46 Nur eine scheinbare Ausnahme bilden die Gleitzeit-BV und die Schichtarbeits-BV (vgl § 4a Abs 3, § 4b AZG): Das AZG steckt nämlich für diese Arbeitszeitmodelle einen – über die allgemeinen Grenzen hinausgehenden – zulässigen Rahmen ab, während sich diese BV auf die Regelung der Lage und der Verteilung der Arbeitszeit innerhalb dieses erweiterten Rahmens beschränken, vgl *Chr. Klein* in *Gasteiger/Heilegger/Klein*, AZG[7] § 1a Rz 8; weiters *Schrank*, Arbeitszeit[7] § 4 AZG Rz 96.

47 *Jabornegg*, DRdA 2012, 308, der dafür den Begriff „zwingende Mitbestimmung" gebraucht.

48 *Gahleitner*, DRdA 2006, 450 f; *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 88 f; *Mathy/Trost*, Vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit – Rechtsfolgen der Aufhebung des § 7 Abs 4 AZG durch die AZG-Novelle 2018, in *Felten/Trost* (Hrsg), Arbeitszeitrecht neu (2018) 131 (133 ff); aA *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 16; *Schrank*, Arbeitszeit[7] § 1a AZG Rz 11.

49 *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 89 ff; weiters *Gahleitner*, DRdA 2006, 451; aA *Schrank*, Arbeitszeit[7] § 1a AZG Rz 11; tlw aA nunmehr auch *Pfeil* in *Auer-Mayer/Felten/Pfeil*, AZG[4] § 1a Rz 16 f, der hinsichtlich der Kündigungsfristen und -termine § 32 Abs 1 ArbVG zur Anwendung bringen will.

Regelungen nicht entscheidend ins Gewicht und können sich im Bereich der notwendigen Mitbestimmung zudem auf eine deutliche Wertentscheidung des Gesetzgebers stützen (arg aus § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG).

4.3 Delegierung an die BV

Die bloß mittelbare Verankerung kollektivvertraglicher Zulassungsnormen im ArbVG wirft die Frage auf, ob § 29 ArbVG eine ausreichende Grundlage für die Delegierung der damit verbundenen besonderen Rechtsmacht an die BV-Parteien bildet. Im Schrifttum etablierte sich dazu bereits kurz nach dem Inkrafttreten des ArbVG eine ablehnende Haltung. Diese stützte sich zunächst auf den Wortlaut der damaligen Zulassungsermächtigungen, der ausdrücklich nur auf den KollV abstellte. Gleichzeitig wurde auch ins Treffen geführt, dass von den BV-Parteien keine ausgewogene Berücksichtigung der berührten sozial- sowie wirtschaftspolitischen Interessen zu erwarten sei.[50] Während diese Position – trotz Kritik[51] – nach wie vor als herrschend zu bezeichnen ist,[52] wurde zumindest ihrer ursprünglichen Begründung sukzessive die Berechtigung entzogen. Der Gesetzgeber nahm in eine stetig wachsende Zahl von Zulassungsermächtigungen die Befugnis der KollV-Parteien auf, die Rechtsmacht zur Schaffung von Zulassungsnormen an die BV-Parteien weiterzugeben. Als Schlussstein dieser Entwicklung wurde mit BGBl I 2007/61 die allgemeine Zulässigkeit einer solchen Delegierung in § 1a Z 1 AZG normiert. Dies erfolgte aber nicht nur eingeschränkt auf den Geltungsbereich des AZG, sondern auch nur insoweit als dieses nichts Abweichendes bestimmt. Vor diesem Hintergrund erweist sich nicht mehr die fehlende Bedachtnahme, sondern vielmehr die konkrete Art und Weise, wie die BV im Rahmen der Zulassungsermächtigungen im AZG berücksichtigt wird, als zentraler Anknüpfungspunkt für die hA. Gerade weil der Gesetzgeber mit seinen Regelungen die herrschende Auslegung des § 29 ArbVG voraussetzt, legt dies den Schluss e contrario nahe.[53] Diese Auffassung erfährt dadurch weitere Bestätigung, dass – jedenfalls bei einem strengen Verständnis der in § 1a AZG angeordneten Subsidiarität[54] – die Rechtsmacht, die Schaffung von Zulassungsnormen an die BV zu delegieren, selbst im AZG nicht vollständig verwirklicht ist: Sofern eine

[50] *Strasser* in *Floretta/Strasser* (Hrsg), ArbVG-HK (1975) 32; vgl weiters *Cerny* in FS Weißenberg 259; *Holzer*, Strukturfragen 111 f; *Grillberger*, Rechtsfragen der kollektivvertraglichen Arbeitszeitverkürzung, RdW 1987, 199 (202).

[51] *B. Schwarz*, Rechtsfragen der Anwendung von Kollektivvertragsbestimmungen, DRdA 1994, 365 (373 f); *Schindler*, Das Zusammenspiel von Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung, in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Betriebsvereinbarungen (2010) 99 (107 f, 113 f, 118 f); vgl auch *Schrank*, Arbeitszeit[7] § 1a AZG Rz 1.

[52] *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 29 Rz 26 (5. Lfg, 2008); *Födermayr* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 29 Rz 39 (58. Lfg, 2020); *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 29 Rz 41.

[53] *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 79; ebenso *Schrank* in *Tomandl*, Probleme des Kollektivvertragsrechts 23 f; aA *ders*, Arbeitszeit[7] § 1a AZG Rz 1.

[54] Der Gesetzgeber hat dieses Problem zwar grundsätzlich erkannt (vgl ErläutRV 141 BlgNR 23. GP 5), allerdings nur partiell einer Lösung zugeführt (vgl § 5a Abs 4 AZG).

Zulassungsermächtigung nämlich vorsieht, dass die Regelungsbefugnis auf die BV übergeht, wenn für den Betrieb kein KollV wirksam ist (zB § 13b Abs 2 und Abs 3 AZG), beansprucht diese „Delegierung kraft Gesetzes" Vorrang vor § 1a Z 1 AZG.[55]

In engem Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer Delegierung der Zulassungsermächtigung steht die Frage nach möglichen Vorbehalten, welche die KollV-Parteien an die Weitergabe dieser Ermächtigung knüpfen dürfen (zB Zustimmung der KollV-Parteien zur BV). Ein TdL steht einer solchen „halben Weitergabe" ablehnend gegenüber.[56] Der Wortlaut des § 29 ArbVG, welcher ein solches Vorgehen ausdrücklich weder erlaubt noch verbietet,[57] lässt keine abschließende Beurteilung zu. Allerdings spricht die grundlegende Wertentscheidung der österreichischen Arbeitsrechtsordnung zugunsten eines (relativen) Vorrangs des KollV gegenüber der BV doch entschieden für die Zulässigkeit sowohl einer teilweisen als auch einer bedingten Weitergabe der Regelungsmacht.[58]

4.4 Regelungszuständigkeit der BV

Durch die Betrauung der BV mit Fragen der Arbeitszeitflexibilisierung rücken auch die Grenzen der Betriebsvereinbarungsfähigkeit vermehrt in den Fokus. Dies betrifft in erster Linie die Gegenleistung für eine Flexibilisierung der Arbeitszeit, die nicht die Arbeitszeitsouveränität der AN stärkt, sondern vielmehr dem Bedürfnis des AG dient, durch bedarfsorientierten AN-Einsatz Arbeitsspitzen abzudecken, ohne Überstundenentgelt zahlen zu müssen. Sofern als Gegenleistung verbesserte Entgeltbedingungen oder erweiterte Mitwirkungsrechte des BR angedacht werden, erweist sich nach hA das den BV-Parteien durch Gesetz eingeräumte Regelungspouvoir bald als erschöpft.[59] Ein TdL tritt demgegenüber für die Qualifikation solcher Gegenleistungen als zulässiger BV-Inhalt ein, da ansonsten die von AG-Seite gewünschte Arbeitszeitflexibilisierung vielfach nicht zustande kommen werde.[60] Gerade weil diese Streitfrage Strukturmerkmale der österreichischen Arbeitsrechtsordnung berührt, muss sie in breiterem Kontext betrachtet werden.

---

55 *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 80; aA *Schrank*, Arbeitszeit[7] § 1a AZG Rz 10.

56 *Schrank* in *Tomandl*, Probleme des Kollektivvertragsrechts 27 f; *ders*, Arbeitszeit[7] § 1a AZG Rz 21 f; *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 29 Rz 29.

57 Vgl einerseits *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 29 Rz 29 sowie andererseits *Schindler* in *Tomandl/Schrammel*, Betriebsvereinbarungen 116.

58 *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 98 f; *Schindler* in *Tomandl/Schrammel*, Betriebsvereinbarungen 116 ff; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 29 ArbVG Rz 8; vgl weiters *Grillberger*, RdW 1987, 200 f; *B. Schwarz*, DRdA 1994, 374.

59 *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 85 f.

60 *Gahleitner*, DRdA 2006, 448 f; *Chr. Klein* in *Gasteiger/Heilegger/Klein*, AZG[7] § 1a Rz 10.

Im Allgemeinen wird durch das ArbVG die Regelung sowohl des Zeitlohns als auch des Arbeitszeitausmaßes dem KollV vorbehalten.[61] In Judikatur und Schrifttum wurde allerdings erwogen, ob die arbeitszeitbezogenen BV-Tatbestände des ArbVG auch eine Befugnis zur Regelung des Entgelts in sich schließen.[62] Die diesbezüglichen Diskussionen führten zur mittlerweile hA, dass bloße „Reflexwirkungen" auf den Zeitlohn keine Überschreitung der gesetzlichen Regelungsbefugnis bewirken.[63] Die Grundlage für Entgeltregelungen als Gegenleistung für die Arbeitszeitflexibilisierung kann sich daher – wenn überhaupt – nur in den Zulassungsermächtigungen selbst finden lassen. Dem Wortlaut dieser Bestimmungen ist allerdings kein Hinweis zu entnehmen, der diese Interpretation decken würde. Im Gegenteil: Eine solch extensive Auslegung stünde vielmehr in Widerspruch zu den arbeitszeitrechtlichen Wertungen. Letztlich verbietet sich eine interpretative Erweiterung des gesetzlichen Regelungspouvoirs der BV aber auch aus anderen Erwägungen. Überschneidende Kompetenzen zwischen KollV und BV bergen stets die Gefahr einer Konkurrenzierung der Gewerkschaften. Eine solche steht jedoch nicht nur im Widerspruch zur Absicht des historischen Gesetzgebers,[64] sondern auch zu den sich aus der Koalitionsfreiheit ergebenden Schutzpflichten des Gesetzgebers.[65] Sofern den BV-Parteien die Zuständigkeit zu Entgeltregelungen nicht iSd § 29 ArbVG durch KollV eingeräumt wurde, bleibt diesen die Schaffung eines unmittelbaren rechtsverbindlichen Anspruchs auf einen „Flexibilisierungszuschlag" oder ähnliche Entgeltbestandteile daher verwehrt.[66]

Ein ähnliches Bild ergibt sich auch in Bezug auf eine Rechtssetzungsbefugnis zur Schaffung weiterer Mitwirkungsrechte. Eine solche lässt sich de lege lata nicht begründen. Dies zeigt sich vor allem daran, dass die noch in der RV zum ArbVG den KollV-Parteien eingeräumte Möglichkeit zur „*Erweiterung der gesetzlich vorgesehenen Mitwirkungsbefugnisse der Arbeitnehmerschaft*" letztlich nicht Eingang ins Gesetz fand. Die darin zum Ausdruck kommende bewusste Entscheidung des Gesetzgebers erscheint nach wie vor maßgeblich,[67] da sich dem seither geschaffenen Geset-

[61] Statt vieler *Strasser*, Das Verhältnis Kollektivvertrag – Betriebsvereinbarung als sozialpolitisches und wirtschaftspolitisches Problem, in FS Cerny (2001) 473 (477 ff).

[62] Vgl Schlichtungsstelle beim EA Wien 10.10.1984, Sch 1/84, Arb 10.381; *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-HK 570.

[63] Vgl OGH 30.9.2009, 9 ObA 121/08x, DRdA 2011/28, 337 (*Runggaldier/Firneis*); OGH 29.1.2014, 9 ObA 150/13v, DRdA 2014/51, 586 (*Reissner*) = Arb 13.138.

[64] 164 BlgKNV 9 f.

[65] *Schindler* in *Tomandl/Schrammel*, Betriebsvereinbarungen 103 ff; *Jabornegg*, DRdA 2012, 297; *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz (2015) 374 f.

[66] *Pfeil* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitszeitprobleme 85 f, 91 f. Zur Möglichkeit ergänzend zur Zulassungs-BV rechtlich unverbindliche Vertragsschablonen auszuverhandeln, vgl *Jabornegg*, DRdA 2012, 297 f.

[67] Anderes ergibt sich auch nicht aus der Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Befugnisse im Rahmen der Europäischen Betriebsverfassung (zB § 189 ArbVG), vgl zum gleichgelagerten Problem in Bezug auf das Organisationsrecht *Kammler/Resch*, Arbeitsrecht[8] (2023) Rz 895.

zesrecht – insb auch im Arbeitszeitrecht – kein hinreichend deutlicher Anhaltspunkt für eine Revision dieser Wertentscheidung entnehmen lässt.[68] Die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft bilden damit zwar keine zur Gänze abgeschlossene Ordnung,[69] der Spielraum innerhalb dessen eine Erweiterung durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung möglich ist, stellt sich aber als erheblich eingeschränkt dar (vgl insb § 2 Abs 2 Z 5 und Z 6, § 29, § 94 Abs 3 und Abs 6, § 95 Abs 1 ArbVG).

5. Fazit

Das Zusammenspiel zwischen arbeitszeitrechtlichen Zulassungsermächtigungen und arbeitsverfassungsrechtlichen Regelungsermächtigungen wirft nach wie vor eine Vielzahl von Rechtsfragen auf. Daran vermochte auch die im Wege des Verweises auf andere Gesetze – sowohl auf der Ebene des KollV (§ 2 Abs 2 Z 7 ArbVG) als auch auf der Ebene der BV (§ 29 ArbVG) – erfolgte Einbeziehung der Zulassungsnormen in den Regelungsrahmen des ArbVG nichts zu ändern. Dies ist letztlich auch nicht verwunderlich, gilt es doch die spezifischen arbeitszeitrechtlichen Wertungen in Einklang mit den Regelungen des ArbVG zu bringen.

Ein korrigierendes Eingreifen des Gesetzgebers scheint dennoch nicht zwangsläufig erforderlich zu sein: Im Allgemeinen werden die bestehenden Streitfragen einer stimmigen Lösung zugeführt, indem der hinter den arbeitszeitrechtlichen Normen stehende Schutzzweck als Begründung für eine Einschränkung der Regelungen des ArbVG herangezogen wird. Sofern dies nicht (mehr) dem Willen des Gesetzgebers entspricht und sich dieser zu Änderungen veranlasst sieht, sollten diese freilich „das große Ganze“ nicht aus den Augen verlieren; das in Bezug auf die Weitergabe der Rechtsmacht, Zulassungsnormen zu schaffen, bestehende „Flickwerk“ im AZG soll diesbezüglich als mahnendes Beispiel dienen.

Die Diskussion im Zusammenhang mit den zulässigen Gegenleistungen für eine im AG-Interesse gelegene Arbeitszeitflexibilisierung zeigt neuerlich, dass die Möglichkeit zur Erweiterung der Mitwirkungsrechte de lege ferenda erstrebenswert ist. Diese Rechtsmacht scheint dabei auf der Ebene des KollV am besten aufgehoben zu sein.[70] Demgegenüber begegnen einer Öffnung der BV gegenüber Entgeltregelungen nicht nur rechtspolitische, sondern auch rechtsdogmatische Bedenken. Sofern man dem näher treten will, wird dies aufgrund der Schutzpflichten des Gesetzgebers aus

---

[68] *Jabornegg*, DRdA 2012, 307.

[69] *Felten*, Kollektivvertrag darf Kündigungsmöglichkeit nicht vom Abschluss eines Sozialplans abhängig machen, DRdA 2018/16, 152 (156 f).

[70] Vgl bereits *Strasser*, Die Gestaltung der Betriebsverfassung als gesellschaftspolitisches Problem, in FS Schmitz I (1967) 295 (301); *Cerny*, Entwicklung der Arbeitsverfassung aus der Sicht der Arbeitnehmer, in *Grillberger* (Hrsg), 30 Jahre ArbVG (2005) 9 (24); *Mosler*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Kollektive Rechtsgestaltung, DRdA 2014, 511 (516).

der Koalitionsfreiheit mit einer Stärkung der gewerkschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten innerhalb der Betriebsverfassung einhergehen müssen.[71]

[71] Vgl *Mathy*, Minderheitsrechte im Betriebsrat (2022) 351 ff.

Arbeitsbedingungen und Gesundheitsschutz

Andreas Mair

1. Grundlegung 265
2. Kollektivvertrag 266
   2.1 Rechtstatsächlicher Befund 266
   2.2 Rechtliche Grundlage 270
3. Betriebsvereinbarung 271
   3.1 § 97 Abs 1 Z 6a ArbVG 271
   3.2 § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG 273
4. Ausblick 274

1. Grundlegung

Dass der Erhalt und der Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von AN ein zentrales Thema für die Durchführung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses ist, ist offensichtlich.[1] Nicht nur, dass gesundheitsbeeinträchtigende oder sogar -gefährdende Arbeitsbedingungen zu (kostspieligen) Ausfallzeiten führen und damit finanzielle und organisatorische Belastungen sowohl für die AG als auch für die sozialen Sicherungssysteme mit sich bringen. Die Sorge um die Gesundheit von AN an ihrem Arbeitsplatz hat auch grund- bzw menschenrechtliche Relevanz, verbürgt doch die GRC in ihrem Art 31 Abs 1 für AN das Recht auf gesunde Arbeitsbedingungen und verpflichtet Art 3 Abs 1 ESC (rev) die Vertragsstaaten (und somit auch Österreich) im Rahmen des dort garantierten Rechts auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen dazu,[2] „eine kohärente nationale Politik auf dem Gebiet der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer sowie der Arbeitsumwelt festzulegen, umzusetzen und in regelmäßigen Abständen zu überprüfen". Vorrangiges Ziel dieser Politik soll es ua sein, die „Gesundheit bei der Arbeit zu verbessern sowie Unfälle und Beeinträchtigungen der Gesundheit, die sich aus der Arbeit ergeben, mit der Arbeit verbunden sind oder im Verlauf der Arbeit auftreten, insbesondere dadurch zu verhüten, dass die Ursachen der Gefahren in der Arbeitsumwelt so weit wie möglich verringert werden".

Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit von AN am Arbeitsplatz zu setzen, kann aber nicht nur eine staatliche Aufgabe allein sein, zumal in Österreich die Gestaltung der Arbeitsbedingungen im hohen Maß den betrieblichen und über-

---

1 Statt vieler *Fischer/Palier*, Gesundheitsförderung im Betrieb, ZAS 2011/50, 303.

2 BGBl III 2011/112. Zur ESC (rev) siehe *Pačić*, Revidierte Europäische Sozialcharta in Österreich, Deutschland und Ungarn, ALJ 2022, 129 ff.

betrieblichen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretungen überantwortet ist.[3] Definiert man mit der Weltgesundheitsorganisation (WHO) „Gesundheit" als einen „Zustand vollkommenen physischen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht bloß das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen",[4] ergibt sich für die Kollektivvertrags- und Betriebsvereinbarungsparteien grundsätzlich ein weites Betätigungsfeld, um den grund- und menschenrechtlichen Anspruch von AN auf gesunde Arbeitsbedingungen rechtlich zu realisieren. Inwieweit dies im Rahmen der Vorgaben des ArbVG umgesetzt werden kann, soll im nachstehenden Beitrag dargestellt werden.

2. Kollektivvertrag

2.1 Rechtstatsächlicher Befund

Eine Abfrage zum Suchwort „Gesundheit" auf der Website „kollektivvertrag.at" ergibt an die 500 Treffer im Volltext, das Thema „Gesundheit" ist also in der Realität kollv Rechtsetzung sehr stark präsent. Eine nähere Strukturierung der Trefferergebnisse zeigt, dass in quantitativer Hinsicht an der Spitze jener kollv Bestimmungen, die einen textlichen Bezug zu „Gesundheit" aufweisen, – wenig überraschend – Entgeltregelungen stehen, gefolgt von spezifisch gesundheitsbezogenen Regelungen und Regelungen im Kontext von Nacht- bzw Nachtschwerarbeit. In mehreren KollV ist auch die textliche Referenz auf „Gesundheit" im Zusammenhang mit solchen Regelungen vertreten, die sich mit der Begründung[5] bzw der Beendigung von Arbeitsverhältnissen[6] beschäftigen. Eher punktuell, dh in nur relativ wenigen KollV, finden sich in folgenden Regelungsfeldern textliche Bezugnahmen auf „Gesundheit": Ar-

[3] Stichwort „Kollektivvertragsautonomie" (*Marhold*, Kollektivvertragsautonomie, in FS für Walter J. Pfeil [2022] 210 ff; *Felten/Mosler*, 100 Jahre Kollektivvertragsrecht, DRdA 2020, 92 [95]; *Mair*, Die Außenseiterwirkung des Kollektivvertrags [2020] 32 ff) einerseits und „Betriebsautonomie" (*Marhold*, Zur Regelungsbefugnis der Betriebspartner, ZAS 1991, 95) andererseits. Art 3 Abs 1 ESC (rev) betont daher konsequenterweise die Einbindung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen bei der Verwirklichung des dort garantierten Rechts auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen.

[4] Diese Definition entstammt der Satzung der WHO, BGBl 1949/96.

[5] ZB § 5 Abs 2 KollV für die Angestellten des Umweltbundesamtes: „Eine Anstellung setzt ausreichende Gesundheit voraus. Unterzieht sich der Bewerber/die Bewerberin auf Aufforderung des Umweltbundesamtes einer vertrauensärztlichen Untersuchung, trägt das Umweltbundesamt die Kosten (…)".

[6] Etwa § 33 Abs 7 KollV Telekom Austria AG: „Ein wichtiger Grund, der die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Austritt) berechtigt, liegt insbesondere vor, wenn die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer zur Dienstleistung unfähig wird oder die Dienstleistung ohne Schaden für ihre bzw. seine Gesundheit nicht mehr fortsetzen kann".

beitszeit (inklusive Pausen),[7] Dienstbefreiung (Dienstverhinderung),[8] Pflichten von AN[9] und AG,[10] Schichtarbeit[11] und Urlaub.[12]

Kollv Entgeltregelungen, die sich auf „Gesundheit" beziehen, möchten im Wesentlichen den AN einen Anspruch auf spezifische Zulagen verschaffen. So finden sich in diversen KollV als „Gefahrenzulage" oder als „SEG"[13] titulierte Zahlungen statuiert, bei denen die aufgrund der konkreten Tätigkeit resultierende Gefahr einer Gesundheitsschädigung bei AN der Anlass bzw die inhaltliche Begründung für die Zuerkennung einer „Gefahrenzulage" ist. So etwa in Punkt XIV KollV Österreichi-

---

7 ZB § 7 Z 4 KollV für die ständigen Arbeitskräfte in landwirtschaftlichen Gutsbetrieben im Bundesland Oberösterreich: „(…) Weibliche Dienstnehmer dürfen ohne Unterschied des Alters zur Nachtarbeit, Jugendliche bis zum vollendeten 18. Lebensjahr, zur Nachtarbeit und Überstundenarbeit nicht und zu Arbeiten an Sonn- und Feiertagen nur in besonders dringlichen Fällen herangezogen werden. Es ist auf ihre Gesundheit und körperliche Entwicklung besondere Rücksicht zu nehmen".

8 ZB § 13 Abs 2 KollV für die DienstnehmerInnen des Arbeitsmarktservice: „Dem_der Dienstnehmer_in ist, sofern nicht dienstliche Gründe entgegenstehen, auf Antrag auch für die Dauer der Unterbringung in einem Genesungsheim Dienstbefreiung zu gewähren, wenn der_die Dienstnehmer_in zur völligen Herstellung der Gesundheit von einem Sozialversicherungsträger oder einem Bundessozialamt nach einem chirurgischen Eingriff oder nach einer schweren Erkrankung in ein Genesungsheim eingewiesen wird und die Kosten des Aufenthaltes im Genesungsheim vom Bundessozialamt oder vom Sozialversicherungsträger satzungsgemäß getragen werden".

9 Etwa § 8 lit o KollV für Fußballspieler:innen der Österreichischen Fußball-Bundesliga mit einer speziellen Verpflichtung für Spieler:innen, „den Klub sowohl im Zeitpunkt der Vertragsanbahnung als auch im bestehenden Dienstverhältnis über wesentliche, für das Dienstverhältnis relevante, persönliche Bereiche zu informieren, die das Dienstverhältnis betreffen könnten (zB Präsenzdienst, gesundheitliche Beeinträchtigungen, etc.)".

10 ZB § 9 Abs 8 S 2 KollV für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Österreichischen Akademie der Wissenschaften: „Neben der arbeitsrechtlichen Verpflichtung zur Gehaltszahlung, Urlaubsgewährung, Entgeltfortzahlung usw. ist die ÖAW verpflichtet, für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, die die Arbeit betreffen, zu sorgen".

11 Etwa: § 9 Abs 2 KollV Holzverarbeitende Industrie/Faser- und Spanplatten/Zusatz/Lohn/Gehalt: „Arbeitnehmern, die länger als 15 Jahre in einem Betrieb als Schichtarbeiter im Dreierschichtbetrieb arbeiten und einen solchen gesundheitlichen Schaden erleiden, dass sie die Obliegenheiten ihres bisherigen Arbeitsplatzes nicht mehr erfüllen und daher an einen anderen Arbeitsplatz versetzt werden müssen, darf aus Anlass einer solchen Versetzung ihr Stundenlohn nicht gekürzt werden. Der gesundheitliche Schaden ist durch ein amtsärztliches Zeugnis zu begründen".

12 ZB Punkt 5 KollV Fonds Soziales Wien mit einen Anspruch von versehrten AN auf einen Zusatzurlaub, wobei als versehrte AN solche gelten, deren Erwerbsfähigkeit wegen einer auf einen Arbeitsunfall oder Berufskrankheit iSd ASVG, Dienstbeschädigung nach dem KOVG oder HVG oder eines Impfschadens nach dem Impfschadengesetz zurückzuführenden Gesundheitsschädigung(en) insgesamt um mindestens 20% vermindert ist und die deswegen Anspruch auf Rente haben oder deren Rente abgefunden worden ist. Das Ausmaß des Zusatzurlaubs ist dann nach dem prozentuellen Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit abgestuft.

13 Diese Abkürzung steht für „Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulagen".

scher Bergbau, wonach für Arbeiten, die infolge schädlicher Einwirkungen von gesundheitsgefährdenden Stoffen oder Strahlen, von Hitze, Kälte oder Nässe, von Gasen, Dämpfen, Säuren, Laugen, Staub oder Erschütterungen oder infolge einer Sturz- oder anderen Gefahr zwangsläufig eine Gefährdung von Leben, Gesundheit oder körperlicher Sicherheit mit sich bringen, eine Gefahrenzulage gebührt.[14] Zum Teil wird auch noch präziser formuliert, in welcher Weise sich die Gefahr für die Gesundheit von AN manifestieren muss, damit der Anspruch auf eine Gefahrenzulage entsteht. ZB sieht § 48 Abs 1 Dienstordnung B (DO.B) für die Ärzte und Dentisten bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs vor, dass zur Abgeltung einer Gefährdung durch biologische Arbeitsstoffe iSd § 40 Abs 4 Z 2 bis 4 ASchG[15] eine Gefahrenzulage gebührt, wobei nach den die gemeinsame Auffassung der KollV-Partner widerspiegelnden Erläuterungen zur DO.B. diese Gefahrenzulage die Abgeltung für die Gesundheitsgefährdung durch die in der vorhin zitierten Bestimmung des ASchG genannten biologischen Arbeitsstoffe darstellt.

Kontextuell interessant sind auch jene kollv Bestimmungen, die sich inhaltlich auf die Gesundheit von AN (und auf deren Schutz bzw Förderung) beziehen und die als „spezifisch gesundheitsbezogene Regelungen" bezeichnet werden können. Dabei kann global unterschieden werden zwischen solchen kollv Regelungen, die sich mit der „Betrieblichen Gesundheitsvorsorge" beschäftigen, und jenen, in denen es um den Nichtraucherschutz im Betrieb (Unternehmen) geht. Daneben lassen sich dieser Fallgruppe noch solche kollv Bestimmungen zuordnen, die im Zusammenhang mit Nachtarbeit[16] und der Arbeit im Schichtsystem[17] stehen, sowie jene, die materielle Vorkehrungen zum Schutz der Gesundheit von AN treffen.[18]

---

[14] Ebenso Punkt XIV KollV Eisen- und Metallerzeugende und -verarbeitende Industrie, Punkt XIV KollV Eisen- und Metallerzeugende und -verarbeitende Gewerbe, Punkt XIV KollV für ArbeiterInnen in gewerblichen Wärmeversorgungsunternehmen, § 9a KollV für die Arbeiterinnen und Arbeiter in der Leder erzeugenden Industrie Österreichs oder § 20 KollV für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in der außeruniversitären Forschung, dort als Ermächtigung für die BV ausgestaltet, eine derartige Gefahrenzulage zu regeln.

[15] Mittlerweile (seit BGBl I 2015/60) finden sich die von § 48 Abs 1 DO.B in Bezug genommenen „biologischen Arbeitsstoffe" in § 40 Abs 5 ASchG gelistet.

[16] ZB § 17a Abs 1 KollV für die Arbeitnehmer/innen der österreichischen Eisenbahnunternehmen: „Jene Arbeitnehmer/innen, die Nachtarbeit leisten, erhalten die Möglichkeit an gesundheitsfördernden Maßnahmen (z.B. zur Stressbewältigung) in den Gesundheitseinrichtungen der Sozialversicherungsträger teilzunehmen". Gleichsinnig § 18a Abs 1 KollV für die Bediensteten der österreichischen Privatbahnen.

[17] ZB § 9a KollV Chemische Industrie (Angestellte): „Für Arbeitnehmer, die regelmäßig Schichtarbeit im Wechseldienst leisten, wird vom Arbeitgeber ein Betrag von € 100 pro Jahr für gesundheitliche Maßnahmen bereitgestellt". Dabei entscheidet über die Art der Maßnahmen der AG einvernehmlich mit dem BR. Gleichsinnig Punkt IVb KollV Chemische Industrie (Arbeiter) unter der Überschrift „Gesundheitliche Maßnahmen für SchichtarbeiterInnen".

[18] Etwa § 13 KollV für die Angestellten der österreichischen Landes-Hypothekenbanken vom 18.10.2010: „Durch Sicherheitseinrichtungen und Schulungen soll die Gefahr für Leben und

Das Thema „Betriebliche Gesundheitsvorsorge" liegt dabei mehreren KollV am Herzen. Als Beispiel dafür kann der KollV für die Arbeiter und Arbeiterinnen in der industriellen Herstellung von Produkten aus Papier und Karton in Österreich dienen. Dessen § 20 verpflichtet unter der Bezeichnung „Gesundheitsvorsorge am Arbeitsplatz" AG dazu, AN bei Beginn seines Dienstverhältnisses sowie bei Veränderungen seines Arbeitsplatzes oder des Arbeitsablaufes – aber einmal pro Kalenderjahr – über Unfall- und Gesundheitsgefahren und über die dafür vorgesehenen Maßnahmen des Gesundheitsschutzes zu informieren. Das nähere Ausmaß dieser Informationsverpflichtung wird dann hinsichtlich der Gefahrenquellen „Lärm" und „gefährliche Betriebsmittel und Arbeitsstoffe" näher konkretisiert.

Thematisch daran anknüpfend beschäftigen sich einige KollV im Bankenbereich mit dem sog „Betrieblichen Eingliederungsmanagement". Dieses wird etwa von § 22b Abs 2 KollV für die Angestellten der Raiffeisen Bankengruppe und Raiffeisen-Revisionsverbände als ein System zur Integration von AN nach längeren krankheitsbedingten Abwesenheiten in den Arbeitsprozess beschrieben, dies mit dem Ziel, dass AN nach „gesundheitlichen Beeinträchtigungen wieder auf den gleichen Arbeitsplatz zurückkehren können bzw an einem anderen adäquaten Arbeitsplatz dem Unternehmen erhalten bleiben". Die Implementierung eines derartigen Systems bindet der genannte KollV an die Beachtung verschiedener Prinzipien: Freiwilligkeit der Teilnahme von AN, Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen, Transparenz des Systems und die Berücksichtigung konkreter Arbeitsbedingungen.[19]

Auch der Schutz von Nichtrauchenden am Arbeitsplatz wird von diversen KollV in den Blick genommen. Als Beispiel dafür kann der KollV für die Gutsangestellten Tirols und dessen § 31 (Nichtraucherschutz) angeführt werden. Danach haben jene AN, die in Räumen beschäftigt werden, die der Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste dienen und in denen geraucht werden darf, Anspruch auf bezahlte Freizeit für diagnostische Maßnahmen (Untersuchungen) im Zusammenhang mit „Passivrauchen am Arbeitsplatz". Auch ist vorgesehen, dass gesundheitsfördernde Maßnahmen zwischen AG und AN in Bezug auf das Passivrauchen festzulegen sind. Bemerkenswert ist zudem, dass AN, die der Abfertigung „alt" unterliegen und die

Gesundheit der Dienstnehmer verhindert bzw verringert werden". Ebenso § 4 KollV für Angestellte der Kreditkartengesellschaften und § 11 KollV für die Angestellten der Sparkassen. Anderes Beispiel § 22a KollV für die Arbeiter der Werkstätten der Lagerhausgenossenschaften in Oberösterreich: „Den Arbeitnehmern ist die für ihren persönlichen Schutz notwendige und hiefür geeignete Schutzausrüstung vom Arbeitgeber kostenlos zur Verfügung zu stellen, wenn für sie bei der beruflichen Tätigkeit trotz entsprechender anderer Schutzmaßnahmen ein ausreichender Schutz des Lebens und der Gesundheit nicht erreicht wird".

[19] Siehe auch Art VII Abs 2 KollV für die Angestellten der gewerblichen Kreditgenossenschaften, § 14a Abs 2 KollV für die Angestellten der österreichischen Landes-Hypothekenbanken und § 166 Abs 4 KollV für die Angestellten der Sparkassen, dort allerdings mit einer statuierten „Verpflichtung des Mitarbeiters an einem angebotenen Gespräch mit dem Arbeitsmediziner teilzunehmen".

wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens das Arbeitsverhältnis kündigen, trotz ihrer Selbstkündigung und entgegen § 22 Abs 7 GAngG dennoch ihren Anspruch auf die Abfertigung „alt" behalten.[20]

2.2 Rechtliche Grundlage

Eine explizite Ermächtigung für die Kollektivvertragsparteien, gesundheitsbezogene Regelungen mit Normwirkung (§ 11 Abs 1 ArbVG) zu treffen, fehlt – anders als bei der BV – im Katalog des § 2 Abs 2 ArbVG. Obwohl in der RV zum ArbVG mit der dort vorgeschlagenen Regelung von § 2 Abs 2 Z 4 den Kollektivvertragsparteien eigentlich die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, Bestimmungen zu erlassen, „die einen über das gesetzlich vorgeschriebene Maß hinausgehenden Schutz des Lebens, der Gesundheit und Sittlichkeit der Arbeitnehmer bei ihrer beruflichen Tätigkeit gewähren",[21] wurde dieser vorgeschlagene Kompetenztatbestand nicht in die Stammfassung des ArbVG übernommen.

Gesundheitsbezogene Regelungen, sofern diese normativ wirken sollen, können also von den Kollektivvertragsparteien nur auf die seit dem Inkrafttreten des ArbVG unverändert gebliebene Ermächtigung von § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG gegründet werden,[22] wonach durch einen KollV „die gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer" geregelt werden können. Dies ist insoweit unproblematisch, wenn die „Gesundheit" von AN für die Kollektivvertragsparteien nur der affirmative Anknüpfungspunkt für eine ansonsten unproblematisch auf § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG stützbare Normierung ist, wie dies bei den vorhin dargestellten kollv Entgeltreglungen mit dem Bezug zu „Gesundheit" der Fall ist. Grundsätzlich muss bei kollv gesundheitsbezogen Regelungen für das Eingreifen der Normwirkung (§ 11 Abs 1 ArbVG) darauf geachtet werden, dass den einzelnen AN ein individueller Anspruch verschafft werden soll, da ansonsten das Überschreiten der Schwelle zu den sog Solidarnormen, die gerade nicht Bestandteil des normativen Teils eines KollV sind, sondern zu dessen schuldrechtlichen Teil zählen,[23] zu thematisieren wäre, wobei *Strasser/Jabornegg* als Beispiel dafür kollv Regelungen über Einrichtungen, die der Gesundheit der AN dienen, anführen.[24]

---

[20] Ebenso § 27 KollV für die Gutsangestellten Vorarlbergs und § 26 KollV für die land- und forstwirtschaftlichen Dienstnehmer Vorarlbergs. Siehe weiters Punkt 12 lit d KollV für Angestellte im Hotel- und Gastgewerbe, der AN einen Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung im Ausmaß von bis zu einem Tag zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen und Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz einräumt.

[21] RV 840 BlgNR 13. GP 1.

[22] Siehe auch *Mosing*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht (2018) 227.

[23] *Strasser* in *Floretta/Strasser* (Hrsg), ArbVG-Handkommentar (1975) 26 f.

[24] *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] (2001) 153 f.

3. Betriebsvereinbarung

Anders als beim KollV enthalten die gesetzlichen Ermächtigungstatbestände[25] für den Abschluss einer BV in §§ 96 ff ArbVG zwei eindeutige[26] Bezugnahmen auf Gesundheit. Dies betrifft zum einen § 97 Abs 1 Z 6a ArbVG und zum anderen § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG.

3.1 § 97 Abs 1 Z 6a ArbVG

Auf dieser Grundlage können mittels erzwingbarer BV[27] Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung, Milderung oder zum Ausgleich von Belastungen der AN durch Arbeiten iSd Art VII NSchG einschließlich der Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten geregelt werden. Dieser Ermächtigungstatbestand war nicht Bestandteil der Stammfassung des ArbVG, sondern wurde erst als Bestandteil des als Sammelgesetz konzipierten „Nachtschicht-Schwerarbeitsgesetz“[28] in das ArbVG implementiert. Dabei war diese Bestimmung nicht in der RV enthalten, sondern wurde erst als Produkt der Ausschussberatungen dem NR zur Beschlussfassung unterbreitet.[29] Nach dem AB ist es das Ziel dieses Ermächtigungstatbestands, „die Grundlage für Betriebsvereinbarungen [zu] bilden, die es ermöglichen, den nachteiligen Wirkungen der Arbeit unter besonders belastenden Umständen entgegenzusteuern bzw. diese Wirkungen zu mildern“, wobei solche BV kontextuell „alle Maßnahmen beinhalten [können], die nach der besonderen Situation im Betrieb geeignet sind, die Lage der durch die vorgegebene Arbeitsweise besonders belasteten Arbeitnehmer zu verbessern“.[30] Im Speziellen betont der AB, dass für „diesen Personenkreis (…) auch jene Betriebsvereinbarungen, die Unfallverhütungs- bzw. sonstige *Gesundheitsschutz-*

---

[25] Auch KollV enthalten vereinzelt die Ermächtigung, BV zu gesundheitsrelevanten Themen abzuschließen. Etwa § 54 KollV für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in der außeruniversitären Forschung (Forschungs-KV), wonach die Betriebsvereinbarungspartner und -partnerinnen ermächtigt werden, BV zum Thema „Betriebliche Gesundheitsförderung“ abzuschließen.

[26] Mittelbare Bezugnahmen auf „Gesundheit“ im Zusammenhang mit der Möglichkeit, BV abzuschließen, bleiben außer Betracht. Dies betrifft die Ermächtigungstatbestände § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG (Akkordarbeit), § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG (allgemeine Ordnungsvorschriften), § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG (Arbeitszeitlage, Arbeitspausen), § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG (Betriebsmittelbenutzung), § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG (menschengerechte Arbeitsgestaltung), § 97 Abs 1 Z 10 ArbVG (Grundsätze für den Urlaubsverbrauch), § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG (Einführung von leistungs- und erfolgsbezogenen Prämien und Entgelten) und § 97 Abs 1 Z 21 ArbVG (Rechtsstellung der AN bei Krankheit und Unfall). Siehe dazu auch *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 97 Rz 103 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

[27] Zur erzwingbaren BV siehe *Risak*, Die erzwingbare Betriebsvereinbarung, in *Körber-Risak/Wolf* (Hrsg), Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle[2] (2016) 111 ff.

[28] Art VI BGBl 1981/354.

[29] AB 784 BlgNR 15. GP 11.

[30] AB 784 BlgNR 15. GP 5.

maßnahmen zum Gegenstand haben, in den Kreis der erzwingbaren Betriebsvereinbarungen einbezogen [werden]".[31] Mit der Novelle BGBl 1992/473 wurde die ursprüngliche Bezugnahme auf „Nachtschichtarbeit oder Nachtschicht-Schwerarbeit" durch den nunmehrigen Verweis auf Art VII NSchG ersetzt.[32] Seit dieser begrifflichen Anpassung ist der Ermächtigungstatbestand von § 97 Abs 1 Z 6a ArbVG unverändert geblieben.

In der einschlägigen Literatur[33] wird darauf hingewiesen, dass für jene AN, die Nachtarbeit (Art VII Abs 1 NSchG) oder Nachtschwerarbeit (Art VII Abs 2 NSchG) leisten, mittels einer BV auf der Grundlage von § 97 Abs 1 Z 6a ArbVG (auch) gesundheitsbezogene Regelungen (Maßnahmen) statuiert werden können.[34] Als Beispiele für derartige Regelungen (Maßnahmen) in einer entsprechenden BV können die Ermöglichung von Wellnessaufenthalten,[35] längere Arbeitspausen,[36] die Gewährung zusätzlicher Urlaubsansprüche,[37] zusätzliche Gesundenuntersuchungen[38] oder Maßnahmen gegen Hitze, Kälte und Lärm am Arbeitsplatz[39] gesehen werden. Deutlich wird dabei, dass – allgemein betrachtet – beim Ermächtigungstatbestand von § 97 Abs 1 Z 6a ArbVG die Prophylaxe im Vordergrund steht.[40] Es ist aber auch möglich, bereits eingetretene (gesundheitsrelevante) Belastungen zu kompensieren bzw zu beseitigen.[41] Zudem besteht auch die Möglichkeit, auf der Basis von § 97 Abs 1

---

31 AB 784 BlgNR 15. GP 5 (Kursivsetzung nicht im Original).

32 *Schrank* zufolge hat der Gesetzgeber auf diesen Verweis auf Art VII NSchG ursprünglich „vergessen": *Schrank*, Das Nachtschicht-Schwerarbeitsgesetz – eine legistische Fehlleistung des Gesetzgebers? ZAS 1982, 43 (46 f).

33 Rsp liegt keine vor.

34 *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Materialien (11. Lfg, 2013); *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 103. *Strasser* geht davon aus, dass dabei die „Mehrzahl der Initiativen vom BR ausgehen wird (…)": *Strasser*, Betriebsvereinbarungen über die Arbeitsgestaltung, in *Tomandl* (Hrsg), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen (1983) 61 (69).

35 *K. Mayr* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Rz 224 (38. Lfg, 2016).

36 *Binder* in *Tomandl*, Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Rz 110; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 98; *Mosing*, Günstigkeitsprinzip 217.

37 *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2018) § 97 ArbVG Rz 50.

38 *Fritsch/Haslinger/Müller*, Leitfaden Betriebsvereinbarungen[3] (2019) 182.

39 *Schneeberger* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zeller Handbuch Betriebsvereinbarungen (2014) Rz 15.24 ff.

40 *Cerny*, Entgeltregelungen in Betriebsvereinbarungen, in FS für Rudolf Strasser (1983) 487 (499); *Binder* in *Tomandl*, Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Rz 109; *David/Knell*, Betriebsvereinbarungen kompakt (2016) 109; *Schneeberger* in Reissner/Neumayr, ZellHB BV Rz 15.02; *Schrank*, Die Bedeutung der Ergonomie für das österreichische Arbeitsrecht, ZAS 1983, 212 (217).

41 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 97; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm § 97 ArbVG Rz 50.

Z 6a ArbVG – bezogen auf die Zielsetzung dieses Ermächtigungstatbestands – Entgeltregelungen in der entsprechenden BV vorzusehen.[42]

3.2 § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG

Die klarste Bezugnahme auf das Thema „Gesundheit" findet sich in diesem Ermächtigungstatbestand. Danach können zum Gegenstand einer fakultativen BV neben Maßnahmen und Einrichtungen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten auch Maßnahmen zum (weit zu verstehenden)[43] Schutz der Gesundheit der AN gemacht werden. Dieser Ermächtigungstatbestand war bereits in der Stammfassung des ArbVG enthalten und ist seitdem unverändert geblieben. Die RV zur Stammfassung des ArbVG verzichtete noch auf die spezielle Erwähnung von arbeitnehmerbezogenen Gesundheitsschutzmaßnahmen als möglichen Gegenstand einer BV.[44] Erst die Ausschussberatungen führten zur heutigen Fassung von § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG mit der expliziten Referenz auf die mögliche betriebliche Implementierung von Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der AN durch Abschluss einer fakultativen BV.[45] Eine Zwangsschlichtung ist damit – anders als beim Tatbestand von § 97 Abs 1 Z 6a ArbVG – nicht möglich.[46]

Im Kern geht es in diesem Ermächtigungstatbestand darum, es den BV-Parteien zu ermöglichen, die Vorgaben und Grundsätze des ASchG bezogen auf die Verhältnisse des jeweiligen Betriebs zu konkretisieren bzw verbessern zu können.[47] In dieser Zielsetzung wird auch der Grund für die Einräumung einer nur fakultativen Mitbestimmungsmöglichkeit für den BR gesehen.[48] Wie beim Tatbestand von § 97 Abs 1 Z 6a ArbVG steht auch im vorliegenden Zusammenhang der Gedanke der Vorbeugung im Vordergrund.[49] Als mögliche Inhalte einer BV, die sich mit arbeitnehmer-

---

42 Etwa in Form von Zulagen, Prämien oder Zuschlägen: *K. Mayr* in *Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Rz 224; *Binder* in *Tomandl*, Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Rz 110; *Cerny* in FS Strasser 499 f.

43 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 105; *Reissner* in ZellKomm § 97 ArbVG Rz 57.

44 Die Fassung des in der RV enthaltenen Tatbestands von § 97 Abs 1 Z 11 ArbVG lautete wie folgt: „Einführung von Maßnahmen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten und zur humangerechten Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Betrieb": RV 840 BlgNR 13. GP 22.

45 AB 993 BlgNR 13. GP 28.

46 *Födermayr* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 250 (39. Lfg, 2016).

47 *Reissner* in Neumayr/Reissner, ZellKomm § 97 ArbVG Rz 56; *Tomandl*, Echte und freie Betriebsvereinbarungen (2017) 100 f; *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 1; *Cerny* in FS Strasser 500.

48 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 102. Der ME zum ArbVG sah noch eine erzwingbare Mitbestimmung zugunsten des BR vor: *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 566; *Floretta/Strasser* (Hrsg), Der Arbeitsverfassungsgesetzentwurf 1972. Materialien zur Kodifikation des österreichischen Arbeitsrechtes (1973) 36.

49 *David/Knell*, Betriebsvereinbarungen kompakt 113; *Cerny* in FS Strasser 500.

bezogenen Gesundheitsschutzmaßnahmen beschäftigt, werden genannt: die Versorgung mit gesundheitsfördernden Nahrungsmitteln, die Förderung von sportlicher Betätigung, die Förderung des Zugangs zu gesundheitsfördernden Maßnahmen (zB Impfungen), die Einrichtung von besonderen Ruheräumen oder die (betriebsinterne) Abhaltung von Gesundheitstagen.[50] Auch die Statuierung von Rauch- und Alkoholverboten ist unter § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG subsumierbar.[51]

4. Ausblick

Zwei gesellschaftliche Trends mit Beziehung zum Thema „Kollektive Rechtsgestaltung: Arbeitsbedingungen und Gesundheitsschutz" sollen abschließend Anlass geben, eine Summa zu ziehen: Einerseits der immer weiter fortschreitende Prozess der Digitalisierung und andererseits die unter den Angehörigen der sog „Gen Z"[52] (aber nicht nur dort) stark verbreitete Fokussierung auf den Erhalt der eigenen mentalen Gesundheit gerade im Arbeitsleben. So zeigt eine von der Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaft *Deloitte* im Jahr 2023 veröffentlichte Studie, dass zu den „top concerns" dieser Generationenkohorte sowohl im weltweiten Kontext als auch auf Österreich bezogen[53] das Thema „Mental health of my generation" zählt.[54] Speziell für Österreich ergab die Studie, dass 56 Prozent der „Gen Zs" mit Erlebnissen am Arbeitsplatz, die negative Auswirkungen auf ihre mentale Gesundheit zeitigten, konfrontiert waren und dass es bei österreichischen Unternehmen einen Aufholbedarf in Sachen mentaler Gesundheit gibt.[55]

Es sind nicht zuletzt die durch die Digitalisierung angestoßenen Veränderungen in der Arbeitswelt, die sich im Kern als die Möglichkeit zu digital unterstützter mobilen und häuslichen Arbeit, die Arbeit mit neuen digitalen Betriebsmitteln und

---

50 *Födermayr* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 97 Rz 258; *Binder* in *Tomandl*, Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Rz 126.

51 *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 17.51 ff; *Reissner*, Betriebsvereinbarung zur Suchtprävention, ÖZPR 2011/128, 166; *Hainz*, Die Rechtsstellung von Rauchern im Arbeitsrecht, in FS Theodor Tomandl (1998) 109 (134 f), wiewohl Rauchverbote vorrangig auf den Tatbestand von § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG (allgemeine Ordnungsvorschriften) gestützt werden können.

52 Es handelt sich dabei um Personen der Geburtsjahrgänge ab dem Jahr 1997: *Mangelsdorf*, Von Babyboomer bis Generation Z (2022) 13. Dieser Personenkreis ist also jener, der gegenwärtig den Kreis der Berufseinsteiger:innen definiert.

53 *Deloitte*, Deloitte Global 2023 Gen Z and Millennial Survey. Country profile: Austria (2023) 6, abrufbar unter https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/presse/at-deloitte-gen-z-millennial-survey-2023-austria.pdf (abgerufen am 9.1.2024).

54 *Deloitte*, 2023 Gen Z and Millennial Survey (2023) 9, https://www.deloitte.com/global/en/issues/work/content/genzmillennialsurvey.html (abgerufen am 9.1.2024).

55 https://www2.deloitte.com/at/de/seiten/human-capital/artikel/millennial-survey.html (abgerufen am 9.1.2024).

das Phänomen der Plattformarbeit manifestieren,[56] die Gefährdungen für die Gesundheit von Arbeitenden in mentaler (aber auch physischer) Hinsicht mit sich bringen, wobei va der Umgang mit der technisch möglichen, ständigen Erreichbarkeit von AN als zentrale Herausforderung genannt werden kann.[57] Dementsprechend ist es mE wichtig, sowohl auf der kollv Ebene als auch auf der Ebene von BV diesem Gefährdungspotenzial entgegenzutreten und dazu jene rechtlichen Kompetenztatbestände zu nutzen, die vorhin dargestellt wurden und deren rechtliches Regelungspotenzial auch für den Schutz der mentalen Gesundheit in Zeiten der Digitalisierung mE entsprechend adäquat genutzt werden können.

Gute Beispiele dafür – durchaus im Sinne eines Vorbildcharakters für andere Branchen – bieten auf kollv Ebene, zum einen § 14 Abs 2 KollV für die AN der österreichischen Eisenbahnunternehmen, wonach bei der Übertragung von Aufgaben an Bedienstete deren Eignung in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit gemäß § 6 ASchG zu berücksichtigen ist, wobei nicht nur auf den physischen, sondern auch auf den psychischen Zustand der Bediensteten Rücksicht zu nehmen ist.[58] Zum anderen zeigt auch der KollV für AN im SOS-Kinderdorf eine besondere Sensibilität für den Schutz der psychischen (mentalen) Gesundheit der AN, indem die in diesem KollV (§ 8) verankerte Sabbaticalregelung ausdrücklich als ein Instrument der „Burnout"-Prophylaxe verstanden wird, womit insb die psychische Gesundheit der AN gewahrt und unterstützt werden soll.[59]

Auf der Ebene der BV wäre es mE *de lege ferenda* überlegenswert, den Ermächtigungstatbestand von § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG dem Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung zuzuordnen. Damit würde nicht nur die ursprüngliche Intention des ME zum ArbVG verwirklicht werden,[60] zudem könnte damit im Sinne einer Be-

---

[56] *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht[8] (2022) § 1 Rz 11 ff; *Gruber-Risak*, Entgrenzte Arbeit – Emanzipation oder Ausbeutung?, in *Kaiser/Schober* (Hrsg), Beschäftigung für alle (2023) 274 (277 ff).

[57] Dazu etwa *Waas*, Das Recht auf Nichterreichbarkeit, in FS für Ulrich Preis (2021) 1427 ff. Als weitere Problempunkte können das verstärkte Auftreten von unbezahlter Mehrarbeit und Probleme bei der Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben identifiziert werden: *Ohlbrecht*, Arbeit und Gesundheit. Arbeitsfreude und Arbeitsleid in der „schönen neuen Arbeitswelt", Sozialer Fortschritt 70 (2021) 189 (198 f).

[58] Gleichlautend auch § 14 Abs 2 Dienst- und Besoldungsordnung Privatbahnen.

[59] In diese Richtung auch § 166 Abs 1 KollV für die Angestellten der Sparkassen: „Jede Sparkasse ist verpflichtet, jährlich einen Betrag für Maßnahmen der betrieblichen gesundheitlichen Vorsorge bzw Förderung („work-life-balance") aufzubringen. Der Betrag bemisst sich per anno mit € 20,– pro zum 1.1. eines Jahres beschäftigtem/beschäftigter Angestellten/r. Über die Verwendung des Gesamtbetrages, der nicht für vom Arbeitnehmer(innen)schutzgesetz geforderte Aufwendungen heranzuziehen ist, hat die Sparkasse mit dem Betriebsrat gemeinsam zu bestimmen" (Hervorhebung im Original).

[60] *Floretta/Strasser*, Arbeitsverfassungsgesetzentwurf 36. Siehe auch die Rechtslage in Deutschland, wo nach § 87 Abs 1 Z 7 BetrVG Regelungen über den Gesundheitsschutz dem Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung des BR zugewiesen sind.

wusstseinsschärfung den Unternehmen deutlich signalisiert werden, stärkere Anstrengungen – va was den Schutz der mentalen Gesundheit anbelangt – zu unternehmen, um im Sinne der Luxemburger Deklaration zur betrieblichen Gesundheitsförderung „Krankheiten am Arbeitsplatz vorzubeugen (…), Gesundheitspotentiale zu stärken und das Wohlbefinden am Arbeitsplatz zu verbessern".[61]

[61] So die im Rahmen der EU verabschiedete Luxemburger Deklaration zur betrieblichen Gesundheitsförderung in der Europäischen Union (2007) 3.

Kollektivvertragsangehörigkeit und Mischbetrieb

Thomas Pfalz

1. Einleitung 277
   1.1 Systematische Zusammenhänge 278
2. Rechtsentwicklung 279
3. Ausgewählte Probleme 280
   3.1 KollV-Angehörigkeit und fachliche Einordnung des Arbeitgebers in die Wirtschaftskammerorganisation 280
   3.2 Verhältnis von § 8 Z 1 bis 3 ArbVG zueinander 283
   3.3 Dynamische oder statische Bindung nach Betriebsübergang oder Verbandsaustritt 285
   3.4 Verhältnis von § 8 Z 2 ArbVG und § 4 AVRAG 285
   3.5 Analoge Anwendung von § 9 ArbVG 286
4. Fazit und Rechtspolitik 289

1. Einleitung

In der Lehre zum kollektiven Arbeitsrecht wird das Problem, welcher KollV (normativ) für welches Arbeitsverhältnis gilt, üblicherweise als Kollektivvertragsunterworfenheit bezeichnet. Das ArbVG verwendet diesen Begriff nicht, sondert regelt bestimmte Aspekte der KollV-Unterworfenheit an verschiedenen Stellen (insb §§ 4 bis 13).

§ 8 ArbVG enthält eine der zentralen Bestimmungen zur KollV-Unterworfenheit, die als Kollektivvertragsangehörigkeit betitelt ist. § 8 ArbVG begrenzt die heteronome Rechtssetzungsmacht der KollV-Parteien in personeller Hinsicht. KollV-angehörig sind nach § 8 ArbVG die Mitglieder der KollV-Parteien (Z 1); jene Arbeitgeber, auf die ein Betrieb oder Betriebsteil eines nach Z 1 kollv-angehörigen Arbeitgebers übergeht (Z 2); und Arbeitgeber, die ein verbundenes Gewerbe ausüben, auch hinsichtlich jener Tätigkeiten, die über ihre Gewerbeberechtigung hinausgehen (Z 3).

Zum Problemkreis der KollV-Unterworfenheit gehört auch die Frage, was bei Überschneidungen der Geltungsbereiche verschiedener normativ wirksamer KollV zu gelten hat. Solche Kollektivvertragskollisionen kommen in verschiedenen Konstellationen vor, nicht alle sind im ArbVG geregelt. Kollisionsfälle, die sich aus einer fachlich gestreuten wirtschaftlichen Tätigkeit des Arbeitgebers ergeben, sind nach §§ 9, 10 ArbVG zu lösen. Bei fachlich gestreuter, aber nicht abgegrenzter Tätigkeit liegt ein Mischbetrieb vor (§ 9 Abs 3 ArbVG).

1.1 Systematische Zusammenhänge

Als Teile des Normgefüges, das die Anwendung eines bestimmten KollV auf ein konkretes Arbeitsverhältnis regelt, stehen die §§ 8 und 9 ArbVG in einem engen Zusammenhang mit anderen Regeln zur KollV-Unterworfenheit. In Bezug auf die KollV-Angehörigkeit ist hier vor allem § 2 Abs 13 GewO zu nennen, dessen Inhalt in Lehre und Rsp zutreffend als besonderer Fall der KollV-Angehörigkeit bezeichnet wird.[1] Unklarheiten bestehen vor allem zum Verhältnis zwischen § 8 Z 2 ArbVG und § 4 AVRAG, da beide Bestimmungen die kollektivvertraglichen Auswirkungen eines Betriebsübergangs regeln.[2] Da es für die KollV-Angehörigkeit vor allem auf die Mitgliedschaft bei den KollV-Parteien ankommt, sind auch die Regeln zur Kollektivvertragsfähigkeit zu nennen (§§ 4, 5, 7 ArbVG).[3] Von erheblicher Bedeutung ist daher auch das Organisationsrecht der gesetzlichen Interessenvertretungen. Dies gilt besonders für die Wirtschaftskammern (WKG 1998, Fachorganisationsordnung, Spartenordnung), weil auf Arbeitnehmerseite die – ebenfalls ganz wesentliche – Außenseiterwirkung (§ 12 ArbVG) greift.[4] Weiters kann der Geltungsbereich eines KollV durch behördliche Anordnung in Form der Satzung (§§ 18 ff ArbVG) erweitert werden. Besteht in einem bestimmten Wirtschaftsbereich keine kollv-fähige Arbeitgebervertretung, kann schließlich nach §§ 22 ff ArbVG ein Mindestlohntarif festgesetzt werden. Satzung und Mindestlohntarif sind auch im Zusammenhang mit § 9 Abs 3 ArbVG relevant, weil in einem Mischbetrieb auch ein gesatzter KollV bzw ein Mindestlohntarif mit einem auf Mitgliedschaft beruhendem KollV „kollidieren" kann und sich diesfalls die Frage nach analoger Anwendung von § 9 Abs 3 ArbVG stellt.[5] Im Zusammenhang mit § 9 ArbVG müssen auch die §§ 6 und 10 ArbVG genannt werden, die weitere Fälle der KollV-Kollision regeln. Von erheblicher Bedeutung sind ferner die Bestimmungen zur Normwirkung (§ 11) und zur Nachwirkung (§ 13) von KollV. Schließlich können auch noch § 10 AÜG und §§ 2 bis 6 LSD-BG genannt werden. Schon diese Aufzählung zeigt die Interdependenz der Regeln zur KollV-Unterworfenheit recht deutlich.

---

1 OGH 29.3.2012, 9 ObA 160/11m; 29.8.2002, 8 ObA 192/01w; 14.5.1997, 9 ObA 131/97y nach *Resch*, Kollektivvertragsfähigkeit und Kollektivvertragsunterworfenheit, JBl 1991, 762 (775); vgl auch *Friedrich*, Kollektivvertragsangehörigkeit nach § 2 Abs 13 GewO 1994 und Satzung, DRdA 2013, 527.

2 Dazu noch unten 3.4.

3 Zu diesem Zusammenhang etwa *Rebhahn*, Wechsel des anwendbaren Kollektivvertrages und Verbandswechsel, RdW 2005, 300; *Mosler*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Kollektive Rechtsgestaltung, DRdA 2014, 511 (516 ff).

4 Der enge systematische Zusammenhang der KollV-Angehörigkeit und der Außenseiterwirkung wird auch durch eine rechtshistorische Betrachtung deutlich; vgl § 14 Abs 1 (KollV-Angehörigkeit) und Abs 3 (Außenseiterwirkung) KollVG 1920 idF BGBl 1930/113. Die Außenseiterwirkung konnte allerdings nach der damaligen Rechtslage durch Einspruch des Betriebsrates bzw mangels Betriebsrats durch Mehrheitsbeschluss der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ausgeschlossen werden.

5 Dazu unten 3.5.

2. Rechtsentwicklung

Den ersten Teil des ArbVG (Kollektive Rechtsgestaltung) zeichnet im Vergleich mit dem sich insgesamt dynamisch entwickelnden Arbeitsrecht eine bemerkenswerte Stabilität aus.[6] Das gilt auch für §§ 8 und 9.

Die Regelung der KollV-Angehörigkeit in § 8 ArbVG entspricht im Wesentlichen jener in § 6 KollVG 1947[7] und diese wiederum § 14 Abs 1 KollVG 1920[8] (idF BGBl 1930/113). § 8 Z 2 ArbVG wurde durch BGBl 1993/460 insofern geändert, als seither explizit auch der Übergang eines Betriebs*teils* zur KollV-Angehörigkeit des Erwerbers führt. Da diese Änderung im Zuge der Einführung des AVRAG vorgenommen wurde, ist „Teil eines Betriebes" iSv § 8 Z 2 ArbVG wohl so auszulegen wie „Betriebsteil" iSv § 3 Abs 1 AVRAG, dh im Ergebnis nach dem Verständnis der Betriebsübergangs-RL.[9] § 8 Z 3 ArbVG wurde als Teil der Gewerberechtsnovelle 1997[10] eingeführt. Ziel dieser Novelle war eine teilweise Liberalisierung des Gewerberechts, eine wesentliche Maßnahme war in diesem Zusammenhang die Schaffung verbundener Gewerbe (vgl §§ 6, 30 GewO 1994). Wer einen Befähigungsnachweis für einen Teil eines verbundenen Gewerbes erbracht hat, ist nach § 30 GewO auch berechtigt, die Leistungen der anderen Teile des verbundenen Gewerbes ohne gesonderte Gewerbeberechtigung zu erbringen. § 8 Z 3 ArbVG sieht in einem solchen Fall die KollV-Angehörigkeit hinsichtlich aller ausgeübten Tätigkeiten des Arbeitgebers vor und bewirkt somit uU eine mehrfache KollV-Angehörigkeit des Arbeitgebers. Die daraus folgende Kollision ist nach §§ 9, 10 ArbVG zu lösen.[11] Die praktische Bedeutung der Norm dürfte gering sein, weil die verschiedenen verbundenen Gewerbe (vgl § 94 GewO 1994) nach der Fachorganisationsordnung der Wirtschaftskammer[12] in aller Regel ohnehin innerhalb eines Fachverbandes bzw einer Fachgruppe zusammengefasst werden.

§ 9 ArbVG hat seinen Ursprung in der Stammfassung des ArbVG und baut nicht auf einer Vorgängerregelung (etwa im KollVG 1947) auf. Die Bestimmung wurde seit Einführung des ArbVG nicht geändert.

---

6 Vgl bereits zum „Vierziger" des ArbVG *Mosler*, DRdA 2014, 511 (512).

7 BGBl 1947/76.

8 Gesetz vom 18. Dezember 1919 über die Errichtung von Einigungsämtern und über kollektive Arbeitsverträge, StGBl 1920/16.

9 *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 8 ArbVG Rz 17; *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 8 ArbVG Rz 36 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); aA *Schrammel*, Rechtsfragen des Betriebsübergangs, ZAS 1996, 6 (9).

10 BGBl I 1997/63. Dazu ErlRV 644 BlgNR 20. GP 32 ff, 48.

11 ErlRV 644 BlgNR 20. GP 48.

12 Verlautbarungsblatt der Wirtschaftskammer Österreich 2/2008 idF 1/2022 (https://www.wko.at/oe/wko/fachorganisationsordnung.pdf, abgerufen am 31.12.2023). Zur gesetzlichen Grundlage vgl § 15 WKG.

3. Ausgewählte Probleme

Der folgende Abschnitt muss sich auf eine Auswahl der in der juristischen Diskussion seit Inkrafttreten des ArbVG im Vordergrund stehenden Fragen zur KollV-Angehörigkeit und -kollision beschränken. Im Hinblick auf die KollV-Angehörigkeit wird zunächst die Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit der fachlichen Zuordnung einzelner Arbeitgeber durch die Wirtschaftskammer behandelt. Im Anschluss wird das Verhältnis der § 8 Z 1 bis 3 ArbVG zueinander sowie das Verhältnis von § 8 Z 2 ArbVG zu § 4 AVRAG behandelt. Ferner wird erörtert, ob eine auf ehemaliger Mitgliedschaft beruhende KollV-Angehörigkeit zur dynamischen oder statischen Weitergeltung des betreffenden KollV führt, weil es hier in den letzten Jahren wesentliche Impulse durch die EuGH-Rsp gegeben hat. Zu § 9 ArbVG ist in erster Linie zu klären, auf welche Fälle die Bestimmung analog angewendet werden kann.

3.1 KollV-Angehörigkeit und fachliche Einordnung des Arbeitgebers in die Wirtschaftskammerorganisation

Die intensivste und langwierigste Diskussion zum Regelfall der auf Mitgliedschaft beruhenden KollV-Angehörigkeit wurde mit Sicherheit über folgende Frage geführt: Kann die Zuordnung des Arbeitgebers zu einer Teilorganisation (insb Sektion und/oder Fachgruppe) der Wirtschaftskammer durch die jeweilige Landeskammer von ordentlichen Gerichten überprüft werden?[13]

Die Erörterung dieser Frage beginnt mit einer vermeintlichen Selbstverständlichkeit: Als Teil der staatlichen Vollziehung sind die Gerichte an das Gesetz gebunden (Art 18 B-VG). Das heißt: Ist die fachliche Einordnung des Arbeitgebers in die Wirtschaftskammer gesetzlich vollständig determiniert, hat das Gericht das aus dem Gesetz ableitbare Ergebnis seiner Entscheidung zugrunde zu legen und nicht eine davon ggf abweichende (dh gesetzwidrige) Praxis. An die faktische Handhabung der Mitgliedschaft durch die Kammer wäre das Gericht nur gebunden, wenn das Gesetz die Zuordnung von einer konstitutiv wirkenden Ermessensentscheidung der Kammer abhängig macht.[14]

---

[13] Vgl zum Folgenden grundlegend OGH 21.10.1986, 14 Ob 147/86; zuletzt OGH 24.5.2017, 9 ObA 16/17v; weitere Nw in RIS-Justiz RS0050862; *Schrank*, Kollektivvertragsangehörigkeit und Handelskammermitgliedschaft, ZAS 1978, 129; *Schwarz*, Zur Kollektivvertragsangehörigkeit von Arbeitgebern als Mitglieder gesetzlicher Interessenvertretungen, DRdA 1986, 379; *Schrammel*, Die Kollektivvertragsangehörigkeit gemäß § 8 Z 1 ArbVG, ZAS 1993, 5; *Rebhahn*, Amtshaftung wegen falscher Kollektivvertragsangehörigkeit?, DRdA 1994, 124; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 8 Rz 14 (Stand 1.10.2002, rdb.at); *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 8 ArbVG Rz 17 ff; *Runggaldier* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 8 Rz 5 (3. Lfg, 2007); *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 8 ArbVG Rz 10; *Mosler*, DRdA 2014, 511 (518 f); *Jabornegg*, Unternehmensrecht und Arbeitsrecht, DRdA 1991, 15.

[14] Die Vorschreibung von Mitgliedsbeiträgen kann nicht als ein solcher konstitutiver Akt qualifiziert werden; vgl *Rebhahn*, DRdA 1994, 124; aA *Schrammel*, ZAS 1993, 5 jeweils zur (im

Die geltende Rechtslage stellt sich (etwas vergröbert) wie folgt dar:[15] Nach § 2 Abs 1 und 5 WKG sind Arbeitgeber, die über eine Gewerbeberechtigung verfügen,[16] ex lege und ipso iure Mitglieder der Bundeswirtschaftskammer, der jeweiligen Landeskammer und der Fachorganisationen, in deren Wirkungsbereich sie tätig sind. Die Zuordnung zu den Sektionen oder Sparten (zB Industrie, Handel, Gewerbe) erfolgt nach der Fachorganisationsordnung und der gem § 13 WKG vom Erweiterten Präsidium der Bundeskammer nach Anhörung der Landeskammern zu beschließenden Spartenordnung. Die Zugehörigkeit zur Sektion Industrie richtet sich nach § 44 Abs 5 WKG und § 2 Spartenordnung nach der Ausübung in Form eines Industriebetriebes, dh nach § 7 GewO 1994.[17]

Die Zuordnung zu einer bestimmten Fachgruppe wird nach § 43 Abs 5 WKG durch die Fachorganisationsordnung (FOO) bestimmt, die gemäß § 15 WKG vom Wirtschaftsparlament der Bundeskammer zu beschließen ist. Nach § 12 FOO ist jeder Inhaber einer Gewerbeberechtigung, die in den Wirkungsbereich einer Fachgruppe fällt, deren Mitglied. Aufgabe der Fachgruppen ist nach § 43 Abs 3 Z 7 WKG ua der Abschluss von KollV. Nach § 44 Abs 1 WKG hat die Landeskammer ein Unternehmen durch Eintragung in das Mitgliederverzeichnis einer oder mehreren Fachgruppen zuzuordnen. Diese Zuordnung hat aber nach Systematik und eindeutiger Absicht des Gesetzgebers nur deklarative Bedeutung.[18] Die Mitgliedschaft des Arbeitgebers in einer Sektion bzw Fachgruppe ergibt sich somit unmittelbar ex lege,[19] was bemerkenswerter Weise auch vom OGH nicht infrage gestellt wird.[20]

---

gegebenen Kontext nicht maßgeblich veränderten) Rechtslage nach dem Handelskammerngesetz.

15 Vgl *Wiesinger*, Arbeitsrecht und Wirtschaftskammerorganisationsrecht, ZAS 2022, 187.

16 Zur KollV-Angehörigkeit bei unbefugter Gewerbeausübung vgl § 2 Abs 13 GewO 1994.

17 Dazu zB OGH 29.8.2002, 8 ObA 192/01w.

18 So explizit auch die Materialien zum WKG, ErlRV 1155 BlgNR 20. GP 64: „*Da die Mitgliedschaft zu den Wirtschaftskammern und den Fachorganisationen ex lege erfolgt (§ 2 Abs. 1), hat die Eintragung* […] *in das Mitgliederverzeichnis einer Landeskammer lediglich deklaratorische Bedeutung.*“ AA *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 8 Rz 5 (3. Lfg, 2007).

19 Vgl schon ErlRV 1155 BlgNR 20. GP 64; *Rebhahn*, DRdA 1994, 125: „*Der Begriff ‚Mitglied‘ in § 8 ArbVG verweist aufgrund des OrganisationsG der Wirtschaftskammern auf die Gewerbeberechtigung – nicht aber auf die tatsächliche Zuordnung durch die Kammer. Hat der AG mehrere Gewerbeberechtigungen, so ist er daher ex lege allen Fachgruppen und Fachverbänden zugehörig, denen seine Gewerbeberechtigungen zuzuordnen sind.*“ Ebenso *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 8 Rz 14 mwN; vgl auch *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 8 ArbVG Rz 17 ff; *Mosler*, DRdA 2014, 511 (518 f).

20 OGH 24.5.2017, 9 ObA 16/17v Rz 2: „*Die Mitgliedschaft in der Bundeskammer, in den Landeskammern und in den Fachorganisationen wird ex lege begründet (s § 2 Abs 5 WKG). Die Mitgliedschaft bei einem Fachverband oder bei mehreren Fachverbänden wird durch eine (Gewerbe-) Berechtigung, welche die Kammermitgliedschaft begründet, herbeigeführt (§ 47 Abs 2 WKG). Die Mitgliedschaft zu einer Fachgruppe wird durch die Fachorganisationsordnung (FOO) bestimmt (§ 43 Abs 5 WKG). Nach § 12 FOO ist jeder Inhaber von Berechtigungen, die in den Wirkungsbereich eines Fachverbands (einer Fachgruppe) fallen, deren Mitglied.*“

Dennoch judiziert der OGH seit 1986 in stRsp, dass die Frage der Mitgliedschaft des Arbeitgebers zu einer bestimmten Fachgruppe oder Sektion und damit die Frage nach dem anzuwendenden KollV nicht der Beurteilung durch ordentliche Gerichte unterliegt. Maßgeblich sei vielmehr die faktische Handhabung durch die Kammer.[21] Als Begründung wird das Selbstverwaltungsrecht der Kammer angeführt, das aber bei gesetzlicher Regelung der Mitgliedschaft nicht entscheidend sein kann und die Bindung der Gerichtsbarkeit an das Gesetz keinesfalls aufhebt.[22] Bei unrichtiger Zuordnung durch die Kammer können nach der Rsp Schadenersatzansprüche – auch im Wege der Amtshaftung – bestehen.[23]

Dass die Fachorganisationsordnung nicht mehr von einem Bundesministerium verordnet, sondern von der Wirtschaftskammer selbst beschlossen wird, ändert an der Bindung der Gerichtsbarkeit nichts. Der Verordnungscharakter der Fachorganisationsordnung hat sich dadurch nicht verändert, wie der VfGH explizit bestätigt hat.[24] Die Fachorganisationsordnung ist daher für die Gerichte verbindlich.[25]

Nach § 137 WKG kann eine kollv-fähige Körperschaft der Arbeitnehmer in Bezug auf die Fachgruppenzugehörigkeit eines Unternehmens Aufsichtsbeschwerde an das Bundesministerium für Wirtschaft erheben. In diesem Fall ist zunächst auf Landesebene ein paritätischer Ausschuss aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern zu bestellen. Kommt dieser nicht zu einer einvernehmlichen Regelung, ist ein solcher Ausschuss auf Bundesebene einzurichten. Kommt dieser ebenfalls nicht zu einer Einigung oder wird die Einigung nicht vollzogen, hat das Ministerium als Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Gegen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde kann Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Möglichkeit dieses besonderen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens führt nicht zur Unzulässigkeit des Rechtswegs, weil ein einzelner Arbeitnehmer ein solches Verfahren nicht anstrengen kann, und schließt daher die Überprüfung der kammerinternen Zuordnung durch

---

21 OGH 21.10.1986, 14 Ob 147/86; RIS-Justiz RS0050862, RS0050871; anders (und zutreffend) noch LG Linz 15.12.1956, Arb 6.583; ArbG Kitzbühel 11.5.1977, ZAS 1978, 150.

22 In die richtige Richtung geht der OGH in 9 ObA 13/93: „*Soweit Selbstverwaltungskörper hingegen Bescheide und Verordnungen erlassen, die* […] *nach außen wirken, kommt das Legalitätsprinzip uneingeschränkt zum Tragen. Der keine gesetzliche Determination erfordernde Freiraum, der den Selbstverwaltungskörpern zugebilligt wird, erstreckt sich lediglich auf die Gestaltung der inneren Organisation der Selbstverwaltungsorgane, wie etwa auf Geschäftsordnungen und Haushaltsordnungen, die weder eine unmittelbare Außenwirkung gegenüber den Mitgliedern noch gegenüber Außenstehenden entfalten. Dementsprechend ist die erstbeklagte Partei, die bei der Entscheidung über die Zugehörigkeit ihrer Mitglieder zu einer Sektion (§ 42 Abs 4 HKG) behördliche Aufgaben wahrnimmt* […]*, an die in § 36 HKG genannten Zuordnungskriterien gebunden.*“

23 OGH 19.5.1993, 9 ObA 13/93; dazu ausführlich *Rebhahn*, DRdA 1994, 124.

24 VfGH 27.11.2013, B 1129/2013; 1.12.2014, V 37/2014, VfSlg 19.919/2014.

25 Zur Bindung der Gerichte an Verordnungen vgl auch Art 89 B-VG; dazu zuletzt *Leitl-Staudinger*, VfGH 28.6.2017, V 4/2017: Bindung der Gerichte an rechtswidrig kundgemachte Verordnungen, in *Baumgartner* (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2018 (2018) 185.

ordentliche Gerichte nicht aus.[26] Wurde ein Verwaltungsverfahren nach § 137 WKG durch eine rechtskräftige Sachentscheidung beendet, ist das Gericht allerdings wohl an diese Entscheidung gebunden.[27] Selbst das ist aber angesichts des grundrechtlich verankerten Prinzips des rechtlichen Gehörs (Art 6 EMRK) nicht zwingend, weil einzelnen Arbeitnehmern im Verfahren nach §§ 137 f WKG keine Parteistellung zukommt.[28]

Die Antwort auf die eingangs gestellte Frage lautet also, dass die ordentlichen Gerichte die kammerinterne Zuordnung des Arbeitgebers überprüfen können und (bei entsprechendem Vorbringen) müssen, solange keine rechtskräftige Entscheidung dazu vorliegt.

3.2 Verhältnis von § 8 Z 1 bis 3 ArbVG zueinander

Die einzelnen Tatbestände des § 8 ArbVG stehen zueinander in einem Verhältnis der Subsidiarität, dh die KollV-Angehörigkeit aufgrund Mitgliedschaft beim abschließenden Verband (Z 1) hat Vorrang vor einer KollV-Angehörigkeit wegen Betriebs(teil)übergangs (Z 2) oder wegen der Ausübung eines verbundenen Gewerbes (Z 3) und Z 2 hat wiederum Vorrang gegenüber Z 3.[29]

Die Subsidiarität der Z 3 zu Z 1 und 2 ergibt sich bereits eindeutig aus dem Wortlaut. Das Verhältnis von Z 1 und Z 2 ist hingegen nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Es stellt sich daher die Frage, an welchen KollV ein Arbeitgeber gebunden ist, der kraft Mitgliedschaft (Z 1) dem KollV A „angehört" und einen Betriebs(teil) erwirbt (Z 2), in dem bisher KollV B gegolten hat. Neben der völligen Verdrängung des beim Veräußerer geltenden KollV durch den auf aktueller Verbandsmitgliedschaft des Erwerbers basierenden KollV wurde in der Lehre auch vertreten, dass der Veräußerer-KollV nur insoweit verdrängt werde, als die jeweilige Angelegenheit auch im Erwerber-KollV geregelt ist („*materienbezogene Weitergeltung*" des Veräußerer-KollV).[30]

---

[26] In diese Richtung allerdings *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 8 Rz 5 (3. Lfg, 2007); *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 8 Rz 22: „*gleichsam ‚legitimiert'*".

[27] Ausführlich zu diesem Problemkreis *Trenker*, Bindung des Zivilgerichts an verwaltungsbehördliche/-gerichtliche Entscheidungen, JBl 2016, 488 (Teil I) und 564 (Teil II).

[28] Vgl allgemein wiederum *Trenker*, JBl 2016, 494 ff mwN auch zur Bindung des Arbeitgebers an das Prozessergebnis im Verfahren über die Behinderteneigenschaft des Arbeitnehmers. Dem Gesetzgeber kommt in Bezug auf die Bindungswirkung gegenüber nicht am Verfahren beteiligten Personen wohl ein gewisser Gestaltungsspielraum zu.

[29] Ausführlich *Weiß*, Die Hierarchie der Kollektivvertragsangehörigkeiten, ASoK 2006, 138; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 8 ArbVG Rz 15; *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 8 Rz 2, 38; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] Rz 3/115; *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Arbeitsrecht[4] (2021) 486; *Holzer,* Kollektivvertragsunterworfenheit des Arbeitgebers bei Verbandsaustritt und bei Betriebsübergang, in FS Schnorr (1988) 117 (127); *Grillberger*, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis – Neuregelung durch das AVRAG, wbl 1993, 305 (308).

[30] Vgl die Nachweise bei *Schneller*, Betriebsübergang, Kollektivvertragswechsel und Vertrauensschutz, DRdA 2011, 3 (5 f) und *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 4 AVRAG Rz 3 ff.

Der OGH hat sich allerdings 2010 jener (wohl überwiegenden) Auffassung angeschlossen, die von einer vollständigen Verdrängung des Veräußerer-KollV durch den Erwerber-KollV ausgeht (Prinzip der Totalablöse beim Betriebsübergang).[31] Im Hinblick auf das kollektivvertragliche Entgelt für die Normalarbeitszeit ist allerdings § 4 Abs 2 AVRAG zu beachten. Zum Verhältnis von § 8 Z 2 ArbVG zu § 4 AVRAG vgl unten 3.4.

In ähnlicher Weise stellt sich die Frage nach der KollV-Angehörigkeit beim Verbandswechsel. Nach § 8 Z 1 ArbVG besteht die KollV-Angehörigkeit wegen Mitgliedschaft beim abschließenden Verband auch nach dem Verbandsaustritt fort (arg *waren*). Wechselt der Arbeitgeber wegen einer fachlichen Änderung seiner Tätigkeit oder wegen Austritts aus einer freiwilligen Berufsvereinigung den Verband, kommt es nach hA und Rsp grundsätzlich auch zu einer vollständigen Ablöse des der ehemaligen Mitgliedschaft entsprechenden KollV durch den KollV, der der aktuellen Verbandsmitgliedschaft entspricht.[32] Bei einem „freiwilligen"[33] Verbandswechsel ist allerdings der aus dem Betriebsübergangsrecht stammende Entgeltschutz nach § 4 Abs 2 AVRAG analog anzuwenden.[34]

Begründet wird der Vorrang des auf aktueller Verbandsmitgliedschaft basierenden KollV mit dem Prinzip der Mitgliedschaftsnähe,[35] das auch auf grundrechtliche Erwägungen (insb Koalitions- und Vertragsfreiheit) gestützt werden kann.

---

31 OGH 26.1.2010, 9 ObA 123/09t; ebenso OGH 28.5.2013, 8 ObA 40/12h; 18.12.2014, 9 ObA 109/14s; 16.12.2016, 8 ObA 68/16g; Darstellung des Meinungsstandes wiederum bei *Schneller*, DRdA 2011, 3 (5 ff).

32 OGH 23.11.2005, 9 ObA 128/04w; 23.11.2005, 9 ObA 127/04y (BA-CA bzw Sparkassenfall); grundlegend *Rebhahn*, Wechsel des anwendbaren Kollektivvetrages und Verbandswechsel, RdW 2005, 300 mwN. Im Fall des Austritts aus einer freiwilligen Berufsvereinigung wird der vom freiwilligen Verband abgeschlossene KollV nach wohl hA durch den („wieder auflebenden") KollV der gesetzlichen Interessenvertretung verdrängt (OGH 14.2.2001, 9 ObA 253/00x; *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 6 Rz 9 f [3. Lfg, 2007]; *Schrammel*, Zur Fortwirkung eines Kollektivvertrages nach Verbandsaustritt, ecolex 2002, 896; *Weiß*, DRdA 2001, 547 [554]; *Wiesinger*, ZAS 2022, 187 [190]; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[12] [2023] 230 f; aA *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 6 ArbVG Rz 10 f; *Gahleitner,* Kollektivvertragswechsel bei Verbandsaustritt des Arbeitgebers, in FS Cerny [2001] 375 [385 ff]).

33 Dh nach der Rsp: nicht mit einer Änderung der fachlichen Ausrichtung der Tätigkeit verbunden (vgl OGH 23.11.2005, 9 ObA 128/04w).

34 OGH 23.11.2005, 9 ObA 128/04w; 23.11.2005, 9 ObA 127/04y (BA-CA bzw Sparkassenfall); *Rebhahn*, RdW 2005, 300; *Jabornegg*, Die Wahl des Kollektivvertrages durch den Arbeitgeber – eine Option des geltenden Arbeitsverfassungsrechts?, DRdA 2005, 107; aA *Marhold/Friedrich*, Kollektivvertragswechsel durch Wechsel der Mitgliedschaft zu freiwilligen Berufsvereinigungen (Teil I), RdW 2005, 309.

35 Vgl OGH 26.2.1998, 8 ObA 150/97k 23.11.2005; 9 ObA 128/04w; 23.11.2005, 9 ObA 127/04y; 25.6.2007, 9 ObA 127/06a; *Rebhahn*, RdW 2005, 300; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 8 Rz 19; *Resch*, JBl 1991, 762 (772); *Resch*, Unionsrecht und Tarifeinheit im Mischbetrieb, in FS Marhold (2020) 197; *Friedrich*, Kollektivvertragsfreier Raum und Mischbetrieb, ZAS 2007, 29; *Marhold/Friedrich*, Kollektivvertragswechsel durch Wechsel der Mitgliedschaft zu freiwilligen Berufsvereinigungen (Teil I), RdW 2005, 309.

3.3 Dynamische oder statische Bindung nach Betriebsübergang oder Verbandsaustritt

Kommt es nach einem Verbandsaustritt zu keiner KollV-Ablöse (dazu soeben 3.2) ist fraglich, ob der aus dem Verband ausgeschiedene Arbeitgeber auch an künftige Änderungen des KollV gebunden ist (dynamische Weitergeltung) oder die im Zeitpunkt des Austritts geltende Fassung verbindlich bleibt (statische bzw „versteinerte" Weitergeltung). Die gleiche Frage stellt sich für die Fortgeltung des Veräußerer-KollV nach § 8 Z 2 ArbVG beim Betriebsübergang, wenn der Erwerber nicht selbst bereits nach Z 1 leg cit einem KollV unterliegt (vgl erneut 3.2).

In der Lehre wurde diese Frage bislang unterschiedlich beantwortet.[36] Der OGH hat sich bereits 1995 für eine statische Weitergeltung nach Betriebsübergang ausgesprochen.[37] Die jüngere Rsp des EuGH[38] zur Betriebsübergangs-RL und zur Unternehmerischen Freiheit nach Art 16 GRC spricht ebenfalls recht deutlich für eine statische Weitergeltung.[39] Der EuGH sieht in der dynamischen Bindung an einen KollV, auf dessen Inhalt der Arbeitgeber mangels Mitgliedschaft in der abschließenden Partei nicht einmal indirekt Einfluss nehmen kann, grundsätzlich einen unzulässigen Eingriff in die Unternehmerische Freiheit.

3.4 Verhältnis von § 8 Z 2 ArbVG und § 4 AVRAG

Fraglich und schwierig zu beurteilen ist das Verhältnis von § 8 Z 2 ArbVG und § 4 AVRAG.[40] Beide Bestimmungen regeln die Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf den anwendbaren KollV. Zunächst ordnen beide Normen die Bindung des Erwerbers an den Veräußerer-KollV an, wenn der Erwerber nicht bereits ohnehin einem KollV unterliegt. Diese subsidiäre Weitergeltung des Veräußerer-KollV tritt nach § 8 Z 2 ArbVG zeitlich unbegrenzt ein, nach § 4 Abs 1 AVRAG wirkt sie nach Ablauf eines Jahres ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs nur noch dispositiv.[41]

---

[36] Für statische Weitergeltung zB *Holzer* in FS Schnorr 117 (126 ff); *Gahleitner* in FS Cerny 375 (384); *Jabornegg*, Unternehmensrecht und Arbeitrecht, DRdA 1991, 115 (115 f); *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair* (Hrsg), AVRAG[3] (2016) § 4 Rz 5; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[12] 230; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 8 ArbVG Rz 11 und 19; *K. Mayr*, Kollektivvertrag und „exgemeinnützige Wohnungswirtschaft", RdW 2001, 740; für dynamische Weitergeltung; *Resch*, JBl 1991, 762 (772 ff); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 8 Rz 20; *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 8 Rz 45.

[37] OGH 11.10.1995, 9 ObA 97/95.

[38] Insb EuGH 18.7. 2013, C-426/11 (*Alemo-Herron*), ECLI:EU:C:2013:521; 27.4.2017, C-680/15 und C-681/15, (*Asklepios*), ECLI:EU:C:2017:317

[39] So nun insb auch *Resch* in FS Marhold 197; *Resch* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 12 Rz 4 (Fn 7) (Stand 1.4.2019, rdb.at).

[40] Vgl zum Folgenden *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 8 Rz 40 ff; *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 4 AVRAG Rz 3 ff; *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG[3] § 4 Rz 6 ff jeweils mwN; *Rebhahn*, RdW 2005, 300; *Marhold/Friedrich*, RdW 2005, 309; *L. Mayer*, Der Wegfall der kollektivvertraglichen Betriebsvereinbarungsermächtigung (2021) 66 ff.

[41] Zur statischen Weitergeltung vgl oben 3.3.

Wesentliche Unterschiede bestehen auch in Bezug auf den Anwendungsbereich: § 8 Z 2 ArbVG greift nur, wenn der Veräußerer selbst nach Z 1 leg cit (dh als Verbandsmitglied) kollv-angehörig war, während § 4 AVRAG etwa auch im Fall mehrerer aufeinanderfolgender Betriebsübergänge gilt.

Die einzelnen Auffassungen in der Lehre zum Verhältnis zwischen § 8 Z 2 ArbVG und § 4 AVRAG können hier schon aus Platzgründen nicht dargestellt werden.[42] Insgesamt lässt sich wohl sagen, dass § 4 Abs 1 AVRAG nach hA in Bezug auf § 8 Z 2 ArbVG nur eine ergänzende bzw lückenschließende Funktion zukommt.[43] So ist etwa der Vorschlag *Tomandls*,[44] die Einjahresgrenze des § 4 Abs 1 AVRAG auch gegen den Wortlaut des § 8 Z 2 ArbVG durchzusetzen, auf praktisch einhellige Ablehnung gestoßen.[45] Auch wenn man insofern von einem gewissen Vorrang von § 8 Z 2 ArbVG ausgeht,[46] ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der OGH die Entgeltschutzregel des § 4 Abs 2 AVRAG nicht nur bei Betriebsübergängen, sondern insb auch beim freiwilligen Verbandswechsel des Arbeitgebers analog anwendet.[47]

Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es jedenfalls sinnvoll, wenn der Gesetzgeber das Verhältnis von § 8 Z 2 ArbVG und § 4 AVRAG klarstellen und die beiden Normen besser aufeinander abstimmen würde.

3.5 Analoge Anwendung von § 9 ArbVG

Die Vorschriften zur Bestimmung des anwendbaren KollV bei mehrfacher KollV-Angehörigkeit wegen fachlich gestreuter Tätigkeit des Arbeitgebers (§§ 9, 10 ArbVG) sind an sich sinnvoll strukturiert und inhaltlich klar und verständlich. Ihr Inhalt soll daher an dieser Stelle gar nicht im Einzelnen besprochen werden. Stattdessen wird ein Blick auf die Judikatur zur analogen Anwendung dieser Normen auf andere Kollisionsfälle geworfen. Da die Analogiefähigkeit einer Norm aber nicht losgelöst von ihrem Inhalt beurteilt werden kann, in aller Kürze: Bei fachlich gestreuter Tätig-

---

42 Vgl die umfassende Darstellung bei *L. Mayer*, Wegfall der Betriebsvereinbarungsermächtigung 66 ff.

43 Vgl *Mosler*, DRdA 2014, 511 (519); *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG[3] § 4 Rz 7 f; *L. Mayer*, Wegfall der Betriebsvereinbarungsermächtigung 66; *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 4 AVRAG Rz 4 mwN. Dies deckt sich mit der in den Materialien zum Ausdruck kommenden Absicht des Gesetzgebers, wonach die in § 8 ArbVG geregelte KollV-Angehörigkeit durch die Einführung des AVRAG grundsätzlich „unangestastet" bleiben sollte (ErlRV 1078 BlgNR 23. GP 10).

44 *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen beim Übergang eines Betriebsteiles, ZAS 1993, 193 (201 f).

45 *Holzer/Reissner*, AVRAG[2] (2006) § 4 Rz 2; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 8 ArbVG Rz 19; *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 4 AVRAG Rz 4; *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 8 Rz 11 (3. Lfg, 2007); *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 8 Rz 42; auch *Tomandl* hält offenbar nicht mehr an seiner früheren Auffassung fest (vgl *Tomandl*, AVRAG [2022] 110 ff).

46 So *Mosler*, DRdA 2014, 511 (519).

47 OGH 23.11.2005, 9 ObA 127/04y.

keit des Arbeitgebers innerhalb eines Betriebes oder einer fachlich und organisatorisch abgegrenzten Betriebsabteilung liegt ein Mischbetrieb vor. In diesem Fall gilt nach § 9 Abs 3 ArbVG jener KollV, der dem Tätigkeitsbereich entspricht, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat (Prinzip der fachlichen Adäquanz).

Der OGH wendet § 9 Abs 3 ArbVG auf verschiedene im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Fälle der Kollision kollektivrechtlicher Rechtsquellen an. Dies gilt zunächst für die Kollision eines auf § 8 ArbVG beruhenden KollV mit einem kraft unbefugter Gewerbeausübung geltenden KollV (§ 2 Abs 13 GewO).[48] Dieser Auffassung ist voll und ganz zuzustimmen. Da § 9 ArbVG von mehrfach kollv-angehörigen Arbeitgebern spricht und § 2 Abs 13 GewO als Fall der KollV-Angehörigkeit qualifiziert wird, ist hier wohl gar keine Analogie notwendig. Die Bestimmung des anwendbaren KollV mithilfe des § 9 ArbVG entspricht hier sowohl dem Normzweck von § 9 ArbVG selbst als auch jenem von § 2 Abs 13 GewO (AN-Schutz und Vermeidung eines Wettbewerbsvorteils des rechtswidrig handelnden Arbeitgebers).[49]

Schwieriger zu beurteilen ist die Kollision eines auf § 8 ArbVG beruhenden KollV mit einem gesatzten KollV oder einem Mindestlohntarif. Der OGH wendet auch in diesen Kollisionsfällen § 9 Abs 3 ArbVG analog an.[50] Das bedeutet, ein gesatzter KollV bzw ein Mindestlohntarif verdrängt nach der Rsp im Mischbetrieb einen auf Verbandsmitgliedschaft beruhenden KollV, wenn der Tätigkeit, die der Verbandsmitgliedschaft entspricht, nur untergeordnete wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Diese Judikatur wurde in der Lehre wohl überwiegend positiv, zum Teil aber auch kritisch aufgenommen.[51]

Für die analoge Anwendung spricht das Prinzip der fachlichen Adäquanz. Dagegen spricht der Grundsatz der Mitgliedschaftsnähe, der wohl durch die jüngere Rsp des EuGH zur negativen Koalitionsfreiheit bzw Unternehmerischen Freiheit noch verstärkt wird.[52] Gegen die Analogie spricht außerdem die im ArbVG angeordnete Subsidiarität von Satzung und Mindestlohntarif gegenüber einem auf Mitgliedschaft beruhenden KollV (§§ 18 Abs 3, 19 Abs 2, 22 Abs 3, 24 Abs 3 ArbVG), die be-

---

48 OGH 14.5.1997, 9 ObA 131/97y; 29.3.2012, 9 ObA 160/11m; RIS-Justiz RS0108232.

49 Zutreffend OGH 29.3.2012, 9 ObA 160/11m; vgl auch *Resch* in FS Marhold 197 (204 mwN).

50 Zur Satzung: OGH 26.11.2013, 9 ObA 91/13t; 30.10.2018, 9 ObA 16/18w; vgl auch OGH 19.3.2013, 9 ObA 8/13m, wo der OGH allerdings aufgrund des fachlichen Geltungsbereichs des auf Mitgliedschaft beruhenden KollV bereits eine Kollision verneint hat; zum MLT: OGH 14.6.1989, 9 ObA 83/89; 24.11.2010, 9 ObA 11/10y; vgl auch OGH 23.10.2020, 8 ObA 86/20k zur analogen Anwendung von § 10 ArbVG.

51 Zustimmend *Tomandl*, ZAS 1995, 152; *Weiß*, JBl 1999, 781; *Jabornegg*, DRdA 2012, 404; *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 8 Rz 27; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 9 Rz 11; *Runggaldier* in *Tomandl*, ArbVG § 9 Rz 15 (3. Lfg, 2007); kritisch insb *Resch* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 9 Rz 32 f (Stand 1.4.2019, rdb.at); *Resch* in FS Marhold 197 (204 ff); *Friedrich*, DRdA 2013, 527.

52 Diesen Aspekt betont *Resch* in FS Marhold 197 (208 f); *Resch*, DRdA 2021, 334.

reits gegen eine für den Analogieschluss erforderliche planwidrige Gesetzeslücke spricht.[53] Hinzu kommt beim Mindestlohntarif dessen enge Regelungskompetenz (§ 22 Abs 1 ArbVG), die nach der Rsp dazu führt, dass eine singuläre Regelung einen gesamten KollV verdrängt.[54] Ob der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 9 Abs 3 ArbVG ein solches Ergebnis vor Augen hatte, ist zumindest zweifelhaft.[55] Eine legislative Klarstellung des Verhältnisses von gesatzten KollV bzw Mindestlohntarifen und auf Mitgliedschaft beruhenden KollV bei fachlich gestreuter Tätigkeit des Arbeitgebers wäre deshalb sinnvoll.

Nicht anzuwenden ist § 9 Abs 3 ArbVG auf den Fall, dass ein KollV mit einem kollv-freien Raum „kollidiert", freilich liegt hier genau genommen gar keine Kollision vor. Besteht also in einem Mischbetrieb für den untergeordneten Wirtschaftsbereich ein KollV, für den übergeordneten Wirtschaftsbereich hingegen nicht, gilt der KollV für den gesamten Betrieb.[56] Aus dem Zusammenspiel des Normzwecks des § 9 Abs 3 ArbVG, den *richtigen* KollV zu finden, mit dem sozialen Schutzprinzip folgt, dass kollv-freie Räume vermieden werden sollen.[57]

Sonstigen in der Lehre behandelten ungeregelten Kollisionsfällen[58] wie der Mitgliedschaft bei mehreren freiwilligen Berufsvereinigungen und der damit zusammenhängenden „Außenseiterkollision" kommt zumindest aktuell keine praktische Bedeutung zu.

---

[53] In diese Richtung bereits *Strasser* in *Floretta/Strasser* (Hrsg), ArbVG (1975) 139: „*Der grundsätzliche Vorrang des KollV gegenüber der Satzung schließ Kollisionen dieser beiden Rechtsquellen aus. Die Satzung wird vom KollV* völlig verdrängt."; *Resch* in FS Marhold 197 (209); aA *Jabornegg*, DRdA 2012, 400 (404): „*offensichtliche Gesetzeslücke*".

[54] Zu erwähnen ist auch, dass die Begründung der grundlegenden E des OGH 9 ObA 83/89 in einigen Punkten fragwürdig erscheint. Dies gilt insb für die Aussage, eine Anwendung des ‚untergeordneten' KollV im Mischbetrieb hätte „*eine nicht gebilligte Ausdehnung der Außenseiterwirkung auch auf die Arbeitgeber zur Folge, da einem nur für eine Minderheit von Arbeitnehmern* [sic] *zuständigen Arbeitgeberverband eine Rechtsetzungsbefugnis in einem Bereich eingeräumt würde, in dem ansonsten keine Zuständigkeit des Arbeitgeberverbandes besteht.*" Das klingt nach einer Argumentation mit dem Prinzip der Mitgliedschaftsnähe. Dieses Prinzip kann aber eine Verdrängung eines auf Mitgliedschaft beruhenden KollV durch einen MLT mit Sicherheit nicht rechtfertigen.

[55] Insofern kann der Meinung von *Jabornegg* (DRdA 2012, 404), dass sich die analoge Anwendung von § 9 Abs 3 ArbVG geradezu zwingend ergebe, nicht beigetreten werden.

[56] OGH 12.9.1990, 9 ObA 194/90 (Tankstelle); 20.9.2000, 9 ObA 188/00p (Kreuzfahrtschiff); 25.1.2006, 9 ObA 139/05i (Studentenheim); 17.12.2019, 9 ObA 126/19y (Wettbüro).

[57] OGH 25.1.2006, 9 ObA 139/05i; vgl auch *Friedrich*, ZAS 2007, 29; *Strasser*, Zur Kollektivvertragsgeltung im Mischbetrieb mit überwiegendem kollektivvertragsfreien Bereich, in FS Krejci (2001) 1693; *Resch* in FS Marhold 197 (202 f) aA *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Arbeitsrecht[4] 463 f.

[58] Vgl etwa *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[12] 232; *Resch* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 12 Rz 15; *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 9 Rz 33.

4. Fazit und Rechtspolitik

Die KollV-Praxis und die Rsp des OGH zu verschiedenen Kollisionsfällen kollektivrechtlicher Regelungen zeigen, dass sich die Bestimmungen des ArbVG zur KollV-Angehörigkeit und zum Mischbetrieb im Großen und Ganzen bewährt haben. Dies liegt daran, dass den Normen klare Wertungsgrundsätze zugrunde liegen, mit deren Hilfe auftretende Probleme in der Regel adäquat gelöst werden können. Zu nennen sind hier das soziale Schutzprinzip, die Kartellfunktion der KollV und die Grundsätze der Tarifeinheit, der Mitgliedschaftsnähe und der fachlichen Adäquanz.

Es gibt aber auch Problemfälle, in denen die Anwendung dieser tlw in entgegengesetzte Richtungen wirkenden Grundsätze zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Dies gilt vor allem für die Frage der Kollision eines auf Verbandsmitgliedschaft beruhenden KollV mit einem gesatzten KollV bzw Mindestlohntarif. Diese Fälle sollten im Gesetz ausdrücklich geregelt werden. Außerdem sollte das Verhältnis von § 8 Z 2 ArbVG zu § 4 AVRAG klargestellt werden. Aus systematischer Hinsicht wäre eine Überführung der Regelung zur KollV-Angehörigkeit kraft unbefugter Gewerbeausübung von der GewO ins ArbVG zu überlegen.

Die behördliche Festsetzung von Arbeitsbedingungen

Nora Melzer

1. Alles neu macht das ArbVG? 291
2. Spannungsverhältnis zur Koalititionsfreiheit? 292
3. Voraussetzungen und Entwicklung der behördlichen Instrumente 293
   3.1 Satzung – die Ausdehnung eines Kollektivvertrags 293
   3.2 Mindestlohntarif – Abhilfe in Branchen ohne Verhandlungspartner .. 295
   3.3 Lehrlingseinkommen – generelles Mindestentgelt für Lehrlingsgruppen 296
4. Rechtsnatur und Rechtswirkungen 297
5. Auf dem Weg der Besserung: der Rechtsschutz 300
6. Behördliche Festsetzung von Arbeitsbedingungen – noch immer aktuell? 301
7. Wie steht es mit dem Einfluss des Europarechts? – Zugleich ein Resumee mit Ausblick 302

1. Alles neu macht das ArbVG?

Satzung, Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen sind keine Erfindungen des ArbVG, wurden aber im ArbVG erstmals unter einem Dach geregelt. Ihre Wurzeln gehen positivrechtlich betrachtet weiter zurück: bei der Satzung nämlich auf das KVG 1920, beim Mindestlohntarif – je nach Betrachtungsweise – auf die Tarifordnung nach dem deutschen Arbeitsorganisationsgesetz, das ab 1938 auch in Österreich zur Anwendung kam, oder auf das Mindestlohntarifgesetz 1951, und beim Lehrlingseinkommen auf das BAG 1969. Der Kodifikationsgedanke der 1960er-Jahre wurde bezüglich dieser Rechtsinstrumente im Rahmen der gemeinsamen Regelung im ArbVG *par excellence* verwirklicht. Lediglich für die sog Hausbesorger:innen alt, für die (damals) aus kompetenzrechtlichen Gründen andernorts geregelten Landarbeiter:innen sowie Nicht-Arbeitnehmer:innen wie die Heimarbeiter:innen waren Sonderregelungen bzw eigene Instrumente in anderen Gesetzen vorgesehen. Auch die bewährten Bezeichnungen der Rechtsinstrumente überstanden die Kodifikation im ArbVG: Weder wurde mit dem ArbVG der Mindestlohntarif zum Mindestentgelttarif, was dem Regelungsgegenstand besser entsprochen hätte, noch die Lehrlingsentschädigung in Lehrlingstarif umbenannt, was das kollektive Instrument vom individuellen leichter abgrenzbar gemacht hätte. Die Terminologie des ArbVG und aus der Zeit davor erfuhr erst 2021 eine erste Änderung, als die Lehrlingsentschädigung zum Lehrlingseinkommen wurde,[1] was zwar deren Entgeltcharakter mehr entspricht

[1] BGBl I 2020/170.

als der an Schadenersatz erinnernde Begriff der Entschädigung, aber ein Hinweis auf den kollektiven Charakter bereits im Namen des Rechtsgestaltungsinstruments wäre durchaus wünschenswert gewesen.

Gemeinsam ist den kollektiven Rechtsgestaltungsmitteln Satzung, Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen ihre zumindest zum Teil staatliche oder behördliche Erzeugung sowie – mit Abstufungen – ihre Rolle als Substitute oder Surrogate des Kollektivvertrags;[2] wobei auch zwischen den drei (teil)staatlichen Rechtsinstrumenten eine gewisse Hierarchie zu bemerken ist, wenn sie vom Blickwinkel ihrer Erzeugung und ihrer Beendigung aus betrachtet werden. In wirtschaftlichen Bereichen oder in Bezug auf Berufsgruppen, denen es an Schutz auf kollektiver oder genauer: überbetrieblicher Ebene fehlt, wurde der Staat ermächtigt, auch unterhalb der Gesetzesebene zwingende Mindestarbeitsbedingungen und zwar insb Mindestentgelte festzusetzen; eine Kompetenz also, die in Österreich im Allgemeinen den Sozialpartnern im Wege von Kollektivverträgen zukommt, und damit in direkter Konkurrenz zu den Sozialpartnern steht.

2. Spannungsverhältnis zur Koalititionsfreiheit?

Deutlich abgemildert wird das Spannungsverhältnis Staat-autonome Akteur:innen allerdings dadurch, dass die Sozialpartner im Wege der Entsendung von Mitgliedern in das Bundeseinigungsamt, also das Verwaltungsorgan, das Satzung, Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen erlässt, an der Erzeugung derselben intensiv mitwirken. Partizipatorisches Verwaltungshandeln der betroffenen Kreise gewährt Mitwirkung der betroffenen Gruppen und die Verhältnismäßigkeit des behördlichen Handelns im Bereich der Festsetzung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, insb Entgeltbedingungen. Der Staat legitimiert die Normerlassung auf behördlicher Ebene durch Einbeziehung der ständischen Vertretungen in sein Verwaltungshandeln.

Die Festsetzung von Satzung, Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen ist zudem strikt antragsgebunden (§§ 18, 22, 26 jeweils Abs 1 ArbVG); ohne Antrag, also insb amtswegig, können die Surrogate nicht erlassen werden. Das BEA darf nicht von sich aus bei der Normerlassung tätig werden; außerdem darf es nicht vom Inhalt des Antrags abweichen. Die Antragslegitimation verlangt darüber hinaus in jedem Fall die Kollektivvertragsfähigkeit des/der Antragsteller:in und ist bei Satzung und Mindestlohntarif noch weiter spezifiziert: Bei der Satzung muss der Antrag von zumindest einer der Abschlussparteien des zu satzenden Kollektivvertrags stammen, beim Mindestlohntarif muss ein Antrag der zuständigen kollektivvertragsfähigen Körperschaft auf Arbeitnehmer:innen-Seite vorliegen. Antragsberechtigt sind im Wesentlichen also die kollektivvertragsfähigen, zuständigen Sozialpartner des jeweils be-

[2] *Friedrich*, Kollektivvertragsfähigkeit und Kollektivvertragszuständigkeit, ASoK 2006, 446; *Runggaldier/Potz* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 26 Normzweck (3. Lfg, 2007); weiters schon RV 348 BlgNR VI. GP 3.

troffenen Wirtschaftsbereichs oder der Berufsgruppe; jedenfalls immer die Koalition „Österreichischer Gewerkschaftsbund" sowie die jeweils einschlägige Fachgewerkschaft.

3. Voraussetzungen und Entwicklung der behördlichen Instrumente

Die behördliche Normerlassung ist durch Einbeziehung der berufsständischen Vertretung in das Verwaltungshandeln auf mehreren Ebenen legitimiert. Der Staat hält sich aber noch weiter zurück und wird auch auf inhaltlicher Ebene bloß subsidiär tätig, indem das ArbVG die behördliche Festsetzung auf iwS kollektivvertragsfreie oder verbandsfreie Räume beschränkt. Der Staat handelt erst dann, wenn die autonomen Kräfte versagen oder nicht stark genug entwickelt sind.

3.1 Satzung – die Ausdehnung eines Kollektivvertrags

Im Wege der Erklärung eines Kollektivvertrags zur Satzung wird ein Verbandskollektivvertrag durch das BEA auf andere Wirtschaftsbereiche ausgedehnt, dh auf Arbeitgeber:innen oder Unternehmen, die bis dato von diesem Kollektivvertrag gar nicht erfasst sind (§ 18 ArbVG). Die Satzung kann sowohl Arbeitgeber:innen oder Unternehmen, die nicht Mitglied der Abschlussparteien des zu satzenden Kollektivvertrags sind, sog Außenseiter:innen, betreffen, als auch Arbeitgeber:innen in völlig fremden Wirtschaftsbereichen umfassen, dh Unternehmen außerhalb des fachlichen oder räumlichen Anwendungsbereichs des zugrundegelegten Kollektivvertragsvertrags.[3]

Inhaltliche Voraussetzungen der Erweiterung eines Verbandskollektivvertrags sind

- die gesetzmäßige Kundmachung und die Geltung des zu satzenden Kollektivvertrags, dh ein bereits erloschener Kollektivvertrag ist nicht satzungsfähig, während ein Kollektivvertrag in der Zeit seiner Kündigungsfrist oder vor Fristablauf noch zur Satzung erklärt werden könnte.[4]
- Der zu satzende Kollektivvertrag muss bereits überwiegende Bedeutung erlangt haben. Die Bedeutung zeigt sich etwa im Falle der Ausdehnung auf nicht kollektivvertragsunterworfenen Arbeitgeber:innen regelmäßig darin, dass der Kollektivvertrag schon vor seiner Satzung die Mehrheit der gleichartigen Arbeitsverhältnisse der betreffenden Branche umfasst. Dabei sind die nicht

[3] *Mosler* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 18 Rz 3 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1. 7. 2023); *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm[3] (2018) § 18 ArbVG Rz 1, 19; *Runggaldier/Potz* in *Tomandl*, ArbVG § 18 Normzweck (4. Lfg, 2007); *Kammler/Resch*, Arbeitsrecht[8] (2023) Rz 812.

[4] *Löschnigg M.*, Strukturfragen der Satzung (2010) 91 f.

gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer:innen, also die Außenseiter:innen nach § 12 ArbVG, ebenfalls mitzuzählen.[5]

- Die Arbeitsverhältnisse, die von der Satzung erfasst werden sollen, müssen im Verhältnis zu jenen, die im zu satzenden Kollektivvertrag geregelt sind, gleichartig sein. Der Gesetzeswortlaut verlangt nicht dieselbe Art oder völlig identische Jobs oder Berufsgruppen, aber doch zumindest ähnliche oder vergleichbare Tätigkeiten und Strukturen. Hier spiegelt sich wider, dass der Kollektivvertrag zwar auch auf einen andersartigen, sachfremden Wirtschaftsbereich ausgedehnt werden darf, aber die Arbeitsverhältnisse und damit Arbeitsbedingungen immerhin soviel Gleichartigkeit aufweisen, dass die Regelungen des ursprünglichen Kollektivvertrags auf die Tätigkeiten des fremden Wirtschaftsbereichs übertragen und 1:1 angewendet werden können. Dem BEA ist es untersagt, eine entsprechende Anpassung der zu satzenden kollektivvertraglichen Bestimmungen an die neuen wirtschaftlichen Verhältnisse im Rahmen des Verfahrens zur Satzungserklärung vorzunehmen; ebenso wenig dürfte die Antragstellerin durch ihren Antrag den Inhalt des Kollektivvertrags auf eine Art und Weise neu gestalten, dass das Prinzip der Konnexität verletzt wird. Vor allem von der Arbeitgeber:innen-Seite betrachtet spielen im Hinblick auf die Frage der Gleichartigkeit der Arbeitsverhältnisse außerdem Faktoren wie Unternehmensgröße, Wettbewerb, Kosten, Ertragslage und Produktionszahlen eine Rolle.[6]
- Die von der Satzung erfassten Arbeitsverhältnisse dürfen nicht bereits einem eigenen Kollektivvertrag unterworfen sein. Die Satzung soll Arbeitnehmer:innen nur vor zur Gänze kollektivvertragsfreien Räumen schützen und nicht das Verhandlungsergebnis von autonomen Kollektivvertragsparteien verändern. Ein im Vergleich zum Inhalt des gesatzten Kollektivvertrags ungünstigere oder weniger umfangreicher späterer Kollektivverträge verhindern das ergänzende Hineinsatzen[7] ebenfalls.[8] Andererseits verhindert die bloße Existenz eines – verhandlungsunwilligen – Verbands als solche nicht, dass für diesen Wirtschaftsbereich der Kollektivvertrag aus einer anderen Branche aber mit ähnlichen strukturierten Arbeitsverhältnissen gesatzt wird. Schon bei ihrer ersten Regelung wurde die Satzung als Damoklesschwert bezeichnet.[9]

---

5 *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 18 Rz 15; *Kietaibl*, Arbeitsrecht[12] (2023) 257; siehe schon VfGH 29.9.1994, V 85/92, 86/92, DRdA 1996, 30 (*Rebhahn*) = ZAS 1995, 134 (*Tomandl*).

6 VwGH 26.10.1951, 771/50, Arb 5.320; *Kietaibl*, Arbeitsrecht[12] 257.

7 Siehe schon *Schrammel*, Probleme der Satzung von Kollektivverträgen, ZAS 1998, 135.

8 So schon *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 18 Rz 16 (2002); *Klein G*, Gibt es kollektivvertragsergänzende Satzungen? Eine Erwiderung, DRdA 1978, 110; *Rebhahn*, Amtshaftung wegen falscher Kollektivertragsangehörigkeit? DRdA 1994, 124 (133); aA noch *Tomaschek*, Zum Problem des Verhältnisses zwischen Kollektivvertrag und Satzung, DRdA 1977, 228 (23).

9 So bereits RV 401 BlgKonstNV 1919/20, 16.

Die Subsidiarität der Satzung gegenüber dem Kollektivvertrag zeigt sich insb auch bei der Beendigung einer Satzung: Durch das Inkrafttreten eines Kollektivvertrags für den einschlägigen Bereich verliert die Satzung ihre Wirkung, unabhängig von Günstigkeitsüberlegungen.

3.2 Mindestlohntarif – Abhilfe in Branchen ohne Verhandlungspartner

Der Mindestlohntarif wird im Schrifttum als das „subsidiärste aller subsidiären Mittel" bezeichnet,[10] denn auch zwischen den drei (teil)staatlichen Rechtsinstrumenten ist eine gewisse Hierarchie zu bemerken. Beim Mindestlohntarif drückt sich die Hierarchie der Subsidiarität dahingehend aus, dass er nicht nur dem Kollektivvertrag, sondern auch der Satzung gegenüber weichen muss, und zwar sowohl bezüglich der Erzeugungs- als auch der Beendigungsbedingungen. Beim Mindestlohntarif ist die Subsidiarität jedoch noch weiter zugespitzt: So verhindert nicht erst die Existenz eines Kollektivvertrags oder einer Satzung im einschlägigen Wirtschaftsbereich die Festsetzung eines Mindestlohntarifs, sondern bereits die Existenz einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft auf Arbeitgeber:innen-Seite (§ 22 Abs 3 Z 1 ArbVG). Seinem Wortlaut nach geht das Gesetz vom Fehlen eines Verhandlungspartners auf der Arbeitgeber:innen-Seite aus; unabhängig davon, ob es sich um einen Verband oder eine:n einzelne:n kollektivvertragsfähige:n Arbeitgeber:in[11] handelt.

Das Fehlen eines kollektivvertragsfähigen Verbands wird in Referenz auf den Schutz der Arbeitnehmer:innen in der Judikatur des OGH um die Jahrtausendwende[12] und tw auch in der Erlassungspraxis des OEA[13] ab den 1970er-Jahren als fehlende Mitgliedschaft bei einem durchaus existierenden Verband verstanden.[14] Dies führte dazu, dass Mindestlohntarife auch für Verbands-Außenseiter:innen als anwendbar angesehen wurden bzw trotz Existenz eines zuständigen Verbands auf Arbeitgeber:innen-Seite Mindestlohntarife für diesen Bereich erlassen wurden. Die Lehre tritt einem solchen Verständnis mit unterschiedlichen Argumenten entgegen: Der Mindestlohntarif sei nicht geschaffen worden, um fehlende Verhandlungsbereitschaft der Arbeitgeber:innen-Seite oder überhaupt die fehlende Verbandsmitgliedschaft zu ersetzen. Zum einen lässt das die Grenzen zwischen Satzung und Mindest-

---

[10] *Weiß*, Tarifeinheit oder Tarifvielfalt im ungegliederten Mischbetrieb?, JBl 1999, 781 (788); *ders*, Bespr 9 ObA 236/02z, DRdA 2004, 359 (361).

[11] AB 993 XIII. GP 1, 8. Diese Neuerung geht wohl – auch wenn sie sich in der RV 840 zum ArbVG noch nicht bzw nicht mehr findet – auf den II. TE zurück, der – mHa „ausländische Vorbilder" und die „heutigen Verhältnisse" sogar eine allgemeine KV-Fähigkeit für einzelne AG vorgesehen hatte, vgl Kodifikation des Arbeitsrechtes, II. TE, DRdA 1963, 103 (126 f).

[12] OGH 13.9.2001, 8 ObA 87/01d, Arb 12.137; OGH 23.4.2003, 9 ObA 236/02z, DRdA 2004, 35 (*Weiß*); *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar (1975) § 22 Erl 1.

[13] Näheres bei *Klein G*, Die Tätigkeit des Obereinigungsamtes im System der Arbeitsverfassung, ZAS 1983, 123 (128).

[14] *Trost*, Kollektivvertragsautonomie und behördliche Festsetzung von Mindestlöhnen, DRdA 2005, 122 (126, 131).

lohntarif verschwimmen. Zum anderen bewegt sich ein solches Verständnis außerhalb der verfassungskonformen Interpretation, weil mit der Drohung, andernfalls das behördlich festgesetzte Mindestentgelt zahlen zu müssen, zumindest indirekt Druck auf Arbeitgeber:innen ausgeübt wird, einem Verband beizutreten.[15] Schließlich bestehen ohnehin Alternativen zur Mindestlohntariffestsetzung *contra legem*: insb die strengere Prüfung der Kriterien der Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit (etwa Ziele, Wirkungsbereich und Tätigkeiten im Bereich der kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen betreffend), das amtswegige Aufgreifen von Gründen der Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit (etwa die längerwährende Untätigkeit im Bereich der kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen) sowie die Erklärung geeigneter Kollektivverträge oder zumindest Teile derselben zu Satzungen.

Die Subsidiarität des Mindestlohntarifs gegenüber Kollektivvertrag und dessen Substitut Satzung spiegelt sich ebenso bei der Beendigung des Mindestlohntarifs wider: Sowohl der Kollektivvertrag als auch die Satzung für den fraglichen Wirtschaftsbereich oder die Berufsgruppe setzen den Mindestlohntarif außer Kraft (§ 24 Abs 3 ArbVG), unabhängig von Günstigkeitserwägungen und sonstigen Inhalten der späteren Normen.[16] Wird hingegen bloß eine kollektivvertragsfähige Körperschaft, sei es Verband oder Einzel-Arbeitgeber:in, eingerichtet bzw kommt es zu einer Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit, berührt dies den bereits existierenden Mindestlohntarif nicht. Allerdings kann der Mindestlohntarif ab der Existenz einer solchen kollektivvertragsfähigen Körperschaft auf Arbeitgeber:innen-Seite nicht mehr geändert werden. Auch bei der bloßen Änderung der Entgeltbeträge handelt es sich um eine Festsetzung des Mindestlohntarifes, deren wesentliche Voraussetzung das Fehlen eines zuständigen kollektivvertragsfähigen Verbands auf Arbeitgeber:innen-Seite oder Einzelarbeitgebers ist.[17]

3.3 Lehrlingseinkommen – generelles Mindestentgelt für Lehrlingsgruppen

Ist in einem Wirtschaftsbereich kein Kollektivvertrag wirksam, so kann das BEA ein Lehrlingseinkommen für die Lehrlinge dieser Branche bzw Lehrlingsgruppe festsetzen (§ 26 Abs 1 ArbVG), und zumindest die Mindestentgelte der Lehrlinge absichern. Beim Lehrlingseinkommen besteht insofern zugespitzte Subsidiarität gegenüber dem Kollektivvertrag und damit dem verdichteten Willen der abschließenden Sozialpartner, als ein ausverhandelter Kollektivvertrag der Festsetzung des Lehrlings-

[15] Siehe nur – teilweise auch schon in den Vorauflagen – *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] (2017) Rz 3/191; *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Arbeitsrecht[4] (2021) 84 f; *Kietaibl*, Arbeitsrecht[12] 261; *Schrammel*, Rechtsfragen des Mindestlohntarifes, ZAS 2005, 196 (197 f).

[16] *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 24 Rz 5; *Melzer-Azodanloo*, Mindestlohntarif 512 ff.

[17] VfGH 10.12.2015, V 59/2015, JAS 2017, 294 (*Melzer-Azodanloo*) = ASoK 2016, 463 (*Zwinger*).

einkommens entgegensteht, auch wenn er kein Lehrlingseinkommen enthält.[18] Bei den Beendigungsbedingungen kommt die Hierarchie der Subsidiarität zwischen den behördlichen Instrumenten mehrfach zum Ausdruck: Sowohl Kollektivvertrag als auch Satzung setzen das Lehrlingseinkommen für den jeweiligen Wirkungsbereich außer Kraft; die Satzung jedoch nur dann, wenn sie auch Vergütungen für den Lehrlingsbereich enthält (§ 28 Abs 3 ArbVG).

Satzung, Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen sind somit nicht bloß in Bezug auf den Kollektivvertrag schwächer oder bloße Surrogate desselben; auch zwischen den drei (teil)staatlichen Rechtsinstrumenten ist eine gewisse Hierarchie zu bemerken, wenn sie vom Blickwinkel ihrer Erzeugung und ihrer Beendigung betrachtet werden. Die drei Instrumente sind gleichzeitig in einem dichten Netz miteinander verwoben und aufeinander abgestimmt, um den Arbeitnehmer:innen auch ohne eigenen Kollektivvertrag adäquaten Schutz zu gewähren.

4. Rechtsnatur und Rechtswirkungen

Außerhalb des Bereichs der Erzeugungs- und Beendigungsbedingungen ist die Subsidiarität der (teil)behördlichen Normen gegenüber dem Kollektivvertrag als dem in Vertragsform gegossenen Sozialpartnerwillen deutlich weniger ausgeprägt bzw nicht gegeben. Das Subsidiaritätsprinzip spielt keine Rolle, wenn der Stufenbau der Rechtsordnung sich am Ermächtigungszusammenhang orientiert. Die (teil)behördlichen Instrumente werden lediglich durch das Gesetz näher bestimmt; nicht der Kollektivvertrag bildet einen Prüfungsmaßstab für die anderen. Alle vier Rechtsnormentypen stehen auf gleicher Stufe. In Bezug auf eine Sonderform des Kollektivvertrags, nämlich den General- oder Spitzenkollektivvertrag, sind zudem auch die behördlichen Substitute nicht subsidiär. Aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung beseitigt ein Generalkollektivvertrag eine Satzung, einen Mindestlohntarif oder ein Lehrlingseinkommen nicht, sondern beide bleiben nebeneinander anwendbar (§ 18 Abs 4, § 24 Abs 3, § 28 Abs 3 ArbVG).[19]

Bezüglich ihrer jeweiligen Rechtswirkungen finden sich sowohl zum Kollektivvertrag als auch zu den Substituten seit dem ArbVG gleichlautende (oder verweisende) Bestimmungen: Alle vier kollektiven Rechtsgestaltungsinstrumente sind unmittelbar rechtsverbindlich für die Normadressat:innen; ihnen kommt damit Normwirkung zu und sie sind Gesetz im materiellen Sinne (§§ 11, 19, 24, 28 jeweils Abs 1 ArbVG). Für alle vier Instrumente gilt in ihrem Kern das Günstigkeitsprinzip: Sie haben einseitig zwingende Wirkung gegenüber nachgeordneten Rechtsquellen oder Vereinbarungen, sodass die in ihnen festgesetzten Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen oder Einzelverträge nicht zum Nachteil der betroffenen Ar-

[18] *Runggaldier/Potz* in *Tomandl*, ArbVG § 26 ArbVG Entstehungsgeschichte und Rz 5; *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 26 Rz 5.

[19] *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 18 Rz 18.

beitnehmer:innen geändert werden dürfen (§§ 11, 24, 28 jeweils Abs 2 ArbVG). Und – abgesehen von der Satzung – entfalten die behördlichen kollektiven Rechtsgestaltungsinstrumente nach ihrem Erlöschen noch modifizierte Rechtswirkungen; wie beim Kollektivvertrag sind die betroffenen Arbeitnehmer:innen durch die Nachwirkung von Mindestlohntarif oder Lehrlingsentschädigung vor einseitigen Maßnahmen ihrer Arbeitgeber:innen geschützt, auch wenn die kollektive Norm bereits erloschen ist (§§ 13, 24 Abs 4 ArbVG).

Während die Kontroversen um die Rechtsnatur des Kollektivvertrags erst durch Stellungnahmen des VfGH und des OGH einige Jahre vor dem ArbVG zur Ruhe gekommen sind,[20] war die rechtliche Qualifikation von Satzung, Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen aufgrund deren im Wesentlichen behördlicher Erzeugung deutlich weniger umstritten; Umbrüche und Unschärfen gab es aber auch bei diesen kollektivarbeitsrechtlichen Instrumenten zu verzeichnen: So begriff der VwGH den „Beschluss" vom (Ober-)Einigungsamt zur Satzung eines Kollektivvertrags zunächst als Bescheid;[21] selbst im ArbVG zeigen sich noch Reste eines solchen Verständnisses, wenn auch im Zusammenhang mit Normerlassung davon die Rede ist, dass das BEA „entscheidet" (vgl § 142 *leg cit*). Bezüglich ihrer Rechtsnatur ist bei der Satzung nach dem ArbVG zwischen Satzung im engeren Sinne und Satzungserklärung zu unterscheiden; erstere umfasst den ausgedehnten Kollektivvertrag, während als Satzungserklärung der behördliche Akt der Ausdehnung dieses Kollektivvertrags auf einen neuen Anwendungsbereich verstanden wird.[22] In der Satzungserklärung wird auf den gesatzten Kollektivvertrag verwiesen.[23] Die Satzung im engeren Sinne, also der erweiterte Kollektivvertrag, „behält" die ursprüngliche Rechtsnatur als Kollektivvertrag; der behördliche Akt der Satzungserklärung wird als Verordnung iSd Art 18 und Art 139 B-VG angesehen, weil es sich beim festsetzenden BEA um ein Verwaltungsorgan handelt und der Akt unmittelbare Rechtsverbindlichkeit für einen generellen Adressat:innenkreis entfaltet.[24]

Aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Erzeugung und der gesetzlich angeordneten Rechtswirkungen wie insb der Normwirkung sind Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen ebenfalls als Verordnungen iSd Art 18 B-VG zu qualifizieren, auch wenn etwa die Materialien zum ArbVG den Mindestlohntarif etwas zurückhaltend als Vorschrift „auf der Rechtsstufe einer Verordnung" bezeichnen.[25] Die

[20] Stellungnahme des VfGH zu Entwürfen zu Novellen des StGG und des B-VG, ZAS 1971, 73 (75) = DRdA 1972, 106 (107); *Cerny*, Stellungnahmen des Obersten Gerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes zur Verfassungsmäßigkeit des Kollektivvertrages, DRdA 1972, 103.

[21] VwGH 26.10.1951, 5/50 ua Slg 2.288 A = Arb 5.320.

[22] *Löschnigg M.*, Strukturfragen der Satzung 28 ff.

[23] *Kietaibl*, Arbeitsrecht[12] 259.

[24] *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 18 ArbVG Rz 21; *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 18 Rz 4; *Runggaldier/Potz* in *Tomandl*, ArbVG § 19 Rz 1 (4. Lfg, 2007); VwGH 22.12.2009, 2009/08/0064, RdW 2010, 290 (*Resch*).

[25] RV 840 BlgNR XIII. GP 65.

Qualifikation als Verordnung umfasst im Unterschied zur bloß teilbehördlichen Satzung die gesamte Norm; eine weitere Aufspaltung wie bei der Satzung kommt – mangels Hinweises auf privatrechtliche Faktoren bei der Erzeugung – nicht zum Tragen. Da zumindest Teile der Satzung immer direkt auf den Willen der Sozialpartner zurückgehen und privatrechtlich erzeugt sind, ist die Satzung – je nach Standpunkt – als teilstaatliche (teilbehördliche) oder teilautonome[26] Norm zu kategorisieren. Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen werden ausgehend von ihrer formalen Erzeugung hingegen zur Gänze den staatlichen (behördlichen) oder heteronomen Rechtsquellen zugerechnet.[27]

Kundgemacht werden Satzung, Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen im BGBl II, dem herausragenden Publikationsorgan für Verordnungen der Verwaltungsorgane des Bundes. Historisch betrachtet waren Publizität und damit der Zugang der Rechtsadressat:innen zu diesen Normen zunächst deutlich eingeschränkter: Nach dem KVG 1920 waren Satzungen an der Amtstafel des (Ober-)Einigungsamts anzuschlagen (§ 14 Abs 5 *leg cit*); die zugrundegelegten Kollektivverträge konnten etwa im Kataster eingesehen werden. Mindestlohntarife waren seit ihrer Einführung 1951 immerhin im Amtsblatt zur Wiener Zeitung kundzumachen (vgl § 4 Abs 5 MLTG). Mit dem ArbVG wurde auch für die Satzung und das Lehrlingseinkommen das Amtsblatt zur Wiener Zeitung zum Publikationsorgan, was – insb im Vergleich zum Anschlag – den Zugang und die Übersichtlichkeit der kollektiven Normen deutlich verbesserte; zumal zu diesem Zeitpunkt aufgrund der bloß regionalen Zuständigkeit der Einigungsämter auch von einer räumlichen Zersplitterung der Normenlandschaft auszugehen war. Mit BGBl I 2009/74 wurde im Zuge einer kleineren Novelle, die den außerhalb des ArbVG geregelten Heimarbeitsbereich einschließlich des Heimarbeitstarifes betraf, die Publikation von der Wiener Zeitung in das BGBl II verlagert. Da das BGBl II ansonsten im Wesentlichen die Verordnungen der obersten Verwaltungsorgane oder Organe mit Alleinstellungsmerkmalen kundmacht, wird zumindest indirekt die besondere Bedeutung der kollektiven Rechtsgestaltungsmittel des Arbeitsrechts zum Ausdruck gebracht; schließlich werden sie „bloß" vom Bundeseinigungsamt erlassen, das dem:r der für Arbeitsrecht zuständigen Bundes-

[26] Im Ergebnis auch *Firlei*, Flucht aus dem Kollektivvertrag, DRdA 2001, 221(230); *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht (1970) 197. Zum Verständnis einer „privatautonomen" Rechtsquelle schon *Floretta*, Die Rechtsnatur der Quellen des kollektiven Arbeitsrechtes (Kollektivvertrag, Satzung, Betriebsvereinbarung), in *Floretta/Strasser* (Hrsg), Zur Rechtstheorie des kollektiven Arbeitsrechts (1970) 5 (22 ff).

[27] Zum Verständnis, das den Begriffen „(privat)autonom" und „heteronom" hier zugrunde gelegt wird, siehe auch *Adomeit*, Heteronome Gestaltungen im Zivilrecht?, in FS Kelsen (1971) 9 und 14. Allg weiters etwa *Mosler*, Entwicklungstendenzen im Kollektivvertragsrecht, DRdA 2012, 283 (285); *Jabornegg*, Urheberrechtliche Bestimmungen im KollV für Filmschaffende und in Einzelverträgen, DRdA 2003, 391; *Binder*, Arbeitsrechtliche Schieds- und Disziplinargerichte auf dem Prüfstand des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG; 6 Abs 1 MRK), DRdA 1985, 259 (261); *Mayer-Maly*, Verweisungsprobleme bei Kollektivverträgen, RdW 1984, 143 (145 f).

minister:in nachgeordnet ist. Zudem waren die Arbeitsrechtsinstrumente damit auch nicht von der Umwandlung des Traditionsblatts „Wiener Zeitung" in ein Online Medium und eine Informationsplattform, die von einem Hub geführt werden, betroffen (vgl §§ 3, 5 WZEVI-G).

5. Auf dem Weg der Besserung: der Rechtsschutz

Ein Bedarf nach Rechtsschutz besteht auf Seiten der Rechtsanwender:innen, dh der Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen eines Wirtschaftsbereichs, vor allem bei Vorliegen rechtswidriger kollektiver Normen; der Rechtsschutz ist dann im Wesentlichen darauf gerichtet, diese Normen zur Gänze oder teilweise zu beseitigen. Die Qualifikation von Satzungserklärung, Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen als Verordnung führt dazu, dass die kollektiven Rechtsgestaltungsmittel primär der Kontrolle des VfGH unterliegen,[28] der sie seit der Einführung des ArbVG – wenn auch nicht allzu oft – auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen hatte. Die einschlägige Judikatur des VfGH geht klar in eine Richtung: Weder mangelt es den gesetzlichen Ermächtigungsnormen an ausreichender Bestimmtheit noch verstoßen die kollektiven Rechtsgestaltungsmittel gegen die negative Koalitionsfreiheit.[29] Geht es jedoch um die Rechtswidrigkeit der Satzung im engeren Sinne, gewährt den Rechtsschutz nicht der VfGH sondern die ordentlichen Gerichte; die Satzungsinhalte sind als gesatzte Kollektivvertragsbestimmungen an § 879 ABGB zu messen und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit nichtig.

Dass der Rechtsschutz für Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen mittlerweile breiter als zum Zeitpunkt der Erlassung des ArbVG ausgestaltet ist, liegt an verschiedenen Neuentwicklungen der österreichischen Rechtsordnung insgesamt: So besteht mit der Einführung des Parteiantrags auf Normenkontrolle seit 2015 ein erweiterter Zugang zum Rechtsschutz: Auf dem Weg durch die ordentlichen Gerichte kann eine Partei etwa jene Satzungserklärung, die für den Prozessausgang maßgebend ist, vom VfGH auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen lassen sowie den Antrag stellen, die Satzung als gesetzwidrig aufzuheben.[30]

Ein Bedarf nach Rechtsschutz kann aber auch bei den Sozialpartnern selbst bestehen. Dies betrifft insb die Fälle negativer Erledigung des Antrags auf Erlassung

[28] *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 19 Rz 4 f.

[29] Beides bejaht der VfGH zumindest zur Satzung, wenn auch in Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit recht lapidar, vgl E v 29.9.1994, V 85, 86/92, DRdA 1996, 30 (*Rebhahn*) = ZAS 1995, 134 (*Tomandl*); *Holzner*, „Legitimationsprobleme" der Satzung?, DRdA 1994, 7; *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz (2015) 369. Schon aufgrund ihrer Beschränkung auf den engen Bereich von Entgelten ist eine Verletzung derselben grundsätzlich auch bei Mindestlohntarif und Lehrlingseinkommen nicht anzunehmen. Siehe jedoch auch siehe jedoch weiters *Schrank*, Legitimationsprobleme der Satzung von Kollektivverträgen, in FS Schwarz (1991) 801.

[30] So bei VfGH 25.9.2017, V 70/2016 Slg 20.189 zu einem Parteiantrag auf Aufhebung der Satzung des Rot-Kreuz-Kollektivvertrags.

einer kollektiven Norm, wenn also das BEA es ablehnt, trotz entsprechendem Antrag Satzung, Mindestlohntarif oder Lehrlingseinkommen zu erlassen, oder überhaupt untätig bleibt. Hier kam es immerhin insofern zur einer Wende, als die ursprüngliche Zurückhaltung, zumindest einen Bescheid zu erlassen, aufgegeben wurde. Da unklar gewesen war, wie gegen ein rechtliches *nullum* vorgegangen werden kann, schlug der VfGH einen rechtsschutzfreundlichen Weg ein, der die Aufgriffsmöglichkeiten bei Nichterlassung von Normen zumindest erweitert hat. Die Erlassung kollektiver Normen des Arbeitsrechts liegt nicht im Ermessen des BEA, sondern ist als Rechtspflicht ausformuliert.[31] Der Rechtsschutz bei Nicht-Erlassung genereller Normen ist allerdings eher „hinkend" ausgeprägt,[32] insb weil keine Ersatz-Erlassung durch eine alternative Stelle vorgesehen ist und die Erlassung durch die zuständige Verwaltungsbehörde von den Gerichten auch nicht erzwingen werden. Daran ändert auch die seit der Novelle BGBl I 2013/71 bestehende Möglichkeit nichts, gegen den ablehnenden Bescheid eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und in der Folge Revision beim VwGH bzw eine Säumnisbeschwerde bei Untätigkeit erheben zu können.

6. Behördliche Festsetzung von Arbeitsbedingungen – noch immer aktuell?

Ein Institut, das zwar bereits mit dem ArbVG eingeführt wurde, aber erst in jüngster Zeit Bedeutung erlangt hat, ist die General- oder Spitzensatzung. Dabei handelt es sich um die behördliche Erweiterung eines General- oder Spitzenkollektivvertrags, der zwar nur einzelne Arbeitsbedingungen regeln darf, im Gegensatz zum Branchenkollektivvertrag aber nicht nur in einem Wirtschaftszweig wirkt, sondern die überwiegende Anzahl der Wirtschaftszweige erfasst. Verortet ist diese Sonderform des Kollektivvertrags nicht bei den Bestimmungen zum Kollektivvertrag (§§ 2 ff ArbVG) sondern sie wurde innerhalb der Bestimmungen zur Satzung im ArbVG erstmals positiv normiert (§ 18 Abs 4 *leg cit*).

Ein Generalkollektivvertrag, der auf Seite der Arbeitgeber:innen regelmäßig von der Wirtschaftskammer Österreich abgeschlossen wird, also ohnehin bereits einen recht umfangreichen Anwendungsbereich hat, kann durch die Satzung auch für Betriebe, für die dieser Verband nicht die Kollektivvertragsfähigkeit besitzt, zur Anwendung kommen (§ 18 Abs 5 ArbVG). Der Anwendungsbereich einer solchen Generalsatzung wird auf den „nicht-gewerblichen" Bereich ausgedehnt und kann damit die Regelungen des ursprünglichen Generalkollektivvertrags auch für Wirtschaftsbereiche wie jenen der freien Berufe (zB Anwaltskanzleien, Zahn-, Tier- und

[31] RV 840 BlgNR XIII. GP 62 f.

[32] *Wieser* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Lfg 2001) Art 20/4 B-VG Rz 75 wenn auch zum Bereich der Auskunftserteilungspflicht.

Hausarztpraxen) sowie den Sozial-, Kunst-, Bildungs- und Sportbereich zur Anwendung bringen.

Obwohl seit der Einführung des ArbVG mehrere Generalkollektivverträge abgeschlossen wurden,[33] kam es erst im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie durch die Erklärung des Generalkollektivvertrags Corona-Test sowie des Generalkollektivvertrags Corona-Maßnahmen zu ersten Generalsatzungen.[34]

Die Generalsatzung stellt eine gelungene Kombination aus behördlichem und sozialpartnerschaftlichem Handeln dar, mit dem flächendeckend und branchenübergreifend zentrale Arbeitsbedingungen festgelegt werden können. Sie beruht auf einem sozialpartnerschaftlichen Konsens höchst repräsentativer Vertragsparteien und ihre Ausrichtung auf kollektivvertragsfreie Räume respektiert die Privat- und Tarifautonomie aller Beteiligten. Als Verordnung bringt die Generalsatzung auf der einen Seite ausreichende Flexibilität, um auf die aktuellen Bedürfnisse der Wirtschafts- und Arbeitswelt zeitnah reagieren zu können, und auf der anderen Seite ausreichende Verbindlichkeit, um die Mindeststandards für die Arbeitnehmer:innen (weiterhin) umfassend abzusichern.

7. Wie steht es mit dem Einfluss des Europarechts? – Zugleich ein Resumee mit Ausblick

Die behördlichen Rechtsgestaltungsinstrumente des ArbVG sind seit ihrem Entstehen nur unwesentlich geändert worden; teilweise lagen die Änderungen auch nicht einmal an den Regelungen des ArbVG selbst oder der Arbeitsrechtsordnung insgesamt, sondern Umstrukturierungen im Verfassungs-, Verwaltungs- oder Zivilverfahrensrecht spielten eine Rolle, so etwa bei der Einführung der Verwaltungsgerichte, um den Anforderungen des Art 6 EMRK zu entsprechen, oder der Neuordnung der Arbeitsgerichtsbarkeit bei gleichzeitiger Abschaffung der Einigungsämter. Diese Kontinuität war sicherlich nicht zuletzt auf den langen Entstehungsprozess zurückzuführen, der dieser Kodifikation des kollektiven Arbeitsrechts vorausgegangen ist und bei der in guter Tradition die Expertise aus allen Rechtsdisziplinen und Lagern mit einbezogen worden ist.

Nicht einmal der EU-Beitritt Österreichs vermochte die innere Systematik des ArbVG, das Ineinanderverwoben-Sein der kollektiven Rechtsinstrumente, zu berühren. Wenn nun etwa Stimmen laut werden, die einen „gesetzlichen Mindestlohn" fordern, um „wirklich" allen Arbeitnehmer:innen einen unabdingbaren Mindestlohn zu garantieren, kann diesen entgegnet werden, dass das ArbVG insb mithilfe der behördlichen Instrumente bereits ein dichtes Netz gewoben hat, das auch diese

[33] *Melzer-Azodanloo*, Die Rückkehr des Generalkollektivvertrages, in FS Löschnigg (2018) 199 ff.

[34] BGBl II 2021/91; BGBl II 2021/446; dazu *Melzer*, Corona – auch ein Test für die Generalsatzung, in FS Pfeil (2022) 223.

Arbeitnehmer:innen aufzufangen vermag. Dass noch immer einige Arbeitnehmer:innen ohne kollektives Mindestentgelt arbeiten müssen, liegt nämlich nicht daran, dass das System Kollektivvertrag-behördliche Substitute nicht funktioniert. Schon eher liegt das an gesetzgeberischen Maßnahmen, die vermehrt einzelne kollektivvertragsfähige Arbeitgeber:innen schaffen, die unwillig sind, Kollektivverträge abzuschließen. Vergleichbares trifft in Bezug auf einzelne Pflichtverbände zu. Anstatt hier mit der Schaffung eines gesetzlichen Mindestentgelts in das ausgewogene kollektive Vergütungssystem einzugreifen, sollten sich die Akteur:innen besser auf die ohnehin vorhandenen – und bewährten – Rechtsinstrumente des ArbVG besinnen. *Ad multos annos*!

4. Teil
Betriebsverfassung

Geltungsbereich der Betriebsverfassung

Betriebs- und Arbeitnehmer*innenbegriff

Susanne Auer-Mayer

1. Einführung 307
2. Gesetzliche Ausgangslage 307
   2.1 Sachlicher Geltungsbereich 307
   2.2 Persönlicher Geltungsbereich 310
   2.3 Räumlicher Geltungsbereich 312
3. Ausgewählte Problemfelder 312
   3.1 Geltung der Betriebsverfassung bei „virtuellem Betrieb"? 312
   3.2 Disloziert tätige Personen als AN iSd § 36 ArbVG? 314
   3.3 AN-Eigenschaft überlassener Arbeitskräfte? 316
   3.4 Erfassung AN-ähnlicher Personen? 318
4. Fazit und Ausblick 321

1. Einführung

Das Bestehen der Mitwirkungsrechte der Belegschaft, somit der „Befugnisse der Arbeitnehmerschaft",[1] hängt maßgeblich vom Geltungsbereich der Betriebsverfassung als solcher ab. Je enger deren sachlicher, persönlicher und räumlicher Geltungsbereich gezogen wird, umso weniger Personen können auch von der Unterstützung durch Belegschaftsorgane profitieren. Noch vor der Frage der Ausgestaltung konkreter Mitwirkungsrechte ist daher jene nach der Reichweite des Geltungsbereiches des II. Teils des ArbVG zu stellen.

Im Folgenden sollen zunächst kurz – getrennt nach sachlichem, persönlichem und räumlichem Geltungsbereich – die geltenden gesetzlichen Regelungen und deren historische Entwicklung dargestellt werden. Im Anschluss daran werden einige ausgewählte Problemfelder näher erörtert. Im Rahmen des Fazits und Ausblicks wird der Versuch der Auslotung zentraler Anpassungserfordernisse de lege ferenda unternommen.

2. Gesetzliche Ausgangslage

2.1 Sachlicher Geltungsbereich

Sucht man nach einer expliziten Bestimmung zum „Geltungsbereich" der Betriebsverfassung, so wird man (nur) in § 33 ArbVG fündig. Anders als seine Überschrift

[1] Vgl §§ 89 ff ArbVG.

vermuten ließe, regelt dieser allerdings nur den sachlichen Geltungsbereich der Betriebsverfassung – und auch diesen nicht abschließend.[2]

Die Bestimmungen des II. Teils des ArbVG gelten nach § 33 Abs 1 leg cit schon seit Inkrafttreten des ArbVG für *„Betriebe aller Art"*, wobei Abs 2 leg cit – teils aus kompetenzrechtlichen Gründen, teils aufgrund der Besonderheiten der ausgenommenen Berufszweige[3] – gewisse Betriebe ausdrücklich ausnimmt. Dies sind seit der StF die Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, seit BGBl 1975/360 allerdings nur, sofern sie nicht Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände oder der Gemeinden sind (Z 1), die Behörden, Ämter und sonstigen Verwaltungsstellen des Bundes, der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden (Z 2),[4] die öffentlichen Unterrichts- und Erziehungsanstalten, sofern für diese Bestimmungen des Bundes-Personalvertretungsgesetzes gelten (Z 4) sowie die privaten Haushalte (Z 5). Die ursprüngliche Ausnahme der *„Post- und Telegraphenverwaltung, der Wirtschaftskörper Österreichische Bundesbahnen und Eisenbahnen … samt den von diesen betriebenen sonstigen Verkehrszweigen (Kraftfahr-, Schiffahrts-, Straßenbahnlinien und Seilbahnen)"* (Z 3 aF) ist dagegen mit der Aufhebung des Bahn-Betriebsverfassungsgesetzes durch das Bundesbahnstrukturgesetz 2003, BGBl I 2003/138, entfallen. Für AN der Post und Telekom werden allerdings (weiterhin) sondergesetzliche Regelungen im Post-Betriebsverfassungsgesetz getroffen, das hinsichtlich der Befugnisse der Belegschaft im Wesentlichen auf das ArbVG verweist.[5]

Weitere (gänzliche[6] oder auch punktuelle) Ausnahmen von den Regelungen des II. Teils sind in den §§ 132 ff ArbVG für bestimmte Betriebe zu finden. Darüber hinaus ergibt sich eine bedeutsame Beschränkung (auch) des sachlichen Geltungsbereichs va daraus, dass Organe der AN-Schaft gem § 40 Abs 1 ArbVG nur in Betrieben zu wählen sind, in denen dauernd mind fünf stimmberechtigte AN beschäftigt sind. In Kleinbetrieben kommen somit mangels einschlägiger Belegschaftsorgane auch sämtliche Mitwirkungsrechte des II. Teils nicht zur Anwendung.[7] Werden dennoch Organe gewählt, so ist die diesbezügliche Wahl wohl nichtig.[8] Sinkt dagegen die

---

2 Vgl etwa auch *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 33 Rz 2 und 6 (Stand 1.6.2003, rdb.at).

3 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 33 ArbVG Rz 1.

4 Näher *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 33 ArbVG Rz 6 ff (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023) mwN; zur kompetenzrechtlichen Problematik der Erfassung der in Betrieben beschäftigten Gemeindebediensteten vgl *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 33 ArbVG Rz 3; *Kietaibl* in *Brameshuber/Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 33 Rz 3 (17. Lfg, 2023), ebenfalls mwN.

5 Einschränkungen in Bezug auf andere ausgegliederte Betriebe können sich aus den jeweiligen Ausgliederungsgesetzen ergeben; vgl zum Ganzen näher *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 33 Rz 13 ff und die Nachweise dort.

6 Vgl insb § 132 Abs 4 und § 134a ArbVG.

7 Hingewiesen sei zudem darauf, dass einzelne Mitwirkungsrechte von einer noch höheren Beschäftigtenzahl abhängen; vgl nur § 97 Abs 3 ArbVG.

8 So auch *Löschnigg* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 60 Rz 3 (Stand 1.11.2017, rdb.at).

Zahl der AN erst nachträglich während der Funktionsperiode des BR unter fünf, verliert der gewählte BR dadurch nach überzeugender Rsp nicht seine Funktionsfähigkeit.[9]

Der Betriebsbegriff selbst wird in § 34 Abs 1 ArbVG definiert. Als Betrieb gilt demnach – ebenfalls seit der StF unverändert – *„jede Arbeitsstätte, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb der eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht*". Es ist damit insb eine „organisatorische Einheit" erforderlich. Dies setzt nach stRsp einen bestimmten Organisationsgrad voraus, der va in der Einheit des*der Betriebsinhabers*in (BI), des Betriebszwecks und der Organisation zum Ausdruck kommt.[10] Dabei spielen auch der Betriebsstandort, die Beschäftigten, die Betriebsmittel und der Dauercharakter eine Rolle.[11] Um von einem Betrieb sprechen zu können, muss der organisatorischen Einheit jedenfalls ein gewisses Mindestmaß an Selbständigkeit, insb in technischer Hinsicht, zukommen und das Ergebnis ihres Arbeitsvorgangs eine, wenn auch beschränkte, Abgeschlossenheit oder Unabhängigkeit aufweisen.[12] Als BI ist anzusehen, wer über die Arbeitsstätte verfügen kann und daher auch in der Lage ist, durch zweckentsprechenden Einsatz der vorhandenen Mittel Arbeitsergebnisse zu verfolgen. Der*Die BI muss hierbei mit dem*der arbeitsvertragsrechtlichen AG nicht identisch sein; bedeutsam ist nur dessen*deren Möglichkeit, AN zur Verfolgung der Arbeitsergebnisse einzusetzen.[13]

Da das Vorliegen eines „Betriebes" durchaus zweifelhaft sein kann, sieht der Gesetzgeber in § 34 Abs 2 und 3 ArbVG, ebenfalls schon seit Inkrafttreten des ArbVG, die Möglichkeit zur Einleitung eines entsprechenden Feststellungsverfahrens – ursprünglich beim Einigungsamt, seit BGBl 1986/563 bei Gericht – auf Antrag des*der BI, des Betriebsrats, mindestens so vieler wahlberechtigter AN als Betriebsratsmitglieder zu wählen wären sowie der zuständigen freiwilligen Berufsvereinigung und der gesetzlichen Interessenvertretung der AN vor. Das Urteil des Gerichts hat hierbei so lange bindende Wirkung, als sich nicht die Voraussetzungen, die für das Urteil maßgebend waren, wesentlich geändert haben und dies in einem neuerlichen Verfahren festgestellt wird. Die Bindungswirkung tritt also auch dann ein, wenn die Betriebseigenschaft zu Unrecht festgestellt wird.

---

[9] Vgl, unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der Lit, OGH 9 ObA 90/05h, DRdA 2007/20, 222 (*Rebhahn/Kietaibl*) mwN; idS auch schon VwGH 86/01/0282, DRdA 1987, 339 = infas 1987 A 89; näher zum Betriebsbegriff exemplarisch auch *Tomandl* in *Brameshuber/Tomandl*, ArbVG § 34 Rz 1 ff (17. Lfg, 2023) mwN.

[10] Siehe nur RIS-Justiz RS0051107.

[11] Vgl RIS-Justiz RS0051119.

[12] Statt vieler OGH 9 ObA 101/17v, DRdA 2018/45, 437 (*Weiß*) = Arb 13.460; OGH 9 ObA 154/21v mwN.

[13] ZB OGH 9 ObA 311/93, DRdA 1995/7, 48 = ZAS 1994/15, 158; OGH 8 ObA 22/13p, DRdA 2014/43, 431 (*Jabornegg*) = ZAS 2014/52, 320 (*Kreil*); RIS-Justiz RS0051097.

Darüber hinaus ist unter den näheren Voraussetzungen des § 35 ArbVG die gerichtliche Gleichstellung unselbständiger Arbeitsstätten mit Betrieben möglich. Dies jedoch nur, sofern dort dauernd mehr als 50 AN beschäftigt sind. Auch hier bezog sich die bisher einzige Novellierung mit BGBl 1986/563 lediglich auf die gerichtliche Zuständigkeit anstelle jener des Einigungsamtes. Nicht zuletzt sei darauf hingewiesen, dass Betriebsratswahlen in unselbständigen Arbeitsstätten auch bei fehlender gerichtlicher Gleichstellung idR nur gem § 59 Abs 2 ArbVG anfechtbar sind, also keine Nichtigkeit eintritt.[14] Die Mitwirkungsbefugnisse nach dem II. Teil können somit in bestimmten Konstellationen entgegen § 33 Abs 1 ArbVG auch in Nicht-Betrieben zur Anwendung kommen.

2.2 Persönlicher Geltungsbereich

Der persönliche Geltungsbereich der Betriebsverfassung ergibt sich aus § 36 ArbVG. Auch hier wird der relevante AN-Begriff in Abs 1 zunächst in Form einer Generalklausel definiert, wonach AN iSd II. Teils „*alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen einschließlich der Lehrlinge und der Heimarbeiter ohne Unterschied des Alters*“ sind. Die Beschäftigung „*im Rahmen eines Betriebes*“ setzt hierbei weder einen gültigen Arbeitsvertrag iSd § 1151 ABGB[15] noch die tatsächliche (örtliche) Tätigkeit im Betrieb voraus,[16] erfordert aber nach hA[17] das Vorliegen eines (freiwillig begründeten) Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit (vgl jedoch auch noch unten 3.4). Die Anführung der Lehrlinge hat vor diesem Hintergrund ebenso wie der Verweis auf die Irrelevanz des Alters bloß deklarativen Charakter[18] für die AN-Eigenschaft. Zu beachten ist jedoch, dass das Alter hinsichtlich der Stimmberechtigung der AN[19] – und damit angesichts der notwendigen Mindestbetriebsgröße von fünf stimmberechtigten AN auch für die Geltung der Betriebsverfassung (vgl oben 2.1) – sehr wohl von Bedeutung ist. Die Aufnahme der Heimarbeiter*innen, also jener Personen, die gem § 2 Z 1 HeimAG, ohne Gewerbebetreibende nach der GewO zu sein, „*in eigener Wohnung oder selbstgewählter Arbeits-*

---

14 Näher etwa *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 59 Rz 47 ff; § 60 Rz 5 mwN.

15 Vgl bereits VwGH 563/57, Arb 7.156 = ÖJZ 1960, 469 = VwSlg 5.131; ebenso OGH 9 ObA 311/93 DRdA 1995/7, 48 = ZAS 1994/15, 158; s auch *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 34 Rz 14, § 36 Rz 3 mwN.

16 Vgl nur OGH 9 ObA 88/97z, Arb 11.590 = SZ 70/56 = DRdA 1998, 183 (*Hoyer*) = ASoK 1997, 405; ErläutRV 840 BglNR 13. GP 69; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36 ArbVG Rz 4.

17 Statt vieler mwN *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar (1975) 221; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 7 ff (Stand 1.6.2003, rdb.at); *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36 ArbVG Rz 3; *Tomandl* in *Brameshuber/Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 2 (17. Lfg, 2023); *Tomandl*, Wie tragfähig ist der Arbeitnehmerbegriff?, ZAS 2018/28, 174 (176); RIS-Justiz RS0050817.

18 So etwa auch *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 1.

19 S §§ 52, 53 ArbVG.

stätte im Auftrag und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt" sind, bewirkt demgegenüber eine Erweiterung des AN-Begriffs, sofern man mit der hA vom grds Erfordernis eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit ausgeht.[20] Denn Heimarbeiter*innen werden im Regelfall in persönlicher Unabhängigkeit tätig (vgl näher auch unten 3.4).[21] Zu beachten ist jedoch, dass auf letztere ungeachtet ihrer ausdrücklichen Einbeziehung in den II. Teil des ArbVG nicht alle Regelungen der Betriebsverfassung uneingeschränkt Anwendung finden.[22]

§ 36 Abs 2 ArbVG nimmt wiederum gewisse Personengruppen ausdrücklich vom AN-Begriff aus, wobei es sich bei Zugrundelegung der hA bezüglich der meisten erfassten Personengruppen letztlich schon mangels Vorliegens der AN-Eigenschaft iSd Abs 1 erneut bloß um eine Klarstellung handelt.[23] Abermals sind die normierten Ausnahmen seit der StF inhaltlich weitgehend unverändert geblieben: Nicht als AN gelten demnach zunächst – aufgrund ihrer „Nähe" zum*zur BI – in Betrieben juristischer Personen die Mitglieder deren gesetzlicher Vertretungsorgane (Z 1) sowie leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Betriebsführung zusteht (Z 3). Die Rsp stellt hierbei va auf das Bestehen relevanter Personalentscheidungskompetenz ab.[24] Ausdrücklich keine AN sind zudem Personen, die vorwiegend zur ihrer Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung beschäftigt werden; dies freilich mit der Einschränkung, dass sie nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind (Z 4). Ebenso ausgenommen sind Personen, die im Vollzug einer verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verwahrungshaft, Untersuchungshaft, Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahme beschäftigt werden (Z 5). Personen, deren Beschäftigung vorwiegend durch religiöse, karitative oder soziale Motive bestimmt ist, sind ebenfalls keine AN; dies wiederum mit der Einschränkung, dass sie nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind (Z 6). Zuletzt werden auch Personen ausgenommen, die zu Schulungs- und Ausbildungszwecken kurzfristig beschäftigt werden (Z 7).

Die mit BGBl I 1978/519 erfolgte Ausnahme gewisser Familienangehöriger durch Z 2 (was zur Verschiebung der leitenden Angestellten in Z 3 führte) ist dagegen bereits mit BGBl 1979/47 wieder entfallen, da der VfGH den generellen Ausschluss vom Geltungsbereich der Betriebsverfassung als unsachlich beurteilt hatte.[25]

Zusätzlich erwähnt sei die gesetzliche Ausnahme der Zivildienstleistenden gem § 23 Abs 5 ArbVG.

---

[20] IdS wieder etwa auch *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 8.

[21] Exemplarisch *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 1 Rz 24; *Reissner* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 1 ArbVG Rz 18; *Tomandl* in *Brameshuber/Tomandl,* ArbVG § 36 Rz 14 mwN.

[22] Vgl § 31 Abs 2, § 40 Abs 1, § 49 Abs 1, § 50 Abs 2, § 52 Abs 1, § 53 Abs 3, § 119 Abs 1, § 124 Abs 6, § 125 Abs 3, § 126 Abs 4 und 7 ArbVG.

[23] Näher mwN wieder nur *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 2, 15 ff.

[24] Vgl RIS-Justiz RS0053034; zuletzt etwa OGH 8 ObA 45/23k, ecolex 2023/610, 971 *(Mazal).*

[25] VfGH G 109/78, G 111/78, G 112/78, VfSlg 8.485.

2.3 Räumlicher Geltungsbereich

Der räumliche Geltungsbereich der Betriebsverfassung ist gesetzlich nicht geregelt. Nach hA gilt diesbezüglich jedoch das Territorialitätsprinzip. Die Regelungen des II. Teils des ArbVG kommen damit nur zur Anwendung, wenn AN für einen in Österreich liegenden (betriebsratspflichtigen) Betrieb tätig werden.[26] Es muss folglich eine „organisatorische Einheit" im oben genannten Sinn in Österreich vorliegen. Allein der Umstand, dass ein Betrieb im Ausland von einem in Österreich ansässigen Unternehmen betrieben wird, reicht nicht aus. Darüber hinaus kommen die Mitwirkungsbefugnisse nur auf jene Personen zur Anwendung, die iSd § 36 Abs 1 in einen solchen österreichischen Betrieb eingegliedert sind. Die Beantwortung dieser Frage kann va bei (auch) im Ausland tätigen AN erhebliche Probleme bereiten (siehe näher unten 3.2).

3. Ausgewählte Problemfelder

3.1 Geltung der Betriebsverfassung bei „virtuellem Betrieb"?

Berücksichtigt man, dass die Digitalisierung nicht nur örtlich ungebundenes Arbeiten der AN ermöglicht, sondern auch die betriebliche Organisation durch die BI zunehmend disloziert, etwa auch vom Ausland aus telefonisch oder per Internet, erfolgen kann, stellt sich die Frage, ob ein „Betrieb" iSd § 34 ArbVG auch in solchen Fällen vorliegen kann.[27]

Der OGH[28] hatte sich mit einer solchen Konstellation in jüngerer Zeit bezüglich der Personalleiterin eines im Vereinigten Königreich ansässigen Softwareunternehmens zu beschäftigen, die ihre Arbeit ausschließlich im „Homeoffice" in Wien verrichtete. Konkret umfasste das von der Kl geleitete Human Resources-Team über 60 Personen, wobei keine*r der ihr unmittelbar zugeordneten AN, sondern nur ein „Sales-Team" in Österreich arbeitete. Die Kommunikation erfolgte ausschließlich via Skype und sonstigen elektronischen Informationsdiensten. Die Kl berief sich darauf, dass aufgrund der Firmenstruktur ein Betrieb anzunehmen sei, da mehrere in einem Computernetz verbundene Mitarbeiter*innen miteinander kommunizierten. Der einheitliche Betriebszweck liege im Betreiben des Softwareunternehmens, die einheitliche Organisation in der Firmenhierarchie. Der OGH folgte dieser Argumen-

[26] Vgl *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 33 ArbVG Rz 4; *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 33 Rz 2; *Kietaibl* in *Brameshuber/Tomandl,* ArbVG § 33 Rz 4; mit beachtlichen Argumenten krit zum Bemühen des Territorialitätsprinzips und stattdessen für eine (freilich letztlich ebenfalls va auf den Lageort des Betriebes abstellende) Schwerpunktanknüpfung aber etwa *Deinert,* Für ein welt- und zukunftsoffenes IPR der Betriebsverfassung, in FS Marhold (2020) 457 (457 ff) mwN.

[27] Vgl zum Folgenden auch schon *Auer-Mayer,* Digitalisierung und Betriebsverfassung, DRdA 2022, 139 (139 f).

[28] OGH 9 ObA 89/19g, JAS 2020, 311 (*Niksova*) = DRdA 2020/53, 53 (*Mathy*).

tation jedoch nicht und hielt fest, dass allein die Tätigkeit der Kl in Österreich keinen Betrieb iSd § 34 ArbVG begründen könne.

Dieses Ergebnis ist für den konkreten Fall nachvollziehbar. Der Homeoffice-Arbeitsplatz der Kl alleine konnte (abgesehen von der dann fehlenden Mindestbetriebsgröße) schon mangels ausreichender organisatorischer Eigenständigkeit nicht als „Betrieb" iSd § 34 ArbVG qualifiziert werden.[29] Darüber hinaus wurde gerade der ins Treffen geführte einheitliche Betriebszweck des Softwareunternehmens nicht in Österreich verfolgt, sondern lediglich die Kl (gleichsam zufällig) von Österreich aus tätig. Auch die Tätigkeit des Sales-Teams war offenbar nicht auf einen eigenständigen Betriebszweck im Rahmen einer eigenen organisatorischen Einheit ausgerichtet. Vielmehr handelte es sich um eine Tätigkeit in Österreich für einen in Ausland gelegenen Betrieb (zur Zuordnung der AN näher unten 3.2.).

Nicht gesagt ist damit aber insb, dass auch dann kein „Betrieb" iSd ArbVG anzunehmen ist, wenn mehrere AN in Österreich zwar ohne unmittelbar „greifbare" betriebliche Organisation, aber eben doch in organisierter Weise – durch eine einheitliche regionale Leitung und organisiert über digitale Kanäle – eine gemeinsame Dienstleistung erbringen. *Mosler*[30] und *Gruber-Risak*[31] folgend, sprechen va im Lichte des Zwecks der Betriebsverfassung durchaus gute Gründe dafür, nicht zwingend physische Betriebsgebäude etc in Österreich zu verlangen. Ebenso wenig ist notwendigerweise auschlaggebend, ob der*die BI tatsächlich physisch in Österreich anwesend ist oder umgekehrt einzelne oder gar alle AN ihre Tätigkeit für den Betrieb vom Ausland aus erbringen (vgl auch unten 3.2).[32] Hingewiesen sei auch darauf, dass die geforderte einheitliche Organisation nach der Rsp[33] va in der produktionstechnischen Leitung hervortritt. Es schadet daher nicht, wenn bestimmte administrative, kaufmännische oder wirtschaftliche Agenden getrennt in einer (allenfalls auch im Ausland gelegenen) Zentrale für eine Reihe von Betriebsstätten gemeinsam geführt werden. Die Betriebseigenschaft geht auch nicht schon deshalb verloren, weil Personalangelegenheiten für mehrere Betriebe gemeinsam von der Unternehmensspitze bearbeitet werden. Selbständigkeit in Personalfragen ist somit keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen eines Betriebes, wenn auch eine gewisse Entscheidungsfreiheit va in Personalangelegenheiten ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines

[29] Vgl zum idR fehlenden Betriebscharakter von Homeoffice-Arbeitsplätzen auch *T. Dullinger* in *Köck* (Hrsg), Homeoffice § 97 ArbVG Rz 3 (Stand 1.6.2021, rdb.at) mwN.

[30] Kollektivrechtliche Herausforderungen und rechtspolitische Optionen bei Crowdworking, in *Reichel/Pfeil/Urnik* (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking (2018) 165 (171 f).

[31] Cyberwork – Rechtliche Aspekte des Arbeitens im virtuellen Raum, in *Reichel/Pfeil/Urnik* (Hrsg), Die Arbeit ist immer und überall (2020) 71 (84 ff).

[32] Vgl *Gruber-Risak* in *Reichel/Pfeil/Urnik*, Die Arbeit ist immer und überall 71 (86 f); zur „Gig-Economy" etwa auch *Schneller*, Betriebsrat und Mitbestimmung in der Plattform-Ökonomie, in *Lutz/Risak* (Hrsg), Arbeit in der Gig-Economy (2017) 204 (226 f).

[33] Vgl bereits OGH 4 Ob 51/85, Arb 10.525; OGH 9 ObA 143/95, DRdA 1996/22, 297 (*Runggaldier*); OGH 8 ObA 207/00z, DRdA 2002/11, 144 (*Naderhirn*).

solchen bildet.[34] Schlussendlich kann damit wohl auch eine „virtuelle" Betriebsorganisation in Österreich ausreichen, bleibt für die Beurteilung aber nur die Möglichkeit einer (wertenden) Gesamtbetrachtung.[35] Dass die Beantwortung der Frage nach dem sachlichen und räumlichen Geltungsbereich der Betriebsverfassung im Lichte digitaler Kommunikations- und Organisationsmöglichkeiten – auch angesichts der damit einhergehenden erleichterten „Fluidität" der Betriebe – nicht einfacher geworden ist, liegt auf der Hand.[36]

3.2 Disloziert tätige Personen als AN iSd § 36 ArbVG?

Auch wenn das Vorliegen eines Betriebes in Österreich dem Grunde nach bejaht wird, kann insb die Beurteilung der für die AN-Eigenschaft nach § 36 Abs 1 ArbVG geforderten Eingliederung disloziert tätiger Personen in diesen Betrieb Probleme bereiten. Dies gilt nicht nur, aber umso mehr, bei ausschließlichem oder überwiegendem Tätigwerden von Arbeitskräften im Ausland, womit es uU auch Anknüpfungspunkte zu nicht in Österreich gelegenen Betrieben gibt. Mit der Zunahme von „Homeoffice" und „Remote Working", aber etwa auch vor dem Hintergrund von „Plattformarbeit" bzw „Crowdworking"[37] hat diese Frage in jüngerer Zeit ebenfalls an Bedeutung gewonnen.

In der Lit wurden in der Vergangenheit durchaus differenzierte Auffassungen vertreten. So ging etwa *Rebhahn*[38] davon aus, dass die Zugehörigkeit zu einem österreichischen Betrieb (nur) bei kurzfristiger Auslandsarbeit und in Entsendungsfällen jedenfalls dann erhalten bleibe, wenn die AN im Ausland in keinem Betrieb oder in einem bloß unselbständigen Betriebsteil eines österreichischen Betriebes arbeiten. *Strasser*[39] vertrat demgegenüber schon früh den Standpunkt, unselbständige ausländische Betriebsteile eines in Österreich gelegenen Betriebes blieben betriebsverfassungsrechtlich ohne weitere Einschränkung Bestandteil des österreichischen Betriebes. Folgt man dem, sind einzelne disloziert Arbeitende, mögen sie auch im Ausland tätig werden, weiterhin diesem Betrieb zuzurechnen.[40] Dem hat sich auch der OGH angeschlossen. Er betonte in Bezug auf Vertreter*innen, die ihre Tätigkeit überwie-

---

[34] Vgl etwa auch *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 7 mwN.

[35] Vgl näher etwa auch *Deinert*, Herausforderungen der Internationalisierung der Arbeitswelt, DRdA 2022, 153 (155 ff) mwN.

[36] S zB auch *Köck,* Digitalisierung der Arbeitswelt – Weiterbildung, Datenschutz, AN-Schutz und Betriebsverfassung, DRdA 2017, 339 (351 f), der zurecht etwa auch auf die Besonderheiten von Matrixorganisationen hinweist.

[37] Einführend zu „Crowdwork" etwa *Risak*, Crowdwork, ZAS 2015/3, 11 ff; ausführlich zu den diesbezüglichen arbeitsrechtlichen Fragen *Warter,* Crowdwork (2016); *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy (2017).

[38] Österreichisches Arbeitsrecht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, in FS Strasser (1983) 59 (85).

[39] Vgl bereits *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 197; ebenso *Strasser* in S*trasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 33 Rz 17.

[40] IdS etwa auch *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 33 Rz 2, § 36 Rz 18.

gend ausgehend von ihrer Wohnung im Ausland ausübten, aber mehrmals wöchentlich mit ihrem Vorgesetzten Gespräche über alle wesentlichen Fragen ihrer Tätigkeit führten, überzeugend bereits in den 1990er-Jahren, dass allein disloziertes Arbeiten die Eingliederung in einen Betrieb nicht ausschließe. Zu prüfen sei jeweils, ob die betreffenden AN, wenn sie nicht am Betriebsort tätig seien, in einer so engen Beziehung zum Betrieb stünden, dass sie als dem Betrieb noch zugehörig betrachtet werden könnten, ob sie also ungeachtet der außerhalb der Betriebsstätte verrichteten Tätigkeit noch als Glied der betrieblichen Organisation gesehen werden könnten. Dabei hat der OGH schon damals hervorgehoben, dass unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Kommunikationsmöglichkeiten eine organisatorische Eingliederung dislozierter tätiger AN in viel weiterem Umfang möglich sei als in der Vergangenheit.[41]

Angesichts der inzwischen noch wesentlich weiter entwickelten Möglichkeiten zur „Fern-Kommunikation" – man denke nur an die gängigen „Internet-Flat-Rates" und die Möglichkeiten, über das Internet per Fernzugriff auf das Firmennetzwerk zuzugreifen oder etwa Videokonferenzen abzuhalten – kann kaum ein Zweifel daran bestehen, dass die AN-Eigenschaft auch bei Personen (weiterhin) gegeben ist, die ihre Arbeitsleistung (in persönlicher Abhängigkeit; vgl aber auch noch unten 3.4) regelmäßig, überwiegend oder gar ausschließlich in der (gegebenenfalls im Ausland befindlichen) Wohnung (Homeoffice) erbringen.[42] Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf den mit BGBl I 2021/61 geschaffenen BV-Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 27 ArbVG zur Regelung von Rahmenbedingungen betreffend die Arbeit im Homeoffice. Dieser liefe bei Verneinung der AN-Eigenschaft im Homeoffice Arbeitender von vornherein ins Leere. Auch das belegt, dass disloziertes Arbeiten nach dem Willen des Gesetzgebers die AN-Eigenschaft nach § 36 Abs 1 ArbVG keineswegs ausschließt. An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts, wenn anstelle des „Homeoffice" von anderen (auch wechselnden) Orten aus, etwa „remote" über das Internet, gearbeitet wird.[43]

Zusätzliche Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung der Eingliederung dislozierter Tätiger freilich insb dann, wenn neben dem österreichischen Betrieb auch ein solcher am Tätigkeitsort der AN im Ausland als „Anknüpfungspunkt" in Betracht kommt. Zwar ist auch eine Eingliederung in mehrere Betriebe denkbar (vgl nur zur Arbeitskräfteüberlassung sogleich 3.3), diese setzt aber die (eigenständige) Ausübung maßgeblicher AG-Funktionen durch beide BI voraus. So hat der OGH bspw die Einbindung eines stets nur am Wiener Flughafen (und in der Vergangenheit unstrittig für einen österreichischen Betrieb) tätigen AN in einen deutschen Flugbetrieb ver-

41 OGH 9 ObA 88/97z, SZ 70/56; OGH 9 ObA 54/09w, DRdA 2009, 533.

42 Vgl exemplarisch auch mwN *T. Dullinger* in *Köck,* Homeoffice § 97 ArbVG Rz 3.

43 IdS etwa auch *Risak,* Diffusion der Leistungspflicht in örtlicher Hinsicht, in *Brodil* (Hrsg), Entgrenzte Arbeit (2016) 19 (31 f); *Naderhirn,* Betriebsverfassungsrecht und arbeitnehmerähnliche Personen, in FS Löschnigg (2019) 269 (276).

neint.[44] Umgekehrt kann damit aber gerade auch fraglich sein, ob AN, die vorwiegend im Ausland tätig werden, (weiterhin) in einen Betrieb in Österreich oder nicht vielmehr doch (nur) in einen ausländischen Betrieb eingegliedert sind.[45] Im Besonderen gilt dies dann, wenn sich auch der Sitz des*der (vertraglichen) AG der betreffenden AN im Ausland befindet.

3.3 AN-Eigenschaft überlassener Arbeitskräfte?

Durchaus ähnliche, wenngleich mE dogmatisch leichter zu lösende Probleme bereitet die Beurteilung der AN-Eigenschaft iSd § 36 ArbVG bei überlassenen Arbeitskräften.

Weitgehend unbestritten ist seit jeher, dass überlassene Arbeitskräfte auch bei längerfristiger Überlassung in einen Beschäftigerbetrieb nicht nur AN iSd § 1151 ABGB, sondern auch solche iSd § 36 ArbVG des Überlasserbetriebes bleiben. Dies jedenfalls dann, wenn dem Überlasser, was typischerweise der Fall ist, weiterhin wesentliche AG-Funktionen verbleiben.[46] Unterschiedlich beantwortet wird dagegen, unter welchen Voraussetzungen überlassene Arbeitskräfte auch als AN iSd § 36 ArbVG des Beschäftigerbetriebes anzusehen sind.

Der OGH hat dazu vor Inkrafttreten des AÜG unter Verweis auf die damalige Lit festgehalten, dass nur dann von einer entsprechenden Eingliederung in den Beschäftigerbetrieb auszugehen sei, wenn die Überlassung für „längere Zeit" gedacht sei und (infolgedessen) wesentliche AG-Funktionen auf den Beschäftiger übergingen.[47] Nach Inkrafttreten des AÜG bejahte er die AN-Eigenschaft für den Fall einer mehr als sechs Monate dauernden (bzw geplanten) Überlassung. Ob die AN-Eigenschaft auch unabhängig von der Dauer der Überlassung bestehen könne, ließ der OGH offen.[48] Auch die Lit ist sich seither weitgehend einig, dass überlassene Arbeitskräfte bei längerfristiger Überlassung jedenfalls als AN des Beschäftigerbetriebes iSd § 36 ArbVG anzusehen sind, wobei von einer solchen jedenfalls ausgegangen wird, wenn diese sechs Monate überschreitet.[49] Umstritten blieb aber, ob eine gewisse Min-

---

44 OGH 9 ObA 101/17v, DRdA 2018/45, 437 (*Weiß*).

45 Vgl zum umgekehrten Fall etwa BAG 2 AZR 54/18, NJW 2018, 3403, wo die Zuordnung nur für eine Tätigkeit im Ausland aufgenommener AN zu einem Betrieb iSd BetrVG verneint wurde.

46 Vgl OGH 9 ObA 63/87, DRdA 1988, 54 = ZAS 1988/9, 95 (*Schnorr*); OGH 9 ObA 79/13b, DRdA 2014/19, 235 (*Kreil*) = wbl 2013/258, 703 (*Grillberger*) = ZAS 2014/45, 281 (*Kühteubl*); OGH 9 ObA 65/20d, JAS 2021, 159 (*Jabornegg*) = ZAS 2021/16, 87 (*Wiesinger*) = DRdA 2021/29, 304 (*Trost*) = ecolex 2021/118, 149 (*Lanner*); *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler,* Arbeitsverfassungsrecht § 36 ArbVG Rz 15; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 36 ArbVG Rz 8; *Schindler* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 3 AÜG Rz 15.

47 OGH 9 ObA 63/87, DRdA 1988, 54 = ZAS 1988/9, 95 (*Schnorr*); RIS-Justiz RS0029057.

48 OGH 9 ObA 22/91, SZ 64/14 = Arb 10.908 = DRdA 1991/42, 352 (*Geppert*); RIS-Justiz RS0050542.

49 Exemplarisch etwa *Friedrich,* Mitbestimmung bei der Arbeitskräfteüberlassung bei personellen Maßnahmen, ASoK 2007, 212 (214 f) mwN.

destdauer der Überlassung für die AN-Eigenschaft im Beschäftigerbetrieb überhaupt erforderlich ist. Während manche verlangen, dass die Überlassung auf längere Dauer, so insb auf mind sechs Monate, angelegt ist,[50] gehen andere überzeugend davon aus, dass eine Mindestüberlassungsdauer für die AN-Eigenschaft als solche gerade nicht erforderlich ist. Dafür spricht nicht nur, dass durch das AÜG schon ex lege zentrale AG-Funktionen auf den Beschäftiger übertragen werden, sondern va auch, dass sich dem Gesetz keine Mindestbeschäftigungsdauer entnehmen lässt. Im Gegenteil sind auch befristet beschäftigte „Stamm-AN" grds unstrittig ab dem ersten Tag der Beschäftigung als AN iSd § 36 ArbVG anzusehen.[51] Dass dies so ist, belegt gerade auch der Umstand, dass das passive Wahlrecht zur Belegschaftsvertretung, aber etwa auch der Schutz vor sozialwidriger Kündigung ex lege an die Bedingung einer mind sechsmonatigen Betriebszugehörigkeit geknüpft ist.[52] Derartige Beschränkungen wären obsolet, ginge man von vornherein erst bei einer Beschäftigungsdauer von über sechs Monaten von der nach § 36 Abs 1 ArbVG geforderten Eingliederung aus. Ebenso wenig ist aber ein gesetzlicher Anhaltspunkt zu erkennen, wonach (nur) bei überlassenen Arbeitskräften anderes gelten sollte.

Auch der OGH hat sich vor diesem Hintergrund nach eingehender Auseinandersetzung mit der Lit dafür ausgesprochen, dass überlassene Arbeitskräfte ohne Erfordernis einer Mindestbeschäftigungsdauer bereits ab dem ersten Tag der Überlassung auch als AN des Beschäftigerbetriebes iSd § 36 Abs 1 ArbVG anzusehen sind.[53]

3.4 Erfassung AN-ähnlicher Personen?

Nicht zuletzt lässt sich das herrschende Verständnis des AN-Begriffs des § 36 Abs 1 ArbVG auch auf einer noch viel grundsätzlicheren Ebene in Frage stellen: Wie erwähnt (oben 2.2), ist weithin anerkannt, dass nicht nur der AN-Begriff des § 1151 ABGB, sondern auch jener des § 36 Abs 1 ArbVG – mit Ausnahme der explizit erfassten Heimarbeiter*innen – die persönliche Abhängigkeit der Arbeitenden verlangt. Werden Personen, so auch „remote" Arbeitende oder „Crowdworker", in persönlicher Unabhängigkeit, etwa auf Basis eines freien Dienstvertrages tätig, fallen sie

---

[50] Vgl etwa *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 12; *Rauch*, Überlassene Arbeitskräfte und Betriebsrat, ecolex 2008, 157; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 36 ArbVG Rz 8.

[51] Vgl bereits *Geppert,* DRdA 1991/42, 352 (Eanm); daneben etwa *Pirker*, Ausgewählte betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung (2017) 94 f; *Schindler* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 3 AÜG Rz 15; *Schrattbauer* in *Schrattbauer* (Hrsg), AÜG (2020) § 10 Rz 68; *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 36 Rz 16; *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung⁴ Kap 21 (Stand 1.12.2021, rdb.at); auch hinsichtlich der Zugehörigkeit zur Belegschaft in Abhängigkeit vom konkreten Mitwirkungsrecht differenzierend *Marhold*, Betriebsvereinbarungen für überlassene Arbeitnehmer, ASoK 2008, 251 (251 ff).

[52] Vgl § 53 Abs 1 Z 2, § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG.

[53] OGH 9 ObA 65/20d, JAS 2021, 159 (*Jabornegg*) = ZAS 2021/16, 87 (*Wiesinger*) = DRdA 2021/29, 304 (*Trost*) = ecolex 2021/118, 149 (*Lanner*).

somit nach ganz hA nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Betriebsverfassung.[54] Dies selbst dann nicht, wenn sie AN-ähnlich tätig werden, also wirtschaftlich gesehen – va wegen Fehlens einer eigenen unternehmerischen Struktur und Tätigwerden für nur einen oder wenige Auftraggeber*innen[55] – unselbständig sind.[56] Hingewiesen wird hier, neben der „nur ansatzweise" bestehenden Eingliederung in den Betrieb und dem damit einhergehenden fehlenden „Solidaritätsbewusstsein",[57] insb darauf, dass der Gesetzgeber die Figuren der freien DN und der AN-ähnlichen Personen bei Inkrafttreten des ArbVG bereits gekannt, dennoch aber – anders etwa als im DHG – offenkundig bewusst von deren Einbeziehung abgesehen habe.[58] Es werden aber vereinzelt auch differenzierte Ansätze, va eine Einbeziehung nicht persönlich Abhängiger bei stark ausgeprägter AN-Ähnlichkeit, vertreten.[59]

Sieht man sich § 36 Abs 1 ArbVG an, so fällt zunächst auf, dass der Wortlaut einer Erfassung auch persönlich unabhängiger Personen keineswegs entgegensteht. Die Beschäftigung „im Rahmen eines Betriebes" impliziert die Notwendigkeit einer gewissen Eingliederung in einen fremden Betrieb und steht daher einer Einbeziehung selbst unternehmerisch – und damit im Rahmen des eigenen Betriebes – tätig werdender Personen entgegen. Dafür spricht auch der Zweck der Betriebsverfassung.[60] Dies schließt aber die Einbeziehung persönlich unabhängiger, jedoch wirtschaftlich unselbständiger Personen nicht von vornherein aus. Im Gegenteil lassen sich durchaus Anhaltspunkte für eine solche finden: So erfassen die explizit formulierten Ausnahmen des § 36 Abs 2, wie erwähnt (2.2), zu einem guten Teil Personengruppen, denen es an der persönlichen Abhängigkeit fehlt. Das kann natürlich als Klarstellung gedeutet werden. Genauso lässt sich aber argumentieren, dass der Gesetzgeber AN-ähnliche Personen, die vergleichbar wie DN im Rahmen eines Dauerschuldverhält-

---

54 Vgl etwa *Wachter,* Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 (417); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 11 mwN; *Schneller* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 204 (216); zu Telearbeit bspw *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36 ArbVG Rz 6.

55 Vgl nur die Definition des § 51 Abs 3 ASGG.

56 S zB *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 1151 ABGB Rz 124; *Tomandl* in *Tomandl,* ArbVG § 36 Rz 13; *Runggaldier,* Kollektives Arbeitsrecht und arbeitnehmerähnliche Personen, in FS Schnorr (1988) 251 (273 f); *Naderhirn* in FS Löschnigg 269 (274 ff) mwN; idS schon zum auf die Beschäftigung im Betrieb abstellenden Begriff des § 2 BRG 1947 etwa VwGH 2540/59, Arb 7.322; VwGH 421/67, Arb 8.424.

57 *Runggaldier* in FS Schnorr (1988) 251 (273 f).

58 *Wachter,* DRdA 1984, 405 (417); *Risak,* Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer?, ZAS 2002, 165 (166); *Naderhirn* in FS Löschnigg 269 (274 ff).

59 Vgl insb *Mosler,* Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige?, DRdA 2012, 100 (102 ff iVm 105); ähnlich schon *B. Schwarz,* Arbeitnehmerähnliche Personen und überlassene Arbeitskräfte in der Arbeitsverfassung, in FS W. Schwarz (1991) 311 (319 f); idS auch *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 36 Rz 9 f; tendenziell für die grds Notwendigkeit des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses aber *dies,* aaO Rz 18.

60 IdS auch *Mosler,* DRdA 2012, 100 (105).

nisses tätig werden,[61] von Abs 1 erfasst sehen wollte und gerade deshalb (doch) gewisse „echte" Ausnahmen vorgesehen hat.[62]

Die explizite Bezugnahme auf (idR AN-ähnliche) Heimarbeiter*innen in § 36 Abs 1 ArbVG ist hier mE ebenfalls kein entscheidendes Gegenargument.[63] Denn diese kann wiederum auch als bloße Klarstellung verstanden werden. Diese könnte der Gesetzgeber nicht nur deshalb für notwendig erachtet haben, weil Heimarbeiter*innen idR persönlich unabhängig außerhalb des Betriebes tätig werden, sondern auch, weil diese nach § 2 Abs 3 lit b BRG 1947 ausdrücklich vom AN-Begriff ausgenommen waren. Insofern hätte ein bloßer Entfall der Ausnahmeregelung ohne entsprechende Klarstellung Zweifel daran aufkommen lassen können, ob Heimarbeiter*innen infolgedessen zur Gänze oder bloß unter gewissen Umständen von § 36 ArbVG erfasst sein sollen. Tendenziell in Richtung einer bloßen Klarstellung deutet auch die Formulierung des Abs 1, wonach alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen *„einschließlich der"* (und nicht etwa „zuzüglich der" oder „daneben auch") Heimarbeiter*innen erfasst sind.[64] Wenn in den Materialien zum ArbVG ausgeführt wird, dass durch § 36 Abs 1 gegenüber dem BRG 1947 eine Änderung der Rechtslage *„nur insoweit herbeigeführt"* werde, *„als nunmehr alle Heimarbeiter grundsätzlich zur Arbeitnehmerschaft des Betriebes zählen"*,[65] spricht dies zwar in der Tat dafür, dass im Übrigen keine Änderung im Vergleich zum Begriff des BRG eintreten sollte;[66] daraus folgt aber ebenfalls nicht zwingend, dass für die AN-Eigenschaft im Betriebsverfassungsrecht überhaupt persönliche Abhängigkeit erforderlich ist (oder jemals war). Dass dem Gesetzgeber die – persönliche Abhängigkeit fordernde – Judikatur zum BRG wohl bekannt sein musste, lässt ebenso nicht notwendigerweise auf deren Billigung allein dadurch schließen, dass dieser Rsp in § 36 ArbVG nicht explizit entgegengetreten wurde.[67]

---

61 Bei bloß punktueller Tätigkeit (etwa in Form der bloß fallweisen Erledigung einzelner Plattformaufträge) dürfte es dagegen (losgelöst von der Frage persönlicher Abhängigkeit) regelmäßig an der notwendigen betrieblichen Eingliederung fehlen; vgl näher (auch zu Heimarbeiter*innen) *Schneller* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 204 (219 ff); idS auch *Mosler* in *Reichel/Pfeil/Urnik*, Crowdinvesting und Crowdworking 165 (173); zum Ausschluss von Werkvertragsnehmer*innen vgl etwa *Löschnigg*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen entgrenzter Arbeit, in *Brodil* (Hrsg), Entgrenzte Arbeit (2016) 35 (41).

62 Vgl auch die ähnliche Argumentation im Zusammenhang mit der Ausnahme der Heimarbeiter*innen vom AN-Begriff des § 1 ArbVG bei *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 1 Rz 12 und *Mosler,* DRdA 2012, 100 (102 ff), der sich schlussendlich aber nur (wenn überhaupt) für eine Einbeziehung solcher Personen als AN iSd § 1 ArbVG ausspricht, deren AN-Ähnlichkeit besonders stark ausgeprägt ist.

63 AA *Naderhirn* in FS Löschnigg 269 (276).

64 IdS auch schon *Ritzberger-Moser*, Bestehende und geplante Regelungen für einzelne Berufsgruppen, in *Resch* (Hrsg), (Schein-)Selbständigkeit (2000) 33 (42 f).

65 ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 69.

66 Vgl *Naderhirn* in FS Löschnigg 269 (276 f).

67 IdS aber *Naderhirn* in FS Löschnigg 269 (274 ff).

Hingewiesen sei auch darauf, dass bereits in den Materialien zum BRG davon die Rede war, dass *„die Beschäftigung nicht unbedingt auf einem Dienstverhältnis beruhen muss, sondern sich auch auf ein anderes Verpflichtungsverhältnis gründen kann*".[68] Wenn schließlich *Naderhirn* darauf hinweist, dass insb auch der stark in den Gesetzwerdungsprozess involvierte *Strasser* von der Notwendigkeit persönlicher Abhängigkeit für die Bejahung der AN-Eigenschaft nach § 36 Abs 1 ArbVG ausgehe,[69] kann dies durchaus ein Anhaltspunkt im Rahmen der historischen Interpretation sein. Berücksichtigt man aber, dass diese Einschätzung weder in den Gesetzesmaterialien noch im Wortlaut des Gesetzes explizit Niederschlag gefunden hat, scheint dennoch nicht eindeutig, dass AN-ähnliche Personen von § 36 Abs 1 ArbVG ausgeschlossen sein sollten. Teleologische Gesichtspunkte sprechen ebenfalls nicht gegen die Einbeziehung im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen tätig werdender AN-Ähnlicher. Diesbezüglich stellen sich auch Abgrenzungsfragen in Bezug auf die zuständige (AG- oder AN-)Interessenvertretung und die mögliche Geltung des (unionsrechtlichen) Kartellverbots nicht in vergleichbarer Weise wie hinsichtlich der im I. Teils des ArbVG geregelten überbetrieblichen Interessenvertretung.[70]

Vor dem Hintergrund der bisher fast einhellig gegenteiligen hA ist freilich de lege lata kaum damit zu rechnen, dass die Rsp AN-ähnliche Personen generell in den Geltungsbereich der Betriebsverfassung einbeziehen wird. Zumindest muss dann aber mE in Bezug auf „neue" Beschäftigungsformen, wie „Crowdwork", sehr genau geprüft werden, ob die Tätigwerdenden nicht bei AN-Ähnlichkeit – auch aus gleichheitsrechtlichen Gründen – wegen nachträglichen Entstehens einer ungeplanten Lücke analog zu Heimarbeiter*innen zu behandeln sind.[71] Hervorgehoben sei hier auch, dass die Heimarbeiter*innen nach den Materialien gerade mit der Begründung in § 36 ArbVG einbezogen wurden, dass auch ihre *„zweifellos vorhandene Sonderstellung*" angesichts der grds nicht von jenen der AN abweichenden Interessen nicht deren Ausnahme von der Betriebsverfassung rechtfertige.[72]

4. Fazit und Ausblick

Die Regelungen zum Geltungsbereich der Betriebsverfassung haben sich seit dem Inkrafttreten des ArbVG als durchaus gelungen und daher auch zu Recht als be-

[68] ErläutRV 320 BlgNR 5. GP 9; AB 344 BlgNR 5. GP.

[69] Vgl *Naderhirn* in FS Löschnigg 269 (277) mwN.

[70] Dazu näher nur *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 1 Rz 13; *Schwertner*, Arbeitnehmerähnliche Selbständigkeit und Kollektivvertrag, DRdA 2022, 126 (126 ff).

[71] Im Ergebnis ähnlich unter Berufung auch auf eine Analogie zu Leih-AN *Schneller* in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 204 (233); das Entstehen einer nachträglichen Lücke verneinend, zu Recht aber aus gleichheitsrechtlicher Sicht krit *Naderhirn* in FS Löschnigg 269 (283 ff) mwN.

[72] ErläutRV 840 BlgNR 13. GP 69.

standfest erwiesen.[73] Hieran ändert im Grundsatz auch nichts, dass sich im Detail – fast unvermeidlich – Auslegungsfragen stellen und etwa einzelne Ausnahmen vom sachlichen und persönlichen Geltungsbereich sowohl rechtsdogmatisch als auch rechtspolitisch Anlass zur Diskussion bieten.[74] Im Rahmen dieses Beitrags konnte hierauf schon aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.

Nicht nur, aber besonders vor dem Hintergrund der digitalen Transformation und der damit einhergehenden Flexibilisierung der Arbeitserbringung scheinen jedoch gerade auch in Grundsatzfragen des Geltungsbereichs – und damit sowohl hinsichtlich des Betriebs- als auch des AN-Begriffs – „Nachjustierungen" indiziert, um weiterhin eine effektive betriebliche Interessenvertretung sicherzustellen.[75]

So wurde dargelegt, dass der geltende Betriebsbegriff bei zeitgemäßer Auslegung der Erfassung „virtueller" Betriebsstrukturen nicht entgegensteht, dennoch stellen sich hier zunehmend schwierige Zuordnungsfragen. Nun birgt jede gesetzliche Spezifizierung wiederum das Risiko neuer Abgrenzungsprobleme; stellen sollte man sich ihr trotzdem. Dabei gilt es einen Betriebsbegriff zu finden, der unabhängig vom konkreten Sitz des*der BI und/oder der AN im Einzelfall jede Konstellation umfasst, in der Beschäftigte unter einem*einer BI zur Erzielung von Arbeitsergebnissen in Österreich organisiert zusammenwirken.[76] Va mit Blick auf die gebotene „Zuordnung" in grenzüberschreitenden Fällen wird man hier nicht um eine Gesamtbetrachtung umhin können, die sowohl die Wirkungen der Entscheidungen[77] als auch den Ort der erzielten Arbeitsergebnisse, die Arbeitsorte der Beschäftigten sowie Ort und Art der Ausübung von Leitungsmacht berücksichtigt.[78] Hilfreich wäre wohl jedenfalls, wenn die Möglichkeit virtueller Arbeitsstätten und virtuell ausgeübter Leitungsfunktionen im Gesetz ebenso explizit adressiert würde wie die Eingliederung im Ausland tätiger AN. Darüber hinaus sollte mE eine gerichtliche Gleichstellung mit Betrieben iSd § 35 ArbVG schon bei geringerer AN-Zahl zugelassen werden.

---

73 IdS weist etwa auch *Schneller* (in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 204 [232]) darauf hin, dass die Gesetzgebung bereits 1974 einen ziemlich elastischen Rahmen für die Ausübung kollektiver und solidarischer Mitwirkungsansprüche kreiert habe.

74 Dazu exemplarisch *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 33 Rz 1 ff mwN; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 14 ff; *Neumayr* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 132 ArbVG Rz 40 ff mwN.

75 IdS sprach etwa auch *Cerny* (100 Jahre Betriebsrätegesetz – Von der Utopie einer neuen Gesellschaft zur Realität der neuen Arbeitswelt, DRdA 2019, 292 [299]) schon anlässlich des 45-jährigen Bestehens des ArbVG davon, dass der Betriebsbegriff und der AN-Begriff des ArbVG „nicht mehr der Realität der neuen Arbeitswelt" entsprächen; für eine Reform auch schon *Cerny,* 40 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz, DRdA 2014, 478 (486).

76 So schon *Firlei,* Ist das ArbVG noch aktuell? – Betriebsverfassung, DRdA 2014, 520 (525 f); *Auer-Mayer,* DRdA 2022, 139 (145).

77 Für eine stärkere Betonung der Wirkungen und des Zwecks der Beteiligung an diesen Entscheidungen auch *Firlei,* DRdA 2014, 520 (526).

78 Für eine Gesamtbetrachtung (iSe Schwerpunktanknüpfung anstelle des Territorialitätsprinzips) auch *Deinert,* DRdA 2022, 153 (155 f, 157) mwN.

Auch wenn sich die Rsp inzwischen losgelöst von der geplanten Überlassungsdauer für die Einbeziehung überlassener Arbeitskräfte in den AN-Begriff des § 36 Abs 1 ArbVG ausgesprochen hat, wäre insoweit ebenfalls eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung wünschenswert.

Va aber sollte (und zwar nicht nur im Betriebsverfassungsrecht!) angesichts geänderter Arbeitsrealitäten über eine Neuausrichtung des AN-Begriffs nachgedacht werden.[79] § 36 ArbVG würde die stärkere Fokussierung auf die wirtschaftliche Unselbständigkeit schon de lege lata nicht zwingend ausschließen. Nicht nur vor dem Hintergrund der gegenteiligen hA, sondern auch im Hinblick auf eine Abgrenzung zu „echten" Selbständigen sollte aber de lege ferenda eine Neudefinition iSd Einbeziehung AN-ähnlicher Personen vorgenommen werden.[80]

[79] Dazu eingehend – inkl mehrerer alternativer Formulierungsvorschläge – *Mosler,* Brauchen wir einen neuen Arbeitnehmer*innenbegriff?, DRdA 2022, 119 (119 ff) mwN.

[80] IdS etwa auch *Firlei*, DRdA 2014, 520 (525).

Betriebsrat: Wahl, Rechtsstellung und Geschäftsführung

Matthias Neumayr

1. Einführung 323
2. Überblick über die Entwicklung der Normen seit dem Inkrafttreten des ArbVG 325
   2.1 Hohe Stabilität des Normengefüges 325
   2.2 Parteifähigkeit insb des Betriebsrats 326
   2.3 Verlagerung von Kompetenzen mit dem ASGG 326
   2.4 Passives Wahlrecht und Staatsbürgerschaft 327
3. Einzelne Diskussionspunkte in Lehre und Rechtsprechung samt Würdigung 327
   3.1 Zwingender Charakter der Normen 327
   3.2 Rechtliche Verantwortlichkeit für Betriebsratstätigkeit im Verhältnis zur Belegschaft 328
   3.3 Rechtliche Verantwortlichkeit im Verhältnis Betriebsrat – Betriebsinhaber 330
   3.4 Dauerndes Absinken der Belegschaftsstärke auf unter fünf Arbeitnehmer 331
   3.5 Wahl von Organen, insb Betriebsratswahl 332
   3.6 Geschäftsführung des Betriebsrats 333
4. Defizite und rechtspolitische Vorschläge 334

1. Einführung

Betriebsverfassungsrecht dient der Verrechtlichung eines spezifischen Teils von Arbeitsbeziehungen:[1] Die von unternehmerischen Entscheidungen betroffenen Arbeitnehmer eines Betriebs werden mit Mitteln des Rechts in unternehmerische Entscheidungsprozesse eingebunden.[2] Trägerin der durch die Betriebsverfassung festgelegten Rechte und Pflichten ist auf Arbeitnehmerseite die Belegschaft selbst, also die Gesamtheit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer. Ihre kollektiven Rechte kann die Arbeitnehmerschaft nur durch handlungsfähige Organe ausüben. Auch wenn die

[1] *Firlei*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Betriebsverfassung, DRdA 2014, 520 (522). *Strasser* (in *Floretta/Strasser* [Hrsg], Handkommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz [1975] 238 f) sprach vor knapp 50 Jahren zum einen von einer „rechtlichen Organisation", die der natürlichen Interessengemeinschaft der Arbeitnehmer im Betrieb verliehen wird, zum anderen von einer Beschränkung der rechtlichen, aber auch der faktischen Macht des Betriebsinhabers.

[2] Rechtsvergleichend etwa *Schregle*, Die österreichische Betriebsverfassung aus rechtsvergleichender Sicht, DRdA 1987, 82 und *Schregle*, Mitbestimmung aus internationaler Sicht: Gedanken zur Arbeitsrechtsvereinheitlichung, in FS Cerny (2001) 463.

Diktion des ArbVG nicht ganz eindeutig ist,[3] bringt § 113 Abs 1 ArbVG klar zum Ausdruck, dass die der Arbeitnehmerschaft zustehenden Befugnisse – soweit nicht anderes bestimmt ist – durch den Betriebsrat als zentrales Organ ausgeübt werden. Auch § 38 ArbVG zeigt, dass der Betriebsrat grundsätzlich im fremden Interesse – nämlich dem der Belegschaft – tätig wird.[4]

In Form der Regelungen über die Betriebsversammlungen und das Wahlrecht der Arbeitnehmer enthält das ArbVG detaillierte Bestimmungen über die Kreation der Organe, insb des Betriebsrats. Die Organbildung richtet sich nach den Grundsätzen repräsentativer Demokratie (§ 51 Abs 2 ArbVG). Die Organe selbst sind – trotz zumindest beschränkter Rechtsfähigkeit[5] – parteifähig (§ 53 Abs 1, § 54 Abs 1 ASGG). Interessanterweise fehlen im ArbVG nähere Regelungen über das rechtliche Verhältnis des Betriebsrats zur „Arbeitnehmerschaft des Betriebes" (§ 39 Abs 2 ArbVG);[6] auch das rechtliche Verhältnis zum Betriebsinhaber ist nur rudimentär geregelt. Der in der Regierungsvorlage zum ArbVG[7] noch nicht vorhanden gewesene § 39 Abs 1 ArbVG nennt als „*Ziel der Bestimmungen über die Betriebsverfassung und deren Anwendung … die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes*". Wohlgemerkt: Es geht hier um ein Ziel, nicht um ein Gebot.[8]

Das Herbeiführen eines Interessenausgleichs setzt das Bestehen eines Interessengegensatzes zwischen der Arbeitnehmerschaft des Betriebs einerseits und dem Betriebsinhaber andererseits voraus,[9] wie er auch der Interessenwahrnehmungs- und -förderungspflicht des § 38 ArbVG zugrunde liegt. Der bei der Ausübung der Mitwirkungsbefugnis anzustrebende Interessenausgleich „*zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes*" hat einerseits die Belegschaft als Kollektiv (mit der Vorstellung gleichgerichteter Interessen der Arbeitnehmer) und anderseits den Betrieb (bzw das Unternehmen) als wirtschaftliche Grundlage für die Beschäftigten im Auge.[10] Kolli-

[3] Nach § 29 ArbVG wird eine Betriebsvereinbarung vom Betriebsinhaber einerseits und dem Betriebsrat (…) andererseits abgeschlossen. Die §§ 89 ff ArbVG nennen Rechte des „Betriebsrats", dem nach § 105 Abs 4 ArbVG auch das Recht eingeräumt wird, eine Kündigung anzufechten.

[4] *Schrammel*, Zur Rechtsstellung des Betriebsrates, in FS Schwarz (1998) 295.

[5] Wenn der Betriebsrat Organ der Belegschaft eines Betriebes ist, muss der Belegschaft zumindest Teilrechtsfähigkeit zukommen. Auf der anderen Seite muss ein handlungsfähiges Organ zumindest teilweise rechtsfähig sein.

[6] *Schrammel* in FS Schwarz 296.

[7] RV 840 BlgNR 13. GP 8.

[8] Entgegen OGH 19.11.2003, 9 ObA 125/03b, Arb 12.382 = DRdA 2004, 558 mit Bespr v *Cerny* 517 = ZAS 2005, 32 mit Bespr v *Rebhahn* kann aus der genannten Bestimmung keine allgemeine „betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht" abgeleitet werden. Siehe auch *Cerny*, § 45 Grundsätze der österreichischen Arbeitsverfassung, in *Däubler/Kittner* (Hrsg), Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] (2022) 706 (710 f).

[9] *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 39 Rz 1 f (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

[10] Vgl – iZm der Kündigungsanfechtung – OGH 19.12.2001, 9 ObA 189/01m, ecolex 2002, 275 mit Bespr v *Mazal*.

diert die Interessenwahrungsaufgabe (§ 38 ArbVG) mit dem Postulat des Interessenausgleichs (§ 39 Abs 1 ArbVG), wird der Interessenvertretungsaufgabe der Vorrang zukommen.[11]

Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen ist der Befund, dass die Organe materiell „die Belegschaft" vertreten,[12] genauer deren Solidarinteressen.[13] Die Ausgestaltung mit einer teilrechtsfähigen Belegschaft und einem parteifähigen Organ ähnelt einer gesetzlich vorgegebenen Treuhandkonstruktion.[14] Nach der Konzeption des Betriebsverfassungsrechts sind die Organe selbst nicht die Träger der Beteiligungsrechte; sie sind erst recht nicht Vertreter einzelner Arbeitnehmer in Bezug auf deren privatrechtliche Ansprüche.[15] Allerdings kann die inhaltliche Fokussierung der Organtätigkeit auf die Vertretung von Solidarinteressen kaum von der Vertretung von – auf einzelne Arbeitnehmer bezogenen – Individualinteressen getrennt werden, wie schon die allgemeinen Mitwirkungsrechte des Betriebsrats (Überwachungs-, Interventions-, Informations- und Beratungsrechte nach den §§ 89 ff ArbVG) zeigen: Deren Wahrnehmung umfasst typischerweise individuelle Belange einzelner Arbeitnehmer.[16] In einer verfahrensrechtlichen Norm (§ 54 Abs 1 ASGG) wird dem – mit Parteifähigkeit ausgestatteten – Betriebsrat auch ausdrücklich zugestanden, privatrechtliche Ansprüche einzelner Arbeitnehmer zu verfolgen. Auf der anderen Seite zeigt sich eine Loslösung von der Vertretung der Belegschaft auch in Erfordernissen des Organisationsrechts selbst: Ein Organ darf und muss zuweilen eigene Interessen verfolgen, etwa im Fall der Anfechtung der Wahl des Organs.[17]

2. Überblick über die Entwicklung der Normen seit dem Inkrafttreten des ArbVG

2.1 Hohe Stabilität des Normengefüges

Die normativen Grundlagen für Wahl, Rechtsstellung und Geschäftsführung des Betriebsrats wurden seit dem Inkrafttreten des ArbVG in ihren Grundstrukturen gar nicht und inhaltlich insgesamt wenig verändert. Mit den in den 1980er- und 1990er-Jahren neu eingefügten §§ 62a–62c ArbVG sollten jeweils Vertretungsdefizite be-

[11] *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] (2017) Rz 11/004.

[12] OGH 27.09.1989, 9 ObA 262/89, Arb 10.821 = ZAS 1991, 14 mit Bespr v *Rebhahn*.

[13] Wahlen im Sinne einer Auswahl zwischen verschiedenen Listen sprechen nicht gegen die Annahme eines Solidarinteresses: Es kommt darauf an, welche Liste von den wahlberechtigten Arbeitnehmern für am geeignetsten gehalten wird, das (Solidar-)Interesse der Belegschaft zu vertreten.

[14] *Schrammel* in FS Schwarz 308.

[15] OGH 7.4.1981, 4 Ob 24/81, SZ 54/49; *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 40 Rz 6 f.

[16] *Drs*, Allgemeine Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei Fehlverhalten einzelner Arbeitnehmer, ASoK 2015, 82.

[17] Zuletzt etwa OGH 21.4.2023, 8 ObA 12/23g, DRdA 2024, 51 mit Bespr v *Mathy* = ecolex 2023, 607 mit Bespr v *Mazal*.

seitigt werden. Konkret lässt § 62a ArbVG die Parteifähigkeit des Betriebsrats (und die Vertretung durch den Vorsitzenden) im Fall des Endes der Tätigkeitsdauer während eines anhängigen Verfahrens, in dem der Betriebsrat Partei ist, aufrecht.[18] §§ 62b und 62c ArbVG sollen sicherstellen, dass die Funktionsfähigkeit der AN-Vertretung im Zuge von Umorganisationen nicht gefährdet wird.

Die ArbVG-Novelle BGBl I 2010/101 brachte formale Erleichterungen bei der Fassung von Beschlüssen des Betriebsrates: Für eine gültige Beschlussfassung sind Betriebsratssitzungen nicht jedenfalls erforderlich, sondern es sind auch schriftliche, fernmündliche oder andere vergleichbare Formen der Beschlussfassung (etwa per E-Mail) zulässig, wenn kein Mitglied des Betriebsrates diesem Verfahren widerspricht; der Vorsitzende hat für die Dokumentierung der Beschlussfassung zu sorgen (§ 68 Abs 4 ArbVG).[19]

Mit der ArbVG-Novelle BGBl I 2017/12 wurde die Funktionsdauer des Betriebsrats von vier auf fünf Jahre verlängert (§ 61 Abs 1 ArbVG).

2.2 Parteifähigkeit insb des Betriebsrats

Das mit 1.1.1987 in Kraft getretene ASGG hat in seinem § 53 die Parteifähigkeit des Betriebsrats ausdrücklich festgeschrieben (s auch § 62a ArbVG). Diese Ansicht war zuvor schon in Lehre[20] und einhelliger Rsp[21] vertreten worden. Die in einigen Entscheidungen[22] undifferenziert ausgesprochene Ansicht, der Betriebsrat sei partei- und prozessfähig (in § 62a ArbVG wird dies unrichtigerweise noch bekräftigt), ist in Bezug auf die Prozessfähigkeit unrichtig, da diese nur natürlichen Personen zukommen kann.[23] Wer für das parteifähige Gebilde nach außen auftritt, richtet sich nach den Regeln des ArbVG (s § 71 Satz 1 ArbVG).

2.3 Verlagerung von Kompetenzen mit dem ASGG

In dem hier zu behandelnden Kontext darf nicht unerwähnt bleiben, dass das ASGG eine Verlagerung der Kompetenzen der früheren Einigungsämter einerseits zu den Arbeits- und Sozialgerichten und andererseits zum Bundeseinigungsamt mit sich ge-

---

18 Damit wird für die Beurteilung der Parteifähigkeit in Abkehr von den allgemeinen Regeln der ZPO auf den Beginn des Verfahrens abgestellt: RIS-Justiz RS0108752.

19 ErläutRV 901 BlgNR 24. GP 5: *„Diese Bestimmung trägt … den Anforderungen einer flexiblen Aufgabenwahrnehmung durch das Kollegialorgan Betriebsrat im Weg der Nutzung moderner Kommunikationsmittel Rechnung. Die Bestimmung ist § 92 Abs. 3 Aktiengesetz nachgebildet."*

20 *Floretta* in *Floretta/Strasser*, HK-ArbVG 253 (mit Verweis auf § 105 ArbVG). Zu den Konsequenzen bei der Stellungnahme zur Kündigungsabsicht s etwa OGH 17.5.2018, 9 ObA 42/18v, Arb 13.503.

21 OGH 12.5.1970, 4 Ob 38/70, EvBl 1970/332 = SZ 43/89; RIS-Justiz RS0009161, RS0035188, RS0035251.

22 ZB OGH 29.3.2001, 8 ObA 207/00z.

23 *Fucik* in *Rechberger/Klicka* (Hrsg), ZPO[5] (2019) § 1 Rz 1 aE.

bracht hat. So gingen die früher in § 157 Abs 1 Z 2 und 3 ArbVG genannten Kompetenzen zur Anbahnung eines Ausgleichs und zur Entscheidung

- (Z 2) über die Bestellung und die Geschäftsführung sowie die Beendigung der Funktion der Organe der Arbeitnehmerschaft und
- (Z 3) über die Mitgliedschaft zu den Organen und die Rechtsstellung der Mitglieder der Organe der Arbeitnehmerschaft

in der generalklauselartig in § 50 Abs 2 ASGG normierten Kompetenz der Arbeits- und Sozialgerichte zur Entscheidung „*von Streitigkeiten über Rechte oder Rechtsverhältnisse, die sich aus dem II., V., VI., VII. oder VIII. Teil des ArbVG (betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten) … ergeben*“, auf.[24]

2.4 Passives Wahlrecht und Staatsbürgerschaft

Nachdem der OGH in einem einen türkischen Staatsangehörigen betreffenden Fall das in § 53 Abs 1 lit a ArbVG idF BGBl 1993/460 vorgesehene Erfordernis der österreichischen Staatsbürgerschaft oder der Staatsbürgerschaft eines EG-Mitgliedstaates/EWR-Vertragsstaates für das passive Wahlrecht zum Betriebsrat als verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonform angesehen hatte,[25] musste der Gesetzgeber – mit Verzögerung – auf zwei EuGH-Entscheidungen[26] reagieren[27] und das Erfordernis einer bestimmten Staatsbürgerschaft als Voraussetzung für das passive Wahlrecht aufgeben.[28]

3. Einzelne Diskussionspunkte in Lehre und Rechtsprechung samt Würdigung

Im Folgenden werden einzelne Punkte herausgegriffen, die zu besonderen Diskussionen in Lehre und Rechtsprechung geführt haben.

3.1 Zwingender Charakter der Normen

Wie fast alle Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts werden auch die Regelungen betreffend Wahl, Rechtsstellung und Geschäftsführung des Betriebsrats von der

[24] OGH 27.9.1989, 9 ObA 262/89, ZAS 1991, 14 mit Bespr v *Rebhahn*; *Adamovic*, Die Geschäftsführung des Betriebsrates, in *Tomandl* (Hrsg), Offene Fragen des Betriebsverfassungsrechts (1989) 1 (2).

[25] OGH 21.12.1995, 8 ObA 253/95, DRdA 1996, 412 mit krit Bespr v *Feik* = RdW 1996, 488 mit differenzierender Bespr v *Runggaldier* 477; s dazu etwa *Egger*, Zur arbeits- und sozialrechtlichen Stellung türkischer Arbeitnehmer, DRdA 1997, 411, und *Feik*, Zur verfassungs-, völker- und europarechtswidrigen Regelung der Mitbestimmungsbefugnisse ausländischer Arbeitnehmer, in FS Hofer-Zeni (1998) 57.

[26] EuGH 8.5.2003, C-171/01, *Wählergruppe Gemeinsam*, DRdA 2003, 600 mit Bespr v *Hesse*; 16.9.2004, C-465/01, *Kommission/Österreich*, DRdA 2004, 560.

[27] IA 607/A BlgNR 22. GP 2.

[28] BGBl I 2006/4.

überwiegenden Lehre[29] und der Rsp[30] als zweiseitig zwingende Normen angesehen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann, auch dann nicht, wenn der Belegschaft – im Vergleich zum ArbVG – weitergehende Rechte eingeräumt werden. Abweichungen sind mit dem Verdikt der Nichtigkeit behaftet und werden vom OGH sogar von Amts wegen aufgegriffen.[31] Überhaupt kommt in diesem Ansatz ein zentraler Punkt des Verständnisses des OGH von der Funktion des Betriebsverfassungsrechts zum Ausdruck.[32]

Dieser vor allem auf Arbeiten von *Jabornegg*[33] und die äußerst restriktive Ansicht von *Kuderna*[34] zurückgehende und vom OGH zum unverrückbaren Dogma erhobene Standpunkt hat vehemente Kritik speziell von *Firlei*[35] erfahren, nach dem der absolut zwingende Charakter nur für die vom ArbVG geregelten Räume greifen kann. Zumindest rechtspolitisch ist die Verschlossenheit gegenüber einseitigen Erweiterungen der Mitbestimmungsrechte schwer verständlich. Eine nähere Auseinandersetzung mit den vorhandenen und immer wieder neu entstehenden „illegalen" (weil dem ArbVG widersprechenden) Organisationsformen ist in naher Zukunft unabdingbar (s auch 4.).[36]

3.2 Rechtliche Verantwortlichkeit für Betriebsratstätigkeit im Verhältnis zur Belegschaft

Die Rechtsprechung[37] vertritt uneingeschränkt den Standpunkt der hL,[38] dass die Belegschaft (und nicht deren Organe) Trägerin der Mitwirkungsrechte ist. Daraus folgt, dass ihr der Betriebsrat als Repräsentant verantwortlich ist. Bei der Kontrolle

---

29 Siehe etwa *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 2 ArbVG Rz 66 mwN.

30 RIS-Justiz RS0051158; s bspw – zu einer über das gesetzliche Maß hinausgehenden und daher gegen das zwingende Bevorzugungsverbot verstoßenden Freistellung – OGH 19.3.2013, 9 ObA 133/12t, DRdA 2013, 522 mit zust Bespr v *Jabornegg* = ZAS 2013, 228 mit krit Bespr v *Gerhartl*.

31 OGH 22.10.1997, 9 ObA 151/97i, SZ 70/217; 24.2.2000, 8 ObA 338/99k, DRdA 2001, 170 mit Bespr v *Weiß*.

32 *Spenling*, 30 Jahre ArbVG – Beiträge des OGH, in *Grillberger* (Hrsg), 30 Jahre ArbVG (2005) 99.

33 *Jabornegg*, Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, in FS Strasser (1983) 367. Siehe auch *Jabornegg*, Grenzen kollektivvertraglicher Rechtssetzung und richterliche Kontrolle, JBl 1990, 205.

34 *Kuderna*, Über die rechtliche Problematik der Vertretung der Arbeitnehmerschaft in Betrieben auf Grund privatautonomer Gestaltung, DRdA 2000, 103.

35 *Firlei*, Alternative Interessenvertretungen im Betrieb. Gibt es einen „betriebsverfassungsfreien Raum"?, in *Grillberger* (Hrsg), 30 Jahre ArbVG (2005) 61. Siehe bereits *Firlei*, Mitbestimmung durch Inhaltsnormen. Ein Beitrag zur Auslegung des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG, in FS Floretta (1983) 469.

36 Anstatt vieler *Naderhirn/Trost*, Die Betriebsratswahl[7] (2023) 31.

37 OGH 21.12.1995, 8 ObA 253/95, DRdA 1996, 412 mit Bespr v *Feik* = RdW 1996, 488 mit Bespr v *Runggaldier* 477; 10. 9. 1991 Arb 10.970; 7. 4. 1981 DRdA 1981, 322.

38 *Floretta* in *Floretta/Strasser*, HK-ArbVG 252; *Löschnigg* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 40 Rz 8 mwN (Stand 1.11.2017, rdb.at).

von Organen wird üblicherweise zwischen politischer,[39] finanzieller und rechtlicher Kontrolle unterschieden – in diesem Beitrag interessiert die rechtliche Kontrolle.

Die Ausführung der den Organen zugewiesenen Aufgaben steht nicht in deren Belieben.[40] So ist die in § 38 ArbVG normierte Wahrnehmung und Förderung der Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb (also nicht nur der Belegschaft!) eine Pflichtaufgabe der jeweiligen Organe.[41] Augenscheinliches Beispiel ist auch die Verwaltung des Betriebsratsfonds, die dem Betriebsrat obliegt; der Betriebsratsvorsitzende vertritt ihn nach außen (§ 74 Abs 2 ArbVG). Fraglich ist die Sanktionierung pflichtwidrigen Verhaltens: Besteht allein eine politische Verantwortlichkeit (Enthebung nach § 42 Abs 1 Z 4 ArbVG)[42] oder können aus pflichtwidrigem Handeln nach allgemeinen Regeln Schadenersatzansprüche entstehen? Wird dies bejaht, stellt sich die Folgefrage, wer zu Schadenersatz berechtigt und wer dazu verpflichtet ist.

Zur ersten der beiden Fragen: Auch wenn den Betriebsratsmitgliedern bei ihrem Handeln ein Ermessensspielraum zukommt, ist mittlerweile klar, dass sich der Betriebsrat und seine Mitglieder bei ihrem Handeln nicht in einem haftungsfreien Raum bewegen.[43]

Wer kann nun für rechtswidriges Handeln zu rechtlicher Verantwortung gezogen werden? Eine Haftpflicht des Betriebsrats als Kollegialorgan scheitert bereits an seiner fehlenden Rechtspersönlichkeit.[44] Auch eine Haftung der Belegschaft für das Handeln des Betriebsrats kommt – zumindest grundsätzlich – nicht in Betracht, weil der Betriebsrats nach der gesetzlichen Konzeption weisungsfrei und selbstverantwortlich agiert.[45] Die Ansicht, dass der Betriebsratsfonds für rechtswidriges Handeln von Betriebsratsmitgliedern haftpflichtig werden soll, scheitert an der gesetzlich beschränkten Aufgabenstellung des Betriebsratsfonds, dessen Vermögen nur zu den in

---

39 Siehe § 115 Abs 2 Satz 2 ArbVG.

40 *Spielbüchler*, Wider die Zähmung der Räte, in FS Strasser (1983) 613 (623 ff).

41 *Strasser/Jabornegg*, ArbVG[3] (1999) § 38 ArbVG Anm 3a.

42 In diese Richtung geht *Strasser* in *Floretta/Strasser*, HK-ArbVG 241.

43 *Krejci*, Individuelle Arbeitnehmerrechte im kollektiven Arbeitsrecht, in *Mock/Schambeck* (Hrsg), Verantwortung in Staat und Gesellschaft (1977) 259 (272); *Marhold*, Mandatsausübung und Haftpflichtrecht, ZAS 1980, 3 (3 ff); *Schima*, Sperrrecht, Vertrauens- und Rechtsschutz im betrieblichen Vorverfahren und Ermessenskontrolle bei Betriebsratsentscheidungen, JBl 2014, 80; *Schima*, Arbeitsrechtliche Grenzen der Compliance, DRdA 2014, 197; *Mathy*, Haftung des Betriebsratsmitgliedes? Folgen pflichtwidriger Ausübung der Interessenvertretungstätigkeit (2016); *Mißbichler*, Zur Anwendbarkeit des DHG auf Handlungen des Betriebsrats, JAP 2022/2023, 251 (251 f). Die Ansicht des OGH, wonach eine richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung nicht vorzunehmen ist (OGH 25.6.2013, 9 ObA 38/13y), wird in dieser Allgemeinheit von der hA nicht (mehr) geteilt.

44 *Aichberger-Beig*, EAnm zu OGH 25.6.2013, 9 ObA 38/13y, ZAS 2014, 224 (227).

45 *Resch* in *Jabornegg/Resch/Födermayr*, ArbVG § 115 Rz 46 (Stand 1.4.2021, rdb.at).

§ 73 Abs 1 ArbVG genannten Zwecken verwendet werden darf.[46] Somit verbleibt – nach allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts – eine allfällige Haftpflicht des einzelnen Betriebsratsmitglieds, das selbst rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat; außerdem muss das Verhalten für den Schadenseintritt kausal gewesen sein. Ein Beispiel für ein haftungsträchtiges Verhalten ist die nicht rechtskonforme Verwaltung des Betriebsratsfonds.[47] Denkbar ist ganz allgemein, dass das Betriebsratsmitglied mit seiner Stimme zum Zustandekommen eines inhaltlich rechtswidrigen Beschlusses des Betriebsrats beigetragen hat. Auch eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (§ 115 Abs 4 ArbVG) in Bezug auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder auch in Bezug auf vertrauliche Arbeitnehmerdaten kann schadenersatzpflichtig machen.

Wo nun die Grenzen zwischen „politischem Handeln“[48] und „rechtlich sanktioniertem Handeln“ liegen, wird in der Lit unterschiedlich beantwortet. Weitgehend unstrittig ist jedenfalls, dass ein Betriebsratsmitglied gem § 1295 Abs 2 ABGB haftet, wenn sein Handeln die Grenze der vorsätzlichen, sittenwidrigen Schädigung überschreitet.[49] Das DHG wird auf die Mandatsausübung nicht zur Anwendung kommen, weil keine Erbringung der Dienstleistung iSd § 1 DHG vorliegt und insb das Betriebsratsmitglied ganz überwiegend im Interesse der Belegschaft tätig wird.[50]

Jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen eines vorsätzlichen, sittenwidrigen Verhaltens nach § 1295 Abs 2 ABGB vorliegen, das einen Schaden herbeigeführt hat, stehen einem solcherart geschädigten Arbeitnehmer Ersatzansprüche zu. Folgt man dagegen dem Standpunkt, dass über § 1295 Abs 2 ABGB hinausgehend Schadenersatzpflichten eines Betriebsratsmitglieds bestehen können, muss jeweils aus dem Zweck der verletzten Norm abgeleitet werden, ob einem einzelnen Arbeitnehmer Schadenersatzansprüche gegenüber einem Betriebsratsmitglied zustehen.

3.3 Rechtliche Verantwortlichkeit im Verhältnis Betriebsrat – Betriebsinhaber

Eine Pflichtenbindung des Betriebsrats besteht auch gegenüber dem Betriebsinhaber. So ist der Betriebsrat verpflichtet, seine Tätigkeit tunlichst ohne Störung des Betriebes zu vollziehen; er darf auch nicht in die Führung und den Gang des Betriebes

46 *Spielbüchler* in FS Strasser (1983) 613 (621 ff); aA *Mosler* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 115 ArbVG Rz 30.

47 VwGH 11.6.1986, 85/01/0192, DRdA 1987, 68 = infas 1987, A 1; *Mosler* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 115 ArbVG Rz 31.

48 Dieses stellt der OGH in den Vordergrund: 25.6.2013, 9 ObA 38/13y, ZAS 2014, 224 mit Bespr v *Aichberger-Beig* = DRdA 2014, 319 mit Bespr v *Jabornegg*.

49 *Aichberger-Beig*, EAnm zu OGH 25.6.2013, 9 ObA 38/13y, ZAS 2014, 224 (227 f); *Jabornegg*, EAnm zu OGH 25.6.2013, 9 ObA 38/13y, DRdA 2014, 319 (321). Zum BRG s *Spielbüchler*, Die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder, DRdA 1971, 231 (241).

50 *Resch* in *Jabornegg/Resch/Födermayr*, ArbVG § 115 Rz 50 mit Hinweisen auf den divergenten Meinungsstand; für Anwendbarkeit des DHG zuletzt *Mißbichler*, JAP 2022/2023, 251.

durch selbständige Anordnungen eingreifen (§ 39 Abs 3 ArbVG).[51] Weiters hat er bei der Ausübung seines Mandats auch auf das Wohl des Betriebes zu achten (§ 39 Abs 1 ArbVG). Daneben bestehen ganz konkrete Verpflichtungen wie zB die Berücksichtigung der betrieblichen Verhältnisse bei der Abhaltung einer Betriebsversammlung (§ 47 Abs 1 ArbVG) oder die Verschwiegenheitspflicht nach § 115 Abs 4 ArbVG. Aus dem bei Ausübung der Betriebsratstätigkeit einzuhaltenden Pflichtenbündel kann sich im Verhältnis zum Betriebsinhaber auch eine schadenersatzrechtliche Haftung von Betriebsratsmitgliedern nach allgemeinen Regeln ergeben.[52]

3.4 Dauerndes Absinken der Belegschaftsstärke auf unter fünf Arbeitnehmer

Uneins sind sich Rsp und Lehre in Bezug auf die Frage, ob ein (dauerndes) Absinken der Belegschaftsstärke unter fünf Arbeitnehmer zum Abbruch einer in Gang befindlichen Betriebsratswahl und zur Beendigung der Funktionsdauer des konstituierten Betriebsrats führt. Während der OGH und der VwGH von einem Weiterbestand des Betriebsrats ausgehen,[53] führt diese Situation nach einem Teil der Lehre ex lege zu einem Erlöschen der Betriebsratsmandate.[54] Der OGH stützt sich auf § 62 ArbVG, der die Endigungsgründe der Tätigkeitsdauer des Betriebsrates taxativ aufzählt – da dieser Fall dort nicht genannt sei, bewirke das Herabsinken der Anzahl der Arbeitnehmer unter fünf Personen nicht die Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrats. Allerdings lässt sich die Bezugnahme auf § 62 Abs 1 ArbVG schwer mit der in § 40 Abs 1 ArbVG zum Ausdruck kommenden Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers vereinbaren, wonach Kleinstbetriebe mit dauernd weniger als fünf stimmberechtigten Arbeitnehmern jedenfalls von der Betriebsratspflicht ausgenommen sein sollen, mit der Konsequenz, dass der gesamte II. Teil des ArbVG nicht mehr anwendbar ist, wenn die Belegschaftsstärke unter die Mindestzahl von dauernd fünf Arbeitnehmern herabsinkt.

Für das – zweifellos mit Folgeproblemen verbundene – Ergebnis des OGH spricht, dass es in Organisationsfragen der Kontinuität und Rechtssicherheit Vorrang gibt. Es ist klar, dass bei dauerndem Herabsinken unter fünf Arbeitnehmer kein neuer Betriebsrat zu wählen ist. Bei einer rechtmäßig vorgenommenen Wahl des Betriebsrats für fünf Jahre wird aber kein berücksichtigenswertes Vertrauen des Betriebsinhabers

---

[51] OGH 31.8.1998, 9 ObA 147/88, ARD 4032/12/88.

[52] Vgl OGH 31.8.1998, 9 ObA 147/88, ARD 4032/12/88.

[53] OGH 7.6.2006, 9 ObA 90/05h, DRdA 2007, 222 mit zust Bespr v *Rebhahn/Kietaibl* = SZ 2006/85 = ZAS 2007, 89 mit krit Bespr v *Spitzl*; RIS-Justiz RS0120847; VwGH 24.4.1987, 86/01/0282, DRdA 1987, 339 = RdW 1987, 382.

[54] *Floretta* in *Floretta/Strasser*, HK-ArbVG 255; *Naderhirn/Trost*, Die Betriebsratswahl[7] 71; *F*ödermayr/*Resch*, Arbeitsrecht[7] (2020) Rz 915; aA *Grießer*, Untergang des Betriebsrates im Kleinstbetrieb?, RdW 2000, 291; *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 50 Rz 14.

enttäuscht, im Fall des Herabsinkens nicht mehr mit einem Betriebsrat „konfrontiert" zu sein.[55]

3.5 Wahl von Organen, insb Betriebsratswahl

Zahlreich sind gerichtliche Entscheidungen zur Anfechtung von Wahlen der Organe, insb von Betriebsratswahlen (§ 59 Abs 1 ArbVG). Die Nichtigkeit einer Wahl (§ 60 ArbVG) ist dagegen auf krasse Ausnahmefälle beschränkt.[56]

Aus der jüngeren Zeit soll an dieser Stelle nur eine Entscheidung – zum „Fraktionsstimmzettel" – herausgegriffen werden,[57] nicht zuletzt deshalb, weil der Fall auch den VfGH beschäftigt hat.[58] Zu beantworten waren drei Fragen. Dürfen Fraktionsstimmzettel verwendet werden? Dürfen sie vor dem Wahllokal verteilt werden? Sind unausgefüllte Fraktionsstimmzettel gültig?

§ 56 Abs 2 ArbVG sah in der Stammfassung (BGBl 1974/22) vor, dass „*die Wahl … mittels Stimmzettels zu erfolgen*" hat. Mit der ArbVG-Novelle BGBl 1990/411 mutierte dieser Stimmzettel – durchaus sinnvoll – zum „einheitlichen Stimmzettel"; allerdings wurden Begleitregelungen geschaffen, die darauf ausgerichtet waren, den früheren Zustand mit „nicht einheitlichen Stimmzetteln" beizubehalten. So wurde in § 56 Abs 4 ArbVG eine Regelung aufgenommen, wonach der Wahlvorstand unter bestimmten Voraussetzungen beschließen kann, keinen einheitlichen Stimmzettel aufzulegen. Nähere Bestimmungen enthält § 24 BRWO in seinen Abs 3 und 5b; darin wird – weiterhin – die Stimmabgabe mit „anderen Stimmzetteln" ermöglicht. Eingebürgert hat sich dafür die Bezeichnung „Fraktionsstimmzettel". Gerade die Kombination von Fraktionsstimmzetteln und einheitlichen Stimmzetteln ist problemgeneigt;[59] eine gewisse Skepsis gegenüber Fraktionsstimmzetteln ist auch dem Gesetz anzumerken.[60] Der VfGH sah die zitierten Bestimmungen der BRWO, die insb die Variante einer Kombination von einheitlichen Stimmzetteln und Fraktionsstimmzetteln vorsehen, nicht als gesetzwidrig an; außerdem verstoße die Verwendung von nicht amtlichen Stimmzetteln nicht gegen das Gebot der geheimen Wahl.[61] Aufbauend auf den kurzen Beschluss des VfGH bejahte der OGH die drei Fragen zur

---

55 *Rebhahn/Kietaibl*, EAnm zu 9 ObA 90/05h, DRdA 2007, 222 (226).

56 RIS-Justiz RS0051176; zuletzt OGH 20.10.2022, 9 ObA 154/21v, Arb 13.845 = DRdA 2023, 316 m Bespr v *Naderhirn/Trost*; *Vinzenz*, Mangelhafte Betriebsratswahl, JAP 2013/2014, 230 (231 f).

57 OGH 23.2.2018, 8 ObA 61/17d, Arb 13.477 = DRdA 2018, 403 m Bespr v *Schneller* = ZAS 2018, 297 mit Bespr v *Hörmann*.

58 Der VfGH lehnte mit Beschluss vom 8.6.2017, V 15/2017, die Behandlung des Parteiantrags der klagenden wahlwerbenden Gruppe auf Normenkontrolle mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg ab.

59 *Naderhirn/Trost*, Die Betriebsratswahl[7] 149; *Vinzenz*, JAP 2013/2014, 230 (231).

60 *Naderhirn/Trost*, Die Betriebsratswahl[7] 27. Ausführlich zur ArbVG-Novelle BGBl 1990/411 *Strasser*, Die Arbeitsverfassungsgesetznovellen des Jahres 1990, DRdA 1990, 409 (420 f).

61 VfGH 8.6.2017, V 15/2017.

Zulässigkeit der Verwendung und der Verteilung[62] sowie der Gültigkeit von Fraktionsstimmzetteln. Auf der Grundlage der aktuellen Rechtslage[63] ist die Entscheidung durchaus schlüssig – was aber nichts daran ändert, dass demokratiepolitisch die alleinige Zulässigkeit von einheitlichen Stimmzetteln – seien sie vorgedruckt, seien sie leer – wünschenswert wäre. Sobald die technischen Voraussetzungen für ein sicheres eVoting geschaffen sind, ist anzunehmen, dass der Weg in Richtung digitales Wählen gehen wird; Fraktionsstimmzettel sollten spätestens dann der Vergangenheit angehören.

3.6 Geschäftsführung des Betriebsrats

Auffällig ist, dass das ArbVG selbst im Zusammenhang mit der Geschäftsführung des Betriebsrats kaum explizite Minderheitsrechte kennt.[64] Die Anordnung einer Sitzung durch das Arbeits- und Sozialgericht, falls der Vorsitzende seiner Einberufungsverpflichtung nach § 67 Abs 1 oder 2 ArbVG nicht nachkommt, bedarf eines Antrags von mindestens einem Drittel der Mitglieder, mindestens jedoch von zwei Mitgliedern.[65]

Gerade die Struktur eines demokratisch bestellten Kollegialorgans hat die Rsp aber dazu bewogen, dem einzelnen Mitglied Rechte einzuräumen, die als solche nicht im ArbVG festgeschrieben sind: Aus den gesetzlichen vorgegebenen Aufgaben des Kollegialorgans und seiner Mitglieder sowie der Verpflichtung zur Aufgabenerfüllung wird abgeleitet, dass alle Mitglieder ein Recht auf Information über alle für die Aufgabenerfüllung wesentlichen Angelegenheiten haben. Demnach ist es unzulässig, ein Mitglied oder eine Minderheitsfraktion von Informationen und von der Beratung in Angelegenheiten auszuschließen, die vom Gesetz dem Kollegialorgan zugewiesen sind.[66] In diesem Sinn hat zB der Vorsitzende kein Recht, einem BR-Mitglied die Einsicht in die Lohnlisten (§ 89 Z 1 ArbVG) zu verweigern[67] und es muss jedes

---

62 Die BRWO enthält keine Regelung über eine „Verbotszone", weshalb der OGH die Verteilung von Fraktionsstimmzetteln unmittelbar vor dem Wahllokal als zulässig erachtete.

63 Zum Vergleich bieten sich die Vorgaben des Art 120c B-VG an; darin wird lediglich verlangt, dass *„die Organe der Selbstverwaltungskörper … aus dem Kreis ihrer Mitglieder nach demokratischen Grundsätzen zu bilden"* sind.

64 *Adamovic* in *Tomandl*, Offene Fragen 1 (2); ausführlich *Mathy*, Minderheitsrechte im Betriebsrat (2022) 134 ff. Im weitgehenden Schweigen des ArbVG zu Minderheitsrechten zeigt sich wohl die ursprüngliche gesetzgeberische Vorstellung vom Betriebsrat als einem politischen Organ.

65 Dieser Weg ist aufwändig und umständlich und wird daher kaum beschritten werden: *Rauch*, Freies Mandat, Verantwortlichkeit und Haftung der Mitglieder des Betriebsrats, ASoK 2016, 247 (248).

66 OLG Wien 25.4.1994, 31 Ra 171/93, ARD 4566/12/94; *Rebhahn*, EAnm zu 9 ObA 262/89, ZAS 1991, 14 (18 f).

67 EA Leoben 1.6.1983, Re 24/83, Arb 10.235. Nach *Rebhahn* (EAnm zu 9 ObA 262/89, ZAS 1991, 14 [18 f]) kann jedes Betriebsratsmitglied seinen Anspruch auf Information mittels Leistungsklage durchsetzen.

BR-Mitglied die Möglichkeit haben, in Belege und Kontoauszüge, die den Betriebsratsfonds betreffen, Einsicht zu nehmen.[68]

Auf den ersten Blick radikal (und der demokratischen Strukturierung widersprechend) scheint die Lösung der Rsp, jedem einzelnen überstimmten Betriebsratsmitglied das Recht zuzugestehen, eine Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit eines Betriebsratsbeschlusses wegen schwerer Formfehler zu erheben.[69] Abgesehen davon, dass auf diese Weise die demokratische Willensbildung einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen wird, bleibt damit die Wirksamkeit von Beschlüssen unsicher, wenn auch abgemildert dadurch, dass ein gutgläubiger Dritter auf die Wirksamkeit eines vom vertretungsbefugten Vorsitzenden mitgeteilten Beschlusses vertrauen darf. Schon allein deswegen, weil die Unwirksamkeit auch in anderen Verfahren als Vorfrage aufgegriffen werden kann, erschiene eine Rechtsgestaltungsklage günstiger, die einen konstitutiven Rechtsakt als Grundlage für eine Aufhebung verlangt. Allerdings müsste eine rechtsgestaltende Wirkung des Urteils (Unwirksamerklärung) im Gesetz angelegt sein[70] – ein solche ist dem ArbVG jedoch nicht zu entnehmen.[71] In der Lehre wurde zum Zweck der Vermeidung einer latenten Unsicherheit eine Verpflichtung zur unverzüglichen Geltendmachung der Anfechtung vorgeschlagen,[72] was sich aber nicht mit der Annahme der Rechtsunwirksamkeit des Beschlusses verträgt. Solange Minderheitsrechte nicht formalisiert sind und solange eine Grundlage für eine gerichtliche Unwirksamerklärung eines Betriebsratsbeschlusses fehlt, besteht keine Alternative zur Geltendmachung der Unwirksamkeit durch jedes einzelne Betriebsratsmitglied.

4. Defizite und rechtspolitische Vorschläge

Die Vertretung der Arbeitnehmerschaft im Betrieb gänzlich „neu zu denken" ist nicht Ziel dieses Beitrags. Die Vorschläge sind insoweit konservativ, als sie nicht von den vorhandenen Grundstrukturen des ArbVG abweichen. Vielleicht ist dieser Ansatz auch dem Umstand geschuldet, dass erkennbar die Interessen der Arbeitnehmerschaft immer heterogener zu werden scheinen; die jüngsten Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Stichwort FlexCo[73]) mit Begünstigung der Mitarbeiterbeteiligung sind ein beredtes Beispiel. Es verwundert daher auch nicht, dass das Interesse an

[68] OGH 25.11.1999, 8 ObA 234/99s, DRdA 2000, 260 = RdW 2000, 377 = ARD 5143/9/2000.

[69] OGH 27.09.1989, 9 ObA 262/89, Arb 10.821 = ZAS 1991, 14 mit Bespr v *Rebhahn*; RIS-Justiz RS0086034.

[70] Vgl *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Zivilprozessgesetze[3] (2017) § 228 ZPO Rz 15 f.

[71] Näher *Rebhahn*, EAnm zu 9 ObA 262/89, ZAS 1991, 14 (17 f).

[72] *Adamovic* in *Tomandl*, Offene Fragen 1 (9).

[73] Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz – FlexKapGG, BGBl I 2023/179.

aktiver Mitarbeit in der Vertretung der Arbeitnehmerschaft zurückgeht.[74] Eine Erleichterung der Einbindung jedes Einzelnen könnte ein Gegenmodell sein.[75]

Flexibilisierung, Digitalisierung und Globalisierung lassen den größten Reformbedarf im Bereich der Umschreibung der Arbeitnehmer und des Betriebs sowie bei der Zuordnung von Arbeitnehmern zu bestimmten Betrieben erwarten. Das Konzept des ArbVG ist hier zu starr geworden.[76] Im Rahmen einer Reform wäre auch daran zu denken, leitende Angestellte (§ 36 Abs 2 Z 3 ArbVG) nicht gänzlich aus dem Anwendungs- (und Schutz-)Bereich des II. Teils des ArbVG (Betriebsverfassung) herauszunehmen, sondern sie so wie Familienangehörige (§ 53 Abs 3 Z 1 und 2 ArbVG) bloß vom passiven Wahlrecht auszunehmen.[77]

Die Differenzierung zwischen Arbeiter- und Angestellten-Betriebsräten ist inhaltlich kaum mehr zu rechtfertigen; das Aufrechterhalten der Unterscheidung dürfte stark von der – durchaus verständlichen – Befürchtung getragen sein, durch einen Betriebsrat für beide Arbeitnehmergruppen die Zahl der Vertreter zu reduzieren sowie Freistellungen zu verlieren – dieser Befürchtung könnte durch Veränderung der Zahlenverhältnisse Rechnung getragen werden. Eine erste (kompromisshafte) Reform könnten dahin gehen, die Bildung eines gemeinsamen Betriebsrats (§ 40 Abs 3 ArbVG) zu fördern.

Digitalisierung und Ausweitung von Homeoffice bereiten das Erfordernis von Erleichterungen bei der Briefwahl oder überhaupt einer digitalen Wahl auf[78] – wie überhaupt gewisse Formalismen nicht mehr zeitgemäß erscheinen, etwa die Übermittlung „im Postweg" (§ 51 Abs 1 und § 56 Abs 3 ArbVG) auch in Fällen, in denen ein funktionierendes „hausinternes" Postsystem vorhanden ist. Das Präsenzquorum bei der Einführung einer Betriebsratsumlage und der Festlegung ihrer Höhe (§ 73 Abs 2 ArbVG) könnte durchaus vereinfacht werden, indem auch eine briefliche (oder auch digitale) Abstimmung zugelassen wird.

Mit der ArbVG-Novelle BGBl I 2010/101 wurden formale Erleichterungen bei der Fassung von Beschlüssen des Betriebsrates eingeführt: Seitdem sind auch schriftliche, fernmündliche oder andere vergleichbare Formen der Beschlussfassung (etwa per E-Mail) zulässig, wenn kein Mitglied des Betriebsrates diesem Verfahren widerspricht. Die technischen Entwicklungen, die mit der Corona-Pandemie einen Boost erfahren haben, lassen darüber nachdenken, ob nicht eine Art Flurbereinigung angebracht wäre, indem bei einem Betriebsrat, der als Kollegialorgan konstituiert ist,

[74] Siehe etwa *Trost/Naderhirn*, Die Betriebsratswahl[7] 26.

[75] Siehe etwa *Mathy*, Die „Professionalisierung" der Betriebsratstätigkeit – Verrat oder Verwirklichung des ursprünglichen Ideals? DRdA 2019, 306 (313), mit dem Vorschlag, die Hürde zur Einberufung einer außerordentlichen Betriebsversammlung (§ 43 Abs 2 ArbVG) zu senken.

[76] Ausführlich zB *Firlei*, DRdA 2014, 520 (525 f), *Mosler*, Brauchen wir einen neuen Arbeitnehmer*innenbegriff? DRdA 2022, 119 und *Auer-Mayer*, Digitalisierung und Betriebsverfassung, DRdA 2022, 139.

[77] In diesem Sinn auch *Trost/Naderhirn*, Die Betriebsratswahl[7] 89.

[78] Zu eVoting etwa *Auer-Mayer*, DRdA 2022, 139 (142).

jedenfalls eine Sitzung stattzufinden hat, die allerdings nicht zwingend in Präsenz durchgeführt werden muss, sondern auch in virtueller Form erfolgen kann. Es sollte keinem Zweifel unterliegen, dass das dafür notwendige technische Equipment als Sacherfordernis iSd § 72 ArbVG beizustellen ist.[79] Gewiss sind hier noch nähere Diskussionen nötig, etwa darüber, wie man dem Problem der Nichtöffentlichkeit von Betriebsratssitzungen (§ 67 Abs 4 ArbVG) begegnen kann.[80]

Am Rande des hier bearbeiteten Themenbereichs sind zwei abschließende Vorschläge angesiedelt: In einer gewissen Annäherung an § 72 ArbVG wäre überlegenswert, jedem einzelnen Betriebsratsmitglied ein bestimmtes Zeitkontingent als eine Art pauschalen Zeitausgleich für seine Tätigkeit zur Verfügung zu stellen. § 117 ArbVG könnte in Richtung von Teilfreistellungen weitergedacht werden, wie es auch faktisch schon „illegal" praktiziert wird: Die Flexibilisierung der Arbeitszeit sollte auch in der Möglichkeit von zwei halb freigestellten Betriebsratsmitgliedern anstelle von einem zur Gänze freigestellten Mitglied münden – ein solche Möglichkeit wird voraussichtlich auch die Kommunikation zwischen Belegschaft und Betriebsrat verbessern.

[79] *Auer-Mayer*, DRdA 2022, 139 (142).
[80] *Trost/Naderhirn*, Die Betriebsratswahl[7] 32; 122.

Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz

Sieglinde Gahleitner

1. Die Entwicklungen im Kündigungs- und Entlassungsschutz seit dem Inkrafttreten des ArbVG 337
2. Die Ausnahme der leitenden Angestellten 340
3. Die Ausnahme von Kleinstbetrieben 343
4. Die wesentliche Interessenbeeinträchtigung als Hürde 343
5. Änderungskündigungen 345
6. Das Alter als Element der Interessenabwägung 347
7. Auswirkungen des unterschiedlichen Pensionsalters von Mann und Frau im Kündigungsschutz 348
8. Verfahrensrechtliche Besonderheiten – Eventualmaxime und kurze Anfechtungsfrist 349

1. Die Entwicklungen im Kündigungs- und Entlassungsschutz seit dem Inkrafttreten des ArbVG

Die §§ 105 bis 107 ArbVG wurden seit dem Inkrafttreten des ArbVG am 1.7.1974, also in den 50 Jahren ihres Bestehens, nur in Teilbereichen weiterentwickelt, das Gesamtsystem aber nicht wesentlich geändert. Bereits nach § 25 BRG[1] war ein betriebsverfassungsrechtliches Vorverfahren bei Kündigungen vorgesehen, ebenso die Anfechtbarkeit wegen Motiv- oder Sozialwidrigkeit. Die ursprüngliche Regelung des § 25 BRG wurde mit einigen Änderungen in die Stammfassung des ArbVG überführt. In weiterer Folge wurden in den letzten 50 Jahren lediglich Adaptierungen im System des Kündigungs- und Entlassungsschutzes vorgenommen:[2]

1976[3] wurden in § 105 Abs 3 ArbVG erstmals besondere Schutzbestimmungen für ältere Arbeitnehmerinnen aufgenommen, wonach bei diesen sowohl die vieljährige ununterbrochene Beschäftigungszeit im Betrieb als auch die wegen des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess besonders zu berücksichtigen sind. 1981[4] wurde in § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG ergänzt, dass personenbezogene Kündigungsgründe, die ihre Ursache in einer langjährigen Beschäftigung als Nachtschicht-Schwerarbeiter haben, zur Rechtfertigung einer Kündigung nicht herangezogen werden dürfen, wenn der Arbeitnehmer ohne erheblichen Schaden für den Betrieb weiter beschäftigt werden kann.

---

1 IdF Novelle 1971.

2 Zur historischen Entwicklung vgl ausführlich *Trost* in *Strassner/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 105 Rz 6 ff (Stand 1.9.2013, rdb.at).

3 BGBl 1976/387.

4 BGBl 1981/354.

Mit BGBl 1986/394 wurde in § 105 Abs 3 Z 1 die lit i als weiterer Anfechtungstatbestand aufgenommen, dies aufgrund eines Initiativantrages.[5] Damit wurde erstmals sanktioniert, wenn Arbeitgeberinnen mit Kündigung auf die Geltendmachung von Ansprüchen durch Arbeitnehmerinnen reagieren.

Durch BGBl 1990/411 wurde das Sperrrecht des Betriebsrates, welches davor auch bei Kündigungen aus verpönten Motiven und nicht nur bei sozialwidrigen Kündigungen gegolten hatte, eingeschränkt auf den Fall einer sozialwidrigen Kündigung.

Durch BGBl 1993/502 sollte der Schutz älterer Arbeitnehmerinnen vor Kündigung verstärkt werden, wenn diese schon langjährig im Betrieb bzw Unternehmen beschäftigt sind: Personenbedingte Kündigungsgründe, die ihre Ursache in einem höheren Lebensalter des Arbeitnehmers haben, der schon langjährig beschäftigt ist, dürfen zur Rechtfertigung der Kündigung eines älteren Arbeitnehmers nur dann herangezogen werden, wenn durch die Weiterbeschäftigung betriebliche Interessen erheblich nachteilig berührt werden. Dadurch sollte sichergestellt werden, dass ältere Arbeitnehmerinnen zum Beispiel auf vorhandene Arbeitsplätze umgeschult werden, selbst wenn sie auf dem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr verwendbar sind, oder dieser aus betrieblichen Gründen weggefallen ist.[6]

Die Möglichkeit der Anfechtung, wenn ein Arbeitnehmer wegen seiner Tätigkeit als Sprecher gemäß § 177 Abs 1 ArbVG (im Zusammenhang mit der Errichtung eines besonderen Verhandlungsgremiums zur Vertretung der Interessen in Betrieben oder Unternehmen, die in mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten Betriebe aufweisen) gekündigt wird, wurde durch BGBl 1996/601 ergänzt.

2003 wurde im Rahmen einer Novellierung eine Einschränkung der Anfechtbarkeit einer Kündigung für Arbeitnehmer beschlossen, die bei ihrer Einstellung das 50. Lebensjahr bereits vollendet haben. Diese Maßnahme erfolgte im Rahmen eines Budgetbegleitgesetzes (BGBl I 2003/71) und sollte die Einstellung älterer Arbeitnehmerinnen begünstigen. Erst ab Vollendung des zweiten Beschäftigungsjahres im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, sollte das höhere Lebensalter bei einer Kündigungsanfechtung gemäß des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG berücksichtigt werden.

Die Stellungnahmefrist des Betriebsrates gemäß § 105 Abs 1 ArbVG wurde 2011 von fünf Arbeitstagen auf eine Woche erstreckt (BGBl I 2010/101).

Im Zuge dieser Novelle 2010 wurde die Bestimmung des § 105 ArbVG zur Gänze neu erlassen, dies zur besseren Lesbarkeit. Die in § 105 Abs 4 ArbVG ursprünglich vorgesehene einwöchige Frist für die Anfechtung der Kündigung wurde für die Anfechtung durch den Betriebsrat selbst weiterhin belassen, ficht jedoch der Arbeitnehmer an, so hat er grundsätzlich zwei Wochen Zeit bzw zwei Wochen nach Ablauf der für den Betriebsrat geltenden Wochenfrist, wenn dieser der Kündigung aus-

[5] IA 205/A XVI. GP; II-4371 BlgNR XVI. GP; AB 1062 XVI. GP 153.
[6] Vgl 94 BlgNR XVIII. GP 12.

drücklich widersprochen hat und dem Arbeitnehmer die Anfechtung überlässt. Gemäß den Materialien zur Regierungsvorlage sollte die Verlängerung der den Arbeitnehmerinnen für die Anfechtung der Kündigung offenstehenden Frist von einer auf zwei Wochen die Chancen für eine außergerichtliche Einigung verbessern und die vorbeugende Klagseinbringung vermeiden.[7] In der Praxis ist es aber im Hinblick auf die immer noch extrem kurze Frist kaum möglich, außergerichtliche Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung in so kurzer Zeit erfolgreich abzuschließen.

Durch eine weitere Novelle wurde in § 105 Abs 4a ArbVG klargestellt, dass bei Einbringung der Klage bei einem örtlich unzuständigen Gericht diese dennoch als rechtzeitig eingebracht gilt, die örtliche Unzuständigkeit daher keine Fristversäumnis bewirkt.[8]

2017 wurde mit BGBl I 2017/37 geändert, dass für Arbeitnehmerinnen, die zum Zeitpunkt ihrer Einstellung das 50. Lebensjahr vollendet haben und die nach dem 30.6.2017 eingestellt werden, sowohl die besondere Berücksichtigung ihres Lebensalters bei der Prüfung, ob die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, als auch beim Vergleich sozialer Gesichtspunkte ebenso wie die besonderen Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess generell nicht zu berücksichtigen sind. Davor hatte das nur bei Kündigung in den ersten beiden Beschäftigungsjahren gegolten.

Bereits bei Inkrafttreten des ArbVG war in § 105 Abs 5 ArbVG festgelegt, dass das Vorliegen eines verpönten Motives iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG vom Arbeitnehmer lediglich glaubhaft zu machen ist und die Anfechtung dann abzuweisen ist, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war.

Im Jahr 1974 war noch das Einigungsamt für Kündigungsanfechtungen zuständig und war die Entscheidung des Einigungsamtes auch endgültig (§ 105 Abs 6 ArbVG in der Fassung BGBl 1974/22). Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ArbVG zuständigen Einigungsämter hatten in diesem Bereich gemäß § 152 ArbVG die Aufgabe, im Rahmen ihrer Entscheidungen einen Ausgleich anzubahnen und wenn erforderlich eine Entscheidung zu fällen. Eine Berufung war generell nicht zulässig. Allerdings konnte gegen Entscheidungen der Einigungsämter das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerde an den Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof erhoben werden.[9]

Die Zuständigkeit für Kündigungs- und Entlassungsanfechtungen wanderte mit der Einführung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit mit 1.1.1987 zu den Arbeits- und Sozialgerichten.

---

7 Vgl RV 901 BlgNR XXIV. GP 399.
8 Vgl RV 901 BlgNR XXIV. GP 3 bzw 6.
9 Vgl *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) 688 ff.

Die in § 106 ArbVG geregelte Anfechtung von Entlassungen wurde inhaltlich de facto nicht novelliert mit Ausnahme der Tatsache, dass die Einschränkung des Sperrrechtes des Betriebsrates bei Zustimmung zur Entlassung ebenfalls nur auf sozial ungerechtfertigte Entlassungen eingeschränkt wurde (vgl BGBl 1990/411).

§ 107 ArbVG, der die Anfechtung durch den Arbeitnehmer selbst in Betrieben, in denen Betriebsräte zu errichten sind, solche aber nicht bestehen, regelt, wurde lediglich bezüglich der Anfechtungsfrist adaptiert (BGBl I 2010/101).

Betrachtet man diesen historischen Novellierungsverlauf, so hat sich das System für Kündigungs- und Entlassungsanfechtungen offenbar jedenfalls so weit bewährt, dass für alle in den letzten 50 Jahren bestehenden Regierungskoalitionen keine Systemänderungen erforderlich waren. Die Bestimmungen des ArbVG zum Kündigungs- und Entlassungsschutz wurden allerdings stark ergänzt durch die Anfechtungsmöglichkeiten des Gleichbehandlungsgesetzes, welche im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinien der Europäischen Union weitere Bekämpfungsmöglichkeiten bei Kündigungen und Entlassungen aus verpönten Motiven geschaffen haben, wie insbesondere bei Beendigungen aufgrund des Geschlechts, der geschlechtlichen Orientierung, des Alters, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung. Durch die Regelungen des Gleichbehandlungsgesetzes werden somit in der Arbeitswelt leider weiterhin vorkommende verpönte Motive für Beendigungen von Arbeitsverhältnissen entsprechend sanktioniert. Insbesondere bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes und des Alters bestehen Überschneidungsbereiche zwischen § 105 ArbVG und den Anfechtungsmöglichkeiten nach dem Gleichbehandlungsgesetz.

Auch wenn man aus dem Novellierungsverlauf der letzten 50 Jahre schließen könnte, dass das System des Kündigungs- und Entlassungsschutzes in Österreich in der Praxis funktioniert, so bestehen doch einige Probleme, die diesem System immanent sind und auf die in diesem Beitrag eingegangen werden soll.

2. Die Ausnahme der leitenden Angestellten

Aufgrund der kollektivrechtlichen Ausprägung des österreichischen Kündigungsschutzes fallen leitende Angestellte iSd § 36 ArbVG nicht unter die Kündigungs- und Entlassungsschutzbestimmungen des ArbVG: Die Ausnahme der leitenden Angestellten aus der Betriebsverfassung ist darin begründet, dass jene Personen, die im Betrieb letztlich die Arbeitgeberrolle ausüben und denen maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Betriebes zukommt, nicht gleichzeitig vom Betriebsrat vertreten oder gar in den Betriebsrat gewählt werden können sollen.[10] Da der Kündigungsschutz nach dem System des § 105 ArbVG vorrangig vom Betriebsrat wahrgenommen werden soll, fallen diese leitenden Angestellten ebenso wie Mitglieder der Orga-

[10] Vgl *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg) Arbeitsverfassungsrecht § 105 Rz 7 mwN (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

ne von juristischen Personen (insbesondere also Geschäftsführer) zur Gänze aus dem allgemeinen Kündigungsschutz heraus. Zwar gilt das nicht für sämtliche Führungskräfte, denen in irgendeiner Weise Anordnungsbefugnis oder die Führung von Mitarbeitern übertragen ist, sondern erst, wenn tatsächlich maßgebliche rechtliche Einflussmöglichkeit auf den Betrieb vorliegt und nicht nur eine allenfalls geringe faktische Einflussnahme.[11] Trotzdem hat sich hier die Judikatur des OGH sehr einzelfallbezogen entwickelt und wurde je nach der konkreten Anordnungsbefugnis des leitenden Angestellten in vielen Fällen die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes ausgeschlossen, wie zB bei einem Objektleiter einer Reinigungsfirma[12] oder einer Bereichsleiterin, die eigenständig über das Gehalt neuer Mitarbeiter bestimmen, Weisungen erteilen, Überstunden anordnen und Urlaube genehmigen durfte.[13] In anderen Fällen wiederum wurde der Kündigungsschutz bejaht, wie zB bei einem Leiter einer chirurgischen Abteilung eines Krankenhauses[14] oder bei einem Filialleiter einer Bank.[15]

Generell ist bei allen leitenden Angestellten, jedenfalls wenn sie maßgeblichen Einfluss auf Personalentscheidungen haben, daher in der Praxis üblich, dass Arbeitgeberinnen routinemäßig die Nichtanwendung des § 105 ArbVG aufgrund der leitenden Angestellteneigenschaft einwenden und sich ein wesentlicher Verfahrensteil auf Fragen des Einflusses solcher Mitarbeiter auf den Betrieb bezieht und zur eigentlichen Frage der Sozialwidrigkeit oder dem verpönten Motiv der Kündigung erst sehr spät das Beweisverfahren aufgenommen werden kann, wenn dem Arbeitnehmer gelungen ist, das Gericht davon zu überzeugen, dass er keinen maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Betriebes hatte. Die Behauptungs- und Beweislast, dass ein Arbeitnehmer leitender Angestellte iSd § 36 ArbVG ist, trifft zwar den Arbeitgeber,[16] aber das nimmt dem Arbeitnehmer nicht die Argumentationslast. Jedenfalls verzögert die Beweiserhebung über diese Frage das Verfahren und die Klärung der Frage, ob die Kündigung eigentlich gerechtfertigt ist, massiv.

Leitende Angestellte sind, selbst wenn sie vom wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens mit der Ausübung gewisser Arbeitgeberfunktionen betraut sind, dennoch selbst ebenso der Gefahr der ungerechtfertigten Kündigung ihres eigenen Arbeitsverhältnisses ausgesetzt. Die Ausnahme aus den Kündigungsschutzbestimmungen ist – wie oben dargelegt – nicht darauf zurückzuführen, dass diesen leitenden Angestellten tatsächlich Einfluss auf den Bestand ihres eigenen Arbeitsverhältnisses zukommen würde, sondern ist ausschließlich der Tatsache geschuldet, dass sie in gewisser Weise Arbeitgeberfunktion auszuüben haben und der Kündigungsschutz in Österreich kollektivrechtlich vorrangig als Recht des Betriebsrates ausgestaltet ist.

[11] Vgl OGH 11.2.1998, 9 ObA 413/97v, RdW 1999, 98.
[12] Vgl OGH 6.4.1994, 9 ObA 93/94, Arb 11.175 = DRdA 1994/43.
[13] Vgl OGH 3.8.2023, 8 ObA 45/23k, RdW 2024, 44.
[14] Vgl OGH 8.9.1993, 9 ObA 146/93, Arb 11.109.
[15] Vgl OGH 18.8.2016, 9 ObA 100/16w, DRdA-infas 2016/197.
[16] OGH 22.2.2006, 9 ObA 49/05d.

Kommt den leitenden Angestellten aber kein Einfluss auf die Willensbildung des Unternehmensinhabers selbst zu, weil sie zB keine Anteile am Unternehmen haben, so sind sie selbst in gleicher Weise dem Kündigungsrisiko ausgesetzt. Sie haben Arbeitnehmereigenschaft und es ist letztlich sachlich nicht gerechtfertigt, dass diese Führungskräfte keinerlei Schutz vor unberechtigter Auflösung ihres Arbeitsvertrages haben sollen. Die Tatsache, dass leitende Angestellte zum Teil die Arbeitgeberrolle gegenüber den ihnen untergeordneten Mitarbeitern ausüben, ändert nämlich nichts an der Tatsache, dass sie selbst auch schutzwürdig gegen Kündigungsentscheidungen des Unternehmens sind.[17]

Fraglich ist, ob leitenden Angestellten aufgrund Art 30 GRC ein Mindestkündigungsschutz zukommen muss: Art 30 GRC räumt grundsätzlich einen Schutz bei ungerechtfertigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses bzw einen Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Auflösung ein. Da die GRC aber gemäß Art 51 Abs 1 GRC für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechtes der Europäischen Union anwendbar ist, ist fraglich, wann Art 30 GRC tatsächlich im Sinne einer Kündigungsschutzbestimmung für leitende Angestellte verwertbar ist, da keine Richtlinien der Europäischen Union über einen grundsätzlichen Rahmen für arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz erlassen wurden, dies mit Ausnahme der Diskriminierungsregelungen, die im Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt wurden.[18] In Fällen der Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, insbesondere bei konzerndimensionalen Arbeitsverhältnissen, wenn Arbeitnehmerinnen etwa aus dem EU-Ausland nach Österreich gewechselt sind, kann die Anwendung von Art 30 GRC im Sinne eines individuellen Kündigungsschutzes aber in Betracht kommen.

Dass der österreichische Kündigungsschutz kollektivrechtlich aufgesetzt ist und das Anfechtungsrecht vorrangig dem Betriebsrat zukommt, ist kein sachliches Argument für die völlige Verweigerung von Kündigungsschutz für Führungskräfte iSd § 36 ArbVG. Die Bekämpfung von Kündigungen und Entlassungen von Geschäftsführern und leitenden Angestellten als sittenwidrig iSd § 879 ABGB stellt zwar eine grundsätzliche Möglichkeit dar, ist aber nicht gleichzuhalten mit den Anfechtungstatbeständen des § 105 ArbVG. Auch die Tatsache, dass leitende Angestellte und Geschäftsführer Anfechtungen nach dem Gleichbehandlungsgesetz durchführen können, da dort der Anwendungsbereich für leitende Angestellte nicht eingeschränkt ist, ändert nichts daran, dass ihnen im Regelfall verwehrt ist, die mangelnde soziale Rechtfertigung ihrer Kündigung geltend zu machen. Hier hätte der Gesetzgeber Handlungsbedarf.

---

17 Vgl OGH 17.12.2013, 8 ObA 22/13p, DRdA 2014/43, 434 f (*Jabornegg*).

18 Vgl *Rebhahn*, Europäische Entwicklungen im Kündigungsschutz (Grundrechtecharta und Rechtsvergleich), DRdA 2014, 183.

3. Die Ausnahme von Kleinstbetrieben

Aufgrund der kollektivrechtlichen Ausprägung des österreichischen Kündigungsschutzsystems sieht § 107 ArbVG vor, dass in Betrieben, in denen Betriebsräte zu errichten sind, solche aber nicht bestehen, der betroffene Arbeitnehmer binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung oder der Entlassung diese beim Gericht selbst anfechten kann. Da dies also nur in betriebsratspflichten Betrieben gilt und die Betriebsratspflicht erst bei einer Betriebsgröße mit dauernd mindestens fünf Arbeitnehmern besteht (vgl § 40 ArbVG), ist in kleineren Betrieben eine Kündigungsanfechtung nach § 107 ArbVG nicht möglich. Arbeitnehmerinnen solcher Kleinstbetriebe sind auf die Anfechtungsmöglichkeiten des Gleichbehandlungsgesetzes sowie auf die Bekämpfung wegen Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB verwiesen.

Auch durch diese Eingrenzung des Anwendungsbereiches hat eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Arbeitnehmerinnen in Österreich keine Möglichkeit, die soziale Rechtfertigung einer Kündigung zu hinterfragen, wenn nicht ein verpöntes Motiv nach dem Gleichbehandlungsgesetz vorliegt.[19]

4. Die wesentliche Interessenbeeinträchtigung als Hürde

Ein Spezifikum des österreichischen allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes ist es, dass der Arbeitgeber keine Gründe für eine Kündigung angeben muss, und eine Anfechtung ganz unabhängig von den Gründen, die der Arbeitgeber für die Kündigung hatte, nur erfolgreich sein kann, wenn der Arbeitnehmer zunächst eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung nachweist. Kann der Arbeitnehmer nämlich am Arbeitsmarkt eine vergleichbare Beschäftigung in relativ kurzer Zeit erlangen, so wird überhaupt nicht geprüft, ob relevante Kündigungsgründe vorgelegen sind. Dies gilt bei der Frage, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, nicht aber bei der Anfechtung wegen verpönter Motive. Liegen keine verpönten Motive vor, sondern hat der Arbeitgeber aus personenbedingten oder betrieblichen Gründen oder ganz ohne sachliche Gründe gekündigt, so kann der Arbeitnehmer die Kündigung nicht erfolgreich bekämpfen, wenn er in absehbarer Zeit wieder eine vergleichbare Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt finden kann.[20] Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer etwa Einkünfte aus Vermietung oder Verpachtung hat oder sonst sozial so abgesichert ist, dass er auf das Einkommen nicht angewiesen ist.[21]

---

[19] Zur Einbeziehung von Arbeitnehmern in Kleinstbetrieben Vgl *C. Klein*, Der allgemeine Kündigungsschutz in Schweden und Österreich Teil 2, DRdA 1987, 29 und den darin zitierten Entwurf eines Gesetzes über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Sozialministeriums aus dem Jahr 1981.

[20] Vgl OGH 16.6.1999, 9 ObA 145/99k, DRdA 1999, 492; OGH 29.11.2016, 9 ObA 129/16k, ARD 6531/9/2017; *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 105 Rz 95 ff mwN.

[21] Vgl OGH 1.4.2009, 9 ObA 30/09s, DRdA 2009, 533.

Durch die Einbeziehung der gesamten finanziellen Situation des gekündigten Arbeitnehmers kommt es auch dazu, dass etwa Arbeitnehmerinnen, die sehr sparsam leben, nicht über ihre Verhältnisse Kredite aufnehmen und Ersparnisse aufbauen, weniger vor Kündigung geschützt sind, als solche Arbeitnehmerinnen, die hohe Schulden eingehen und tendenziell über ihre Verhältnisse leben.[22] Die Rechtsprechung berücksichtigt aber, dass Luxusausgaben bei der Prüfung der Einkommenssituation und der sozialen Beeinträchtigung durch eine Kündigung außer Betracht zu bleiben haben.[23]

Besonders problematisch ist im vorliegenden Zusammenhang die Berücksichtigung des Ehepartnereinkommens: Nach Auffassung des OGH liegt nämlich keine wesentliche Interessenbeeinträchtigung vor, wenn eine Arbeitnehmerin ihr bisheriges aus einer Teilzeitbeschäftigung bezogenes Einkommen zur Gänze verliert und auf die Arbeitslosenversicherung verwiesen wird, sofern sie Unterhaltsansprüche gegenüber ihrem gut verdienenden Ehegatten hat.[24] Wegen der bekannten, noch immer außerordentlich hohen Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern und der Tatsache, dass Frauen nach wie vor die Familienarbeit und Kindererziehung weit überwiegend übernehmen, kommt es durch diese Judikatur zu einer klaren Diskriminierung von Frauen im Zusammenhang mit der Prüfung der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung. Zwar hat der OGH entschieden, dass wegen dieser notorischen Einkommensunterschiede bei der Gesamtprüfung der Sozialwidrigkeit die Frage der Berücksichtigung des Ehepartnereinkommens zu „gewichten" sei, um eine Diskriminierung von Frauen hintanzuhalten, meines Erachtens dürfte ein allfälliger Unterhaltsanspruch aber überhaupt nicht berücksichtigt werden.[25]

Eine weitere Problematik, die im vorliegenden Zusammenhang aus Arbeitgeberinnensicht zu erkennen ist, liegt darin, dass bei Prüfung der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung und der Arbeitsmarktaussichten regelmäßig darauf abzustellen ist, ob der gekündigte Arbeitnehmer in absehbarer Zeit ein annähernd gleich gut entlohntes Arbeitsverhältnis erlangen kann. Zahlt nun ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmerinnen besonders gut und daher marktunüblich hoch, so führt dies letztlich dazu, dass er weniger Möglichkeiten hat, Kündigungen durchzusetzen als vergleichbare Arbeitgeberinnen, die ihre Mitarbeiter schlecht oder gar nur auf Kollektivvertragsniveau entlohnen: Hat ein Arbeitnehmer nämlich ein unübliches hohes Gehalt, so werden seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt, eine vergleichbar gut entlohnte Position zu erlangen, wesentlich geringer sein, als die Chancen eines Arbeitnehmers, der auch bei seinem bisherigen Job nur auf Kollektivvertragsniveau entlohnt wurde. Meines Erachtens müsste bei Prüfung der wesentlichen Interessen-

[22] Vgl OGH 17.8.2016, 8 ObA 46/16x, DRdA-infas 2017, 13.
[23] Vgl OGH 26.1.1994, 9 ObA 297/93, DRdA 1994, 270.
[24] Vgl OGH 12.10.1988, 9 ObA 206/88, Arb 10.755; OGH 04.11.2010, 8 ObA 74/10f, DRdA 2012/624.
[25] Zur Gewichtung Vgl OGH 19.12.2001, 9 ObA 174/01f, RdW 2002/356 (krit *Eichinger*).

beeinträchtigung eher berücksichtigt werden, ob der Arbeitnehmer in absehbarer Zeit einen adäquaten Arbeitspatz finden kann, der marktüblich entlohnt wird und darf mE im Rahmen der Interessenabwägung nicht zu Lasten des Arbeitgebers ausschlagen, wenn er seine Arbeitnehmerinnen wesentlich großzügiger entlohnt.[26]

De lege ferenda sollte überlegt werden, ob das System des österreichischen Kündigungsschutzes nicht dahingehend reformiert werden könnte, dass auch bei einer geringeren Interessenbeeinträchtigung durch die Kündigung trotzdem immer eine Abwägung mit den vorliegenden Kündigungsgründen des Arbeitgebers zu erfolgen hat und nicht schon deshalb, weil der Arbeitnehmer in absehbarer Zeit eine adäquate Ersatzbeschäftigung finden kann, gar nicht erst geprüft wird, ob der Arbeitgeber ausreichend Gründe für eine Kündigung hatte. Der Gesetzgeber sollte also die arbeitgeberseitige Kündigung an einen sachlichen Grund binden.[27]

5. Änderungskündigungen

Besonders schwierig ist die Situation für Arbeitnehmerinnen, die mit Änderungskündigungen konfrontiert sind: Bei einer Änderungskündigung macht der Arbeitgeber zunächst das Angebot, das Arbeitsverhältnis unter geänderten Rahmenbedingungen fortzusetzen und stellt den Arbeitnehmer vor die vollendete Tatsache, entweder den geänderten Dienstvertrag zu akzeptieren oder aber sein Dienstverhältnis zur Gänze zu verlieren, weil es bei Nichtannahme des Angebotes gekündigt wird. Der OGH steht in diesem Zusammenhang auf dem Standpunkt, dass bei einer Änderungskündigung zunächst lediglich zu prüfen ist, ob das Änderungsangebot des Arbeitgebers zumutbar war. Wenn dies bejaht wird, so besteht keine Möglichkeit mehr, die Kündigung anzufechten.[28] Regelmäßig wird daher bei Änderungskündigungen die Arbeitsmarktlage gar nicht geprüft und wenn das Änderungsangebot als zumutbar angesehen wird, ist die Kündigungsanfechtung erfolglos.

Auch ist bei Änderungskündigung regelmäßig § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG nicht anzuwenden, da die Unterbreitung eines Angebotes zur Vertragsänderung durch den Arbeitgeber nicht als Infragestellung eines bestehenden arbeitsrechtlichen Anspruches gesehen werden kann.[29] Je nach den Umständen des Einzelfalles kann der Arbeitgeber Arbeitnehmerinnen stark unter Druck setzen mit solchen Verschlechte-

---

[26] Vgl auch OGH 24.4.1991, 9 ObA 79/91, ARD 4273/15/91.

[27] Vgl hiezu bereits *C. Klein*, Der allgemeine Kündigungsschutz in Schweden und Österreich Teil 1, DRdA 1986, 391 ff; *Kuderna*, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des Kodifikationsvorhabens, DRdA 1979, 100 (106); aA *Floretta*, Strukturen und Entwicklungstendenzen des allgemeinen Kündigungsschutzes im Arbeitsrecht, DRdA 1982, 1 (10 f); vgl zur neuen Begründungspflicht in Zusammenhang mit Mutterschutz und Elternteilzeit § 15 Abs 7 MSchG sowie Art 12 Abs 2 der Work-Life-Balance Richtlinie (RL 2019/1158/EU).

[28] Vgl OGH 24.4.1991, 9 ObA 79/91, DRdA 1991, 474-

[29] Vgl OGH 8.7.1993, 9 ObA 168/93, ARD 4496/12/93; OGH 8.7.1993, 9 ObA 114/93, DRdA 1994, 70.

rungsangeboten. Zwar hat der OGH judiziert, dass etwa die Verschlechterung des Fixums um 23 % regelmäßig als unzumutbar anzusehen sein wird bzw dass auch eine Verdiensteinbuße von 20 % und mehr auf erhebliche soziale Nachteile deuten wird,[30] allerdings hat er etwa auch entschieden, dass eine Entgeltminderung von 10 % im Regelfall keine Sozialwidrigkeit begründen wird.[31] Auch das Angebot eines zumutbaren Ersatzarbeitsplatzes in einem anderen Unternehmen im Konzern im Rahmen einer Änderungskündigung führt dazu, dass eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung nicht gegeben ist.[32] Arbeitgeberinnen bedienen sich in der Praxis zunehmend des Mittels der Änderungskündigung, um langjährige Mitarbeiter, die aufgrund der Seniorität in der Gehaltsentwicklung nach langer durchgehender Beschäftigung im Unternehmen ein gewisses Entgeltniveau erreicht haben, gehaltlich um Jahre zurückzustufen.

Zu beachten ist im vorliegenden Zusammenhang, dass bei einer Änderungskündigung, die auch mit einer Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes einhergeht, zusätzlich auch die Zustimmung des Betriebsrates zur Versetzung einzuholen ist.[33] Gerade auch im Zusammenhang mit Änderungskündigungen wäre es besonders wichtig, das Anfechtungsverfahren nicht schon an der Hürde der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung scheitern zu lassen, sondern eine Abwägung der Interessenbeeinträchtigung auf der einen Seite, auch wenn sie geringer ausfällt, mit den tatsächlichen Gründen des Arbeitgebers für die Kündigung vorzunehmen. Kommt es nämlich gar nicht zu einer Abwägung dieser Kündigungsgründe des Arbeitgebers mit der sozialen Situation des Arbeitnehmers, so kann der Arbeitgeber völlig ohne sachlichen Grund eine Redimensionierung des Entgeltes im Ausmaß von zumindest 10 % bis 15 % vornehmen, ohne Bekämpfungsmöglichkeit der betroffenen Arbeitnehmerinnen. Auch die Hürde des Zustimmungserfordernisses des Betriebsrates bei einer Änderung des Arbeitsplatzes hilft im vorliegenden Zusammenhang nicht: Verweigert der Betriebsrat nämlich seine Zustimmung zur Versetzung, weil er diese Vorgangsweise des Arbeitgebers ungehörig findet, so wird der Arbeitgeber einfach die Änderungskündigung aussprechen und der betreffende Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verlieren. Eine solche unsachliche Vorgangsweise sollte im Rahmen eines adäquaten Kündigungsschutzsystems nicht zulässig sein.

Der OGH setzt aber Änderungskündigungen doch auch Grenzen: Wird einem Arbeitnehmer bei einer Änderungskündigung eine Versetzung auf eine Stelle mit erheblichen Einkommenseinbußen angeboten, in der er seine erworbenen beruflichen Fähigkeiten nicht hätte einsetzen können und eine zusätzliche Ausbildung absolvieren hätte müssen und soll auch der Dienstwagen entzogen werden, obwohl der Arbeitnehmer in mehreren Filialen tätig werden soll, so ist ein solches Angebot nicht

[30] Vgl OGH 27.1.2000, 8 ObA 342/99y, DRdA 2000, 420; OGH 21.10.1998, 9 ObA 261/98t.
[31] Vgl OGH 20.9.2000, 9 ObA 179/00i, RdW 2001, 250.
[32] OGH 15.4.1999, 8 ObA 80/99v, RdW 1999, 744.
[33] Vgl OGH 28.6.2016, 8 ObA 63/15w, DRdA 2017/14 (*Weiß*) = ZAS 2017/21 (*Korenjak*).

zumutbar, da nicht nur die Entgeltbedingungen, sondern auch die geänderten sonstigen Arbeitsbedingungen in die Prüfung der Zumutbarkeit einzubeziehen sind.[34]

6. Das Alter als Element der Interessenabwägung

Wie oben bereits beschrieben, hat der Gesetzgeber in unterschiedlicher Weise versucht, einerseits langjährige Betriebszugehörigkeit und höheres Lebensalter als besonders schützenswerte Faktoren zu Gunsten der Arbeitnehmerinnen festzulegen, andererseits auch die Einstellung älterer Arbeitnehmerinnen zu fördern, indem er in § 105 Abs 3b ArbVG den besonderen Schutz von Arbeitnehmerinnen mit einem höheren Lebensalter und einer langjährigen Betriebszugehörigkeit für nicht anwendbar erklärt, wenn Arbeitnehmerinnen zum Zeitpunkt ihrer Einstellung das 50. Lebensjahr bereits vollendet haben. Nach der bis zu BGBl I 2017/37 geltenden Regelung war das Alter nur in den ersten zwei Beschäftigungsjahren außer Betracht zu lassen. Hatten Arbeitnehmerinnen, wenn sie nach Vollendung des 50. Lebensjahres eingestellt wurden, zwei Jahre im Arbeitsverhältnis absolviert, so unterlagen sie wieder der üblichen Interessenabwägung, bei der das Alter sehr wohl zu berücksichtigen war, auch bei der Beurteilung der Arbeitsmarktchancen. Diese Zwei-Jahres-Grenze ist aber entfallen und bedeutet dies, dass Arbeitnehmerinnen, die ihr Arbeitsverhältnis ab Vollendung des 50. Lebensjahres begründen, dauerhaft einen schlechteren Kündigungsschutz aufweisen als vergleichbare Arbeitnehmerinnen, die bei ihrer Einstellung jünger waren. Meines Erachtens kommt es dadurch zu einer systematischen Altersdiskriminierung. Betrachtet man die jüngsten Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt und die Tatsache, dass die Lebenserwartung beträchtlich steigt, so sollen Arbeitnehmerinnen in die Lage versetzt sein, bis zum 65. Lebensjahr und auch darüber hinaus im Arbeitsprozess eingegliedert zu bleiben. Es ist mE aber nicht rechtfertigbar, Arbeitnehmerinnen, die zB bereits 10 Jahre in einem Unternehmen beschäftigt sind, bloß aufgrund der Tatsache, dass ihr Dienstverhältnis nach dem 50. Lebensjahr begründet wurde, keinen Schutz mehr vor unsachlicher Kündigung zu gewähren bzw ihre soziale Situation aufgrund des Lebensalters und auch die langjährige Beschäftigung im Betrieb bei der Interessenabwägung völlig außer Acht zu lassen. Der OGH hat die Bedeutung des § 105 Abs 3b ArbVG aber ohnedies relativiert, da er klargestellt hat, dass die Lockerung des Kündigungsschutzes für Arbeitnehmerinnen, die erst nach dem 50. Lebensjahr eingestellt werden, nicht bedeute, dass ihre Wiedereingliederungsschwierigkeiten am Arbeitsmarkt überhaupt nicht zu berücksichtigen wären. Das Alter solle nicht mehr gesondert, sondern nach demselben Maßstab wie bei jüngeren Arbeitnehmerinnen herangezogen werden.[35] Meines Erachtens bedeutet dies daher, dass bei der Frage der Wiedereingliederungsschwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt sehr wohl das konkrete Alter zu Grunde zu legen ist und nicht etwa die Arbeitsmarktchancen bloß aufgrund von Ausbildung und bis-

[34] Vgl jüngst OGH 18.10.2023, 9 ObA 59/23a, ZAS 2024, 29.
[35] Vgl OGH 30.10.2019, 9 ObA 86/19s, DRdA-infas 2020/7.

heriger Berufserfahrung unter Außerachtlassung des Lebensalters bewertet werden dürften. Dennoch halte ich die Bestimmung des § 105 Abs 3b ArbVG in der derzeitigen Fassung für überschießend und wäre es sinnvoll, die Bestimmung wieder auf ihre ursprüngliche ab 1.1.2004 geltende Begrenzung zurückzuführen, wonach die Außerachtlassung des Lebensalters nur in den ersten zwei Beschäftigungsjahren von älteren Arbeitnehmern zulässig ist.

7. Auswirkungen des unterschiedlichen Pensionsalters von Mann und Frau im Kündigungsschutz

Ein besonderes Thema im Zusammenhang mit der gebotenen Interessenabwägung bei der sozialwidrigen Kündigung ergibt sich, wenn Mann und Frau das gesetzliche Pensionsalter erreichen. Derzeit befinden wir uns in der Übergangsphase, in der das unterschiedliche Pensionsalter ohnedies in raschen Schritten angeglichen wird, sodass in absehbarer Zeit auch Frauen mit 65 Lebensjahren das reguläre Pensionsalter erreichen werden. Derzeit besteht aber noch die Situation, dass Frauen wesentlich früher als Männer die gesetzliche Alterspension erhalten. Grundsätzlich geht der OGH davon aus, dass eine Kündigung zu einem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer Anspruch auf eine gesetzliche Pension hat, im Regelfall nicht sozialwidrig ist, insbesondere dann nicht, wenn der Arbeitnehmer auch zusätzlich durch betriebliche Pensionsleistungen abgesichert ist.[36] Auch wenn also bei Erreichen des Regelpensionsalters und Anspruch auf Regelpension der Kündigungsschutz nicht generell und automatisch ausgeschlossen ist, so ist nach der Judikatur davon auszugehen, dass die Einkommenseinbuße im Hinblick auf die gesetzliche Alterspension nicht generell wegen Interessenbeeinträchtigung zu einer Anfechtbarkeit der Kündigung führt. Selbst wenn man etwa über ein Einkommen weit über der Höchstbemessungsgrundlage der Sozialversicherung verfügt, so kann die Summe, die der Sozialrechtsgesetzgeber als höchstzulässige Pensionshöhe ansieht, nicht für sich allein als „sozialwidrig" angesehen werden.[37] Bei atypischen Versicherungsverläufen kann aber auch durchaus, wenn das Pensionsalter schon erreicht ist, eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung in Betracht kommen.

Die Situation von Frauen ist hingegen bei Erreichung des derzeit noch niedrigeren Regelpensionsalters durch die Anfechtungsmöglichkeiten nach dem Gleichbehandlungsgesetz wesentlich verbessert worden: Da es nach der Judikatur des EuGH und OGH unzulässig ist, am unterschiedlichen Pensionsalter von Männern und Frauen als Arbeitgeber anzuknüpfen, darf der Arbeitgeber Frauen nicht deshalb früher kündigen als Männer, weil sie früher Anspruch auf Regelpension hätten.[38] Auch Dienstordnungen oder Kollektivverträge, die vorsehen, dass Männer und Frauen bei

[36] OGH 22.8.2012, 9 ObA 54/12z, infas 2013, A2.
[37] Vgl OGH 26.1.2017, 9 ObA 13/16a, DRdA 2017/51 (*Engelhart*).
[38] Vgl EuGH 12.9.2013, C-614/11 (*Kuso*).

Erreichen des (jeweiligen) Regelpensionsalters gekündigt werden dürfen oder das Dienstverhältnis mit Erreichen des Pensionsalters automatisch beendet ist, sind unzulässig und daher unwirksam.[39] Frauen können daher regelmäßig durchsetzen, dass Arbeitgeberinnen sie ebenso bis zum 65. Lebensjahr weiter zu beschäftigen haben, wie vergleichbare männliche Arbeitnehmer, dies auch dann, wenn sie berechtigt sind, neben dem aufrechten Arbeitsverhältnis ihre Alterspension bereits zu beziehen. Kündigt ein Arbeitgeber allerdings aufgrund angespannter finanzieller und wirtschaftlicher Situation sowohl männliche als auch weibliche Mitarbeiter mit einem bestimmten – gleichen – Lebensalter, wenn sie ausreichende Versicherungsmonate haben, so würde keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes vorliegen.[40]

8. Verfahrensrechtliche Besonderheiten – Eventualmaxime und kurze Anfechtungsfrist

Das Kündigungsanfechtungsverfahren nach dem Arbeitsverfassungsgesetz ist in mehrerlei Hinsicht besonders: Speziell ist vor allem, dass in den ersten beiden Instanzen kein Kostenersatz an den Gegner erfolgt, dh unabhängig vom Prozesserfolg trägt jede Verfahrenspartei die Kosten selbst. Diese Kostentragungsregelung ist mE sehr wichtig, da dadurch eine geringe Hürde für Arbeitnehmerinnen besteht, die Berechtigung der Kündigung durch eine Anfechtungsklage prüfen zu lassen. Da auch keine Gerichtsgebühren fällig werden, handelt es sich sohin um ein sehr niederschwelliges Verfahren. Hinzu kommt, dass Gewerkschaften und Arbeiterkammern auch rechtliche Beratung und Vertretung in diesem Verfahren für Arbeitnehmerinnen anbieten. Viele dieser Anfechtungsverfahren werden letztlich durch Vergleich beendet, häufig kommt es zu weiteren Zahlungen von Arbeitgeberseite, um die sozialen Nachteile durch die Kündigung entsprechend zu mildern. Mit diesen Verfahren kann daher grundsätzlich ein Ausgleich der Interessen von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen niederschwellig erreicht werden. Problematisch sind im vorliegenden Zusammenhang aber einerseits die kurze Anfechtungsfrist und andererseits die sogenannte Eventualmaxime:

Die Anfechtungsfrist wurde zwar von einer Woche auf zwei Wochen verlängert in all jenen Fällen, in denen die Arbeitnehmerinnen selbst die Klage einbringen bzw der Betriebsrat nach der einwöchigen Anfechtungsfrist dem Arbeitnehmer die Anfechtung überlässt. Die vom Gesetzgeber gewünschte Möglichkeit der außergerichtlichen Bereinigung kann durch die Verlängerung der Anfechtungsfrist von einer auf zwei Wochen aber nicht erreicht werden: Auch zwei Wochen genügen nicht, um eine außergerichtliche Bereinigung einer schwierigen Situation aufgrund der Kündigung durchzuführen. Aus Arbeitnehmersicht wäre daher jedenfalls zu begrüßen, wenn die

[39] Vgl OGH 26.6.2014, 8 ObA 69/13z; *Windisch-Graetz*, Kündigung von Frauen zum Regelpensionsalter – gleichheitswidrig?, ecolex 2004, 431.

[40] Vgl OGH 29.8.2011, 9 ObA 63/11x, DRdA 2012, 240.

Frist auf einen Monat verlängert würde. Dies würde dem Interesse der Arbeitgeberinnen, die Situation so bald wie möglich zu klären, immer noch genügen, da das Anfechtungsverfahren selbst regelmäßig ohnedies zumindest ein Jahr in erster Instanz dauert. Zum anderen hätten auch die Arbeitgeberinnen die Möglichkeit, innerhalb eines Monats noch auf die Arbeitnehmerinnen zuzugehen und Vergleichsangebote zu machen.

Ein weiteres Problem stellt die sogenannte Eventualmaxime dar: Diese bedeutet, dass sämtliche Anfechtungsgründe während der kurzen Anfechtungsfrist – regelmäßig also binnen 14 Tagen – geltend zu machen sind. Alle Gründe sind daher in der Klage bereits abschließend anzuführen. Ein Nachschieben von Anfechtungsgründen nach Ablauf der Anfechtungsfrist ist nach der Judikatur unzulässig. Zwar können die Anfechtungsgründe später noch konkretisiert werden, allerdings muss das Anfechtungsvorbringen in der Klage bereits grundsätzlich alle Gründe nennen.[41]

Bei der Anfechtungsfrist des § 105 ArbVG handelt es sich um eine prozessuale Frist, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist grundsätzlich zulässig.[42] In der Praxis ist jedoch anzumerken, dass kaum je Wiedereinsetzungen tatsächlich zugelassen werden. Hat man also in der Klage nicht alle Anfechtungsgründe angeführt, so kann man diese regelmäßig später nicht mehr nachschieben. Aufgrund der kurzen Anfechtungsfrist kommt es häufig dazu, dass Arbeitnehmerinnen Protokollarklagen einbringen, weil sie in der Kürze der Zeit keinen Anwalt beauftragen wollen oder können und auch die Arbeitnehmerinteressenvertretungen häufig so kurzfristig keine Termine haben und daher erst nach der Einbringung der Protokollarklage die Rechtsvertretung im Verfahren übernehmen. Führen die – rechtlich nicht versierten – Arbeitnehmerinnen aber bei der Protokollarklage bei Gericht nicht alle Sachverhalte an, die einen Anfechtungstatbestand darstellen könnten, so können sie dies dann später nicht mehr nachholen. Zwar werden die Arbeitnehmerinnen bei der Protokollarklage ohnedies vom zuständigen Richter am Amtstag rechtlich belehrt. Klarerweise kann der zuständige Richter bzw die zuständige Richterin aber nicht eine umfassende Sachverhaltsaufnahme wie bei einem mehrstündigen Beratungstermin beim Rechtsanwalt oder bei der Interessenvertretung durchführen und kann nur jene Sachverhalte, die die Arbeitnehmerinnen dort von sich aus angeben, entsprechend rechtlich berücksichtigen.

De lege ferenda wäre es wünschenswert, wenn zumindest bis zur ersten mündlichen Verhandlung noch Anfechtungsgründe nachgeschoben werden könnten.

Ebenso wäre es im Sinne der Waffengleichheit wünschenswert, wenn Arbeitgeberinnen verpflichtet wären, nach Zustellung der Anfechtungsklage innerhalb einer ebenfalls 14 Tage nicht übersteigenden – oder vom Gesetzgeber für beide Seiten länger geregelten – Frist sämtliche Kündigungsgründe samt Beweismitteln darzulegen.

---

41 Vgl OGH 14.11.1996, 8 ObA 2308/96, DRdA 1997, 227.

42 OGH 6.12.1989, 9 ObA 289/89, infas 1990, A48.

Dies würde den Prozessstoff eines solchen Verfahrens entsprechend strukturieren und auch verhindern, dass Arbeitgeberinnen im Rahmen eines Anfechtungsprozesses sich intensiv auf die Suche machen, ob nicht irgendwo noch eine Unbotmäßigkeit auf Arbeitnehmerseite oder irgendein inadäquates Verhalten oder eine inadäquate Ausdrucksweise in einem E-Mail etc gefunden werden kann. Schon aufgrund der Tatsache, dass die gesamte private Kommunikation häufig auf dem Diensthandy oder dem zur Verfügung gestellten Laptop gespeichert ist, können ArbeitgeberInnen nach einer Kündigung prüfen, ob nicht noch irgendetwas gefunden werden könnte, was man dem Arbeitnehmer im Nachhinein „anhängen" könnte. Dies führt zu einer völlig inadäquaten und letztlich unsachlichen Situation bei der Abwägung der Kündigungsgründe mit der Beeinträchtigung, die der Arbeitnehmer durch die Kündigung erfährt: Obwohl der Arbeitgeber vielleicht zum Zeitpunkt der Kündigung gar keine ausreichenden Kündigungsgründe hatte, kann er beinahe zeitlich unbegrenzt nachher nach solchen suchen. Diese Möglichkeiten sollten jedenfalls eingeschränkt werden. Das Oberlandesgericht Wien hat bereits einmal judiziert, dass ein Arbeitgeber, der erst rund zwei Jahre nach der Kündigung des Arbeitnehmers erstmals in einem Schriftsatz behauptet, es würden in der Person des Arbeitnehmers Kündigungsgründe gelegen sein, dies nicht mehr geltend machen kann.[43]

De lege ferenda wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber ganz klar festlegt, dass die Kündigungsgründe vom Arbeitgeber abschließend ebenfalls innerhalb einer 14-tägigen – oder allenfalls für beide Seiten verlängerten – Frist nach Zustellung der Anfechtungsklage offenzulegen sind und ein Nachschieben anderer Kündigungsgründe nach Ablauf dieser Frist nicht mehr zulässig ist.

[43] Vgl OLG Wien 17.3.2015, 10 Ra 12/15f, ARD 6463/7/2015.

Betriebsvereinbarungen

Einige alte und neue Fragen sowie rechtspolitische Herausforderungen

Walter J. Pfeil

1. Grundsätzliches 353
2. Wesentliche Elemente einer BV 355
   2.1 Schriftform und Parteien 355
   2.2 Zulässiger Inhalt 357
   2.3 Beendigungsmöglichkeiten 358
3. Wesentliche Herausforderungen 359
   3.1 Überprüfung von Regelungstreitigkeiten 359
   3.2 Verhältnis zum Arbeitszeitrecht 360
   3.3 Zurückdrängung unzulässiger BV 362
   3.4 Und nicht zuletzt: Umgang mit der Digitalisierung 363
4. Fazit 364

1. Grundsätzliches

Betriebsvereinbarungen (BV) sind nach inzwischen einhelliger Meinung an sich Instrumente des Privatrechts. Sie wirken aber nicht nur zwischen den Vertragsparteien, sondern entfalten nach § 31 Abs 1 ArbVG[1] auch – und entsprechend ihres Zwecks sogar vorrangig – Normwirkung, sind für die erfassten Einzelarbeitsverträge also ebenso unmittelbar verbindlich wie ein Gesetz. Dieser hybride Charakter als „Normenvertrag" ist die Wurzel für die meisten rechtlichen Diskussionen, die mit BV verbunden sind.

Das gilt zunächst für die – mittlerweile wohl nicht mehr strittige – Frage der Verfassungskonformität einer Normsetzungsbefugnis, die nicht einem Gesetz- bzw Verordnungsgeber, sondern den Betriebsparteien zukommt.[2] Daneben bereiten die unzureichende Legitimation zum Abschluss einer BV Probleme, vor allem im Hinblick auf den Umgang mit Vereinbarungen über Materien, für die keine inhaltliche Ermächtigung zur Normsetzung auf betrieblicher Ebene besteht. Unklar erscheint bisweilen auch das Verhältnis zwischen den Vorgaben im ArbVG und Regelungsermächtigungen in anderen Gesetzen, namentlich im Arbeitszeitgesetz (AZG).

---

1 Paragrafenangaben ohne Gesetzeszitat beziehen sich in der Folge natürlich auf das ArbVG.

2 Vgl nur aus den führenden Kommentierungen *Födermayr* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG-Kommentar § 29 Rz 10 (58. Lfg, 2020); *Kietaibl* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 29 Rz 4 (5. Lfg, 2008); *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), ArbVR § 29 Rz 11 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7. 2023).

All diese Fragen stellen sich im Grunde schon seit dem Inkrafttreten des ArbVG, haben den Gesetzgeber bisher aber nicht zu Änderungen oder zumindest Klarstellungen veranlasst. Die grundsätzlichen Regelungen der BV im 5. Hauptstück des I. Teils des ArbVG, der den Instrumenten für die „*Kollektive Rechtsgestaltung*" gewidmet ist, stehen vielmehr weitgehend unverändert in Geltung: Während die Bestimmungen über Kundmachung und Wirksamkeitsbeginn in § 30 sich so bereits in der Stammfassung gefunden haben, sind in der Definition der BV in § 29 durch BGBl 1990/411 bzw 1993/460 lediglich punktuelle Adaptierungen im Hinblick auf die auf Arbeitnehmer:innen(AN)-Seite zum Abschluss befugten Organe vorgenommen worden. Auch bei den Änderungen in §§ 31 und 32 durch BGBl 1993/460 bzw BGBl I 2005/8 handelte es sich lediglich um Anpassungen, die wegen der Entwicklungen im Betriebsübergangs- bzw Betriebspensionsrecht erforderlich geworden sind.

Weitergehende, ja teilweise sogar *strukturelle Änderungen* hat es dagegen bei jenen Bestimmungen gegeben, die den inhaltlichen Rahmen für die Gestaltung von BV abstecken und so erst den Charakter der BV als Instrument der betrieblichen Mitbestimmung[3] deutlich machen. Änderungen wurden namentlich im Katalog jener Angelegenheiten, in denen BV abgeschlossen werden können, sowie bei der Frage vorgenommen, wie stark die Mitwirkung der ANschaft im Hinblick auf Abschluss bzw Beendigung der BV in der jeweiligen Materie ausgestaltet ist. Ersteres betrifft § 97, dessen Abs 1 in der Stammfassung noch 24 Ziffern enthalten hat, aus denen mittlerweile (zuletzt durch BGBl I 2021/61) bereits 33 mit höchst unterschiedlichen Materien geworden sind.

Zweiteres betrifft die Änderungen, die am ursprünglichen Grundmodell vorgenommen wurden, das zunächst nur zwischen notwendigen und erzwingbaren sowie fakultativen BV unterschieden hat. Aus den „*zustimmungspflichtigen Maßnahmen*" nach § 96, die von dem/der jeweiligen Betriebsinhaber:in (BI) nur eingeführt werden dürfen, wenn darüber Einigung im Wege einer BV erzielt wird, wurden durch BGBl 1983/394 die Personaldaten- und Personalbeurteilungssysteme aus dem Regime der Kontrollmaßnahmen herausgelöst und dafür in § 96a die neue Kategorie der (durch Entscheidung der Schlichtungsstelle) „*ersetzbaren Zustimmung*" geschaffen. Ebenfalls zu einer Einschränkung der Vetorechte für den Betriebsrat (BR) nach § 96 ist es durch Verschiebung der Mitwirkung im Hinblick auf „*leistungs- und erfolgsbezogene Prämien und Entgelte*" auf die Ebene einer bloß fakultativen BV nach § 97 Abs 1 Z 16 gekommen.[4]

---

[3] So der treffende Titel der grundlegenden Untersuchung von *Jabornegg*, Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung, DRdA 2012, 295.

[4] Diese Änderung durch BGBl I 2010/101 geht auf eine aus Sicht des Gesetzgebers offenbar zu weit gehende Judikatur zurück (OGH 9 ObA 144/07b, DRdA 2009/22, 307 [*Jabornegg*] = Arb 12.771); vgl dazu etwa *Pfeil*, Leistungs- und Erfolgsentgelte im Kollektiven Arbeitsrecht, in *Pfeil/Urnik* (Hrsg), Leistungsorientiertes Entgelt (2011) 81.

Eine Auseinandersetzung mit diesen und anderen möglichen Regelungsgegenständen würde den Rahmen dieses Beitrags ebenso bei Weitem sprengen wie Einschätzungen zum Betriebsverfassungsrecht insgesamt.[5] Entsprechend der Zielsetzung des vorliegenden Bandes sollen daher nur einige grundsätzliche Fragen des BV-Rechts diskutiert und Schwachstellen sowie allenfalls bestehender rechtspolitischer Handlungsbedarf aufgezeigt werden.

2. Wesentliche Elemente einer BV

Für eine gültige BV, der dann auch Normwirkung und relativ zwingende Wirkung nach § 31 Abs 1 bzw 3 zukommt, sind drei Voraussetzungen erforderlich: Nach § 29 muss es sich um schriftliche Vereinbarungen handeln, deren Parteien müssen auch zum Abschluss befugt sein und für den Regelungsinhalt muss es eine Ermächtigung durch Gesetz oder Kollektivvertrag (KollV) geben. Diese Voraussetzungen sind nicht disponibel, wenn die in der Vereinbarung getroffenen Regelungen gesetzesgleiche zwingende Wirkung haben sollen.

Dass hier eine strenge Sichtweise geboten ist, folgt zum einen aus dem Ausnahmecharakter der Durchbrechung des verfassungsrechtlichen Normsetzungsmonopols für Gesetz- bzw Verordnungsgeber und insoweit auch dem Legalitätsprinzip des Art 18 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG). Zum anderen – und das ist als inhaltlicher Aspekt wohl noch gewichtiger – ist der Vorrang zu respektieren, den der Gesetzgeber dem KollV gegenüber der BV beimisst. Auch das hat verfassungsrechtliche Gründe, beruht ersterer doch auf der grundrechtlich mehrfach abgesicherten *Koalitionsfreiheit*, während die BV eine gesetzliche Interessenvertretung der AN auf Betriebsebene nach dem Typus „demokratische Selbstverwaltung mit Zwangsmitgliedschaft“[6] voraussetzt.

Die diesen Besonderheiten geschuldeten Elemente, welche die BV vom grundsätzlichen Modell zivilrechtlicher Vereinbarungen unterscheidet, sollen daher die Eckpunkte der folgenden ersten Bestandsaufnahme bilden.

2.1 Schriftform und Parteien

Wie jede Vereinbarung kommt auch eine BV nur durch entsprechende Willensübereinstimmung zustande. Diese muss schriftlich erfolgen, wobei § 30 Abs 2 klarstellt, dass das auch Unterschriftlichkeit bedeutet. Das Schriftformgebot umfasst ebenso Änderungen und vor allem die Kündigungen von BV, auch wenn dafür nicht die sub-

[5] Vgl die grundlegende Analyse anlässlich des letzten runden Jubiläums des ArbVG von *Firlei*, Ist das ArbVG noch aktuell – Betriebsverfassung, DRdA 2014, 520; s aber auch die spannende „Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung“[2] (2022) von *Däubler/Kittner* mit einem umfangreichen „Anhang“ zu Österreich von *Cerny*.

[6] So die prägnante Formulierung von *Firlei*, DRdA 2014, 520 (522).

sidiären Vorgaben des § 32 Abs 1, sondern in der BV selbst getroffene Beendigungsregeln gelten.[7]

Die Gültigkeit einer solchen schriftlichen Vereinbarung hängt weiters davon ab, dass sie von den „richtigen", dh den dazu befugten Parteien abgeschlossen wird. Die Privatautonomie reicht hier nicht aus, und zwar nicht einmal für die schuldrechtliche Wirkung, welche nach § 31 Abs 1 ausdrücklich nur die Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien betrifft.[8] Das sind auf der einen Seite der BI, auf der anderen Seite nicht, wie der Wortlaut des § 29 vermuten ließe, der BR (bzw – nach Maßgabe der §§ 113 f – der Betriebsausschuss, ZentralBR oder die Konzernvertretung), sondern die ANschaft des Betriebs (Unternehmens, Konzerns) bzw die vom betreffenden Organ vertretene AN-Gruppe.[9] Die ANschaft ist aber nur insofern rechtsfähig, als ihr durch das Gesetz Befugnisse überantwortet werden. Dazu sind Organe erforderlich, die somit nicht in eigenem Namen, sondern lediglich als gesetzlicher Vertreter (des betreffenden Teils) der insoweit also nur *teilrechtsfähigen* ANschaft handeln.

Wenn das betreffende Organ nicht errichtet ist, insb also kein BR gewählt wurde, kann auch keine BV abgeschlossen werden. Das ist die eigentliche Sanktion für die Nichteinhaltung dessen, was üblicherweise mit „BR-Pflicht" (arg § 40 Abs 1: „*sind* […] *zu bilden*") umschrieben wird. Oder positiv formuliert: Dass die Nutzung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse von der Bildung der entsprechenden Organe abhängt, ist der Anreiz für die AN eines Betriebes, die Möglichkeiten des Betriebsverfassungsrechts zu nutzen. Vor diesem Hintergrund ist es durchaus folgerichtig, solche Befugnisse nur ausnahmsweise den einzelnen AN in die Hand zu geben, zumal deren individualrechtliche Position durch die Betriebsverfassung im allgemeinen (vgl § 37) und die BV im besonderen nicht eingeschränkt werden darf.[10] Ob mit einer Ausweitung der Individualrechte bei Fehlen betriebsverfassungsrechtlicher Instrumente über die bisherigen Ausnahmen bei den Kontrollmaßnahmen (§ 10 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz [AVRAG]) bzw beim Kündigungsschutz (§ 107) hinaus, dem Bestreben mancher BI, BR zu verhindern, die Anziehungskraft genommen würde,[11] ist indes zweifelhaft. Umgekehrt könnte nämlich auch die Motivation der AN zur Bildung von Organen weiter sinken.

Wenn mehrere Organe gebildet wurden, stellt sich die Frage der Abgrenzung der Zuständigkeiten. § 113 Abs 1 begründet dafür eine subsidiäre Generalkompetenz

---

7 Vgl nur die Nachweise bei *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 32 Rz 8.

8 Vgl nur *Jabornegg*, DRdA 2012, 295 (297).

9 Dabei wird typischerweise zwischen Arbeitern und Angestellten unterschieden (vgl insb § 41 Abs 3), wie aber etwa § 135 Abs 3 Universitätsgesetz 2002 (UG) zeigt, sind andere Differenzierungen möglich und auch nicht unsachlich.

10 Vgl zum einen § 37, zum anderen das in § 31 Abs 3 verankerte Günstigkeitsprinzip, das in der BV – anders als nach § 3 Abs 1 Satz 2 beim KollV – auch nicht ausgeschlossen werden darf.

11 *Firlei*, DRdA 2014, 520 (525).

des BR. Angesichts der dann folgenden differenzierten Zuständigkeitsregelungen und der relativ strengen Voraussetzungen für eine Kompetenzübertragung in § 114 ist wenig einsichtig, warum eine Vereinbarung, für deren Abschluss auf AN-Seite keine gesetzeskonforme Kompetenzübertragung erfolgt ist, volle Wirksamkeit nach § 31 entfalten soll. Der hiefür ins Treffen geführte Vertrauensschutz des/der BI dahingehend, dass die erforderlichen Beschlüsse der betreffenden Organe gefasst worden seien, mag die schuldrechtliche Wirkung dieser Vereinbarung tragen, kann dagegen – wie auch sonst bei Abschluss durch ein unzuständiges Organ – eigentlich keine Normwirkung begründen.[12]

2.2 Zulässiger Inhalt

Letztlich ist hier wenig Unterschied zu jenen Situationen zu erkennen, in denen für den Gegenstand der Vereinbarung keine Ermächtigung durch Gesetz oder KollV besteht. Solche Vereinbarungen sind als BV nichtig und können daher im Grunde nur als als BV *unzulässige* Vereinbarungen bezeichnet werden.[13] Die betriebliche Praxis hat sich freilich nicht an diese „reine Lehre" gehalten, die Rsp hat diesem Umstand früh Rechnung getragen und ist dabei auch im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung gestoßen, was sich insb in der irreführenden Bezeichnung „freie BV" niedergeschlagen hat.

Das bedeutet aber nicht mehr und nicht weniger als eine Aushöhlung der Regelungsmacht der KollV-Parteien und des im ArbVG klar grundgelegten Vorrangs des KollV im Hinblick auf die Festlegung der Mindeststandards für das Entgelt und sonstige materielle Arbeitsbedingungen. Das ist nicht nur ein rechtspolitisches Problem, sondern auch *verfassungsrechtlich bedenklich:* Die damit bewirkte Verlagerung der Gestaltungsmöglichkeiten führt zu einer Einschränkung der vor allem durch Art 11 Europäische Menschenrechtskonvention (MRK) grundrechtlich verbrieften Koalitionsfreiheit,[14] die im Übrigen nach Abs 2 dieser Bestimmung nur durch Gesetz – also nicht durch bloße Rechtsanwendung – eingeschränkt werden darf.

Bei Anerkennung der zivilrechtlichen Wirkung unzulässiger BV stellt sich zwangsläufig das Problem, dass durch die „Überführung" der als Norm unwirksamen Regelung in den jeweiligen Einzelarbeitsvertrag eine Änderung oder Rücknahme der daraus resultierenden Verpflichtungen nur mit Zustimmung der einzelnen AN möglich ist. Obwohl es hier allein um die rechtsgeschäftliche Bedeutung

---

[12] Vgl zum einen nur OGH 9 ObA 108/11i, DRdA 2013/41, 403 (zust *Marhold*); zum anderen *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 29 Rz 18 und nun wohl auch *Naderhirn* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 114 Rz 36 (Stand 1.3.2018, rdb.at).

[13] Vgl nur die Nachweise bei *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 29 Rz 61 ff.

[14] Vgl bereits *Schindler*, Das Zusammenspiel von Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung, in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Betriebsvereinbarungen (2010) 99, 103 ff.

faktischer Gegebenheiten im Verhältnis von AG und AN geht,[15] wäre damit eine nach ArbVG unzulässige Regelung mit höherer Bestandskraft ausgestattet als eine echte BV. Die Rsp hat dieses Problem dadurch zu lösen versucht, dass in der Vereinbarung zwischen BI und BR getroffene Beendigungsregelungen ebenfalls zum Bestandteil des Einzelvertrags würden und damit insb ein Kündigungsrecht für den/die BI (hier eigentlich den/die Arbeitgeber:in [AG]) bestünde.[16] Manche sehen darin sogar einen Ausweg aus dem verfassungsrechtlichen Dilemma, dass unzulässige BV nicht mit der Koalitionsfreiheit in Einklang zu bringen sind.[17]

Selbst wenn man unterstellt, dass zwischen BI und BR vereinbarte Beendigungsregelungen Eingang in die Einzelverträge finden könnten, stellt sich das Problem, dass es dann zu einer an sich unzulässigen Teilkündigung von Arbeitsvertragsinhalten käme. Gleiches gilt bei der Annahme, dass die gesetzlichen Kündigungsregelungen des § 32 Abs 1 in den Vertrag übernommen worden seien, wobei hier dann auch die Nachwirkung nach Abs 3 dieser Bestimmung zum Tragen käme und damit erst recht wieder eine Zustimmung des/der einzelnen AN erforderlich wäre.[18] Das führt zu dem Versuch, die als BV unzulässige Regelung – einschließlich deren Änderungsmöglichkeit für den/die AG – doch noch dadurch zu retten, dass die Kündigungsregelungen in einen Widerrufs- oder Änderungsvorbehalt umgedeutet werden.[19]

All diese bisweilen krampfhaft anmutenden Bemühungen zeigen im Grunde nur, dass die Zulassung einer fast beliebigen Umgehung des gesetzlichen Regelungsmodells für die BV durch zivilrechtliche Ansätze eben verfehlt ist.

2.3 Beendigungsmöglichkeiten

Auch andere Probleme iZm Beendigung von BV haben ihre Wurzel in der Überbetonung des privatrechtlichen Charakters dieses Instruments der kollektiven Rechtsgestaltung und der betrieblichen Mitbestimmung. Hier ist zunächst die Diskussion über die Möglichkeit einer *Kündigung* auch von BV, „*in denen das Gesetz bei Nichtzustandekommen einer Einigung über den Abschluss, die Abänderung und Aufhebung* […] *die Anrufung der Schlichtungsstelle zulässt*“ (§ 32 Abs 2), trotz der insoweit eindeutigen Anordnung in dieser Bestimmung zu nennen. Das dortige Kündigungsverbot solle nämlich nur für die subsidiären gesetzlichen Regelungen in Abs 1 leg cit, aber nicht für autonome Kündigungsregelungen der BV-Parteien gelten.[20]

---

15 Plakativ *Jabornegg*, DRdA 2012, 295 (297).

16 Grundlegend OGH 8 ObA 99/04y, ZAS 2006, 271 (*Runggaldier*) = Arb 12.527; vgl aber auch bereits OGH 9 ObA 82/92, DRdA 1993, 23 (*Kerschner*).

17 So insb *Marhold*, Die Koalitionsfreiheit im östereichischen Recht, DRdA 2015, 413 (416).

18 Vgl nur *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 29 Rz 49 ff.

19 Vgl etwa *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[3] (2018) § 29 ArbVG Rz 30; bzw OGH 8 ObA 59/17k, DRdA 2018/53, 510 (*Glowacka*) = Arb 13.461.

20 So insb *Kietaibl* in *Tomandl*, ArbVG § 32 Rz 14 (5. Lfg, 2008); *Reissner* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm[3] § 32 ArbVG Rz 10; *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] (2021) 841.

Das ist schon mit dem ausdrücklichen Vorbehalt in eben dieser Vorschrift („*soweit* […] *Abs 2 nicht anderes bestimmt*") nicht in Einklang zu bringen, untergräbt aber vor allem die vom Gesetzgeber betonte Bestandsfestigkeit von BV in Angelegenheiten nach §§ 97 Abs 1 Z 1 bis 6a bzw 96a. Abgesehen davon, dass kein rechtspolitischer Bedarf für eine Kündigungsmöglichkeit besteht, weil Befristungen und einvernehmliche Auflösungen ohnedies vereinbart werden können und zudem die Schlichtungsstelle angerufen werden kann, gründet sich die Regelungsmacht der BV-Parteien eben nicht auf die Privatautonomie, sondern auf die Ermächtigungen im ArbVG einschließlich der dort vorgesehenen Begrenzungen.[21]

Noch viel mehr muss das für die Frage gelten, ob die *Nachwirkung* von gekündigten BV nach § 32 Abs 3 Satz 2 durch entsprechende Vereinbarung der BV-Parteien ausgeschlossen werden kann. Die Rsp hält das für zulässig, weil die Nachwirkung auch durch Vereinbarung einer Befristung oder einvernehmliche Auflösung der BV verhindert werden könnte.[22] Solch einvernehmliche Festlegungen werden durch das ArbVG nicht ausgeschlossen, sie sind aber nicht mit der einseitigen Beendigung durch eine BV-Partei vergleichbar, deren Zulassung dem Wortlaut wie dem Zweck der Nachwirkungsanordnung widerspricht und daher als unzulässig anzusehen ist.[23]

3. Wesentliche Herausforderungen

Nach dieser Übersicht, in der auch bereits einige dogmatische Streitfragen angesprochen wurden, sollen in der Folge – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige Schwachstellen aufgezeigt werden, in denen wohl besonderer rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht.

3.1 Überprüfung von Regelungstreitigkeiten

Schon mehrfach wurde die *Schlichtungsstelle* erwähnt, durch deren Entscheidung die Zustimmung des BR in den Fällen des § 96a ersetzt bzw der Abschluss, die Änderung oder die Beendigung einer BV nach § 97 Abs 1 Z 1 bis 6a auch gegen Willen der anderen BV-Partei durchgesetzt werden kann. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um einen Bescheid, der – seit BGBl I 2013/71 – vom Bundesverwaltungsgericht (BVwG) überprüft werden kann (§ 146 Abs 2 letzter Satz). Gleichzeitig ordnet Satz 3 dieser Bestimmung an, dass die Entscheidung gegenüber den Betriebsparteien als BV gilt.

---

[21] Vgl bereits *Strasser* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 32 Rz 9 (Stand 1.4.2020, rdb.at).

[22] OGH 9 ObA 18/16m, DRdA 2017/22, 214 (abl *Firlei*) = wbl 2017/32, 100 (krit *Grillberger*) = Arb 13.338.

[23] Grundlegend *Jabornegg*, DRdA 2012, 295 (305 f), vgl aber insb auch *Firlei*, DRdA 2017, 218 f.

Das wirft die Frage der Rechtsnatur dieser Entscheidung auf.[24] Angesichts der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Anerkennung der Schlichtungsstellen[25] scheint das aber ein eher theoretisches und vor allem vergleichweise geringeres Problem zu sein als der Umstand, dass die Schlichtung zwischen widerstreitenden Interessen, also eine Regelungsstreitigkeit, an sich keine Aufgabe der Gerichte ist, die vor allem für Rechtsstreitigkeiten zuständig sind. Dass das BVwG – und erst recht der VwGH – anders als die Schlichtungsstellen selbst oder auch die Arbeits- und Sozialgerichte ohne Beteiligung fachkundiger Laien entscheidet, ist eher Symptom als Ursache des Problems. Zwar ist richtig, dass das BVwG und dann auch der VwGH Ermessensentscheidungen nur dahingegehend überprüfen können, ob das Ermessen iSd Gesetzes ausgeübt wurde (Art 133 Abs 3 B-VG). Abgesehen davon, dass die Grenze zwischen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entscheidung und – unzulässiger – Ermessenskontrolle nicht einfach zu ziehen ist,[26] müssen BVwG bzw VwGH im Falle einer nicht bloß aufhebenden, sondern die Sache erledigenden Entscheidung (vgl § 28 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz [VwGVG] bzw § 42 Abs 4 Verwaltungsgerichtshofgesetz [VwGG]) selbst Ermessen üben. Das allerdings nicht im Rahmen der Anwendung, sondern der *Schaffung von Recht*, und damit etwa über die Gestaltung von Sozialplänen, Arbeitszeitmodellen oder Rauchverboten.[27]

Ob BVwG bzw VwGH sich dabei tatsächlich auf die Überprüfung beschränken, ob alle relevanten Belange, auf die sich die beschwert erachtende Partei beruft, korrekt erhoben und abgewogen wurden und diese Abwägung schlüssig begründet wurde,[28] ist offen. Insofern wäre eine gesetzgeberische Klarstellung, dass sich die Überprüfung der Entscheidung der Schlichtungsstelle – so wie es bis zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch gesehen wurde – auf formale Aspekte zu beschränken hat, mehr als angebracht.

3.2 Verhältnis zum Arbeitszeitrecht

Wie angedeutet, besteht eine Zuständigkeit der Schlichtungsstelle auch in Fragen der Arbeitszeit. Nach § 97 Abs 1 Z 2 zählt die „*generelle Festsetzung des Beginns und Endes der täglichen Arbeitszeit, der Dauer und Lage der Arbeitspausen und der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage*" zu den auch erzwingbaren BV-Materien. Bloß fakultative BV kommen dagegen nach Z 13 dieser Bestimmung für die „*Anordnung der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit*"

[24] Vgl nur die Nachweise bei *Ritzberger-Moser* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 146 Rz 8 (Stand 1.11.2017, rdb.at).

[25] Vgl die Nachweise zur Judikatur des VfGH bei *Trenner/Kozak* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 144 Rz 2 f.

[26] *Trenner/Kozak* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 144 Rz 9.

[27] So plakativ *Firlei*, DRdA 2014, 520 (529).

[28] So aber *Trenner/Kozak* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 144 Rz 4.

in Betracht). Damit ist klar, dass das für die einzelnen AN verbindliche Ausmaß der Arbeitszeit ansonsten kein zulässiger Regelungsgegenstand für BV sein kann.[29]

Sehr wohl durch BV geregelt werden können Fragen der Umverteilung der Normalarbeitszeit (vgl insb § 4 Abs 2 Satz 2 bzw Abs 8 AZG) oder der Pausengestaltung (§ 11 Abs 5 AZG).[30] Dazu kommen die Gestaltungsmöglichkeiten nach Maßgabe des § 1a AZG, also bei Delegation durch den KollV[31] oder als originäre Befugnisse bei Fehlen einer KollV-fähigen AG-Körperschaft. Um welche Art von BV es sich dabei handelt, ist dem AZG nicht zu entnehmen. Daher sind die herkömmlichen Kategorien des ArbVG maßgebend, so dass es sich hier jeweils nur um *fakultative* BV handeln kann.Während diese Einordnung mittlerweile unstrittig ist, besteht Uneinigkeit über die Folgen der Beendigung einer solchen Zulassungs-BV. Die überwiegende Auffassung schließt eine Nachwirkung nach § 32 Abs 3 trotz des nicht differenzierenden Wortlauts dieser Bestimmung[32] aus. Dem ist aus systematischen und teleologischen Überlegungen zu folgen. Am schwersten wiegt dabei der Umstand, dass sonst die Zulassung trotz Wegfalls der Grundlage (die aber für eine Ausnahme vom allgemeinen Regime des AZG erforderlich ist) perpetuiert würde, solange der/die BI/AG sich nur weigert, einer Änderung auf Ebene der (notabene nicht erzwingbaren) BV oder der Einzelverträge zuzustimmen.[33]

Manche BV, deren gesetzliche Ermächtigung sich im AZG findet, sind dennoch *erzwingbar.* Das gilt nach inzwischen unbestrittener Auffassung namentlich für Gleitzeit-BV nach dessen § 4b Abs 2,[34] aber wohl auch für Schichtpläne und damit verbundene Ausweitungen der täglichen Normalarbeitszeit bei Schichtwechseln nach § 4a Abs 3 Z 1 AZG.[35] Für diese BV stellen sich trotz ihrer insoweit sondergesetzlichen Wurzeln ähnliche Fragen wie bei unmittelbar auf dem ArbVG fußenden BV. Zum einen kommt hier – wie (oben 2.3.) ausgeführt – keine Kündigung in Betracht und kann eine solche Möglichkeit auch nicht vereinbart werden.[36]

Zum anderen stellt sich die Frage der Reichweite von solchen Arbeitszeit-BV, insb wenn die dort zugelassene Flexibilisierung durch zusätzliche Entgeltleistungen abgegolten wird. In Ermangelung einer Ermächtigung durch KollV handelt es sich bei

---

29 Vgl nur zuletzt *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 97 Rz 44.

30 Vgl im Übrigen die Auflistung bei *Schrank*, Arbeitszeit-Kommentar[7] (2023) § 1a AZG Rz 9.

31 Auch in dieser Regelung kommt somit der Vorrang des KollV gegenüber der BV deutlich zum Ausdruck.

32 Das ist letztlich das zentrale Argument für eine Nachwirkung bei *Schrank*, Arbeitszeit-Kommentar[7] § 1a AZG Rz 14; vgl dagegen nur *Födermayr* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 32 Rz 24.

33 Vgl vor allem *Jabornegg*, DRdA 2012, 295 (305).

34 Vgl etwa *Felten*, Auswirkungen der AZG-Neuregelung auf bestehende Gleitzeitvereinbarungen, in *Felten/Trost* (Hrsg), Arbeitszeitrecht-neu (2018) 67 (74); diffenzierend, aber im Wesentlichen auch bejahend *Köck*, Zur Erzwingbarkeit von Gleitzeit-Betriebsvereinbarungen, in GS Rebhahn (2019) 247.

35 Vgl nur *Schrank*, Arbeitszeit-Kommentar[7] § 4a AZG Rz 36.

36 Vgl auch *Schrank*, Arbeitszeit-Kommentar[7] § 4b AZG Rz 50.

diesen Regelungen um unzulässige BV.[37] Dies sei nicht nur wenig praktisch, weil dadurch ein sinnvoller Interessenausgleich bei der Enführung flexibler Arbeitszeitmodelle nicht möglich wäre, vielmehr soll sogar bereits de lege lata im Auslegungsweg eine Regelungsermächtigung aus § 97 Abs 1 Z 2 zu gewinnen sein.[38] Angesichts der gerade in Entgelt- und Arbeitszeitfragen – zumal verfassungsrechtlich gebotenen – *Prärogative des KollV* und der Möglichkeit der KollV-Parteien zu entsprechender Delegation ist diesem Verständnis freilich nur rechtspolitisch etwas abzugewinnen.

3.3 Zurückdrängung unzulässiger BV

Damit ist bereits die wohl zentrale Frage für eine rechtspolitische Weiterentwicklung des BV-Rechts angesprochen. Soll am Grundmodell der Normsetzungsbefugnis auf betrieblicher Ebene festgehalten werden – und daran sollte kein Zweifel bestehen, solange es auch eine gesetzliche Betriebsverfassung geben soll, müssen andere Ansätze gefunden werden, um das Problem unzulässiger BV – und den oft für beide (!) Betriebsparteien bestehenden Anreiz, solche trotzdem abzuschließen – besser und ohne „zivilrechtliche Verrenkungen" in den Griff zu kriegen.

Eine Erweiterung des Katalogs in § 97 kann – schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – nur durch zusätzliche punktuelle Regelungen erfolgen und erscheint daher wenig zweckmäßig. Auch der in die umgekehrte Richtung weisende Ansatz einer Generalkompetenz der BV-Parteien, von der dann nur ganz bestimmte Materien ausgenommen sein sollten, würde den Vorrang des KollV nur wahren, wenn auch sichergestellt ist, dass der KollV Materien an sich ziehen kann bzw dass von Koalitionen getragene Vereinbarungen unabhängig von Günstigkeitsüberlegungen (wie schon bisher im KollV-Recht in § 6) Vereinbarungen verdrängen, an denen gesetzliche Interessenvertretungen beteiligt sind.[39]

Viel näher liegt möglicherweise der Ansatz, unzulässige BV dadurch zu „sanieren", dass sie von den KollV-fähigen Interessenvertretungen mitunterzeichnet bzw genehmigt werden.[40] Angesichts der wohl überwiegenden Ablehnung einer solchen nur bedingten Delegation der Regelungsmacht[41] durch den KollV müssten für dieses Modell allerdings die Voraussetzungen des § 29 modifiziert werden. Dass dieses Zusammenspiel sinnvoll ist und auch – zumal unter schwierigen Bedingungen – funktionieren kann, haben erst jüngst die (dort freilich nicht als KollV zu qualifizierenden) Sozialpartnervereinbarungen zur Kurzarbeit während der Pandemie nach § 37b

[37] Vgl insb OGH 9 ObA 15/07g, wbl 2008/237, 495; 9 ObA 150/13v, DRdA 2014/51, 586 (*Reissner*) = Arb 13.138.

[38] Zuletzt *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 97 Rz 53; vgl aber auch bereits *Gahleitner*, Möglichkeiten der Arbeitszeitregelung, DRdA 2006, 335 und 447 (448).

[39] Überzeugend *Firlei*, DRdA 2014, 520 (527 f).

[40] Vgl noch einmal *Firlei*, DRdA 2014, 520 (528).

[41] Vgl nur die Nachweise bei *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 29 Rz 46.

Arbeitsmarktservicegesetz (AMSG) gezeigt, deren – durchaus flexible – Umsetzung dann meist durch BV erfolgt ist.[42]

3.4 Und nicht zuletzt: Umgang mit der Digitalisierung

Die alle Gesellschafts- und Wirtschaftsbereiche prägende Digitalisierung stellt auch die Arbeitswelt und das Arbeitsrecht vor große Herausforderungen.[43] Diese betreffen daher auch das BV-Recht, für das zumindest in zwei Bereichen rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht.

Der erste betrifft eine zentrale Voraussetzung für die Wahrnehmung von Mitwirkungsbefugnissen, nämlich die ausreichende und zeitgerechte *Information* der ANschaft und ihrer Organe. Diese kann schon jetzt auf elektronischem Weg gewährt werden, ein diesbezüglicher Anspruch gegenüber dem/der BI besteht dagegen nicht[44] und sollte daher ausdrücklich geregelt werden.

Die zweite Änderung müsste beim Verhältnis von §§ 96 Abs 1 Z 3 und 96a ansetzen. Die allermeisten digitalen Tools werden nämlich als *Kontrollmaßnahme* iSd erstgenannten Bestimmung anzusehen sein. Die nur in Form einer BV mögliche Zustimmung des BR zur Einführung der entsprechenden Maßnahmen bzw Systeme hängt aber davon ab, dass diese auch die „*Menschenwürde berühren*". Da die Rsp diese Voraussetzung sehr eng versteht und bereits die Anwendbarkeit der Bestimmung von einer Interessenabwägung abhängig macht, wird die eigentlich gesetzlich intendierte Mitbestimmungspflicht de facto ausgehebelt, offenkundig um zu verhindern, dass der BR auch bei objektiv sinnvollen Kontrollmaßnahmen seine Zustimmung verweigert.[45]

Dieser Sorge könnte rechtspolitisch begegnet werden, indem zwar einerseits das schwer fassbare Kriterium der Berührung der Menschenwürde fallengelassen, andererseits aber die Zustimmung des BR durch die Schlichtungsstelle ersetzbar gemacht wird. In eine solche Transferierung der – wohl um die Erfassung von KI-Maßnahmen zu ergänzenden – Kontrollmaßnahmenregelung in den § 96a, die betrieblich notwendige Maßnahmen ermöglicht, gleichzeitig aber der ANschaft ein starkes Mitwirkungsbefugnis wahrt, könnte dann auch der bisherige § 96a Abs 1 Z 2 integriert werden.[46] Damit könnte auch die nicht nur rechtspolitisch unbefriedigende, sondern

---

42 Näher dazu *Pfeil*, Corona-Kurzarbeit und Bestandsschutz, DRdA 2021, 179.

43 Vgl nur das DRdA-Sonderheft 1a/2022, in dem die Beiträge zur im September 2021 in Salzburg abgehaltenen und viel beachteten Tagung „Digitalisierung und Globalisierung der Arbeitswelt – Brauchen wir ein neue Arbeitsrecht?" veröffentlicht wurden.

44 Vgl zuletzt die Nachweise bei *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 89 Rz 13.

45 Vgl zuletzt *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 96 Rz 55, insb unter Verweis auf OGH 8 ObA 288/01p, DRdA 2003, 365 (*Preiss*) = wbl 2002, 518 (*Thiele*) = Arb 12.240.

46 So etwa *Auer-Mayer,* Digitalisierung und Betriebsverfassung, DRdA 2022, 139 (145 f); vgl aber auch *Chr. Klein*, Die Zukunft des Arbeitsrechts im digitalen Wandel aus Sicht der ArbeitnehmerInnen-Interessenvertretung, DRdA 2022, 190 (192); sowie bereits *Firlei*, DRdA 2014, 520 (529).

auch dogmatisch nicht überzeugende Auslegung der letztgenannten Bestimmung überwunden werden, nach welcher der Anwendbarkeit des dortigen Mitwirkungsrechts ebenfalls eine Interessenabwägung vorzuschalten sei, obwohl diese nach dem gesetzgeberischen Konzept erst und gerade von der Schlichtungsstelle vorgenommen werden sollte.[47]

4. Fazit

Abschließend kann wohl festgehalten werden, dass die aus Anlass des 50-Jahr-Jubiläums des Inkrafttretens des ArbVG naheliegende Frage, ob sich das Instrument der BV und seine Regelungen bewährt haben, grundsätzlich zu bejahen ist. Die gesetzlichen Vorgaben sind dort an sich stringent und weitgehend präzise formuliert.

Teilweise nicht gelungen ist dagegen die Abstimmung mit Regelungen aus anderen Materien. Das gilt namentlich für das Arbeitszeitrecht, in dem der BV sukzessive mehr Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt wurden, ohne jedoch für eine saubere Einbettung ins System des ArbVG zu sorgen. Daher wären hier insb Klarstellungen hinsichtlich der Erzwingbarkeit von Arbeitszeit-BV und der (auszuschließenden) Nachwirkung von Zulassungs-BV vorzunehmen.

Durchaus eine Einbettung ins ArbVG ist im Zuge der Implementierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erfolgt: Dass die Entscheidung der Schlichtungsstelle beim BVwG bekämpft werden kann, ist zwar in § 146 Abs 2 klargestellt, die damit eröffnete Möglichkeit einer nicht nur formalen, sondern auch inhaltlichen Kontrolle und damit einer gerichtlichen Entscheidung in einem Interessenstreit ist jedoch in der Sache eindeutig verfehlt.

Zumindest Klarstellungen sollte es auch geben, in welchen Bereichen des BV-Rechts auf das Zivilrecht und seine Instrumente bzw Prinzipien zurückgegriffen werden kann. Der hier vorherrschende großzügige Umgang mit den Möglichkeiten privatautonomer Gestaltung ist mit den beschränkten rechtlichen Befugnissen der (Organe der) ANschaft, die eng mit der Normwirkung von BV verknüpft ist, nicht vereinbar.

Insofern ein „Zuviel an Zivilrecht" besteht nicht nur bei der „Rettung" von als BV – mangels Ermächtigung durch Gesetz oder KollV – unzulässigen Regelungen. Auch die Einschränkung der Mitwirkungsrechte insb in §§ 96 Abs 1 Z 3 bzw 96a Abs 1 Z 2 durch Vorschaltung einer Interessenabwägung stützt sich auf ein zivilrechtliches Verständnis, das im Individualarbeitsrecht durchaus sinnvoll sind, aber vom Gesetzgeber des ArbVG entweder nicht vorgesehen oder der Schlichtungsstelle überantwortet wurden.

---

[47] Vgl insb OGH 9 ObA 95/08y, DRdA 2010/8, 122 (*Jabornegg*) = ZAS 2009/44, 282 (*Binder*) = Arb 12.766. Zur Kritik daran auch hier zuletzt *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 96a Rz 31 f mwN.

Soweit diese Einschränkung aus der Sorge erfolgt ist, dass es dadurch zu viele bzw zu starke Mitwirkungsmöglichkeiten der ANschaft gibt, die zu einer Blockade sinnvoller und sachlicher Maßnahmen der AG/BI führen könnten, wird zu wenig berücksichtigt, dass der kollektive Interessensausgleich – auf überbetrieblicher wie betrieblicher Ebene – stets eine große Stärke des Systems der Arbeitsbeziehungen in Österreich war und ist. Gerade angesichts der neuen Herausforderungen sollten die Rahmenbedingungen für kollektive Gestaltungsmittel wie die BV nicht verschlechtert, sondern eigentlich sogar ausgeweitet werden.

Ökologische Nachhaltigkeit durch Betriebsvereinbarung?

Hannah Rußegger

1. Der Nachhaltigkeitsbegriff 367
2. Ökologische Nachhaltigkeit als Aufgabe der Belegschaftsorgane? 368
3. Ökologische Nachhaltigkeit 369
   3.1 … durch Ordnungs- und Benützungsvorschriften 369
   3.2 … durch Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen 371
   3.3 … durch Gesundheitsschutz und menschengerechte Arbeitsgestaltung 372
   3.4 … durch Beteiligung und Vergütung 374
   3.5. … durch Aufwandsentschädigungen und Homeoffice 376
   3.6. … durch betriebliche Vorsorgeleistungen 377
4. Fazit und Ausblick 378

In Zeiten wie diesen, in denen die Auswirkungen des Klimawandels in Form von Extremwetterereignissen spürbar werden, wird der Schrei nach nachhaltiger Entwicklung immer lauter. Zunehmend wird auch diskutiert und untersucht, wie Rechtsgebiete (abseits des Umweltrechts) einen Beitrag zur Nachhaltigkeit leisten können.[1] Im Arbeitsrecht halten sich die diesbezüglichen Untersuchungen noch in Grenzen.[2] Anlässlich des 50-jährigen Jubiläums des ArbVG wird daher in diesem Beitrag analysiert, inwieweit das im ArbVG geregelte Betriebsvereinbarungsrecht einen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung leisten kann.

1. Der Nachhaltigkeitsbegriff

Um den Gegenstand des vorliegenden Beitrages präziser erfassen zu können, bedarf es zunächst einer kurzen Auseinandersetzung mit dem Nachhaltigkeitsbegriff. Im Rahmen dieses Beitrages soll dabei auf den international geprägten Nachhaltigkeitsbegriff zurückgegriffen werden: Demnach ist unter nachhaltiger Entwicklung eine Entwicklung zu verstehen, die den Bedürfnissen der heutigen Generationen Rechnung trägt, ohne die Fähigkeit künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen

[1] Siehe zB *Felzmann*, Nachhaltigkeit durch Rechnungslegungsrecht: Nichtfinanzielle Berichterstattung gemäß § 243b UGB, NR 2022, 166; *Hoffer/Syrch*, Nachhaltigkeit im Kartellrecht, in *Binder Grösswang (*Hrsg), Sustainability Law (2022) 205; *Mittwoch*, Nachhaltiges Gesellschaftsrecht, NR 2021, 169; *Pollitzer/Schurich/Auf*, Privatrecht und Nachhaltigkeit: Gewährleistung für ESG-Verstöße im Wertschöpfungsprozess?, NR 2022, 416.

[2] Siehe zB *Dahlbender*, Arbeitsrecht und Klimaschutz, ESGZ 6/2022, 29; *Däubler*, Klimaschutz und Arbeitsrecht (2023); *Pallwein/Prettner/Müller/Schachinger*, Sustainability Reporting und Diversity Management, in *Binder Grösswang (*Hrsg), Sustainability Law (2022) 41.

Bedürfnisse zu befriedigen.[3] Der Nachhaltigkeitsbegriff wird dazu als ein dreidimensionaler Begriff konzipiert: Er verfügt über eine ökologische, eine ökonomische und eine soziale Dimension, welche sich auch in den siebzehn „Sustainable Development Goals" widerspiegeln.[4] Dabei wird anerkannt, *„dass die soziale und wirtschaftliche Entwicklung vom nachhaltigen Umgang mit den natürlichen Ressourcen der Erde abhängt"*.[5] Die ökologische Nachhaltigkeit bedingt daher gewissermaßen die soziale und wirtschaftliche Nachhaltigkeit, weswegen der Fokus dieser Untersuchung auf der ökologischen Nachhaltigkeit liegt. Von Interesse ist daher konkret die Frage, ob und wie durch BV zu einem nachhaltigen Umgang mit natürlichen Ressourcen – also einem Umgang, der die Bedürfnisbefriedigung künftiger Generationen nicht gefährdet – beigetragen werden kann.

2. Ökologische Nachhaltigkeit als Aufgabe der Belegschaftsorgane?

Nach § 38 ArbVG kommt den Belegschaftsorganen die Aufgabe zu, *„die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb wahrzunehmen und zu fördern."* Die Interessenvertretung bezieht sich demgemäß nur auf konkrete, betriebsbezogene Interessen der AN. Die überbetriebliche Interessenvertretung gehört nach der Judikatur des OGH hingegen schon nicht mehr zum Aufgabenbereich der Belegschaftsorgane.[6] Die Vertretung von Allgemeininteressen kann folglich – im Sinne eines argumentum a minori ad maius – erst recht nicht vom Aufgabenbereich umfasst sein. § 38 ArbVG ist jedoch als Auslegungsrichtlinie für die konkreten Befugnisse, die im zweiten Teil des ArbVG geregelt sind, heranzuziehen. Da § 38 ArbVG im Sinne einer weit umfassenden Interessenwahrungspflicht formuliert ist, sind auch die konkreten Befugnisse im Zweifel in diesem Sinne weit auszulegen.[7] Vor diesem Hintergrund sprechen daher die besseren Gründe dafür, dass die Belegschaftsorgane im Rahmen ihrer Befugnisse durchaus auch ökologische Ziele verfolgen dürfen, insofern zwischen diesen und den wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen oder kulturellen Interessen der AN im Betrieb ein

[3] *World Commission on Environment and Development*, Report of the World Commission on Environment and Development "Our Common Future" (1987) 54 <digitallibrary.un.org/record/139811/files/A_42_427-EN.pdf?ln=en> (abgerufen am 08.11.2023). Im Original heißt es: *"Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs."*

[4] *Generalversammlung der Vereinten Nationen*, Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung (2015) 1, 15 <un.org/depts/german/gv-70/band1/ar70001.pdf> (abgerufen am 08.11.2023). Die drei Dimensionen waren implizit auch schon der Agenda 21 zu entnehmen (*Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung*, Agenda 21 [1992] <un.org/depts/german/conf/agenda21/agenda_21.pdf> [abgerufen am 08.11.2023]).

[5] *Generalversammlung der Vereinten Nationen*, Agenda 2030, 10.

[6] OGH 30.09.1987, 9 ObA 73/87.

[7] *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 38 Rz 4 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

Zusammenhang besteht. Unter Beachtung des oben dargelegten Zusammenspiels zwischen ökologischer Nachhaltigkeit und sozialer und wirtschaftlicher Entwicklung wird dies auch oft der Fall sein.

3. Ökologische Nachhaltigkeit ...

Betrachtet man § 97 ArbVG und die darin normierten BV-Ermächtigungstatbestände nun genauer, lassen sich einige Tatbestände identifizieren, im Rahmen derer auch ökologische Überlegungen Berücksichtigung finden können. Diese Regelungsbereiche werden im Folgenden – ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben – in einer übergreifenden Betrachtung näher beleuchtet. Dabei wird anhand von Beispielen aufgezeigt, inwieweit ökologische Bestrebungen vom jeweiligen Tatbestand gedeckt und daher möglicher Inhalt einer BV sein können.

3.1 … durch Ordnungs- und Benützungsvorschriften

Zunächst dürfen schon seit der Einführung des ArbVG (BGBl 22/1974) über allgemeine Ordnungsvorschriften (§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG) sowie über Maßnahmen zur zweckentsprechenden Benützung von Betriebseinrichtungen und Betriebsmitteln (§ 97 Abs 1 Z 6 ArbVG) BV abgeschlossen werden. In Grenzbereichen kann sich die Differenzierung zwischen den beiden Ermächtigungstatbestände schwierig gestalten. Eine strenge Unterscheidung ist aufgrund derselben Mitbestimmungsintensität jedoch nicht notwendig: Bei beiden BV handelt es sich um erzwingbare BV. Bei Nichteinigung zwischen BR und BI entscheidet daher auf Antrag eines der Streitteile die Schlichtungsstelle (§ 97 Abs 2 ArbVG).

In BV über allgemeine Ordnungsvorschriften können formelle Arbeitsbedingungen – also alle die Ordnung eines Betriebes betreffenden Angelegenheiten, die grundsätzlich dem Weisungsrecht des AG unterliegen, – auf genereller Ebene geregelt werden.[8] Die Regelungskompetenz beschränkt sich dabei auf Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der AN während der Erbringung der Arbeitsleistung regeln.[9] Ordnungsvorschriften, die in den Privatbereich der AN wirken, sind daher idR unzulässig.[10] Dementsprechend kann der BI seinen AN auch kein umweltfreundliches Verhalten in deren Freizeit vorschreiben. Als zulässig angesehen werden aber jedenfalls Vorschriften über die Sauberkeit im Betrieb.[11] In allgemeinen Ordnungsvorschriften festzulegen, dass beispielsweise Abfall im Betrieb nach Möglichkeit zu reduzieren und Müll entsprechend zu trennen ist, erscheint daher unbedenklich. Darüber hi-

[8] ErlRV 840 BlgNR XIII. GP 83; *Reissner* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), ZellHB BV Besonderer Teil (2014) Rz 7.05.

[9] *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 23.

[10] *Schima*, Arbeitsrechtliche Grenzen der Compliance, DRdA 2014, 197 (203).

[11] *Reissner* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 7.19; *Schima*, DRdA 2014, 197 (203).

naus stellt Z 1 eine mögliche Grundlage für die Einrichtung interner Meldesysteme dar,[12] im Rahmen derer auch Meldungen gegen Verstöße im Bereich des Umweltschutzes vorgesehen werden können. Für die Zulässigkeit einer solchen Vorschrift spricht jedenfalls, dass das HinweisgeberInnenschutzgesetz Unternehmen bestimmter Größe inzwischen ohnehin verpflichtet, dies zu tun (§ 11 Abs 1 iVm § 3 Abs 3 Z 5 HSchG).

In BV über Maßnahmen zur zweckentsprechenden Benützung von Betriebseinrichtungen und Betriebsmitteln können generelle Vorkehrungen zur Sicherstellung einer ebensolchen Verwendung getroffen werden, worunter auch Benützungsordnungen fallen.[13] Gegenstand einer BV iSd Z 6 ist daher – schon nach dem Wortlaut – nur die Verwendung; die Anschaffung bestimmter Betriebsmittel bzw die Zurverfügungstellung bestimmter Betriebseinrichtungen fällt nicht unter Z 6 und ist damit auch nicht erzwingbar.[14] Die Anschaffung von umweltfreundlichen Betriebsmitteln, wie zB von E-Fahrzeugen, kann daher nicht Gegenstand einer BV nach Z 6 sein.[15] Geregelt werden kann aber wohl ein ressourcenschonender Umgang mit Roh- und Werkstoffen sowie – nach dem Motto „Repariert statt ausrangiert" – eine Reparaturverpflichtung defekter Betriebsmittel und -einrichtungen.[16] Als zulässig wird auch die Festlegung einer Parkordnung angesehen.[17] Diesbezüglich spricht wohl aufgrund der Dringlichkeit der Klimakrise auch nichts dagegen, in einer solchen Parkordnung AN, die mit einem E-Fahrzeug in die Arbeit kommen, ein bevorzugtes Recht auf die Benutzung der Parkflächen einzuräumen. Nach der hA können in einer BV nach Z 6 zudem Vorschriften über die Privatnutzung von Betriebsmitteln und -einrichtungen getroffen werden.[18] Erlauben diese Vorschriften die private Nutzung von Betriebsmitteln wie Computer, Handy und (E-)Dienstfahrzeugen, kann ebenso – nämlich durch den Entfall sonst notwendiger Doppelanschaffungen – zur ökologischen Nachhaltigkeit beigetragen werden. Denkbar wäre idZ ferner, AN bestehende E-Ladestationen am Betriebsgelände auch in der Freizeit zur Verfügung zu stellen. Ökologische Bestrebungen in Richtung „Strom und Wasser sparen" und „Drucken reduzieren" lassen sich ebenso unbedenklich entweder in BV nach Z 1 oder Z 6 subsumieren.

---

12 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 31; *Kovács*, Whistleblowing – Anwendungsbereich und die betriebsverfassungsrechtliche Grundlage für den internen Meldekanal, DRdA 2022, 463 (472); *Schima*, DRdA 2014, 197 (205). Anm: Ob Z 1 die einschlägige Grundlage für die Einrichtung interner Meldesysteme darstellt, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Systems ab.

13 *Auer-Mayer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 14.05.

14 *Auer-Mayer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 14.06

15 Vgl *Auer-Mayer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 14.29.

16 Vgl *Auer-Mayer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 14.04.

17 *Auer-Mayer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 14.30; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 27.

18 Vgl statt vieler *Auer-Mayer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 14.07 mwN.

3.2 … durch Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen

Zudem sind die Betriebsparteien – bereits seit der Einführung des ArbVG (BGBl 1974/22) – ermächtigt, durch eine BV Art und Umfang der Mitwirkung des Betriebsrates an der Planung und Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsausbildung und betrieblicher Schulungs- und Bildungseinrichtungen zu regeln und betriebs- und unternehmenseigene Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen zu errichten, auszugestalten und aufzulösen (§ 97 Abs 1 Z 19 ArbVG) sowie Art und Umfang der Teilnahme des Betriebsrates an der Verwaltung dieser Einrichtungen festzulegen (§ 97 Abs 1 Z 5 ArbVG). Während eine BV nach Z 5 – wie schon die zwei besprochenen Ermächtigungstatbestände – erzwingbar ist, ist eine BV nach Z 19 nur fakultativ (§ 97 Abs 2 ArbVG), dh ihr Abschluss kann von keiner der Betriebsparteien erzwungen werden; der Abschluss erfolgt freiwillig.[19]

Im Rahmen dieser Befugnisse kann wohl durch die Errichtung bestimmter Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen der bedeutendste Beitrag zur ökologischen Nachhaltigkeit geleistet werden. Wohlfahrtseinrichtungen wie zB eine umweltfreundliche Kantine, ein Zubringerbus für Pendler*innen oder eine Darlehensaktion für umweltfreundliche Privatanschaffungen der AN (zB E-Fahrzeug, PV-Anlage, umweltfreundliches Heizsystem) sind auf die sozialen, gesundheitlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Interessen der AN im Betrieb ausgerichtet,[20] fördern aber gleichzeitig die ökologische Nachhaltigkeit. Bei diesen Einrichtungen handelt es sich zweifelsfrei[21] um *„auf Dauer ausgerichtete Substrat*[e] *aus sachlichen, personellen und/oder finanziellen Mitteln, d*[ie] *ein Mindestmaß an Institutionalisierung und damit innerer Organisation aufweis*[en]*"*[22] und nicht nur um zeitlich singuläre, also zeitlich begrenzte Maßnahmen, die keinen auf Dauer ausgelegten Verwaltungs- und Organisationsaufwand erfordern.[23] Zudem werden diese im Regelfall in der Verfügungsgewalt bzw Verfügungsbefugnis des BI stehen.[24] Gleiches würde wohl auf einen den AN zur Verfügung stehenden Fuhrpark (E-Fahrzeuge oder E-Fahrräder)

---

19 Anm: Will der BI keine Wohlfahrtseinrichtung durch BV errichten, kann der BR von seiner Ermächtigung in § 93 ArbVG Gebrauch machen und eine belegschaftseigene Wohlfahrtseinrichtung errichten. Dafür müssen klarerweise zuerst die finanziellen Mittel vorhanden sein.

20 *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 13.29, 13.33.

21 Anm: Die Vergabe von zinsbegünstigten Darlehen hat der OGH als Wohlfahrtseinrichtung qualifiziert (OGH 24.02.1987, 14 ObA 5/87).

22 *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 13.20. Ähnlich auch: *Binder* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 94 Rz 3 (2. Lfg, 2006); *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 95 Rz 35 f (rdb.at, Stand 1.12.2007).

23 *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 30.07; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 94 Rz 35 (rdb.at, Stand 1.12.2007).

24 *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 94 Rz 8; *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 13.13 ff; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 95 Rz 50.

sowie die Zurverfügungstellung sogenannter „Klimatickets" (bei entsprechender Institutionalisierung der Vergabe dieser Tickets) zutreffen.[25]

Zur ökologischen Nachhaltigkeit können aber auch das Mitwirkungsrecht im Zusammenhang mit Schulungs- und Bildungsmaßnahmen sowie das Teilnahmerecht an der Verwaltung von Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen beitragen. Dabei handelt es sich um einen mittelbaren Beitrag, da durch BV nur Art und Umfang der Mitwirkung bzw Teilnahme festgelegt werden können, weswegen primär nur organisatorische und verfahrensrechtliche Regelungen Inhalt dieser BV sein können, nicht aber Regelungen zu einzelnen Verwaltungs- bzw Planungs- und Durchführungshandlungen.[26] Zudem muss dem BR hinsichtlich seines Teilnahmerechts an der Verwaltung (§§ 94, 95) nur (zumindest) eine imparitätische Mitentscheidung und hinsichtlich seines Mitwirkungsrechts an der Planung und Durchführung (§§ 94, 97) nur (zumindest) ein selbständiges Beratungsrecht zukommen.[27] Im Rahmen der durch BV zuerkannten Berechtigung kann der BR aber dennoch probieren, auf ökologisch nachhaltige Veränderungen hinzuwirken. Beispielsweise könnte er in einer bestehenden Kantine versuchen, ein Plastikverbot durchzusetzen, eine Umstellung auf umweltfreundliche (regionale, saisonale, eher vegetarische) Nahrungsmittel zu bewirken oder die Preisgestaltung dahingehend zu beeinflussen, dass die vegetarische Option die billigere Alternative ist.[28] Gibt es schon einen Fuhrpark, könnte der BR ferner darauf drängen, treibstoffbetriebene Fahrzeuge durch E-Fahrzeuge zu ersetzen. Im Bereich Schulungs- und Bildungsmaßnahmen könnte sich der BR darüber hinaus dafür einsetzen, dass Weiterbildungen im Bereich Nachhaltigkeit angeboten werden oder dass AN, die einen umweltunfreundlichen Arbeitsplatz besetzen, auf umweltfreundliche Arbeitsplätze (Stichwort: Green Jobs) umgeschult werden. Kommt der BI solchen Forderungen nach, handelt es sich wohl jedenfalls um „betriebliche" Maßnahmen.[29]

3.3 … durch Gesundheitsschutz und menschengerechte Arbeitsgestaltung

In BV können auch Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der AN (§ 97 Abs 1 Z 8 ArbVG) sowie Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung (§ 97 Abs 1

[25] Anm: Werden „Klimatickets" primär für Dienstreisen zur Verfügung gestellt, wäre für die Zurverfügungstellung wohl auch § 97 Abs 1 Z 12 ArbVG eine mögliche Grundlage. Für weitere Ausführungen zu Z 12 siehe Kapitel 3.5. weiter unten.

[26] *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 13.61; *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 30.28.

[27] *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 13.62 mwN; *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 30.28 mwN.

[28] Anm: Die Preis- und Menügestaltung fallen – wie im Schrifttum vertreten wird – unter Verwaltung (*Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 13.41 mwN).

[29] Vgl *Haider* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 30.11; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 94 Rz 19.

Z 9 ArbVG) geregelt werden. Wie schon die vier besprochenen BV-Ermächtigungstatbestände waren auch diese beiden Tatbestände bereits Teil der Stammfassung des ArbVG (BGBl 1974/22) und sind seither von fakultativer Art (§ 97 Abs 2 ArbVG). In möglichen Grenzbereichen gehen daher mitbestimmungsintensivere Tatbestände den BV nach Z 8 und 9 vor.[30]

Der Begriff „Gesundheit" in Z 8 ist weit auszulegen und umfasst vor allem auch vorbeugende Gesundheitsmaßnahmen.[31] Ein möglicher Regelungsbereich einer BV nach Z 8 ist die nähere Ausgestaltung sowie die Ausweitung der allgemein verbindlichen AN-Schutzvorschriften zu Gunsten der AN.[32] Ökologische Nachhaltigkeitsaspekte können hier insofern Eingang finden, als die Zielsetzungen des AN-Schutzrechts und des Umweltschutzrechts zwar unterschiedlich, aber dennoch oft komplementär sind.[33] Werden beispielsweise im AN-Schutzrecht festgelegte Standards im Bereich Abgase, Dämpfe bzw Lärm verbessert, dient dies idR auch dem Umweltschutz. Gleiches gilt für die Ersetzung (gefährlicher) Arbeitsmittel durch gesundheitsverträglichere (und idR auch umweltfreundlichere) Arbeitsmittel sowie die Bereitstellung gesundheitsfördernder bzw krankheitshemmender Nahrungsmittel.[34]

In BV über Maßnahmen menschengerechter Arbeitsgestaltung steht die Humanisierung der Arbeit im Mittelpunkt.[35] Bei dem Begriff „menschengerechte Arbeitsgestaltung" handelt es sich insgesamt um einen gewissermaßen unbestimmten, aber weit auszulegenden BV-Ermächtigungstatbestand.[36] Von dem Begriff „Arbeitsgestaltung" sind jedenfalls die Gestaltung der Arbeitsräume, der Betriebsmittel, der Arbeitsabläufe, des Betriebsklimas und der Personalführung umfasst.[37] Als „menschengerecht" wird die Arbeitsgestaltung angesehen, *„wenn sie keine gesundheitliche Gefährdung hervorruft und ein Höchstmaß an Wohlbefinden und Arbeitszufriedenheit erreicht wird"*.[38] Im Kern geht es folglich um die Verbesserung des seelischen und körperlichen Wohlbefindens der AN während der Ausübung der Arbeit unter Be-

---

30 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 24 mwN.

31 *Binder* in *Tomandl*, Arbeitsverfassungsgesetz § 97 Rz 123 (11. Lfg, 2013); *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 17.01

32 *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 17.37 f.

33 *Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte*, Umweltschutz- und ArbeitnehmerInnenschutz-Managementsysteme (2003) 5 <arbeiterkammer.at/infopool/wien/Informationen_zur_Umweltpolitik_156.pdf> (abgerufen am 08.11.2023).

34 Vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 125; *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 17.38, 17.44.

35 *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 133; *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 18.21.

36 *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 133 f; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 108; *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 18.19; *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 97 ArbVG Rz 59.

37 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 107.

38 *Cerny*, Menschengerechte Arbeitsplatzgestaltung als Gegenstand der Sozialpolitik, SozSi 1981, 321.

rücksichtigung ihrer Persönlichkeit.[39] Als mögliche BV-Inhalte mit ökologischer Komponente werden im Schrifttum beispielsweise die Begrünung der Arbeitsumgebung durch Pflanzen sowie die Schaffung von Erholungsmöglichkeiten und Aufenthaltsräumen genannt.[40] Der Erholung sowie der ökologischen Nachhaltigkeit dienen könnte zB ein kleiner, grüner Garten am Betriebsgelände.[41] Daneben könnte – bei Fehlen einer Betriebskantine – auch die Zurverfügungstellung einer ausgestatteten Küche, in welcher sich AN ihr Essen frisch zubereiten können, zur ökologischen Nachhaltigkeit beitragen.[42] Geregelt werden kann in einer BV nach Z 9 zudem die Anschaffung menschengerechter Arbeitsmittel.[43] Ob „menschengerecht" in diesem Zusammenhang auch im Sinne von „umweltfreundlich" interpretiert werden kann, ist letztlich eine Auslegungssache. ME ist eine solche Auslegung möglich: Das Umweltbewusstsein in der Gesellschaft steigt, sodass es zumindest nicht gänzlich abwegig ist, dass es zu negativen Auswirkungen auf das Wohlbefinden kommen kann, wenn umweltbewusste AN bei der Verrichtung der Arbeit das Gefühl bekommen, der Umwelt zu schaden. Damit ist die Anschaffung umweltfreundlicher Arbeitsmittel im Ergebnis auch dann von einer BV nach Z 9 gedeckt, wenn kein Zusammenhang zur Gesundheit gegeben ist, wie das beispielsweise bei der Anschaffung von recyceltem Druckerpapier oder möglichst energieeffizienten Elektronikgeräten der Fall wäre.

3.4 … durch Beteiligung und Vergütung

Weiters sind die Betriebsparteien ermächtigt, BV über ein betriebliches Vorschlagswesen (§ 97 Abs 1 Z 14 ArbVG), über die Gewährung von Zuwendungen aus besonderen betrieblichen Anlässen (§ 97 Abs 1 Z 15 ArbVG) sowie über die Einführung von leistungs- und erfolgsbezogenen Prämien und Entgelten nicht nur für einzelne AN, soweit diese Prämien und Entgelte nicht unter § 96 Abs 1 Z 4 fallen (§ 97 Abs 1 Z 16 ArbVG) abzuschließen. Während die ersten beiden Ermächtigungstatbestände bereits der Stammfassung des ArbVG (BGBl 1974/22) zu entnehmen sind, ist die Einführung von leistungs- und erfolgsbezogenen Prämien und Entgelten erst seit der

[39] *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 133; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 107; *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 18.01, 18.22; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 59.

[40] *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 18.49, 18.60.

[41] Anm: Ergäben sich im Zusammenhang mit einem solchen Garten Verwaltungstätigkeiten, würde wohl eine Wohlfahrtseinrichtung vorliegen, an deren Verwaltung der BR teilnehmen dürfte.

[42] Anm: Dient eine ausgestattete Küche den sozialen, gesundheitlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Interessen der AN, indem beispielsweise auch bestimmte Lebensmittel vom BI zur Verfügung gestellt werden, könnte eine ausgestattete Küche wohl auch eine Wohlfahrtseinrichtung darstellen, insofern daraus Verwaltungstätigkeiten erwachsen. An der Verwaltung dürfte der BR dann wieder teilnehmen.

[43] *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 134; *Födermayr* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 18.52.

Novelle BGBl I 2010/101 durch BV regelbar. Diese drei BV-Ermächtigungstatbestände zählen wiederum zu den fakultativen Tatbeständen (§ 97 Abs 2 ArbVG).

Im Rahmen einer BV nach Z 14 besteht aufgrund des weit zu verstehenden Begriffs „betriebliches Vorschlagswesen" ein großer Spielraum der Betriebsparteien, das Vorschlagswesen in seiner Gänze zu gestalten.[44] In Anbetracht dieses Spielraums ist es sicher nicht ausgeschlossen, auch Vorschläge, die auf eine nachhaltige Optimierung der Arbeitsprozesse, Arbeitsergebnisse oder Arbeitsbedingungen ausgerichtet sind, im Rahmen des Vorschlagswesens zu erlauben.[45] Dadurch könnten auf einfache Weise eine Vielzahl an betriebsindividuellen Ideen zur Förderung von Nachhaltigkeit gesammelt werden, welche eine Ausgangsbasis für weitere Umsetzungsschritte bieten. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass AN zur Entwicklung und Vorlegung von Vorschlägen per BV nicht verpflichtet werden dürfen.[46] Ein Anreiz dahingehend kann aber durch Vergütungen für die Vorschläge gesetzt werden; solche dürfen nämlich auch in einer BV nach Z 14 geregelt werden.[47]

Zur ökologischen Nachhaltigkeit kann aber nicht nur (indirekt) durch Ideen der AN beigetragen werden, sondern auch direkt durch die generell konzeptionierte („*nicht nur für einzelne AN*") Einführung von sonstigen leistungs- und erfolgsbezogenen Prämien und Entgelten.[48] Wenngleich diese Ermächtigung aufgrund der mangelnden Entgeltkompetenz einer BV eng auszulegen ist,[49] spricht wohl nichts dagegen, leistungs- und erfolgsbezogene Prämien und Entgelte an ökologische Gesichtspunkte zu knüpfen. Ein ökologisch leistungsbezogenes Entgelt würde beispielsweise vorliegen, wenn das Entgelt an die Erreichung individueller Nachhaltigkeitsziele oder an eine ressourcenschonende Ausnützung der Roh- und Werkstoffe gekoppelt wird.[50] In beiden Beispielen knüpft das Entgelt an einer Einzelleistung des*der AN an und liegt daher in dessen*deren Einflussbereich.[51] Die Ermächtigung in Z 16 eröffnet

---

44 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 132; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 77; *Stupar* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 23.01 f.

45 Vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 165; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 133; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 78; *Stupar* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 23.08.

46 *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 168.

47 *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 169; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 133; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 78; *Stupar* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 23.15 ff;

48 Vgl *Körber-Risak* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 25.21; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 83.

49 *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 82.

50 Anm: Der OGH ordnet die *„besondere Ausnützung der Roh- und Werkstoffe"* den leistungsbezogenen Entgelten und Prämien zu (OGH 02.06.1981, 4 Ob 135/80). Gleichermaßen werden „Zielerreichungsboni" im Schrifttum zu den leistungsbezogenen Entgelten gezählt (*Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 140).

51 Vgl *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 140; *Körber-Risak* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 25.24; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 83.

daher durchaus die Möglichkeit, umweltfreundliche Arbeits- und Verhaltensweisen zu belohnen und zu fördern.

Ist die Messung von „Nachhaltigkeit" und in Folge die Feststellung über entsprechende Zielerreichungen auf Ebene des Individuums – faktisch gesehen – nicht oder nur erschwert möglich, könnte eine BV nach Z 15 Abhilfe schaffen: Durch eine solche BV kann durch Zuwendungen (zB Geld- oder Sachleistungen oder auch ein „Mehr" an bezahlter Freiheit[52]) ein Anreizsystem für nachhaltige Entwicklung auf Unternehmensebene kreiert werden, auf welcher die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen wohl leichter messbar ist. Voraussetzung für eine Zuwendung im Sinne von Z 15 ist, dass diese aufgrund eines „besonderen" und „betrieblichen" Anlasses gewährt wird, was weitgehend im Ermessen der Betriebsparteien liegt.[53] „Besonders" kann ein Anlass aber nur sein, wenn er nicht alltäglich ist bzw nicht oder nur in größeren Zeitabständen (etwa frühestens alle fünf Jahre[54]) wiederkehrend ist. „Betrieblich" ist ein Anlass hingegen schon, wenn es sich nicht um ein privates bzw ausschließlich in der Sphäre des AN liegendes Ereignis handelt.[55] Zuwendungen für das Erreichen bestimmter (ambitionierter) Nachhaltigkeitsziele auf Unternehmensebene (zB Klimaneutralität bis 2030, Stromeinsparungen von X % oder das Erlangen gewisser Zertifizierungen oder Auszeichnungen) können daher durchaus Gegenstand einer BV nach Z 15 sein.

3.5 … durch Aufwandsentschädigungen und Homeoffice

Darüber hinaus dürfen die Betriebsparteien durch BV Regelungen zu Aufwandsentschädigungen und die Erstattung von Auslagen und Aufwendungen treffen (§ 97 Abs 1 Z 12 ArbVG) sowie Rahmenbedingungen für die Arbeit im Homeoffice festlegen (§ 97 Abs 1 Z 27 ArbVG). Die Ermächtigung im Bereich Homeoffice wurde erst mit der Novelle BGBl I 2021/61 eingeführt, während Aufwandsentschädigungen schon seit der Einführung des ArbVG (BGBl 1974/22) geregelt werden dürfen. Auch diese zwei BV-Ermächtigungstatbestände sind fakultativer Natur (§ 97 Abs 2 ArbVG).

Im Bereich der Aufwandsentschädigungen[56] bieten sich vor allem im Zusammenhang mit Dienstreisen Möglichkeiten, ökologische Überlegungen einfließen zu lassen. Dienstreisen dienen idR der Erfüllung der beruflichen Aufgaben und liegen daher im Interesse des AG, sodass dieser dem AN anfallende Kosten schon nach § 1014

---

52 *Felten* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 24.05 f; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 135; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 80.

53 OGH 29.09.1981, 4 Ob 41/81; RS0050987.

54 OGH 06.07.1998, 8 ObA 167/98m.

55 *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 177; *Felten* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 24.10.

56 Anm: Als typische Beispiele für Aufwandsentschädigungen gelten Kilometergelder, Diäten, Nächtigungsgelder oder Schmutzzulagen (*Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 70).

ABGB zu ersetzen hat. In einer BV nach Z 12 kann dieser Ersatzanspruch hinsichtlich der Höhe und Art der Leistungen (auf ökologische Weise) konkretisiert werden,[57] indem der Anspruch beispielsweise an die Vorgabe gekoppelt wird, nur bestimmte Verkehrsmittel oder vorrangig öffentliche Verkehrsmittel zu nutzen.[58] ME sollte es auch zulässig sein, Dienstreisen allgemein restriktiver zu behandeln, indem die Kostenerstattung zB von der Notwendigkeit (im Sinne einer Substituierbarkeit) der Dienstreise abhängig gemacht wird, denn viele Dienstreisen sind in Zeiten von Videokonferenzen und Co wohl nicht mehr zwingend notwendig.

Der ökologischen Nachhaltigkeit schadende Wege können aber auch durch die Möglichkeit, im Homeoffice zu arbeiten, reduziert werden.[59] Attraktive Rahmenbedingungen für die Arbeit im Homeoffice in einer BV nach Z 27 festzulegen, kann daher zur ökologischen Nachhaltigkeit beitragen. Der Begriff „Rahmenbedingungen" ist dabei weit zu verstehen und kann sämtliche Regelungen umfassen, die der Einführung, Ausgestaltung und Beendigung von Homeoffice gewidmet sind. Zur Arbeit im Homeoffice gezwungen werden können AN aber auch per BV nicht.[60] Möglich ist hingegen aber die Einräumung eines arbeitnehmerseitigen Rechtsanspruchs auf Homeoffice.[61] Will man oder kann man (einen Rechtsanspruch auf) Homeoffice nun nicht allen AN einräumen, könnte man bei einer Differenzierung wohl zB auch auf die Anbindung der AN an öffentliche Verkehrsmittel oder auf die Länge der Strecke abstellen und jenen AN bevorzugt Homeoffice gewährt werden, denen es nicht oder nur erschwert möglich ist, mit öffentlichen Verkehrsmitteln in die Arbeit zu kommen, oder die sehr lange Wege in die Arbeit haben.

3.6 … durch betriebliche Vorsorgeleistungen

Letztlich kann der ökologischen Nachhaltigkeit auch im Rahmen der Auswahl der Mitarbeitervorsorgekasse (§ 97 Abs 1 Z 1b ArbVG) Rechnung getragen werden, indem darauf geachtet wird, dass die gewählte Vorsorgekasse die eingezahlten Beiträge selbst nachhaltig veranlagt, also zB umweltfreundliche bzw grüne Veranlagungsoptionen nutzt. Dieser Ermächtigungstatbestand umfasst neben der (erstmaligen) Auswahl auch den Wechsel der Mitarbeitervorsorgekasse,[62] wobei bei Nichteinigung der Weg zu Schlichtungsstelle offensteht (§ 97 Abs 2 ArbVG).[63]

---

[57] *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 97 Rz 121; *Mair* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 21.03 ff; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 69.

[58] Vgl *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 97 Rz 156; *Mair* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 21.07.

[59] *Schulev-Steindl/Romirer/Liebenberger*, Mobilitätswende: Klimaschutz im Verkehr auf dem rechtlichen Prüfstand (Teil II), RdU 2022/3, 5 (10 f).

[60] *T. Dullinger* in *Köck* (Hrsg), Homeoffice-Kommentar (2021) § 97 ArbVG Rz 7.

[61] *T. Dullinger* in *Köck*, Homeoffice § 97 ArbVG Rz 7 mwN.

[62] § 12 Abs 4 BMSVG iVm § 9 Abs 1 BMSVG.

[63] Anm: Im Schrifttum wird trotz der systematischen Einordnung auch vertreten, dass es sich bei einer BV nach Z 1b um eine notwendig erzwingbare BV handle (*Eypeltauer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB BV Rz 9.04 f mwN).

4. Fazit und Ausblick

Am Ende angelangt kann zunächst festgehalten werden, dass die Vertretung von Allgemeininteressen grundsätzlich nicht Aufgabe der Belegschaftsorgane ist. Im Rahmen der Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, gesundheitlichen und kulturellen betriebsbezogenen Interessen der AN dürfen die Belegschaftsorgane aber – nach dem hier vertretenen Standpunkt – zusätzlich auch ökologische Ziele verfolgen. Um zu einem nachhaltigen Umgang mit natürlichen Ressourcen beizutragen, bieten auch einige der Ermächtigungstatbestände in § 97 ArbVG, die dem ArbVG großteils schon seit dessen Einführung immanent sind, Möglichkeiten. Gezeigt hat sich aber, dass viele der hier beispielhaft angeführten und möglichen ökologischen Maßnahmen dem fakultativen BV-Bereich unterliegen und daher weder vom BI noch von den Belegschaftsorganen erzwungen werden können. Die mangelnde Durchsetzbarkeit ökologischer Maßnahmen auf Ebene der BV stellt daher aktuell eine Schwachstelle dar. Ob diese Schwachstelle behoben oder belassen werden soll, liegt letztlich im Ermessen des Gesetzgebers. Zu beachten ist diesbezüglich aber jedenfalls, dass auch der österreichische Staat verpflichtet ist, Menschenrechte sowie verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte zu schützen. Einige dieser Rechte werden aktuell durch den Klimawandel gefährdet, wie auch das deutsche Bundesverfassungsgericht ausgesprochen hat.[64] Der österreichische Staat ist daher verpflichtet *etwas* zu tun. Dabei bietet das Betriebsvereinbarungsrecht – wie der Beitrag zeigt – durchaus einen möglichen Anknüpfungspunkt mit dem Vorteil, dass aufgrund der Natur des Betriebsvereinbarungsrechts flexiblere und vor allem betriebsindividuelle Lösungen zur ökologischen Nachhaltigkeit gefunden werden könnten.[65] Wird dieser Anknüpfungspunkt gewählt, müsste die aktuelle Schwachstelle aber durch eine Reform des Betriebsvereinbarungsrechts behoben werden, um einen Beitrag zur ökologischen Nachhaltigkeit gewährleisten zu können, der über die – in Anbetracht der Dringlichkeit der Klimakrise – notwendige Effektivität verfügt. Diesbezüglich wäre es jedenfalls überschießend, alle Tatbestände, die Raum für ökologische Maßnahmen lassen, mit Erzwingbarkeit auszustatten, zumal ansonsten auch andere Maßnahmen erzwingbar werden würden, was bisher – mangels Novellierung – offensichtlich nicht gewünscht war. Stattdessen könnte man als ersten Ansatzpunkt erwägen, in Anlehnung an die deutsche Rechtslage in § 97 ArbVG einen neuen erzwingbaren Tatbestand „Maßnahmen des betrieblichen Umweltschutzes" einzuführen.[66] Aufgrund des Vorrangs mitbestimmungsintensiverer Tatbestände würde dies dazu führen, dass die in diesem Beitrag beispielhaft beschriebenen Nachhaltigkeitsmaßnahmen erzwingbar wären, andere Maßnahmen hingegen nach wie vor dem bestehenden System des ArbVG folgen würden. Eine Änderung von § 38 ArbVG ist dafür nicht

[64] BVerfG 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

[65] Zur deutschen Rechtslage: *Däubler*, Hat das deutsche Arbeitsrecht eine Zukunft?, DRdA 2023, 66 (78).

[66] Siehe §§ 80 Abs 1 Z 9, 88 Z 1a, 89 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes.

notwendig und wäre auch nicht zweckmäßig. Durch den neuen Tatbestand wäre ausreichend klargestellt, dass die Belegschaftsorgane Umweltschutzziele verfolgen dürfen, aufgrund von § 38 ArbVG wären sie aber nach wie vor an die AN-Interessen gebunden, was dem Wesen der Belegschaftsorgane entspricht. Eine Ausweitung des § 38 ArbVG um den betrieblichen Umweltschutz wäre hingegen mit der Konzeption der Belegschaftsorgane als Interessenvertretung der AN nicht vereinbar und würde im bestehenden und sich bewährten System des ArbVG befremdlich wirken. Überlegen könnte man aber allenfalls noch, die Kompetenzen der Belegschaftsorgane in den wirtschaftlichen Angelegenheiten auszuweiten, beispielsweise indem die AN-Schwellenwerte (zB in §§ 111, 112 ArbVG) herabgesetzt werden. Unternehmen haben mit Blick auf nachhaltige Entwicklung aktuell viele Entscheidungen zu treffen; kommt es zu Fehlentscheidungen sind die Auswirkungen auf die AN idR drastisch. Den Belegschaftsorganen mehr Rechte einzuräumen wäre im Sinne einer „präventiven Interessenvertretung" durchaus zielgerecht.[67] Eine Ausweitung der Interessenvertretung in wirtschaftlichen Angelegenheiten würde anschließend aber naturgemäß auch eine ausweitende Anpassung anderer Rechte (wie zB der [Bildungs-] Freistellung nach § 117 bzw § 118 ArbVG) erforderlich machen.

[67] Anm: Dies würde natürlich einen Eingriff in diverse Grundrechte der Unternehmer*innen bedeuten. Es wäre daher besonders darauf zu achten, die Grenze zur Grundrechtsverletzung nicht zu überschreiten.

Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen

Gert-Peter Reissner

1. Entwicklung der Regelungen vor und seit dem Inkrafttreten des ArbVG 382
   1.1 Betriebsrätegesetz 1919: Vertreter zu gemeinsamen Beratungen auf Unternehmensebene 382
   1.2 Betriebsrätegesetz 1947: Zentralbetriebsrat für die Unternehmensebene 383
   1.3 ArbVG 1974: Übernahme der Grundstruktur und Weiterentwicklungen 385
   1.4 ArbVG-Novellen 1986 und 1990: Die „Arbeitsgemeinschaft der Betriebsräte in Konzernen" 386
   1.5 ArbVG-Novelle 1993: Die Konzernvertretung. Ausbau der Mitbestimmung auf Konzernebene 387
2. Ausgewählte Rechtsprobleme im Zusammenhang mit den Mitbestimmungsebenen 388
   2.1 Zum Verhältnis Unternehmen – Betrieb 388
   2.2 Kompetenzabgrenzung und Kompetenzübertragung 392
3. Rechtspolitische Überlegungen 393
   3.1 Zusätzliche objektive Ansatzpunkte für die Betriebsratswahl 394
   3.2 Adaptierungen bei Kompetenzabgrenzung und -übertragung 394

Seit dem Jahr 1919, dem Beginn der modernen gesetzlichen Mitbestimmungsordnung in Österreich, setzen die einschlägigen Regelungen grundsätzlich nicht an den Begriffen des Unternehmens oder des Konzerns an, vielmehr ist der in der Regel engere Begriff des Betriebs Ausgangspunkt für die Etablierung der operativen, für die Ausübung der Mitbestimmung vorgesehenen Organe der Belegschaft, also der BR. Auch die vom Gesetz vorgesehene Kompetenzverteilung in Bezug auf die Mitbestimmung ist so geartet, dass primär die in der kleineren Einheit Betrieb tätigen BR und nicht etwa die auf Unternehmens- bzw Konzernebene angesiedelten Belegschaftsorgane für zuständig erklärt werden.

Im Folgenden werden zunächst die einschlägigen Regelungen zum Thema und deren Entwicklung vor und seit dem Inkrafttreten des ArbVG dargestellt (s 1.), danach sollen ausgewählte Problemstellungen aus Rechtsprechung und Literatur angesprochen werden (s 2.), und schließlich wird erörtert, welche Defizite die Mitbestimmungsordnung wegen ihrer Orientierung am Betriebsbegriff aufweist bzw ob und inwieweit aus rechtspolitischer Sicht ein Abstellen auf die Unternehmens- oder gar Konzernebene Verbesserungen bringen könnte (s 3.).

1. Entwicklung der Regelungen vor und seit dem Inkrafttreten des ArbVG

„Echte" Belegschaftsvertretungen für die Unternehmensebene finden sich erstmals im Betriebsrätegesetz 1947. Im ArbVG wurden die rechtlichen Grundlagen entscheidend verbessert (dazu 1.2 und 1.3; zu davor bestehenden Ansätzen 1.1). Eine Vertretung auf Konzernebene wurde erstmals 1986 vorgesehen und in den frühen Neunziger Jahren ausgebaut und präzisiert (s 1.4 und dann 1.5).

Danach, erstmals durch BGBl 1996/601, kam es auch zu einer „Europäisierung" des Betriebsverfassungsrechts, die sich auf Unternehmens- und Konzernebene abspielt (vgl zB § 171 Abs 1 ArbVG); auf diese unionsrechtlich initiierte Entwicklung wird hier nicht weiter eingegangen.

1.1 Betriebsrätegesetz 1919: Vertreter zu gemeinsamen Beratungen auf Unternehmensebene

Das BRG 1919 (StGBl 1919/283) knüpfte in seinem § 1 die gewählte, kündigungs- und entlassungsgeschützte Belegschaftsvertretung durch (Arbeiter- und Angestellten-) BR an „fabriksmäßigen Betrieben" sowie demonstrativ aufgezählten „anderen Betrieben" an. Der Begriff des „Betriebs" wurde gesetzlich nicht weiter umschrieben. Diesem gegenübergestellt wurde der Terminus „Unternehmung", welcher – hier vor allem interessierend – in § 5 Z 1 und weiters etwa auch in § 3 Z 11 BRG 1919 bei der Beteiligung im Aufsichtsrat und ähnlichen Kontrollorganen Erwähnung fand (dazu gleich unten). Auch dieser Begriff wurde – wie auch noch heute das „Unternehmen" im ArbVG – vorausgesetzt, aber nicht weiter definiert. Keine Rede war von einem Tätigwerden von Belegschaftsvertretungen auf Konzernebene.

Jedenfalls war für „Unternehmungen, die mehrere Betriebe umfassten", vorgesehen, dass die BR der einzelnen Betriebe „Vertreter zu gemeinsamen Beratungen entsenden" können (§ 5 Z 1 S 2 BRG 1919). Ein „eigener ZBR" war also im Gesetz nicht verankert.[1] Einige Details zu den „Vertretern" fanden sich sodann in einer „Vollzugsanweisung des Staatsamtes für soziale Verwaltung" vom 11.7.1919 (StGBl 1919/365).[2] Bestand demnach „in einer Unternehmung mehr als ein BR", so waren zur Beratung gemeinsamer Angelegenheiten von jedem BR Vertreter zu wählen, „soweit nicht diese Angelegenheiten durch die BR selbst gemeinsam beraten werden". Es zeigt sich, dass diese Vertreter nur zur Koordination und Erledigung gemeinsamer Aufgaben dienten, aber keine Mitwirkungsrechte gegenüber Inhabern der Unternehmungen auszuüben hatten.

Zu erkennen ist auch – etwa bei der Entsendung von BR-Mitgliedern in die Kontrollorgane von „Unternehmungen in der Rechtsform der AG" bzw von gewissen

[1] *Floretta/Strasser,* Kommentar zum Betriebsrätegesetz (1961) 159. Der Begriff „ZBR" wurde schon verwendet; vgl zB *Adler*, Betriebsrätegesetz[3] (1929) 37 mwN.

[2] Vgl § 28 dieser Vollzugsanweisung und die Mustergeschäftsordnung im Anhang derselben.

GmbH (vgl § 3 Z 11 BRG 1919) –, dass der Begriff der Unternehmung als weiter aufgefasst wurde und stärker wirtschaftlich-rechtlich geprägt erscheint als der Begriff des Betriebs, dessen operativer Charakter etwa in Wendungen wie „fabriksmäßiger Betrieb" zum Ausdruck kam.

1.2 Betriebsrätegesetz 1947: Zentralbetriebsrat für die Unternehmensebene

Nach der Zeit von Austrofaschismus und nationalsozialistischer Gewaltherrschaft wurde mit dem BRG 1947 (BGBl 1947/97) am BRG 1919 angeknüpft, wobei die Mitbestimmungsrechte verstärkt und erweitert wurden.[3] Im neuen Gesetz fand sich einerseits – auf dogmatischen Fortschritten aufbauend[4] – eine ausdrückliche Betriebsdefinition (§ 2 Abs 1 leg cit), andererseits wurde das Rechtsinstitut des ZBR für die Interessenvertretung auf Unternehmensebene statuiert (§ 12 leg cit; zu beiden Aspekten gleich unten). Nach wie vor nicht erwähnt wurde die Konzernebene.

Gem § 2 Abs 1 BRG 1947 wurde der Betrieb definiert als „jede organisatorische Einheit, innerhalb deren eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft allein oder mit Arbeitskräften mit Hilfe von technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht". Diese Umschreibung ähnelt bereits stark jener des geltenden Rechts (dazu dann 1.3). Betont wird neben dem organisatorischen Aspekt vor allem das operative, zweckgerichtete Wesen des Betriebs. Nicht definiert wurde wiederum das Unternehmen, welches in § 12 BRG 1947 eine wichtige Rolle spielte.

Gem § 12 Abs 1 BRG 1947 war nämlich dann, „wenn ein Unternehmen mehrere Betriebe umfasst, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und vom Unternehmen zentral verwaltet werden, (…) in den Unternehmungen zur Behandlung und Beschlussfassung gemeinsamer Angelegenheiten ein ZBR zu errichten". Die Mitglieder des ZBR wurden „von der Gesamtheit der Mitglieder der im Unternehmen bestellten BR aus ihrer Mitte nach den Grundsätzen des Verhältniswahlrechts gewählt" (§ 12 Abs 3 leg cit). Gem § 14 Abs 4 BRG 1947 standen „die Befugnisse" nach § 14 Abs 2 leg cit „in Unternehmen der im § 12 Abs 1 bezeichneten Art dem ZBR zu".

---

[3] *Floretta* in *Floretta/Strasser,* Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) XXXIV; *Cerny,* 100 Jahre Betriebsrätegesetz – Von der Utopie einer neuen Gesellschaft zur Realität der neuen Arbeitswelt, DRdA 2019, 292 (294).

[4] Verwiesen wird insb auf *Jacobi,* Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in FS Ehrenberg (1926) 9, wonach unter Betrieb die „Vereinigung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder mehreren Rechtssubjekten gesetzten technischen Zweckes" zu verstehen sei. Vgl zB *Mayer-Maly,* Österreichisches Arbeitsrecht (1970) 211; *Löschnigg,* Arbeitsrecht[13] (2017) Rz 4/195 f mwN oder auch *Floretta/Strasser,* BRG 28.

Bei dieser Regelung betreffend den ZBR hallt das alte Gesetz insofern nach, als mehr die gemeinsamen Angelegenheiten der BR und weniger die Mitbestimmung gegenüber dem Unternehmen betont, aber auch unklar von „Unternehmungen" (in der Mehrzahl!) gesprochen wird. In der Kommentarliteratur wurde festgehalten, dass hinter den „Wahlmännern" verschieden viele AN aus den jeweiligen Betrieben stehen, also manche Stimmen mehr Wahlberechtigte repräsentieren als andere,[5] wenngleich jede Stimme gleich viel zählte. Bemerkenswert sind schließlich die noch im heutigen § 40 Abs 4 ArbVG vorhandenen Floskeln von der „wirtschaftlichen Einheit" und der „zentralen Verwaltung"; diese sind mE überflüssig,[6] relevant ist die Rechtsträgerschaft.[7]

Der oben zitierte, in der Urfassung des BRG 1947 enthaltene § 14 Abs 4 sah für die Kompetenzabgrenzung zwischen einzelnen BR und ZBR eine reichlich lapidare Regelung vor. Interpretativ wurde diese Bestimmung als einzig einschlägige qualifiziert[8] und so verstanden, dass alle Angelegenheiten iSd § 14 Abs 2 leg cit als „gemeinsame Angelegenheiten" zu gelten haben,[9] der ZBR also, wenn er zu errichten ist, diese Angelegenheiten kraft Gesetzes an sich zieht, selbst dann, wenn er nicht errichtet ist.[10] Im Katalog des § 14 Abs 2 BRG 1947 fanden sich – nach heutiger Terminologie – Interventionsrechte (insb Z 1 S 1 leg cit), Beratungsrechte (Z 1 S 2) und Informationsrechte (vgl Z 2 leg cit), der Einspruch gegen die Wirtschaftsführung (Z 3) sowie die Entsendung in den Aufsichtsrat (Z 4). Diese pauschale Zuweisung auf die Ebene des ZBR erscheint rückblickend vor allem in Bezug auf die drei erstgenannten Materien als zu weitgehend und undifferenziert (dazu gleich unten sowie auch 1.4). Die Möglichkeit einer Kompetenzübertragung zwischen den verschiedenen Ebenen war im BRG 1947 ursprünglich nicht vorgesehen.

Durch die BRG-Novelle 1971 BGBl 319 wurde versucht, die Kompetenzregelungen zu flexibilisieren. Der nunmehrige § 14 Abs 5 BRG (ex-§ 14 Abs 4) sah vor, dass in den Unternehmen iSd § 12 Abs 1 leg cit die Befugnisse nach dem neuen § 14 Abs 1 (dieser enthielt allgemeine Interventions-, Informations- und Beratungsrechte) sowie des nunmehrigen § 14 Abs 3 BRG (ex-§ 14 Abs 2) dem ZBR zustehen. Soweit jedoch die Angelegenheiten „nur die Interessen eines Betriebes berühren", sind die Interventions-, Informations- und Beratungsrechte nach den genannten Absätzen „vom BR dieses Betriebes auszuüben". Ist also nur ein Betrieb betroffen, sollen die Kompetenzen – ähnlich wie im ArbVG (vgl 1.3) – sinnvollerweise auf dieser Ebene bleiben.

---

5 Vgl *Floretta/Strasser,* BRG 161.

6 Vgl dazu nur *Kallab* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht[3] (2018) § 40 ArbVG Rz 37: Beides sei „wohl anzunehmen".

7 Dies betont zu Recht *Schneller* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 40 Rz 30 mwN (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1. 7. 2023).

8 § 12 Abs 1 BRG 1947 wurde diesbezüglich – mE wohl zu Recht – beiseite geschoben; krit dazu *Mayer-Maly,* Österreichisches Arbeitsrecht 211 f FN 7.

9 Zur Abgrenzung zu § 14 Abs 1 BRG 1947 zB OGH 8.11.1966, 4 Ob 56/66, Arb 8.307.

10 Vgl *Floretta/Strasser,* BRG 161 f mwN.

Erstmals ist in § 14 Abs 5 S 3 BRG idF der Novelle 1971 auch – in aller Kürze und ohne Bezugnahme auf den BI – von Kompetenzübertragung die Rede: „Der BR kann diese Befugnisse dem ZBR übertragen."

1.3 ArbVG 1974: Übernahme der Grundstruktur und Weiterentwicklungen

Im heute noch gleichlautenden § 34 Abs 1 ArbVG 1974 (BGBl 1974/22) wurde zunächst die Betriebsdefinition im Verhältnis zum BRG 1947 (s 1.2) sprachlich verbessert (Ausgangspunkt „Arbeitsstätte", Weglassen des überflüssigen Passus „allein oder mit Arbeitskräften"), was nach hA[11] inhaltlich keine Änderungen mit sich brachte. Angesichts der Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit diesem Begriff sehr sinnvoll war die Einführung des Feststellungsverfahrens iSd § 34 Abs 2 und 3 und des Gleichstellungsverfahrens iSd § 35 ArbVG.

Was den ZBR anlangt, so wurde einerseits die rechtliche Einbettung durch die Statuierung der „begleitenden" Organe BR-Versammlung (§§ 78 f ArbVG) und ZBR-Fonds (§§ 86 ff ArbVG) sowie andererseits das Wahlrecht durch die Etablierung der sog Stimmgewichtung bei der „Berufung" des ZBR (vgl § 81 Abs 1 S 2 ArbVG) entscheidend verfeinert.[12]

In Bezug auf die Kompetenzabgrenzung zwischen den Belegschaftsorganen wurde bereits im Vorfeld ein legistischer Qualitätssprung angestrebt – und letztlich auch umgesetzt –, um die „verwirrende Regelung" im BRG (vgl 1.2) zu überwinden.[13] Die Eckpunkte dieser Reform sind auch heute noch geltendes Recht. Zunächst weist das Gesetz die grundsätzliche Generalkompetenz dem einzelnen BR zu: Gem § 113 Abs 1 ArbVG werden „die der Arbeitnehmerschaft zustehenden Befugnisse (…), soweit nicht anderes bestimmt ist, durch BR ausgeübt". Die Vertretungsmacht ist somit – in gewisser Weise auch ursprüngliche Grundgedanken des BR-Wesens aufgreifend[14] – dezentral, ganz nahe bei den Wahlberechtigten im Betrieb (bzw in der Gruppe) verortet. Ausnahmsweise verlagert das Gesetz die Kompetenz zu anderen Belegschaftsorganen. Was die hier interessierenden Organe betrifft, findet sich die Regelung für den ZBR in § 113 Abs 4 ArbVG (zur später dazugekommenen Konzernvertretung 1.5). In Unternehmen, in denen ein ZBR zu errichten ist, werden von diesem nach dieser Bestimmung die „Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten gem §§ 110 bis 112" ArbVG ausgeübt (§ 113 Abs 4 Z 1 ArbVG), nach Z 2 leg cit treten dazu neben den Interventions-, Informations- und Beratungsrechten insb die Mitwirkungsrechte an „betriebs- und unternehmenseigenen Schulungs-, Bildungs- und

---

11 *Strasser* in *Floretta/Strasser,* ArbVG-Handkommentar 198.

12 *Strasser* in *Floretta/Strasser,* ArbVG-Handkommentar 443.

13 Dazu ausführlich *Strasser* in *Floretta/Strasser,* ArbVG-Handkommentar 756 f.

14 Dazu zB *Floretta* in *Floretta/Strasser,* ArbVG-Handkommentar XXX; *Mulley,* „Eine große soziale Idee hat gesiegt" – Zur Genese des BRG vom 15. Mai 1919, DRdA 2019, 367 (370 f).

Wohlfahrtseinrichtungen" (§§ 94 f ArbVG[15]) sowie bei „Betriebsänderungen gem § 109 ArbVG" (vgl heute § 113 Abs 4 Z 2 lit e und g ArbVG), allerdings nur dann, wenn „nicht nur die Interessen der Arbeitnehmerschaft eines Betriebs berührt" sind.

Die zitierte Bestimmung bewirkt nach hA[16] gegebenenfalls die Unzuständigkeit des einzelnen BR (Betriebsausschusses) auch bei Nichterrichtung des ZBR (arg „zu errichten ist"; vgl schon 1.2); dies wird zu Recht hinterfragt (dazu 2.2 und 3.2). Der einleitende Halbsatz der Z 2 des § 113 Abs 4 ArbVG betreffend die sog variable Zuständigkeit ist mE offen zu interpretieren, sodass die Betroffenheit mehrerer Belegschaften relativ großzügig zu bejahen sein wird.

Eine deutlich bessere Regelung erfuhr schließlich das Problem der Kompetenzübertragung in § 114 ArbVG. Gem Abs 1 (heute: S 1) leg cit können BR (bzw Betriebsausschüsse) dem ZBR mit dessen Zustimmung die Ausübung ihrer Befugnisse für einzelne Fälle oder für bestimmte Angelegenheiten übertragen. Entsprechende Beschlüsse der Belegschaftsorgane sind dem BI umgehend mitzuteilen und erlangen erst mit der Verständigung Rechtswirksamkeit (ursprünglich § 114 Abs 2 ArbVG, heute Abs 4). Damit ist klar, dass Beschlüsse der jeweiligen Organe erforderlich sind und dass der BI für die Wirksamkeit der Übertragungen einzubeziehen ist (dazu auch 2.2). Nicht ausdrücklich beantwortet ist die Frage, ob auch der ZBR seine Kompetenzen auf die unteren Ebenen (rück-)übertragen kann (dazu auch 2.2, 3.2).

Weiter keine Berücksichtigung erfuhr die Mitbestimmung auf Konzernebene (dazu 1.4 f).

1.4 ArbVG-Novellen 1986 und 1990: Die „Arbeitsgemeinschaft der Betriebsräte in Konzernen"

In der ArbVG-Novelle 1986 (BGBl 1986/394) wurde in einem neu eingefügten § 88a ArbVG die sog Arbeitsgemeinschaft der BR in Konzernen statuiert, in der ArbVG-Novelle 1990 (BGBl 1990/411) wurden kleinere Adaptierungen der Bestimmung vorgenommen. Gem Abs 1 leg cit geht es – wie nach geltendem Recht – um Konzerne iSd § 15 AktG bzw § 115 GmbH-G. Bestanden hier in mehr als einem Unternehmen BR, konnte eine derartige Arbeitsgemeinschaft gebildet werden. Die Entsendung richtete sich nach Beschlüssen der Belegschaftsorgane der einzelnen Unternehmen, entsandt werden konnten nur Mitglieder eines BR (vgl Abs 2 leg cit).

Die Kompetenzen richteten sich einerseits nach § 88a Abs 3 ArbVG, andererseits nach einem in § 113 ArbVG angefügten Abs 5. Aus ersterer Bestimmung ergab sich eine Zuständigkeit zur Ausübung von Informations- und Beratungsrechten gegen-

[15] Zitat später richtiggestellt.

[16] ZB *Holzer*, Die Zuständigkeit des Zentralbetriebsrates (§ 113 Abs 4 ArbVG), RdW 1984, 173; *Floretta/Wachter*, Zentralbetriebsratspflicht bei Mehrheit von Betrieben oder erst bei Mehrheit von Betriebsräten?, in FS Tomandl (1998) 69; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] Rz 10/221; *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 763; *Schneller/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* ArbVR § 113 Rz 43 mwN; *Kallab* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 113 ArbVG Rz 3.

über der Konzernleitung in Angelegenheiten der AN von mehr als einem Konzernunternehmen, in letzterer Regelung wurde statuiert, dass dann, wenn diese Arbeitsgemeinschaft „errichtet ist", diese „unbeschadet der Ausübung der Befugnisse durch die Organe der Arbeitnehmerschaft gem Abs 1 bis 4 das Recht auf Information und Beratung in allen Angelegenheiten" hat, „in denen der ZBR gem Abs 4 Z 2 zuständig wäre, sofern diese Angelegenheiten die in der Arbeitsgemeinschaft vertretenen AN von mehr als einem Unternehmens des Konzerns betreffen."

Die Rechtslage zur Kompetenzabgrenzung stieß insofern auf Kritik, als das Gesetz Informations- und Beratungsrechte auf die Konzernebene verlagerte, währenddessen Zuständigkeiten zum Abschluss damit im Zusammenhang stehender BV auf unteren Ebenen verblieben und auch nicht – mangels Regelung zur Kompetenzübertragung – nach oben delegiert werden konnten.[17] Immerhin war aber der objektive Ansatzpunkt der Mitwirkung mit der Bezugnahme auf den gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff ausdrücklich gesetzlich umrissen.

1.5 ArbVG-Novelle 1993: Die Konzernvertretung. Ausbau der Mitbestimmung auf Konzernebene

Im Jahre 1993 wurde durch BGBl 1993/460 aus der „Arbeitsgemeinschaft" die heutige Konzernvertretung, neu grundgelegt in den nunmehrigen §§ 88a f ArbVG. In einem Konzern (zum Begriff 1.4), in dem in mehr als einem Unternehmen BR bestehen, „kann" eine Konzernvertretung errichtet werden (vgl § 88a Abs 1 S 1 ArbVG). Die Errichtung der Konzernvertretung setzt einen Errichtungsbeschluss in der Versammlung der „höchsten" Vorsitzenden[18] der Belegschaftsvertretungen im Konzern voraus, welcher auf der Zustimmung von mindestens zwei Drittel der einzelnen im Konzern errichteten ZBR (bzw Betriebsausschüssen, BR; vgl § 88a Abs 8 ArbVG) basiert, die zusammen mehr als die Hälfte der im Konzern beschäftigten AN repräsentieren. Es bedarf also nun einer klaren demokratischen Grundlegung durch diese speziellen Urabstimmungen. Beteiligen sich Belegschaftsvertretungen aus einzelnen Unternehmen nicht, gibt es unvertretene Belegschaften oder wurde trotz entsprechender Pflicht ein ZBR nicht gewählt, so unterbleibt die Teilnahme an der Errichtung der Konzernvertretung.[19]

Die Konzernvertretung entsteht durch Konstituierung. Diese erfolgt in einer konstituierenden Sitzung der Delegierten durch die Wahl des Vorsitzenden bzw seiner Stellvertreter (vgl § 88b Abs 1 und 2 ArbVG). Die Konzernvertretung besteht aus je zwei Delegierten und der erforderlichen Zahl von Ersatzdelegierten jedes im Konzern errichteten ZBR (Betriebsausschusses, BR), sofern dieser nicht mehr als 500 AN

---

[17] *Holzer,* Die Auswirkungen der ArbVG-Novelle 1986 im Recht der Betriebsvereinbarung, DRdA 1988, 316 (317); *Marhold,* Konzern- und unternehmensverfassungsrechtliche Neuerungen, ZAS 1986, 194 (197).

[18] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 88a Rz 12.

[19] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 88a Rz 13.

vertritt. Die Zahl der Delegierten steigt bei einer höheren Zahl von vertretenen AN (vgl § 88a Abs 6 ArbVG).

Was die Kompetenzabgrenzung anlangt, so brachte ein neuer § 113 Abs 5 ArbVG eine deutlich bessere Regelung: In Konzernen, in denen eine Konzernvertretung errichtet ist, ist diese insb für die „Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat gem § 110 Abs 6b" (dh in die Konzernholding; Z 1 leg cit) befugt und übt die Interventions-, Informations- und Beratungsrechte sowie die Mitwirkungsrechte an „konzerneigenen Maßnahmen in Zusammenhang mit Schulungs-, Bildungs- und Wohlfahrtseinrichtungen (§§ 94 f ArbVG)" aus, soweit die „Interessen der Arbeitnehmerschaft von mehr als einem Unternehmen im Konzern betroffen" sind (vgl § 113 Abs 5 Z 2 lit a–d ArbVG). Sind die „Interessen der AN mehr als eines Unternehmens im Konzern betroffen" und erfolgt überdies eine „einheitliche Vorgangsweise, insb durch Konzernrichtlinien", so besteht insb auch die Kompetenz zur „Mitwirkung an Betriebsänderungen gem § 109 ArbVG, mit der Maßgabe, dass § 109 Abs 3 ArbVG nur bei Betriebsänderungen iSd § 109 Abs 1 Z 1 – 4 ArbVG anzuwenden ist" (§ 113 Abs 5 Z 3 lit b ArbVG).

Die Nichterrichtung der Konzernvertretung kann also zweifellos keine Mitwirkungsrechte blockieren (arg „errichtet ist"; vgl hingegen 1.3 und schon 1.2 bzw 2.2, 3.2); sie ist ja nach dem Wortlaut auch nicht pflichtig („kann"). Bemerkenswert ist, dass das variable „Hinaufwandern" der Kompetenzen hier positiv umschrieben ist („mehr als einem Unternehmen (…) betroffen"), während dies im Verhältnis BR – ZBR dann der Fall ist, wenn „nicht nur die Interessen (…) eines Betriebs berührt" sind. Positive oder negative Umschreibung ist in diesem Zusammenhang wohl Geschmackssache und wird mE als solche keine Auswirkungen auf die Interpretation dieser Abgrenzungen haben. Anders ist dies mit den Worten „betroffen" einerseits und „berührt" andererseits: Ersteres Wort erscheint stärker als letzteres, womit die Kompetenzen der Konzernvertretung im Verhältnis zu den unteren Belegschaftsorganen enger auszulegen sind als jene im Verhältnis ZBR – BR.[20]

2. Ausgewählte Rechtsprobleme im Zusammenhang mit den Mitbestimmungsebenen

2.1 Zum Verhältnis Unternehmen – Betrieb

Nach dem Wortlaut des § 34 Abs 1 ArbVG (s insb 1.3 und 1.2) ist es zweifellos möglich, dass mehrere natürliche und/oder juristische Personen einen Betrieb führen. In diesem Fall sind uU AN aus verschiedenen Unternehmen Mitglieder der jeweiligen Belegschaftsversammlung und in weiterer Folge Wahlberechtigte bei der BR-Wahl.

[20] So treffend *Naderhirn* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 113 Rz 27 f mwN (Stand 1.3.2018, rdb.at); *Schneller/Preiss* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 113 Rz 65.

In der Praxis zeigt sich, dass dieses Tätigwerden mehrerer Unternehmen in einem Betrieb häufig durch Austöchterungen oder sonstige rechtliche Verselbständigungen von Betriebsteilen entstanden ist. Werden dann die neuen Unternehmen wie auch immer umstrukturiert, stellt sich die Frage, ob sie dadurch früher oder später einen eigenständigen Betrieb tragen. Zu diesem Thema gibt es mehrere Entscheidungen des OGH:

- Im ersten Fall[21] ging es um den Versuch, die Wahl eines BR in einem zu einem Zeitungskonzern gehörenden Druckereibetrieb und in der Folge dessen Mandatsausübung zu verhindern und die rechtliche Untauglichkeit der vom BI dabei eingesetzten Mittel (zB Kündigung aller Personen, die sich im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl exponiert hatten, Liquidation der als arbeitsvertraglicher AG fungierenden Konzerngesellschaft). Es handelt sich hier also um einen extremen Fall eines Angriffs auf die gesetzlich vorgesehene Belegschaftsvertretung mit verschiedenen Strategien, ua auch mit Mitteln des Gesellschaftsrechts. Das Höchstgericht hat in dieser Leitentscheidung einen Betrieb, letztlich geführt von zwei Gesellschaften, angenommen, um die Vertretung der Belegschaft zu gewährleisten und die Belegschaftsvertreter als AN zu schützen.

  Laut OGH dürfe dabei die Prüfung der Betriebsqualität die Trennung von Betrieb, Unternehmen und Konzern nicht verwischen. Aber Einfluss und Aktivitäten eines geschäftsführenden Gesellschafters der Muttergesellschaft auf der ureigensten Betriebsebene der Tochtergesellschaft zeigten, dass „in Wahrheit die Muttergesellschaft BI" sei und nicht die gesellschaftsrechtlich selbständige, aber betriebsverfassungsrechtlich gesehen nur als „vorgeschobene (Schein-)BI" fungierende Tochtergesellschaft. Entscheidendes Kriterium für das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs bei Vorhandensein mehrerer Arbeitsstätten sei jedenfalls die „Einheitlichkeit der Leitung" bzw die „Einheit der Organisation". Bei Zweifeln über die Betriebseigenschaft einer Arbeitsstätte sei darauf zu schauen, in welchem Rahmen eine wirksame Tätigkeit der Betriebsvertretung möglich sei.

  An dieser Stelle sei bereits hinzugefügt, dass es in Bezug auf die „Einheitlichkeit der Leitung" weniger um die Frage geht, ob es zB Personalunionen bei Leitungsorganen mehrerer in Betracht zu ziehender Gesellschaften gibt (dazu gleich unten). Entscheidend ist vielmehr, ob ein Betrieb sozusagen „aus einem Guss" geleitet wird oder ob Arbeitsstätten diesbezüglich ein „Eigenleben", eine „eigene Leitungsstruktur" – eigene Pläne, unternehmerische Strategien und Umsetzungen odgl – aufweisen.[22]

---

[21] OGH 23.2.1994, 9 ObA 311-338/93, DRdA 1995, 48 = ZAS 1994, 158.

[22] Vgl *Marhold/Brameshuber/Friedrich,* Österreichisches Arbeitsrecht[4] (2021) 628.

- In einer Entscheidung aus 2006 hatte sich das Höchstgericht nicht mit der Belegschaftsorganisation zu beschäftigen, sondern mit der Frage, ob der bei der Mutter angestellte Geschäftsführer einer Tochter-GmbH als AN im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne (§ 36 ArbVG) angesehen werden kann, und zwar als AN der Muttergesellschaft. Bezogen auf die Tochter-GmbH wäre seine AN-Eigenschaft wegen der Ausnahme in § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG ohne weiteres abzulehnen. Die Frage war, ob der Tochter-Geschäftsführer nun als ein im Betrieb der Mutter oder der Tochter Beschäftigter anzusehen ist bzw ob er einen maßgeblichen Einfluss auf die Betriebsführung iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG hatte. Die AG-Seite argumentierte unter Hinweis auf die enge Verflechtung zwischen Mutter- und Tochterunternehmen, es läge ein gemeinsamer Betrieb vor.

  Der OGH[23] billigte ausdrücklich die Auffassung, ein gemeinsamer Betrieb zwischen Konzernmutter- und -tochterunternehmen könne existieren. Im vorliegenden Fall liege auch nur ein Betrieb vor. Die Tochter-GmbH sei jedoch nicht als Mit-BI dieses (Gesamt-)Betriebs anzusehen.

  Dass hier nur ein einziger Betrieb vorliegt, erscheint plausibel. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass Mutter und Tochter einen gemeinsamen Betriebsstandort hatten, die Tochter verwendete Betriebsmittel der Mutter und verfügte auch über keine eigenen AN, ihr Betriebszweck bestand, durch Managementvertrag zwischen Mutter und Tochter festgelegt, im Wesentlichen in der Verrechnung der Bezüge der leitenden Angestellten, in Anteilsverwaltung und Controlling. Die Muttergesellschaft hatte sich in diesem Vertrag weitgehende Weisungsbefugnisse gesichert. Diese Tochter-GmbH hatte also offensichtlich nur Hilfszwecke gegenüber der Mutter zu erfüllen, es handelte sich bei ihr eigentlich bloß um eine ausgegliederte Betriebsabteilung.[24]

- In einer weiteren Entscheidung des Höchstgerichts[25] ging es um Konzerngesellschaften im Medienbereich mit verflochtenen Personalstrukturen auf der Leitungsebene, wobei einzelnen (natürlichen) Personen entscheidendes Gewicht in allen Gesellschaften zugekommen sein dürfte. Auch verfügten die Gesellschaften über einen „gemeinsamen Eingang", sie waren im gleichen Gebäude situiert und standen in größter räumlicher Nähe zueinander. Es gab zwar eine Konzernstrategie, zugleich aber auch jeweils eigenständige produktionstechnische Leitungen, eine voneinander unabhängige Abwicklung des Tagesgeschäfts und abgrenzbare und „teilweise völlig eigenständige" Betriebsergebnisse (Erstellung des redaktionellen Teils einer Tageszeitung einerseits,

[23] OGH 22.2.2006, 9 ObA 49/05d, ZAS 2007/32, 232 mit Bespr v *Risak* = Arb 12.597.

[24] So treffend *Kreil,* Die Belegschaftsvertretung im Konzern im Spiegel der österreichischen Rechtsprechung, ZAS 2014/10, 53 (55).

[25] OGH 22.11.2007, 8 ObA 63/07h, ARD 5862/13/2008.

Servicierung der Anzeigen und sonstiger Marketingaktivitäten in der Zeitung und im Umfeld derselben andererseits).[26]

Die AN-Seite sah diese Struktur als einen einzigen, gemeinsamen Betrieb der Konzerngesellschaften an, für den sie einen BR wählte. Im Zuge einer Anfechtung dieser Wahl entschieden die Gerichte gegen das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs. Es seien demnach weder die räumliche Nähe noch die Personalverflechtung auf Leitungsebene oder die gemeinsame Konzernstrategie maßgeblich. Vielmehr komme es auf die – im konkreten Fall weitgehend verwirklichte – Selbständigkeit der produktionstechnischen Leitungen, die eigenverantwortliche Entscheidung im Tagesgeschäft und in Personalangelegenheiten und auf die Abgrenzbarkeit und Eigenständigkeit der Betriebsergebnisse an, die jeweils bejaht wurden.

Zusammengefasst spielen also die klassischen Kriterien der betrieblichen Selbständigkeit und Eigenständigkeit iSd § 34 ArbVG die entscheidende Rolle in Bezug auf die Betriebsqualität einer Arbeitsstätte („Einheit der Organisation") – im Konzern ebenso wie außerhalb desselben.[27] In Bezug auf den erstgenannten Aspekt ist zu fragen, ob eine Einheit (relative) Selbständigkeit in (produktions-)technischer Hinsicht aufweist, also die Verfolgung des Betriebszwecks in gewisser Unabhängigkeit von Vorgängen in anderen (allenfalls „rechtlich verbundenen") Unternehmen in Angriff nehmen kann. Was die Eigenständigkeit anlangt – welche im Allgemeinen weniger stark zu würdigen ist –, können die Produkte der Unternehmen zwar „aneinander gekoppelt" sein, wichtiger ist, dass diese voneinander abgegrenzt sind und zB auch unabhängig voneinander geliefert werden können. Dazu kommt: Der Normalfall ist es nicht, dass etwa zwei (Schwestern-)Gesellschaften eines Konzerns bloß einen Betrieb führen („Einheit des BI"), ein derart ungewöhnliches Szenario muss sozusagen durch besondere Umstände erhärtet werden. Im Zweifel ist mE nicht davon auszugehen. Die angesprochenen Umstände können beispielsweise darin liegen, dass (Konzern-)Gesellschaften nur vorgeschoben werden, um eine Belegschaftsvertretung zu verhindern,[28] oder dass eine (Konzern-)Gesellschaft nur untergeordnete Hilfszwecke gegenüber einer (Mutter-)Gesellschaft zu erfüllen hat, sodass man von einer „ausgliederten Serviceabteilung" der „großen" Gesellschaft sprechen könnte.[29] Zu bedenken ist, dass der OGH[30] auch Personalunionen auf der Leitungsebene als letztlich nicht entscheidend für die Frage der Betriebseigenschaft angesehen hat, genauso wie örtliche Verflechtungen nur sekundär sind. Zu fragen ist zudem nach der „Ein-

[26] Vgl dazu den in der zweitinstanzlichen Entscheidung OLG Graz 1.8.2007, 7 Ra 37/07a wiedergegebenen Sachverhalt.

[27] So *Kreil,* ZAS 2014/10, 56.

[28] So im Sachverhalt von OGH 23.2.1994, 9 ObA 311-338/93, DRdA 1995, 48 = ZAS 1994, 158.

[29] So das Szenario in OGH 22.2.2006, 9 ObA 49/05d, ZAS 2007/32, 232 mit Bespr v *Risak* = Arb 12.597.

[30] OGH 22.11.2007, 8 ObA 63/07h, ARD 5862/13/2008.

heit des Betriebszwecks" und damit nach den jeweiligen Aufgabenstellungen der fraglichen Arbeitsstätten: Gehen die Unternehmen eigenen Aufgaben nach, mögen diese auch auf einander bezogen sein, und/oder werden die (Haupt-)Aufgaben der Unternehmen auch nicht vom jeweils anderen betrieben, so spricht all dies für eigene Betriebe.

Es zeigt sich, dass ein Betrieb, der von mehreren Unternehmen geführt ist, nur ausnahmsweise in speziellen Konstellationen vorkommen kann, was anders betrachtet aber bedeutet, dass im Falle von gesellschaftsrechtlichen Ausdifferenzierungen durch Austöchterung im Konzern oder auch Ausgliederung jenseits desselben mit den neuen Unternehmen typischerweise auch neue Betriebe entstehen, zumal den neuen Unternehmen idR auch eigene Aufgaben jenseits bloßer „Hilfszwecke" (s oben) zukommen werden. Werden umgekehrt mehrere zusammenarbeitende Unternehmen zu einem einzigen Unternehmen umgestaltet – wie dies nach Informationen des Autors mittlerweile im Sachverhalt der dritten OGH-Entscheidung passiert ist –, so liegt die Frage nahe, ob bzw unter welchen Voraussetzungen aus den beiden eng verbundenen Betrieben wiederum ein einziger Betrieb wird. Alles in allem zeigt sich aus der Sicht der AN eine rechtlich unsichere Situation (zu allfälligen Abhilfen 3.1).

2.2 Kompetenzabgrenzung und Kompetenzübertragung

Was die gesetzliche Kompetenzabgrenzung (dazu insb 1.3, 1.5) anlangt, so ist zu fragen, ob die von der hA angenommene „Kompetenzblockade" im Falle der Nichterrichtung eines ZBR trotz entsprechender gesetzlicher Verpflichtung de lege lata unausweichlich gegeben ist. *Naderhirn*[31] schlägt bei grundsätzlicher Akzeptanz der Blockadethese eine differenzierende Lösung insofern vor, als sie ein Bestehen der Kompetenz der Organe auf Betriebsebene bei „relativen" Zuständigkeiten des ZBR („soweit nicht nur die Interessen …") anhand teleologischer Erwägungen (dazu gleich unten) annimmt. Geht man anhand von § 6 ABGB vor, so spricht Wortlaut („zu errichten ist" in § 113 Abs 4 ArbVG) und systematische Interpretation („errichtet ist" in Abs 2 und 5 des § 113 ArbVG) für die Blockadethese, eine subjektiv-historische Interpretation anhand der Parlamentsmaterialien ist unergiebig. Die objektiv-teleologische Interpretation wiederum bleibt zweischneidig: Man könnte einerseits sagen, dass eine möglichst umfassende bzw effiziente Interessenvertretung ohne Wenn und Aber gewährt werden sollte, andererseits gibt es aber das „Sanktionsargument", also die Kompetenzsperre als Sanktion für die pflichtwidrige Nichterrichtung des ZBR.[32] Alles in allem kommt man im geltenden Recht nicht über die Blockadethese hinweg (dazu noch 3.2).

---

[31] In *Jabornegg/Resch,* ArbVG § 113 Rz 46. Weiters *Schneller/Preiss* in *Gahleitner/Mosler,* ArbVR § 113 Rz 43.

[32] Dazu *Naderhirn* in *Jabornegg/Resch,* ArbVG § 113 Rz 46 mwN.

§ 114 ArbVG ermöglicht gewisse Kompetenzübertragungen zwischen den Belegschaftsorganen. Andere Delegationen als vorgesehen sind nicht zulässig; der OGH[33] hat demgemäß etwa die Übertragung von Zuständigkeiten von der Konzernvertretung an den ZBR als gesetzwidrig und daher nichtig qualifiziert.

Kompetenzübertragungen bedürfen, wie unter 1.3 ausgeführt, entsprechender Beschlüsse der beteiligten Belegschaftsorgane. Diese müssen „dem BI umgehend mitgeteilt werden" und erlangen erst dadurch Rechtswirksamkeit. In der einschlägigen DurchführungsV, der BRGO, heißt es dazu in § 53 Abs 2 S 2, dass die Beschlüsse „schriftlich mitzuteilen" sind. Der OGH hat dazu im Jahre 1991[34] ausgeführt, dass die Mitteilung der Beschlüsse auf Kompetenzübertragung nach dem ArbVG an keine bestimmte Form gebunden sei und die Anordnung der BRGO betreffend Schriftlichkeit bloß die interne Geschäftsführung des BR betreffe und keine Bedeutung für die Rechtswirksamkeit der Kompetenzübertragung habe. Angesichts späterer Judikatur zum Thema[35] wird man jedoch die V insofern als gesetzwidrig qualifizieren müssen. ME können die Mitteilungen der Delegation an den BI auch informell, also zB mündlich oder sogar konkludent erfolgen. Eine schlüssige Mitteilung muss so geartet sein, dass der AG-Seite gegenüber zwar die Kompetenzübertragung nicht unmittelbar angesprochen wird, die jeweiligen Vorsitzenden sich allerdings so verhalten, dass iSd § 863 ABGB kein vernünftiger Grund besteht, an der Kompetenzübertragung zu zweifeln.[36] Damit korrespondiert auch die (sinnvolle) Judikatur des OGH,[37] wonach die AG-Seite bei entsprechendem äußeren Tatbestand nicht von mangelnden Beschlüssen zur Kompetenzübertragung ausgehen kann, zumal sie die interne Willensbildung der Belegschaftsorgane gar nicht überprüfen darf.

3. Rechtspolitische Überlegungen

Betrachtet man die unter 1. und 2. getätigten Ausführungen, so zeigt sich, dass die Regelungen zur Mitbestimmung auf Unternehmens- und Konzernebene im Laufe der Jahrzehnte durch Input von Seiten der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre (weiter-)entwickelt wurden und in sehr vielen Facetten wohl durchdacht und fein abgestimmt sind. Sie fügen sich damit in das Gesamtbild des Erfolgsmodells ArbVG ein. Im Folgenden sollen kurz Überlegungen angestellt werden, welche Details allenfalls einer gesetzgeberischen Revision unterzogen werden sollten.

---

33 OGH 26.1.1995, 8 ObA 338/94, DRdA 1995, 421 = infas 1995 A 70. Dazu zB *Kallab* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 114 ArbVG Rz 1.

34 OGH 29.5.1991, 9 ObA 63/91, DRdA 1992/3, 38 mit Bespr v *Holzer* = RdW 1991, 333.

35 Vgl VfGH 30.6.2012, V-72/11, ZAS-Judikatur 2013/2, 26 nach Antrag des OGH 25.5.2011, 8 ObA 80/10d, DRdA 2012, 58; ausführlich dazu und zur nachfolgenden Novellierung des § 114 ArbVG durch BGBl I 2013/67 *Reissner,* Ausgewählte Fragen zur Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013 (2013) 131 (136, 139 ff mwN).

36 Ausführlicher *Reissner* in *Wachter/Burger,* Aktuelle Entwicklungen 136 ff mit Beispiel.

37 OGH 24.9.2012, 9 ObA 108/11i, ZAS-Judikatur 2013/6, 27.

3.1 Zusätzliche objektive Ansatzpunkte für die Betriebsratswahl

Das Abstellen auf den Betrieb als organisatorisch-technische Einheit, die ein Faktum und keine rechtliche Hülle einer unternehmerischen Tätigkeit darstellt, führt zu einiger Rechtsunsicherheit an einer Schlüsselstelle der Mitbestimmungsordnung. Im hier interessierenden Zusammenhang[38] wurden vor allem Szenarien skizziert, in denen die Betriebseigenschaft durch Schaffung zusätzlicher Rechtsträger in gewachsenen Strukturen in Frage gestellt wird. Wählt beispielsweise die Belegschaft aus – nunmehr – mehreren zueinander in Beziehung stehenden Unternehmen wie bisher einen BR, so droht ihr die erfolgreiche Wahlanfechtung gem § 59 Abs 2 Fall 3 ArbVG (vgl 2.1). Es könnte überlegt werden, die Rechtsunsicherheit dadurch hintanzuhalten, dass man „subsidiär" – nach entsprechenden Urabstimmungen in allen betroffenen Unternehmen – den objektiven Ansatzpunkt für die Wahlen in der Rechtsträgerschaft sieht. Dies könnte durchaus im Interesse der AN und ihrer Vertretungen liegen, die dann dafür sorgen müssten, dass die nunmehr kleineren Einheiten (eines Konzerns?) nicht unvertreten bleiben.

3.2 Adaptierungen bei Kompetenzabgrenzung und -übertragung

Mit der Formulierung „zu errichten ist" in § 113 Abs 4 ArbVG und dem Wort „kann" in § 88a Abs 1 ArbVG wird von der hL der Kompetenzausschluss zu Lasten der „kleinen" Vertretungen im Falle der Nichterrichtung des vorgesehenen ZBR argumentiert. Als teleologische Stützung dieser „Blockadethese" wird vor allem das „Sanktionsargument" releviert (zu alldem 2.2). Es ist mE nicht angemessen, neben dem ohnehin gegebenen Verzicht auf demokratische Möglichkeiten auch noch eine zusätzliche Sanktion in Form des Kompetenzverlusts zu postulieren. Das Unterbleiben der ZBR-Wahl kann verschiedene Hintergründe haben: neben Abneigungen bzw Unstimmigkeiten zwischen den einzelnen BR insb – stärker zu berücksichtigen – keine Beziehung wegen zB fehlender örtlicher oder sonstiger Nähe oder großer Gegendruck der AG-Seite. Alles in allem sollte das Gesetz mE das an sich bestehende Konzept einer möglichst umfassenden bzw effizienten Interessenvertretung umsetzen. Die erstgenannte Wortfolge sollte daher auf „errichtet ist" umgestellt werden.

Was die Kompetenzübertragungen anlangt, so sollte mE de lege ferenda überlegt werden, solche auch von oben nach unten zu ermöglichen. UU müsste man hier anders als im Allgemeinen an stärkere Formbindungen denken (zur derzeitigen Rechtslage vgl 2.2). Es könnte zB sinnvoll sein, auch dann, wenn Interessen von AN aus mehr als einem Betrieb bzw Unternehmen berührt bzw betroffen sind, die niedrigere Ebene mit den Interventions-, Informations- und Beratungsrechten gegenüber der AG-Seite auszustatten.

[38] Zum mE problematischen Fehlen einer örtlichen Komponente musterbildlich die Problemlage in OGH 22.7.2014, 9 ObA 51/14m, DRdA 2015/30, 243 mit Bespr v *Firlei*.

Der Betriebsrat als Informationsträger

Elias Felten/Johannes Warter

1. Einleitung 395
2. Entwicklung und Ausbau von Informationsrechten des Betriebsrats 398
3. Zugang zu Informationen 401
   3.1 Inhalt und Umfang der Informationsrechte 401
   3.2 Form der Informationen und Aufbereitungspflicht 405
4. Verwertung von Informationen 407
   4.1 Beratung durch Arbeiterkammer und Gewerkschaft 408
   4.2 Beratung durch unabhängige Expert:innen 409
   4.3 Beratung als Sacherfordernis gem § 72 ArbVG 410
5. Ausblick 412

1. Einleitung

Die Betriebsverfassung verfolgt eine wichtige Aufgabe. Ihr Ziel ist es, wie § 39 Abs 1 ArbVG offenlegt, zum Wohl der Arbeitnehmer/innen und des Betriebes einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des/der Betriebsinhabers/in und der Arbeitnehmer/innen herbeizuführen. Dies geschieht mit Hilfe eines „gesetzgeberischen Balanceaktes". Zwar wird das Recht des/der Betriebsinhabers/in, den Betrieb zu führen, nicht in Frage gestellt. Dennoch sind der unternehmerischen Dispositionsfreiheit Grenzen gesetzt, indem der Belegschaft in bestimmten Angelegenheiten Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte eingeräumt werden.[1] Oder anders ausgedrückt: Zwar ist es dem Betriebsrat, wie auch § 39 Abs 3 ArbVG klarstellt, verwehrt, durch selbständige Anordnungen direkt in die Führung des Betriebes einzugreifen, er darf aber in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten mitreden.

Dieses Recht, „mitzureden", weist je nach Kontext unterschiedliche Erscheinungsformen auf. Gem § 109 Abs 1 ArbVG verfügt der Betriebsrat bspw über das Recht, zu geplanten Betriebsänderungen des/der Betriebsinhabers/in Stellungnahmen abzugeben und gemeinsame Beratungen zu führen. Ohne entsprechende Informationen über die geplanten Maßnahmen, ihren Anwendungsbereich und ihre Auswirkungen wird es für den Betriebsrat freilich nicht möglich sein, konkrete Vorschläge zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung von für die Arbeitnehmer/innen nachteiligen Folgen der geplanten Betriebsänderung zu erstatten. Das Erfordernis einer Zustimmung des Betriebsrats gem § 96 Abs 1 Z 3 für die Einführung technischer Systeme zur Kontrolle von Arbeitnehmer/innen, besteht wiederum nur dann, wenn dadurch die Menschenwürde der betroffenen Arbeitnehmer/innen be-

[1] RV 840 BlgNR 13. GP 51.

rührt wird. Ob das tatsächlich der Fall ist, kann jedoch nicht losgelöst vom konkreten System, seinen Funktionen und Einsatzmöglichkeiten beantwortet werden. Folglich muss der Betriebsrat genaue Kenntnis von der fraglichen Anwendung, ihrer Funktionsweise und den mit ihrem Einsatz verfolgten Zielen haben.

Der Zugang zu entsprechenden Informationen ist mit anderen Worten essentiell dafür, dass der Betriebsrat seinem gesetzlichen Interessenvertretungsauftrag nachkommen und die ihm zustehenden Befugnisse ausüben kann. Ohne entsprechende Informationsrechte ist ein Verhandeln auf Augenhöhe in Anbetracht der bestehenden Informationsasymmetrie zwischen Betriebsinhaber/in und Betriebsrat nicht möglich.[2] Das Recht des Betriebsrates auf Information bildet die Grundlage für jede Form der Mitbestimmung oder Mitwirkung. Ihm kommt deshalb innerhalb des Gefüges der Mitbestimmungsrechte eine zentrale Rolle zu. Dem trägt inzwischen die Grundrechtecharta der Europäischen Union ausdrücklich Rechnung, die mit Art 27 erstmals ein Grundrecht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer/innen im Unternehmen verankert hat. Das erscheint nicht zuletzt deshalb richtungsweisend, weil das Recht auf Information in Anbetracht der fortschreitenden Globalisierung und Digitalisierung der Wirtschaft an Bedeutung weiter zunehmen wird. Die Themen und Sachverhalte werden komplexer und greifen stärker ineinander, wie zB die neue (geplante) Lieferkettengesetzgebung auf europäischer und nationaler Ebene deutlich macht.[3] Damit wachsen auch die Herausforderungen für den Betriebsrat, für den es ohne eine entsprechende Informationsbasis kaum mehr möglich sein wird, den Überblick zu wahren.

Das Recht des Betriebsrats auf umfassende Information ist allerdings nicht unumstritten. Denn der Betriebsrat erlangt auf diesem Weg Kenntnis von Umständen, die der/die Betriebsinhaber/in und einzelne betroffene Arbeitnehmer/innen unter Umständen lieber geheim halten würden. Jede Erweiterung des Kreises der Informierten birgt die Gefahr einer möglichen (erlaubten oder unerlaubten) Informationsweitergabe und damit nicht mehr kontrollierbaren Verbreitung von Informationen. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber des ArbVG den Betriebsrat einer expliziten Verpflichtung zur Verschwiegenheit über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die ihm in Ausübung des Mandats bekannt geworden sind, unterworfen.[4] Eine Verletzung dieser betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht kann

---

2 IdS bereits *Felten* in *Felten/Goricnik/Riesenecker-Caba* (Hrsg), Betriebsrat und Information (2017) Rz 1.6.

3 Vgl etwa *Gruber,* Nachhaltigkeit entlang der globalen Lieferketten – Der Entwurf eines „EU-Lieferkettengesetzes", in *Binder Grösswang* (Hrsg*),* Sustainability Law (2022) 67; *Murko*, Die Haftung österreichischer Unternehmen für Menschrenrechtsverletzungen in ihren Lieferketten, ÖJZ 2022, 877 (insb 881 ff); *Hembach*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen, CB 2022, 191; *Bomsdorf/Blatecki-Burgert*, Lieferketten-Richtlinie und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, ZRP 2022, 141.

4 § 115 Abs 4 ArbVG.

neben der Verhängung einer Verwaltungsstrafe[5] vor allem die Entlassung des betreffenden Betriebsratsmitgliedes zur Folge haben.[6] Auch das Datenschutzrecht setzt dem Zugang zu Informationen und deren Weitergabe Grenzen, sobald es um personenbezogene Daten geht. Mit dem Datenschutz wurde bspw die gesetzliche Verpflichtung zur Anonymisierung des Einkommensberichts gem § 11a Abs 2 GlBG begründet,[7] die damit dieses eigentlich für den (Zentral-)Betriebsrat konzipierte Instrument zur Bekämpfung von Entgeltdiskriminierung zu einem zahnlosen Tiger macht.[8]

Wie dieses Spannungsverhältnis zwischen dem Informationsanspruch des Betriebsrates auf der einen Seite und dem Geheimnis- bzw Datenschutz auf der anderen Seite aufzulösen ist, ist bis heute unklar und Gegenstand kontroverser Debatten. Nur vereinzelt hat der Gesetzgeber Position bezogen und den Betriebsrat von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden, so zB wenn es um die Weitergabe von Hinweisen nach dem HinweisgeberInnenschutzG geht.[9] In allen anderen Fällen soll mit Hilfe einer umfassenden Interessenabwägung eine Antwort gefunden werden.[10]

Die mit derartigen Einzelfallprüfungen verbundene Rechtsunsicherheit ist aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht hochproblematisch. Denn das Risiko einer Fehlbeurteilung trägt der Betriebsrat bzw das einzelne Betriebsratsmitglied. Und der Einsatz ist hoch. Letztlich steht das Dienstverhältnis auf dem Spiel. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass es eine einfache Lösung für diese Problem gibt: nämlich Informationen schlichtweg nicht an Dritte weiterzugeben. In der Praxis wird das oftmals keine Option sein. Denn der Zugang zu Informationen ist das Eine, diese zu verstehen und ihre Auswirkungen bewerten zu können, das Andere. Letzteres setzt entsprechenden Sachverstand voraus, und zwar nicht selten sowohl in rechtlicher als auch in wirtschaftlicher, zunehmend sogar in technischer Hinsicht. Das heißt, den Betriebsratsmitgliedern wird ein umfassendes Wissen abverlangt, das in der Praxis aber nicht (immer) vorhanden ist. Das ist nicht nur unverständlich, sondern vom Gesetz auch gar nicht gefordert. Denn die Mitglieder des Betriebsrats werden aus der Mitte der Belegschaft gewählt. In aller Regel sind sie daher darauf angewiesen, Ex-

5 § 160 Abs 1 ArbVG.

6 § 122 Abs 1 Z 4 ArbVG.

7 RV 938 BlgNR 24. GP 3.

8 *Felten*, Der Einkommensbericht gem § 11a GlBG: Einkommenstransparenz versus Verschwiegenheitspflicht, DRdA 2019, 16 ff.

9 § 22 Abs 2 HSchG.

10 *Schneller* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 115 Rz 52 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); *Mosler* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 115 ArbVG Rz 44; *Resch* in *Jabornegg/Resch/Födermayr* (Hrsg), ArbVG § 115 Rz 101 (Stand 1.4.2021, rdb.at); *Winkler* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 115 Rz 21 (8. Lfg, 2011); *Jabornegg*, Zur Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, DRdA 2004, 107 (110); ebenso OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x, DRdA 2002, 219 (*Pfeil*); OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78, DRdA 1979, 394 (*Reischauer*) = ZAS 1979, 177 (*Marhold*).

pert:innen beizuziehen, die ihnen helfen, die Informationen zu lesen, zu verstehen und zu bewerten. Das setzt wiederum das Recht voraus, die gewonnenen Informationen mit diesen Expert/innen teilen zu dürfen. Ob das rechtlich zulässig ist, lässt sich in Anbetracht des bestehenden Normenmaterials aber nicht zweifelsfrei sagen.

Vor dem Hintergrund dieses Problemaufrisses geht der vorliegende Beitrag daher den Fragen nach, wie sich die Informationsrechte im Laufe der Zeit entwickelt haben (2.), in welchen Fällen dem Betriebsrat ein Recht auf Information zukommt bzw in welcher Form der/die Betriebsinhaber/in diesem nachzukommen hat (3.), ob und für welche Zwecke der Betriebsrat die gewonnenen Informationen verwerten darf (4.) und ob gegebenenfalls legislative Anpassungen de lege ferenda notwendig erscheinen (5.).

2. Entwicklung und Ausbau von Informationsrechten des Betriebsrats

Sieht man sich die historische Genese der Informationspflichten des Betriebsrats an, so lässt sich trotz der zentralen Bedeutung der Informationsrechte ein evolutionärer Charakter feststellen.

Ursprünglich waren im Betriebsrätegesetz 1919[11] kaum ausdrückliche Informationsrechte, sondern in erster Linie Überwachungsrechte des Betriebsrats vorgesehen. Dieser hatte etwa die „*die Durchführung und Einhaltung der kollektiven Arbeitsverträge […]*“[12] oder die „*Durchführung und Einhaltung der Gesetze und Vorschriften über Arbeiterschutz, Betriebshygiene und Unfallverhütung und Arbeiterversicherung […]*“[13] zu überwachen. Betriebsräte hatten zudem das Recht, an den gesetzlich vorgesehenen Besichtigungen der Gewerbe- und Bergwerksinspektion teilzunehmen.[14] Ergänzt wurde dieses Teilnahmerecht dadurch, dass die Behörde allfällig getroffene Verfügungen zum Schutz des Lebens und der Sittlichkeit der Arbeitnehmer/innen auch den Betriebsrat mitzuteilen hatte.[15] Ausdrückliche Informationsrechte waren lediglich in wirtschaftlichen Angelegenheiten vorgesehen. Die Betriebsräte konnten in allen Industrie- und Bergwerksunternehmungen sowie in bestimmten Handelsunternehmen „*alljährlich die Vorlage einer Bilanz für das verflossene Geschäftsjahr und eines Gewinn- und Verlustausweises sowie einer lohnstatistischen Aufstellung verlangen*“.[16]

---

[11] Gesetz vom 15. Mai 1919 betreffen die Errichtung von Betriebsräten, StGBl 1919/283.

[12] § 3 Z 1 lit a BRG 1919.

[13] § 3 Z 5 BRG 1919.

[14] § 3 Z 5 BRG 1919.

[15] § 10 Abs 2 des Gesetzes über die Gewerbeinspektion. Vgl *Adler*, Betriebsrätegesetz (1925) § 3 Anm 13.

[16] § 3 Z 10 BRG 1919.

Eine deutliche Erweiterung der Informationsrechte des Betriebsrats fand durch die Einführung des Betriebsrätegesetzes 1947 statt.[17] Diese Erweiterung der Informationspflichten ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass mit dem BRG 1947 die Befugnisse des Betriebsrats grundlegend erweitert wurden. Dies kam begrifflich schon in der programmatischen Bestimmung des § 3 Abs 1 BRG 1947 zum Ausdruck, in dem festgelegt wurde, dass der Betriebsrat nicht nur die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer/innen im Betrieb wahrzunehmen und zu fördern, sondern auch „*an der Führung und Verwaltung des Betriebs mitzuwirken*" hatte.[18] Eingeführt wurde etwa die Mitwirkung des Betriebsrats bei Aufnahmen, Versetzungen, Kündigungen und Entlassungen.[19] Diese Mitwirkungsrechte setzen freilich entsprechende Informationen voraus,[20] weshalb zahlreiche Verständigungspflichten vorgesehen wurden.[21] Eingeführt wurde zudem das Recht des Betriebsrats, in die vom Betrieb geführten Lohn- und Gehaltslisten und in die zur Berechnung der Löhne und Gehälter erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen, sie zu überprüfen und die Lohnauszahlung zu kontrollieren.[22] Aber auch die wirtschaftlichen Informationspflichten wurden erweitert. Nach § 14 Abs 2 BRG 1947 musste der/die Betriebsinhaber/in nicht mehr nur eine Abschrift der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung aushändigen, sondern dem Betriebsrat auf dessen Verlangen auch die erforderlichen Aufklärungen hierzu geben.[23] Dies betraf inhaltlich etwa die wirtschaftliche Lage des Betriebs, Art und den Umfang der Erzeugung, den Auftragsbestand, den Absatz sowie geplante Maßnahmen zur Hebung der Wirtschaftlichkeit des Betriebs.[24] Diese Informationen konnte der Betriebsrat auf ihre Richtigkeit überprüfen sowie die getroffenen und zu treffenden Maßnahmen einer sachlichen Kritik unterziehen und konkrete sachliche Vorschläge machen.[25] Aufgrund dieser umfangreichen Informationsrechte fand auch eine ausdrückliche Verschwiegenheitspflicht des Betriebsrats Eingang in das BRG 1947.[26]

Eine wesentliche Weiterentwicklung der Informationsrechte des Betriebsrats fand durch die Novellierung des BRG 1947 im Jahr 1971 durch das BGBl 1971/319 statt. Dem § 14 wurde ein neuer Abs 1 vorangestellt, welcher in Form einer Generalklausel den/die Betriebsinhaber/in verpflichtete, den Betriebsrat über alle Angelegenheiten, welche die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen oder kulturellen

17 Bundesgesetz über die Errichtung von Betriebsvertretungen (Betriebsrätegesetz – BRG) 1947, BGBl 1947/97.
18 *Hillegeist*, Betriebsrätegesetz (1947) 8, 59.
19 Vgl § 14 Abs 2 BRG 1947.
20 *Hillegeist*, Betriebsrätegesetz 8.
21 Vgl etwa ausdrücklich zur Neuaufnahme § 14 Abs 1 Z 5 BRG 1947 oder zur Kündigung und Entlassung § 25 Abs 1 BRG 1947.
22 § 14 Z 9 BRG 1947.
23 Vgl § 14 Abs 2 Z 2 lit a und lit b BRG 1947.
24 *Hillegeist*, Betriebsrätegesetz 8.
25 *Hillegeist*, Betriebsrätegesetz 65.
26 Vgl § 17 BRG 1947.

Interessen der Arbeitnehmer:innen des Betriebs berühren, Auskunft zu erteilen.[27] Dieses neu geschaffene umfassende Informationsrecht des Betriebsrats umfasste alle Bereiche des betrieblichen Lebens und nicht nur, wie bis dahin, wirtschaftliche Angelegenheiten.[28] Sofern diese Angelegenheiten nicht Gegenstand einer gemeinsamen Beratung waren, hatte der Betriebsrat dem/der Betriebsinhaber/in die Fragen, über die Aufschluss verlangt wurde, schriftlich bekannt zu geben. Die Auskunftserteilung durch den/die Betriebsinhaber/in hatte ebenfalls schriftlich zu erfolgen (§ 44 Abs 4 BRGO).[29] Neu eingeführt wurde zudem, dass der/die Betriebsinhaber/in verpflichtet war, den Betriebsrat zum ehestmöglichen Zeitpunkt von geplanten Betriebsänderungen in Kenntnis zu setzen.[30] Die übrigen Informationspflichten blieben im Wesentlichen unverändert.[31]

Mit Einführung des ArbVG im Jahr 1974 wurde der Rechtsbestand an Informationsrechten im Wesentlichen wortgleich übernommen. Dies betrifft insb das generalklauselartige Informationsrecht des Betriebsrats, welches heute noch in § 91 Abs 1 ArbVG unverändert fortbesteht.[32] Übernommen wurden zudem die Informationspflichten des/der Betriebsinhabers/in bei Einstellung,[33] Kündigung,[34] Entlassung,[35] aber auch die Informationspflichten in wirtschaftlichen Angelegenheiten[36] sowie bei Betriebsänderungen.[37] Neu hinzugekommen sind etwa Mitwirkungsrechte und damit verbundene Informationsrechte bei der Vergabe von Werkswohnungen sowie bei Beförderungen.[38]

Neben punktuellen Erweiterungen, wie etwa der Einführung einer ausdrücklichen Informationspflicht bei (auch nicht verschlechternden) Versetzungen[39] oder des Informationsrechts des Betriebsrats bei der beabsichtigten Aufnahme der Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften,[40] ist zuletzt die Einführung der Informationsrechte des Betriebsrats hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener

27 Vgl § 14 Abs 1 BRG 1947 idF BGBl 1971/319.

28 *Weißenberg*, Betriebsrätegesetz[10] (1972) § 14 Anm 2.

29 § 44 Abs 4 BRGO; *Weißenberg*, Betriebsrätegesetz[10] § 14 Anm 52.

30 Vgl § 14 Abs 3 Z 3 BRG 1947 idF BGBl 1971/319.

31 Etwa was spezielle Informationspflichten des/der Betriebsinhaber/in im Falle von Neuaufnahmen (§ 14 Z 5), Kündigungen und Entlassungen (§ 25 Abs 1), Einsichtsrechte in die Lohn- und Gehaltslisten (§ 14 Z 9) betrifft.

32 Die in der Regierungsvorlage noch vorgesehene Erweiterung des Informationsrechts, wonach der/die Betriebsinhaber/in den Betriebsrat über wichtige Vorhaben von sich aus hätte informieren sollen (vgl ErlRV 840 BlgNr 13 GP 82), wurde nicht übernommen.

33 Vgl § 99 Abs 2 und Abs 4 ArbVG.

34 § 105 Abs 1 ArbVG.

35 § 106 Abs 1 ArbVG.

36 § 108 Abs 1 und Abs 2 ArbVG.

37 § 109 Abs 1 ArbVG.

38 Vgl §§ 103, 104 ArbVG; ErlRV 840 BlgNr 13 GP 85 f.

39 Neufassung des § 101 ArbVG durch BGBl 1986/394.

40 Einführung des § 99 Abs 5 ArbVG durch BGBl 1988/196.

Arbeitnehmer:innendaten durch die ArbVG-Novelle 1986[41] hervorzuheben. Seither sind die Informationsrechte unverändert geblieben.

3. Zugang zu Informationen

Wie die historische Entstehungsgeschichte zeigt, enthält das ArbVG einerseits ein umfassendes generalklauselartiges Informationsrecht des Betriebsrats (§ 91 Abs 1 ArbVG) und andererseits ganz spezifische Informationsrechte des Betriebsrats und Informationspflichten des/der Betriebsinhabers/in, die meist an bestimmte Vorgänge (Aufnahme, Versetzung, Beförderung, Kündigung, Entlassung, Betriebsänderung, aber auch Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmer:innendaten etc) geknüpft sind.[42]

Die Informationsrechte des Betriebsrats stehen, wie in der Einleitung bereits erwähnt, freilich nicht allein, sondern sind eingebettet in ein fein ausdifferenziertes System verschiedenster Rechte des Betriebsrats, die ihn in die Lage versetzen sollen, seinem gesetzlichen Interessenvertretungsauftrag (§ 38 ArbVG) nachzukommen und insb über den Abschluss von Betriebsvereinbarungen, aber auch über Beratungs-, Vorschlags- und Stellungnahmerechte aktiv an der Mitgestaltung der konkreten Arbeitsbedingungen mitzuwirken.[43] Vor diesem Hintergrund sind auch die entsprechenden Informationsrechte des Betriebsrats und die Informationspflichten des/der Betriebsinhabers/in hinsichtlich Inhalts und Umfangs oder Aufbereitung der Informationen zu interpretieren.

3.1 Inhalt und Umfang der Informationsrechte

Was Inhalt und Umfang der Informationsrechte betrifft, ist zwischen dem allgemeinen und den spezifischen Informationsrechten zu unterscheiden. Das allgemeine Informationsrecht des Betriebsrats gem § 91 Abs 1 ArbVG ist das einzige Mitwirkungsinstrument des ArbVG, dem universeller Charakter zukommt. Es stellt eine eigenständige Befugnis des Betriebsrats dar und ergänzt die spezifischen Informationsrechte, sodass dem Betriebsrat, unabhängig von der Frage der weiteren Verwendung, keine erforderlichen Informationen verloren gehen.[44] Allerdings handelt es sich bei § 91 Abs 1 ArbVG um ein Auskunftsrecht. Das heißt, die Verpflichtung zur Offenlegung bestimmter Informationen besteht nur dann, wenn der Betriebsrat ein

41 BGBl 1986/394.

42 Eine vollständige Aufzählung sämtlicher Informationsrechte des Betriebsrats findet sich bei *Felten* in *Felten/Goricnik/Riesenecker-Caba*, Betriebsrat und Information Rz 2.21.

43 *Felten/Goricnik* in *Felten/Goricnik/Riesenecker-Caba*, Betriebsrat und Information Rz 1.2 ff.

44 OGH 22.10.2010, 9 ObA 135/09g, ARD 6120/2/2011 (*Lindmayr*) = RdW 2011/161, 159 (*Lindmayr*) = ZAS 2012/17, 87 (*Grünanger*) = DRdA 2012/28, 388 (*Heilegger*); *Felten* in *Felten/Goricnik/Riesenecker-Caba*, Betriebsrat und Information Rz 1.7, 2.3.

entsprechend konkretes Auskunftsbegehren formuliert hat.[45] Dieses legt auch den Umfang und den inhaltlichen Detaillierungsgrad der zur Verfügung zu stellenden Informationen fest. Es liegt also am Betriebsrat zu definieren, welche Informationen er haben will. Je besser der Betriebsrat von den innerbetrieblichen Vorgängen informiert ist, desto zielgerichteter kann er auch von seinem Auskunftsanspruch gem § 91 Abs 1 ArbVG Gebrauch machen. Das heißt, die Inanspruchnahme des Informationsrechts kann und wird in der Praxis regelmäßig weiterführende, gezielte Auskunftsbegehren des Betriebsrats bedingen. Das ist in dieser Form bereits in § 91 Abs 1 ArbVG grundgelegt.

Anders als das allgemeine Informationsrecht nach § 91 Abs 1 ArbVG sind die spezifischen Informationsrechte meist zielgerichtet und bilden den Ausgangspunkt für weiterführende Mitwirkungsrechte, wie zB Stellungnahme-, Vorschlags- oder echte Gestaltungsrechte. Inhalt und Umfang spezifischer Informationsrechte lassen sich gut am Beispiel der Informationsrechte hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmer/innendaten gem § 91 Abs 2 ArbVG veranschaulichen. Dabei handelt es sich um ein spezifisches Informationsrecht des Betriebsrats bzw eine Informationspflicht des/der Betriebsinhabers/in: Gem § 91 Abs 2 ArbVG hat der/die Betriebsinhaber/in dem Betriebsrat „[…] *Mitteilung zu machen, welche Arten von personenbezogenen Arbeitnehmerdaten er automationsunterstützt aufzeichnet und welche Verarbeitungen und Übermittlungen er vorsieht*".

Aus dem Wortlaut des § 91 Abs 2 ArbVG kann zweierlei abgeleitet werden. Einerseits hat der/die Betriebsinhaber/in darzulegen, welche Arten personenbezogener Daten aufgezeichnet werden. Bei den Datenarten handelt es sich um (abstrakte) Beschreibungen personenbezogener Daten, wie beispielsweise Namen, Adressen, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummer etc.[46] Die Verständigung des Betriebsrats über die Art der aufgezeichneten Daten hat nach Beginn der Aufzeichnung zu erfolgen.[47] Andererseits hat der/die Betriebsinhaber/in darzulegen, welche Verarbeitungen und Übermittlungen vorgesehen sind. Durch das Abstellen des Gesetzestextes auf die vorgesehene Datenverarbeitung (arg: „vorsieht") wird abgeleitet, dass es nicht

[45] OGH 27.5.2004, 9 ObA 135/09g, ARD 6120/2/2011 (*Lindmayr*) = RdW 2011/161, 159 (*Lindmayr*) = ZAS 2012/17, 87 (*Grünanger*) = DRdA 2012/28, 388 (*Heilegger*); *Drs* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 91 Rz 28 (Stand 1.9.2015, rdb.at).

[46] Vgl *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 91 ArbVG Rz 22, 25. Ein etwas anderes Verständnis des Begriffs der „Datenart" liegt der DIN 66398 zugrunde. Unter einer Datenart versteht die DIN 66398 eine Gruppe von Datenobjekten, die zu einem einheitlichen Zweck verarbeitet wird. Hintergrund ist, dass mit der Erfüllung des Zwecks die Erforderlichkeit der personenbezogenen Daten nicht mehr gegeben ist und die diesbezügliche DIN-Norm sich (ausschließlich) auf Löschkonzepte bezieht (vgl etwa https://www.din-66398.de/index.html).

[47] Vgl *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 91 ArbVG Rz 22; *Mosler* in *Tomandl*, ArbVG § 91 Rz 11 (4. Lfg, 2007); *Strasser/Jabornegg*, ArbVG[3] (1999) § 91 Anm 13.

auf die bereits erfolgende, aktuelle Verwendung der Daten, sondern auf die in der technischen Gestaltung zum Ausdruck kommenden Absichten des/der Betriebsinhabers/in ankommt.[48] Entscheidend ist der Leistungsumfang des eingesetzten Programms.[49] Diese Interpretation ist arbeitsverfassungsrechtlich nur konsequent, weil die wesentlichen datenschutzrechtlichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats (§ 96 Abs 1 Z 3 und § 96a Abs 1 ArbVG) nicht von den tatsächlich geplanten Verarbeitungen, sondern von der objektiven Eignung der eingesetzten Systeme abhängig sind.[50] Sofern das Informationsrecht als Grundlage für allfällige Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats dienen soll, müssen auch die diesbezüglich notwendigen Informationen von diesem Recht umfasst sein. Eine Mitteilungspflicht des/der Betriebsinhabers/in besteht deshalb auch nicht nur bei der erstmaligen Einführung entsprechender technischer Anlagen, sondern selbstverständlich auch im Falle eines späteren „Aufrüstens" der vorhandenen Software.[51]

Nicht ganz so klar ist allerdings, was unter „Verarbeitungen" und „Übermittlungen" zu verstehen ist. Wie *Auer-Mayer* zutreffend festhält, ist auch die Übermittlung eine Form der Verarbeitung, weshalb die diesbezügliche Nennung lediglich historisch erklärt werden kann.[52] Problematisch ist allerdings der Verarbeitungsbegriff. Naheliegenderweise ist in diesem Zusammenhang an die Legaldefinition einer Verarbeitung in Art 4 Z 2 DSGVO zu denken. Diese beschreibt ausführlich, welche Tätigkeiten eine Verarbeitung darstellen können (Erheben, Erfassen, Ordnen, Anpassen, Verändern, Auslesen, Abfragen, etc). Durch diese bloße Bezugnahme auf die unterschiedlichen Verarbeitungstätigkeiten wird aber der Blick darauf verstellt, dass es sich beim Verarbeitungsbegriff um einen zweckbezogenen Terminus handelt. Der Verarbeitungszweck ist nach der Systematik der DSGVO zentraler Anknüpfungspunkt aller wesentlichen Fragen des Datenschutzrechts (Erforderlichkeit, Angemessenheit, Datenminimierung, Dauer der Verarbeitung etc).[53] Aus diesem Grund handelt es sich beim Begriff der „Verarbeitung" um einen Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten zur Erreichung

---

48 *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 91 ArbVG Rz 22; *Mosler* in *Tomandl*, ArbVG § 91 Rz 11; *Chlestil* in *Haslinger/Krisch/Riesenecker-Caba* (Hrsg), Beschäftigtendatenschutz (2020) 117 f.

49 So OGH 8 ObA 97/03b, ASoK 2005, 74 zu § 96a ArbVG. Vgl *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 91 ArbVG Rz 22.

50 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96 ArbVG Rz 45; *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96a ArbVG Rz 13 jeweils mwN.

51 *Sacherer*, Internet am Arbeitsplatz als zustimmungspflichtige Kontrollmaßnahme, RdW 2005/714, 627 (631).

52 Das DSG 2000 unterschied zwischen „Verarbeiten" und „Übermitteln".

53 So zB *Dammann*, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung – Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, ZD 2016, 307 (311); *Götz*, Big Data im Personalmanagement (2020) 117.

eines oder mehrerer bestimmter Zwecke.[54] Der/die Betriebsinhaber/in hat deshalb auch über die Zwecke zu informieren, die vom Leistungsumfang des eingesetzten Systems umfasst sind.

Gegen diese Sichtweise ließe sich allenfalls einwenden, dass bei den datenschutzrechtlichen Informationspflichten gemäß der DSGVO die Informationen über Verarbeitungszwecke sowie Kategorien personenbezogener ausdrücklich angeführt werden. Da es sich bei § 91 Abs 2 Satz 1 ArbVG aber um eine arbeitsverfassungsrechtliche Bestimmung handelt und der Zweck der Datenverarbeitung gerade der Aspekt ist, auf den sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bezieht, wäre es geradezu widersinnig, den Verarbeitungszweck vom Informationsrecht auszuklammern. Diese den Zweck der Datenverarbeitung miteinschließende Auslegung des § 91 Abs 2 ArbVG ist arbeitsverfassungsrechtlich vielmehr geboten, weil die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht auf Verarbeitungsschritte abstellen. Diese richten sich vielmehr nach den Zwecken einer Verarbeitung (insb Kontrolle[55] oder Beurteilung von Arbeitnehmer/innen[56]). Im Übrigen steht der Wortlaut des § 91 Abs 2 Satz 1 ArbVG einer solchen Interpretation auch nicht entgegen.

Der/die Betriebsinhaber/in hat aber nicht nur über die Verarbeitungsschritte und Zwecke, sondern auch über die potenziell zu verarbeitenden personenbezogenen Daten zu informieren, weil diese Informationen ebenfalls zur Ausübung der gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmungsrechte notwendig sind (Informationen, die über allgemeine Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen[57]). Dagegen spricht auch nicht, dass eine Informationspflicht hinsichtlich der Kategorien personenbezogener Daten bereits in § 91 Abs 2 Satz 1 ArbVG vorgesehen ist, da dieser nur Datenarten umfasst, die tatsächlich aufgezeichnet werden und nicht alle, die potenziell durch das System verarbeitet werden könnten. Andererseits unterscheidet sich auch der Zeitpunkt, da die Informationen über die Datenarten, die das System verarbeiten könnte, nach § 91 Abs 2 Satz 2 ArbVG vor dem tatsächlichen Einsatz bereitgestellt werden müssen.

Im Ergebnis hat der/die Betriebsinhaber/in gem § 91 Abs 2 ArbVG demnach nicht nur über die einzelnen Verarbeitungsschritte, sondern auch über die in diesem Zusammenhang verwendeten (abstrakten) personenbezogenen Daten und die Verarbeitungszwecke zu informieren.[58]

---

[54] Siehe in diesem Zusammenhang die Definition der Datenanwendung gem § 4 Z 7 DSG 2000: *„Datenanwendung" (früher: „Datenverarbeitung"): die Summe der in ihrem Ablauf logisch verbundenen Verwendungsschritte (Z 8), die zur Erreichung eines inhaltlich bestimmten Ergebnisses (des Zweckes der Datenanwendung) geordnet sind […]."*

[55] § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG.

[56] § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG.

[57] Vgl § 96 Abs 1 Z 2; § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG.

[58] Vgl diesbezüglich schon (allerdings ohne ausführliche Begründung) *Warter*, Einbindung des Betriebsrats in Datenschutz-Folgenabschätzung (Teil 2), Dako 2021/4, 79 (80).

Diese Überlegungen mögen technisch erscheinen, für die betriebsrätliche Arbeit ist diese teleologische Interpretation des § 91 Abs 2 ArbVG aber essenziell. Denn wäre der/die Betriebsinhaber/in lediglich verpflichtet, über die Verarbeitungen iS der einzelnen Verarbeitungsschritte eines Systems zu informieren, könnte der Betriebsrat mit diesen Informationen kaum etwas anfangen. Er hätte eine Liste zur Information, dass ein bestimmtes Programm personenbezogene Daten von Arbeitnehmer:innen erhebt, speichert, ordnet, auswertet und löscht, nicht aber zu welchen Zwecken dies erfolgt oder welche Datenarten überhaupt betroffen sind.

3.2 Form der Informationen und Aufbereitungspflicht

Abgesehen davon, dass Informationen – sofern nicht ausdrücklich anderes angeordnet ist – rechtzeitig und vollständig geliefert werden müssen, stellt sich in der Praxis die Frage, ob der/die Betriebsinhaber/in die Informationen in einer bestimmten Form übermitteln oder gar aufbereiten muss. Anders als in der BRGO zum BRG 1947, wo noch eine schriftliche Auskunftserteilung durch den Betriebsinhaber vorgesehen war, sieht (aktuell) weder das ArbVG noch die BRGO eine bestimmte Formvorschrift vor.[59] Nach der hA sowie der Judikatur müssen die Inhalte der Information von dem/der Betriebsinhaber/in den Umständen nach angemessen gestaltet werden. Dies impliziert, dass sie die Thematik vollständig abhandeln und aufschlussreich sein müssen. Letzteres bedeutet nach der Rsp, dass die Information in einer Weise geboten werden muss, die dem Betriebsrat eine nachhaltige Kenntnis der dargelegten Inhalte eröffnet.[60] Abhängig von der Komplexität der jeweiligen Materie sind die Informationen für den Betriebsrat auch entsprechend aufzubereiten.

Ein über diese Anforderungen hinausgehender Anspruch des Betriebsrats auf Aushändigung oder Übermittlung der Informationen in einer bestimmten Form besteht nicht, es sei denn, es ist gesetzlich ausdrücklich anderes angeordnet.[61] In der Praxis stellt sich deshalb zuweilen die Frage, ob der Betriebsrat verlangen kann, Informationen in digitaler Form oder gar einen direkten Zugang zu einem IT-System zu erhalten. Die Einräumung eines direkten Zugangs zum System zur Erfüllung der Informationspflichten könnte auch im Interesse des/der Betriebsinhabers/in sein, da sich über die Vergabe entsprechender Zugangsberechtigungen leichter kontrollieren lässt, wer auf welche Informationen zugreift.[62] Bei Ausdrucken in Papierform oder PDF-Dateien, die als E-Mail-Anhänge verschickt werden, lässt sich ungleich schwe-

[59] Siehe dazu schon oben.

[60] OGH 9 ObA 135/09g, ARD 6120/2/2011 (*Lindmayr*) = RdW 2011/161, 159 (*Lindmayr*) = ZAS 2012/17, 87 (*Grünanger*) = DRdA 2012/28, 388 (*Heilegger*); *Felten* in *Felten/Goricnik/Riesenecker-Caba*, Betriebsrat und Information Rz 2.11.

[61] Siehe etwa § 109 Abs 1 ArbVG, der vorsieht, dass die Information nach Z 1 bis 4 schriftlich zu erfolgen hat; vgl auch *Felten* in *Felten/Goricnik/Riesenecker-Caba*, Betriebsrat und Information Rz 2.11; *Drs* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 91 Rz 40.

[62] *Goricnik*, Ist es datenschutzrechtlich zulässig, dem Betriebsrat einen permanenten Zugriff auf ein Zeiterfassungssystem zu gewähren?, Dako 2021/54, 94.

rer sicherstellen, dass diese nicht an Dritte weitergeleitet werden. Zudem könnte die Einräumung eines Zugangs auch mit einer Verringerung des Aufwands für den/die Betriebsinhaber/in einhergehen. Die Einräumung eines direkten Zugangs zum EDV-System wäre aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht zulässig. Gegenteiliges lässt sich auch nicht aus einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung des OGH ableiten, in der dieser die Ansicht vertreten hat, § 89 ArbVG würde keine hinreichende Rechtsgrundlage für einen Anspruch des Betriebsrats auf Zurverfügungstellung eines solchen direkten Zugangs zum EDV-System des/der Betriebsinhabers/in darstellen.[63] Die Besonderheit bei diesem Fall war nämlich, dass der Betriebsrat bereits alle erforderlichen Unterlagen in Form mit den Originaldaten völlig übereinstimmender Ausdrucke erhalten hatte.[64] Mit anderen Worten: Es bedurfte keines direkten Zuganges zum EDV-Programm, da ohnehin alle Unterlagen bereitgestellt worden waren. Der OGH hat demnach lediglich ausgesprochen, dass der direkte Zugang zum EDV-System kein „Muss" ist. Zu der Frage, ob der/die Betriebsinhaber/in einen solchen Zugang einräumen „kann", hat der OGH hingegen nichts gesagt. Liest man die Urteilsbegründung des OGH im Kontext des § 57 BRGO, der davon spricht, dass dem Betriebsrat die Überwachung der Gehaltsauszahlungen in einer der Größe und technischen Ausstattung des Betriebes und den Bedürfnissen des Betriebsrats angemessenen Weise zu ermöglichen ist, spricht sogar viel dafür, dass jedenfalls auch die Einräumung eines direkten Zugangs zum EDV-System des/der Betriebsinhabers/in den Anforderungen des § 89 Z 1 ArbVG entspricht. Das gilt nicht zuletzt in Anbetracht des technischen Fortschritts. Dafür können auch datenschutzrechtliche Erwägungen ins Treffen geführt werden, weil sich auf diese Weise Datensicherheitsmaßnahmen für den/die Betriebsinhaber/in als datenschutzrechtliche/r Verantwortliche/r ungleich effektiver implementieren lassen.[65]

Dass gerade die Datenschutzbehörde rechtliche Bedenken gegen diese Praxis hegt, ist daher nicht zu verstehen.[66] Die Rechtsansicht, es bedürfe für die Inanspruchnahme des Einsichtsrechts in Gehaltsunterlagen jeweils einer konkreten Anfrage des Betriebsrats auf Grund eines konkreten Anlassfalls, findet keinerlei Deckung im ArbVG, wie *Goricnik/Winter* bereits klargestellt haben.[67] Der Betriebsrat ist berechtigt, jederzeit die Gehaltsunterlagen der Arbeitnehmer/innen einzusehen. Dass auch hier der Betriebsrat ein konkretes Einsichtsverlangen formulieren müsste,[68] lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Vor diesem Hintergrund ist die Vorgehensweise,

63 OGH 4.6.2003, 9 ObA 3/03m, Arb 12.332 = DRdA 2004, 343 (*Löschnigg*).

64 OGH 9 ObA 3/03m, Arb 12.332 = DRdA 2004, 343 (*Löschnigg*).

65 Ausführlich dazu bereits *Goricnik* in *Knyrim* (Hrsg), DatKomm Art 88 DSGVO Rz 94/1 (Stand 1.12.2023, rdb.at).

66 DSB D 124.4064 2021-0.512.929, DRdA-infas 2023, 203.

67 *Goricnik/Winter*, Betriebsverfassungsrechtliche Datenschutz-Compliance am Beispiel der Einsicht des Betriebsrats in Personaldaten, DRdA-infas 2023, 203 (204).

68 In diesem Sinne wohl aber *Drs* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 89 Rz 42 (Stand 1.9.2015, rdb.at).

dem Betriebsrat einen direkten Zugang zum EDV-System zu eröffnen, auch datenschutzrechtlich unproblematisch und gem Art 6 Abs 1 lit c DSGVO rechtmäßig.

Problematisch wäre diese Praxis allerdings dann, wenn es auf Grund der vergebenen Zugangsberechtigung ausgeschlossen wäre, dass Informationen auf einem lokalen Datenmedium abgespeichert und/oder ausgedruckt werden können.[69] Denn dies führt letztlich dazu, dass eine effektive Beratung durch dazu explizit befugte Dritte, wie Vertreter:innen der Arbeiterkammern und Gewerkschaften, entweder gar nicht mehr oder nur unter erheblichem Aufwand bzw erschwerten Bedingungen möglich ist.[70] Im Ergebnis bedeutet dies nichts weniger, als dass der Betriebsrat auf Grund der Art und Weise, wie ihm die Informationen zur Verfügung gestellt werden, in der Ausübung seiner Tätigkeit beschränkt wird. Die Beschränkung von Betriebsratsmitgliedern bei der Ausübung ihrer Tätigkeit ist aber gem § 115 Abs 3 ArbVG ausdrücklich verboten. Nach der Judikatur des OGH sind gem § 115 Abs 3 ArbVG grundsätzlich alle Anordnungen des/der Betriebsinhabers/in untersagt, die innerhalb des betriebsverfassungsrechtlichen Wirkungsbereichs dem Betriebsrat die Ausübung seiner Befugnisse erschweren oder unmöglich machen.[71] Dazu zählt zweifelsfrei auch die Befugnis gem § 39 Abs 4 ArbVG sich von den zuständigen kollektivvertragsfähigen Körperschaften beraten zu lassen.

4. Verwertung von Informationen

Selbst wenn der Betriebsrat alle erforderlichen Informationen von dem/der Betriebsinhaber/in erhalten hat, werden sich die konkreten Auswirkungen unternehmerischer Entscheidungen auf die im Rahmen des Betriebes beschäftigten Arbeitnehmer:innen auf Grund der Komplexität der Materie oftmals nur schwer beurteilen lassen. Den einzelnen Betriebsratsmitgliedern wird es in vielen Fällen an der erforderlichen Expertise fehlen. Eine entsprechende Risikobewertung ist aber zentrale Voraussetzung dafür, dass der Betriebsrat von seinen gesetzlichen Mitbestimmungsrechten Gebrauch machen kann.

Der deutsche Gesetzgeber hat dies erkannt und deshalb dem Betriebsrat den Zugang zu entsprechendem Sachverstand eröffnet. Gemäß § 80 Abs 2 BetrVG ist der/die Arbeitgeber:in – unter Berücksichtigung eines entsprechenden Vorschlagsrechts des Betriebsrats – verpflichtet, dem Betriebsrat „*sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen*“ zu Verfügung zu stellen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Darüber hinaus sieht § 80 Abs 3 BetrVG vor, dass der Betriebsrat „*nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber*“ berechtigt ist, Sachverständige hinzuzuziehen, soweit dies wiederum zur ordnungsgemäßen Er-

[69] Vgl bereits in diesem Sinne *Felten*, Digitale Board Portale im Aufsichtsrat und das Recht auf Beratung, wbl 2022, 555 (561).

[70] *Felten*, wbl 2022, 561.

[71] OGH 28.10.2013, 8 ObA 58/13g, DRdA 2014, 351 (*Mayr*).

füllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten hat gem § 40 Abs 1 BetrVG der/die Arbeitgeber/in zu tragen. Das gilt auch für die erforderlichen Kosten für die Beiziehung eines/einer Sachverständigen.[72] Im Zuge des sog „Betriebsrätemodernisierungsgesetzes"[73] wurde § 80 Abs 3 BetrVG insofern präzisiert, als der deutsche Gesetzgeber klargestellt hat, dass die Beiziehung von Sachverständigen immer dann als „erforderlich" im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, wenn der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben die „Einführung oder Anwendung von Künstlicher Intelligenz" beurteilen muss.

Eine vergleichbare Regelung, die dem Betriebsrat ein allgemeines Recht zur Beiziehung von Sachverständigen nach Maßgabe der Erforderlichkeit einräumt, kennt das österreichische Recht nicht.

4.1 Beratung durch Arbeiterkammer und Gewerkschaft

§ 39 Abs 4 ArbVG stellt allerdings klar, dass der Betriebsrat zu seiner Beratung „*in allen Angelegenheiten die zuständige freiwillige Berufsvereinigung oder gesetzliche Interessenvertretung der Arbeitnehmer beiziehen*" kann. Eine inhaltliche Schranke für das Recht auf Beiziehung existiert nicht. Es kann vielmehr „*in allen Angelegenheiten*", die vom Interessenvertretungsauftrag des § 38 ArbVG gedeckt sind,[74] in Anspruch genommen werden. Damit der Betriebsrat von diesem Beratungsrecht Gebrauch machen kann, ist den Vertreter/innen der Arbeiterkammern und Gewerkschaften auch ausdrücklich der Zugang zum Betrieb zu ermöglichen. Darüber hinaus gewährleistet § 90 Abs 2 ArbVG, dass Arbeiterkammern und Gewerkschaften nicht nur im Hintergrund beratend wirken dürfen. Sie können vom Betriebsrat auf dessen Ersuchen auch aktiv eingebunden und direkt den Beratungen mit dem/der Betriebsinhaber/in beigezogen werden, sofern es um Betriebsänderungen oder ähnlich wichtige Angelegenheiten, die erhebliche Auswirkung auf die Arbeitnehmer/innen des Betriebes haben, geht.[75]

Dieses Recht kann freilich nur dann sinnvoll ausgeübt werden, wenn dem Betriebsrat das Recht zukommt, die ihm zugänglichen Informationen mit den Vertreter:innen der Arbeiterkammern und Gewerkschaften zu teilen. Das muss auch für Informationen gelten, die als Betriebs- und/oder Geschäftsgeheimnisse einzustufen sind. Die explizite gesetzliche Verpflichtung der beigezogenen Vertreter/innen der Arbeiterkammern und Gewerkschaften zur Verschwiegenheit gem § 39 Abs 4 ArbVG macht nur dann Sinn, wenn der Betriebsrat berechtigt ist, die in Ausübung seines Mandats erlangten Informationen zur Gänze auch den Vertreter/innen von Arbeiter-

---

72 *Steiner/Schunder*, Aktuelle Kostenfragen im Zusammenhang mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz, NZA 2022, 12 (17); *Däubler*, Gläserne Belegschaften[9] (2021) Rz 649.

73 BGBl I S 1762.

74 *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz (2015) 86.

75 Vgl *Drs* in *Jabornegg/Resch/Strasser*, ArbVG § 90 Rz 39 (Stand 1.9.2015, rdb.at).

kammer und Gewerkschaft zur Kenntnis zu bringen.[76] Dass der Gesetzgeber dem Betriebsrat ausdrücklich das Recht eingeräumt hat, Arbeiterkammer und Gewerkschaft zu konsultieren, ist im Übrigen ein gewichtes Argument dafür, dass in diesem Fall die Weitergabe von Informationen, selbst wenn es sich um Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse handelt, jedenfalls zulässig ist und keiner Abwägung mehr mit den betrieblichen Interessen des/der Betriebsinhabers/in bedarf.[77]

4.2 Beratung durch unabhängige Expert:innen

Neben der „*in allen Angelegenheiten*" bestehenden Möglichkeit, sich mit Vertreter:innen der zuständigen kollektivvertragsfähigen Körperschaften zu beraten, hat der Gesetzgeber dem Betriebsrat zumindest in einem Fall darüber hinaus das Recht eingeräumt, externe Sachverständige beizuziehen: Gem § 109 Abs 1a letzter Satz ArbVG kann der Betriebsrat „*unbeschadet des § 92 Abs 2 […] der Beratung Sachverständige beiziehen*".

Der Anwendungsbereich dieses spezifischen Beiziehungsrechtes ist allerdings unklar. Der Gesetzgeber hat das Recht zur Beiziehung von Sachverständigen nicht im Abs 1, sondern im Abs 1a des § 109 ArbVG geregelt. Abs 1a beschäftigt sich mit einer ganz spezifischen Erscheinungsform einer Betriebsänderung, nämlich der Auflösung von Arbeitsverhältnissen, die eine Meldepflicht nach dem AMFG auslösen. Die entscheidende Frage ist daher, ob das Beiziehungsrecht ausschließlich in diesem Fall besteht, wie von manchen vertreten wird,[78] oder ob die explizite Nennung in Abs 1a bloß klarstellenden Charakter hat. Der Umstand, dass der Gesetzgeber damit seiner aus dem Unionsrecht resultierenden Umsetzungsverpflichtung nachgekommen ist,[79] mag zwar der Grund dafür sein, warum das Beiziehungsrecht in Abs 1a zu finden ist,[80] es stellt aber noch keine hinreichende Begründung dafür dar, warum es nur in diesem Fall und nicht auch bei den anderen Erscheinungsformen einer Betriebsänderung gelten sollte. Hält man sich den Zweck des Beiziehungsrechts vor Augen, dass den Betriebsrat offenkundig in die Lage versetzen soll, auf Augenhöhe mit dem/der Betriebsinhaber/in die geplanten Maßnahmen einer Betriebsänderung zu beraten, so ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, weshalb dieses auf Massenkündigungen beschränkt und sich nicht auch auf die anderen Fälle des § 109 Abs 1 ArbVG beziehen sollte.

Vor allem diese genuine Verknüpfung mit dem Beratungsrecht spricht dafür, das Beiziehungsrecht nicht nur auf den Abs 1a, sondern auf den gesamten Abs 1 zu be-

---

[76] *Felten*, Der Betriebsrat: Interessenvertretung versus Geheimhaltungspflichten, DRdA 2016, 169 (171).

[77] *Felten*, DRdA 2016, 169 (174 ff).

[78] Ausdrücklich *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 109 Rz 49 (Stand 1.2.2010, rdb.at); IdS wohl *Winkler* in *Tomandl*, ArbVG § 109 Rz 6 (8. Lfg, 2011).

[79] ErläutRV 1078 BlgNR 18. GP 15.

[80] So *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 109 Rz 49.

ziehen. Denn Abs 1a enthält kein Recht auf Beratung. Dieses findet sich auch für den Fall der Massenkündigung in Abs 1. Darauf hat *Schneller* bereits hingewiesen und daher zu Recht dafür plädiert, das Beiziehungsrecht auf alle Fälle einer Betriebsänderung im Sinne des § 109 Abs 1 ArbVG zur Anwendung zu bringen.[81] Dafür lässt sich auch ins Treffen führen, dass das Beiziehungsrecht „*unbeschadet des § 92 Abs 2*" besteht. Gem § 92 Abs 2 kommt dem Betriebsrat in allen Fällen einer Betriebsänderung und nicht nur bei Massenkündigungen das Recht zu, Vertreter:innen der zuständigen kollektivvertragsfähigen Körperschaften den Beratungen beizuziehen. Systematische und teleologische Gesichtspunkte legen demnach nahe, dass der Betriebsrat bei allen in § 109 Abs 1 ArbVG genannten Erscheinungsformen von Betriebsänderungen das Recht hat, den Beratungen mit dem/der Betriebsinhaber/in Sachverständige beizuziehen.[82]

4.3 Beratung als Sacherfordernis gem § 72 ArbVG

Unabhängig davon, wie weit man den Anwendungsbereich dieses spezifischen Beiziehungsrechts zieht, stellt sich die Frage, wer die Kosten des/der Sachverständigen zu tragen hat. § 109 ArbVG gibt darüber keinerlei Auskunft. Folglich muss es sich entweder um Kosten der Geschäftsführung, die gem § 74 Abs 1 ArbVG vom Betriebsratsfonds zu begleichen sind, oder um ein „sonstiges Sacherfordernis" im Sinne des § 72 ArbVG handeln, das von dem/der Betriebsinhaber/in zu finanzieren ist.

Letzteres erscheint keineswegs ausgeschlossen, eröffnet der Begriff des „Sacherfordernisses" gem § 72 ArbVG doch erheblichen Interpretationsspielraum.[83] Auf Grund der weiten Formulierung ist grundsätzlich anerkannt, dass der Begriff auch Dienstleistungen miteinschließen kann.[84] Das bestätigt § 22 BRGO, der ausdrücklich klarstellt, dass „in großen Betrieben" eine Verpflichtung des/der Betriebsinhabers/in bestehen kann, dem Betriebsrat eine Schreibkraft zur Seite zu stellen. Auch der OGH hat anerkannt, dass die Zurverfügungstellung von Schreibkräften ein „Sacherfordernis" gem § 72 ArbVG sein kann.[85] Wenn aber die Zurverfügungstellung einer Schreibkraft „in großen Betrieben" ein notwendiges Sacherfordernis ist, so muss das auch für die Bereitstellung eines/r fachkundigen Arbeitnehmers/in (zB IT-Experte/in) gelten, der/die über die notwendige Expertise verfügt, um den Betriebsrat bei der Erfüllung seiner Interessenvertretungsaufgabe zu unterstützen. Denn es besteht kein Zweifel, dass der Zugang zu entsprechendem Sachverstand dem Grunde nach ebenfalls ein notwendiges „Sacherfordernis" ist. Aus diesem Grund wird einhellig die Meinung vertreten, dass dem Betriebsrat beispielsweise einschlägige Fachliteratur

[81] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 109 Rz 48.
[82] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 109 Rz 48.
[83] *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 72 Rz 2 (Stand 1.12.2006, rdb.at).
[84] *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 72 Rz 5; *Radner/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 72 Rz 23; *Jabornegg*, Zur Finanzierung der Betriebsratstätigkeit am Beispiel der Reisekosten, in FS Floretta (1983) 530.
[85] OGH 20.8.2008, 9 ObA 89/07i, DRdA 2010, 224 (*Cerny*).

über § 72 ArbVG zu finanzieren ist.[86] Einschlägige Fachliteratur nützt allerdings nichts, wenn man sie nicht versteht. In diesem Fall kann die Zurverfügungstellung einer Auskunftsperson Abhilfe schaffen; also ein sonstiges Sacherfordernis zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung sein. Da der Betriebsrat die Auskunftsperson typischerweise nur zeitlich begrenzt und nicht dauerhaft benötigen wird, ist davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung für den/die Betriebsinhaber/in jedenfalls in größeren Betrieben regelmäßig iSd § 22 BRGO auch zumutbar sein wird.[87]

Selbst für den Fall der Zurverfügungstellung einer entsprechenden Fachkraft stellt sich allerdings die Frage, ob der Betriebsrat seine gesetzlichen Aufgaben mit Hilfe einer dem/der Betriebsinhaber/in zuzurechnenden Auskunftsperson wirklich „ordnungsgemäß" erfüllen kann. Denn es erscheint zweifelhaft, ob der Betriebsrat auf die Unabhängigkeit der Beratung vertrauen darf, wenn als Auskunftsperson eine Person fungiert, die von dem/der Betriebsinhaber/in per Weisung dem Betriebsrat zur Seite gestellt worden ist. Aus diesem Grund wird man dem Betriebsrat jedenfalls ein Mitspracherecht bei der Auswahl der Auskunftsperson – vergleichbar § 80 deutsches BetrVG – einräumen müssen. Ob damit aber bereits eine hinreichende Unabhängigkeit der Expertise gewährleistet ist, darf bezweifelt werden. Davon scheint auch der Gesetzgeber auszugehen, hat er doch dem Betriebsrat das Recht eingeräumt, in allen Angelegenheiten die Expertise von Arbeiterkammer und Gewerkschaft einzuholen. Daraus ergibt sich im Übrigen auch, dass der Betriebsrat deren Beratung vorrangig in Anspruch nehmen soll. Freilich kann es (zB technische) Fragen geben, die auch von den Expert:innen der Arbeiterkammern und Gewerkschaften nicht beantwortet werden können. In diesem Fall kann die Beiziehung eines/einer unabhängigen Sachverständigen erforderlich sein, damit der Betriebsrat seinen Interessenvertretungsauftrag im Sinne des § 72 ArbVG ordnungsgemäß erfüllen kann. Für den Europäischen Betriebsrat hat das der Gesetzgeber – freilich in Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben[88] – ausdrücklich anerkannt. Gem § 186 Abs 2 ArbVG zählt die Inanspruchnahme von Sachverständigen explizit zu den notwendigen Sacherfordernissen für eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung des Europäischen Betriebsrats. Wie der OGH unlängst klargestellt hat, ist damit nicht die kostenlose Beratung durch Arbeiterkammer und Gewerkschaft gemeint, sondern die (zumeist kostenpflichtige) Konsultation unabhängiger Sachverständiger, deren Auswahl alleine dem Europäischen Betriebsrat obliegt.[89] Es ist – selbst eingedenk der unionsrechtlichen Umsetzungsverpflichtung – kein Grund ersichtlich, weshalb für § 72 ArbVG anderes gelten sollte.

---

86 *Reissner*, Zum Anspruch des Betriebsrats auf Beistellung einer Sekretariatskraft, ASoK 2005, 43; *Jabornegg* in FS Floretta 530.

87 OGH 9 ObA 89/07i, DRdA 2010, 224 (*Cerny*).

88 Vgl Art 5 Abs 4 RL 2009/38/EG.

89 OGH 29.8.2023, 8 ObA 28/23k, ARD 6878/7/2023 *(Sabara).*

Es ist daher zusammenfassend davon auszugehen, dass zwar der Betriebsrat vorrangig die Beratung durch Arbeiterkammern und Gewerkschaften in Anspruch zu nehmen hat. Bei komplexen Fragen, die eine entsprechende Expertise voraussetzen, die nicht von den Arbeiterkammern und Gewerkschaften abgedeckt wird, kann aber auch ein Anspruch auf Übernahme der Kosten der Beiziehung eines/einer unabhängigen Sachverständigen bestehen. Das gilt jedenfalls im Anwendungsbereich des § 109 ArbVG – hier hat der Gesetzgeber die Notwendigkeit der Beiziehung externer Sachverständiger explizit anerkannt –, aber auch in anderen Angelegenheiten, wie zB innerbetrieblichen Digitalisierungsfragen. Den Betriebsrat trifft dann allerdings die Verpflichtung, die Notwendigkeit gegenüber dem/der Betriebsinhaber/in darzulegen.

5. Ausblick

Hält man sich die bestehenden Regelungen des ArbVG, die dem Betriebsrat Zugang zu Informationen eröffnen, vor Augen, so ist zu konstatieren, dass sich der Gesetzgeber der Bedeutung der Informationsrechte für das Gesamtsystem der Mitbestimmung grundsätzlich bewusst ist. Der Betriebsrat ist mit einer Vielzahl an Informationsansprüchen ausgestattet, die alle neuralgischen Fragen abdecken und den Betriebsrat damit in die Lage versetzen, seinem gesetzlichen Interessenvertretungsauftrag umfassend nachkommen zu können. Tatsächlich hat der Gesetzgeber des ArbVG bei der Ausgestaltung der Informationsrechte Weitblick bewiesen, in dem er bereits in den 1980er-Jahren die notwendigen Grundlagen dafür geschaffen hat, dass die Belegschaft bei Digitalisierungsprozessen mitreden und damit die heute stattfindende digitale Transformation in den Betrieben mitgestalten kann.

Defizite bestehen aber bei der Durchsetzung des Rechts auf Information. Denn der Faktor Zeit spielt in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle: Informationen sind in aller Regel nur dann etwas wert, wenn sie vollständig und vor allem rechtzeitig übermittelt werden. Es ist daher in der Praxis wenig hilfreich, wenn man den Betriebsrat auf langwierige zivilgerichtliche Verfahren verweist, um den Informationsanspruch gegenüber Betriebsinhabern/innen, die den gesetzlichen Vorgaben nicht nachkommen (wollen), zwangsweise durchzusetzen. Die Absicherung des Informationsanspruches mittels Verwaltungsstrafe wäre da zweifelsfrei das schnellere und damit effektivere Instrument. Dies ließe sich ohne Weiteres über eine Ergänzung des § 160 ArbVG umsetzen.

Darüber hinaus scheint den Gesetzgeber der Mut auf halbem Weg verlassen zu haben. Denn der Zugang zu Informationen ist das Eine, die Informationen entsprechend verwerten zu können, das Andere. Für letzteres bietet das ArbVG nur unzureichende Rechtsgrundlagen. Das ist deshalb problematisch, weil der Betriebsrat als demokratisches Vertretungsorgan konzipiert ist. Seine Mitglieder werden aus der Mitte der Belegschaft gewählt. Folglich kann nicht erwartet werden, dass die Betriebsratsmitglieder über den erforderlichen Sachverstand verfügen, um die ihnen zugänglichen Informationen entsprechend lesen und bewerten zu können. Das ist

auch der Grund, weshalb sich Betriebsratsmitglieder gerade keinem „fit and proper"-Test unterziehen müssen. Alles andere würde die demokratische Basis des Betriebsrats in Frage stellen.[90] Gerade weil Betriebsratsmitglieder kein spezifisches Wissen auf- bzw nachweisen müssen, hat der Gesetzgeber des ArbVG dem Betriebsrat die Arbeiterkammern und Gewerkschaften zur Beratung zur Seite gestellt. Diese praktisch äußerst wichtige Unterstützung des Betriebsrats durch die überbetrieblichen Interessenvertretungen steht jedoch unter dem Damoklesschwert, dass ihre Inanspruchnahme eine Verletzung der betriebsverfassungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht und damit sogar in letzter Konsequenz einen Entlassungsgrund bedeuten könnte. Der Gesetzgeber hat es verabsäumt, explizit klarzustellen, dass die Weitergabe von Informationen im Zuge dieser Beratungen keinen Verstoß gegen die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht des Betriebsrats darstellt. Dies de lege ferenda zu beheben, wäre daher ein wichtiges Desiderat.

Freilich stoßen auch die Arbeiterkammern und Gewerkschaften zunehmend an die Grenzen ihrer fachlichen Expertise, wenn es darum geht, den Betriebsrat in seiner Aufgabenerfüllung zu unterstützen. Das gilt insbesondere dann, wenn es um technische Fragen der Digitalisierung, zB um den Einsatz Künstlicher Intelligenz und ihrer Auswirkungen auf die Belegschaft, geht. Zwar gibt es gute Argumente dafür, dass bereits de lege lata ein Recht des Betriebsrats bestehen kann, in komplexen Angelegenheiten unabhängige Sachverständige beizuziehen. Eine gesetzliche Klarstellung, die auch die Frage der Kostentragung beinhaltet, wie sie zB der deutsche Gesetzgeber im Zuge des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes vorgenommen hat, wäre jedoch ohne Zweifel zeitgemäß.

[90] Nicht zu überzeugen vermag daher *Schima*, Betriebsrat über dem Gesetz? - Kein Fit & Proper-Test für Arbeitnehmervertreter in Bank-Aufsichtsräten, ÖBA 2014, 28 ff.

Betriebsverfassung: Datenschutz und Persönlichkeitsrechte

Zu diesbezüglichen Antinomien und Unschärfen & deren Auflösung

Wolfgang Goricnik

1. Einleitung 415
2. Die Zentralnorm des § 89 ArbVG 416
   2.1 Einbettung des § 89 ArbVG in die DS-GVO 417
   2.2 Einsichtsrechte des BR und individueller Datenschutz 418
   2.3 „Digitalisierungsfitness" des Ausübungsmodus der Einsichtsrechte? 419
3. Die Zentralnorm des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG 420
   3.1 Die datenschutzrechtliche Rechtsnatur einer BV 421
   3.2 Kontextuelle personenbezogene Kontrollen des BR 422
   3.3 Die Auslegung der Tatbestandselemente der objektiven Eignung zur Kontrolle und zum Berühren der Menschenwürde angesichts des technologischen Fortschrittes 424
4. Die Zentralnorm des § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG 429
   4.1 Beschäftigtendatenschutzrecht qua BV (statt qua Gesetz) 430
5. Rechtspolitischer Ausblick 431

1. Einleitung

Unter „Datenschutz" versteht man gemeinhin Persönlichkeitsrechte von automationsunterstützten Datenverarbeitungen betroffener natürlicher Personen.[1]

Österreich hat trotz der vom Unionsrecht gebotenen Möglichkeit der (neuen) Erlassung nationalen Beschäftigtendatenschutzrechtes von der entsprechenden „Öffnungklausel" des Art 88 DS-GVO keinen Gebrauch gemacht, vielmehr teilte das Sozialministerium der EK im Wege der Österreichischen Vertretung bei der EU mit Schreiben vom 27. 6. 2018 unter Berufung auf die Notifikationsbestimmung des

[1] Siehe Art 2 iVm Art 4 Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (DS-GVO) idF ABl L 2016/314, 72, ABl L 2018/127, 2 und ABl L 2021/74, 35. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass sich der sachliche Anwendungsbereich der DS-GVO auch auf die nichtautomatisierte Verarbeitung (zumindest) personenbeziehbarer Daten erstreckt, wenn entsprechende Daten in einem „Dateisystem" gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, worunter im ggst betriebsverfassungsrechtlichen Kontext zB ein Personalakt zu verstehen wäre.

Art 88 Abs 3 DS-GVO ua das ArbVG idgF, „soweit es die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext betrifft, wie insb die Bestimmungen des II. Teils, 3. und 5. Hauptstück (bspw §§ 89, 99, 104a, 105, 129) oder die Bestimmungen des V. Teils (wie etwa die §§ 198f)", als entsprechende Rechtsvorschrift mit.[2]

Vor diesem Hintergrund stellt sich natürlich erstens die Frage des Verhältnisses der einzelnen betriebsverfassungsrechtlichen Normen zur DS-GVO im Allgemeinen und zur „Öffnungsklausel" deren Art 88 im Besonderen.[3] Weiters darf zweitens nicht übersehen werden, dass die DS-GVO (schon rein kompetenzrechtlich)[4] keine Rechte des BR ausführt, mithin dieser „Dritter" iSd Art 4 Z 10 DS-GVO ist und damit seine (kollektiven) Mitwirkungsrechte gem ArbVG durchaus in Widerspruch zu (individuellen) Datenschutzrechten einzelner AN geraten können.[5] Darüber hinaus stellt sich drittens allgemein die Frage, wie „digitalisierungsfit" das österreichische Betriebsverfassungsrecht ist.

Allen diesen drei Fragestellungen soll im Folgenden näher nachgegangen werden und zwar aus Platzgründen nach einem „Pars-pro-toto"-Prinzip, sprich es sollen drei ausgewählte (auch in praxi) mitwirkungsintensive bzw -intensivierende „Zentralnormen" des ArbVG herausgegriffen werden, anhand deren Auslegung durch Judikatur und Lehre diese Fragen erörtert und möglichst einer Beantwortung zugeführt werden sollen.

2. Die Zentralnorm des § 89 ArbVG

§ 89 statuiert unter dem Titel „Überwachung" zunächst in seinem ersten Satz allgemein das Recht des BR, die Einhaltung der die AN des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen. Damit wird dem zuständigen Belegschaftsorgan ein allgemeines Überwachungsrecht eingeräumt, welches laufend und – im Sinne einer präventiven Kontrolle – insb unabhängig von konkreten Verdachtsmomenten oder

---

2 https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu/eu-member-states-notifications-european-commission-under-gdpr_en (abgerufen am 14.11.2023). Näher zu dieser Notifikationsbestimmung *Goricnik* in *Knyrim* (Hrsg), DatKomm Art 88 DSG-VO Rz 63 ff (Stand 1.12.2023, rdb.at).

3 Dazu allg näher *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 Rz 89 ff.

4 Die unionsrechtliche DS-GVO will und kann nur Bereiche regeln, die von der Kompetenznorm des Art 16 Abs 2 AEUV abgedeckt werden, gegenständlich sohin den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die MS im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, und den „freien Datenverkehr" (als besondere Ausgestaltung der allgemeinen Binnenmarktkompetenz des Art 114 AEUV), wobei „Beschäftigtendatenschutzrecht" wohl nur als Annexmaterie mitgeregelt werden darf.

5 Der BR hat primär im Belegschaftsinteresse zu handeln, das nicht zwangsläufig mit den Einzelinteressen der AN kongruent sein muss (dazu instruktiv schon *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis [2009] 264 ff).

Anlassfällen ausgeübt werden kann. Die Generalklausel des ersten Satzes wird sodann durch die demonstrative Aufzählung (arg: „insbesondere") der Z 1 bis 4 konkretisiert. Die dort festgeschriebenen Befugnisse stellen daher keine abschließende Regelung dar, sondern sind nur als Bsp anzusehen, die deshalb ausdrücklich angeführt werden, weil damit gleichzeitig eine nähere Ausgestaltung erfolgt.[6]

Aus dem Wortlaut des § 89 (arg: „der Betriebsrat hat") wird von der hA überzeugend gefolgert, dass § 89 insgesamt eine Pflichtbefugnis des BR und nicht nur eine Ermächtigung zum Tätigwerden begründet.[7]

2.1 Einbettung des § 89 ArbVG in die DS-GVO

Diese Pflichtbefugnis des BR weicht nicht von den allgemeinen Vorgaben und Standards der DS-GVO (Art 6 Abs 1 lit c) ab, womit keine Gebrauchmachung von der Öffnungsklausel des Art 88 erforderlich ist; damit erübrigen sich auch Überlegungen, ob diese Norm dafür überhaupt datenschutzrechtlich konkret und präzise genug wären.[8] Unstrittig dürfte sein, dass diese Regelung einem im öffentlichen Interesse liegenden Ziel dient,[9] weil sie sicherstellt, dass die Belegschaftsvertretung die ihr im sozialpolitischen Interesse übertragenen Aufgaben (zum Schutz der Beschäftigten bzw der Belegschaft) nachkommen kann.[10] In diesem Sinne könnte man übrigens alle Pflichtbefugnisse des BR als in das entsprechende „System des ArbVG" eingebettet ansehen, sprich nicht ein einzelner Paragraf muss alle datenschutzrechtlichen Anforderungen des Art 6 Abs 3 DS-GVO erfüllen, sondern die materiellen datenschutzrechtlichen Anforderungen sind vom kohärenten System des ArbVG (im Wege einer unionsrechtskonformen Interpretation) insgesamt zu erfüllen.[11]

---

6 *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 89 Rz 2 mwN (arbvg.oegb verlag.at, Stand 1.7.2023).

7 *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 89 Rz 4 mwN. IdS auch OGH 17.9.2014, 6 ObA 1/14m.

8 Zumal Datenschutzgarantien und Vorschriften zur Wahrung der (individuellen) Persönlichkeitsrechte fehlen, ist das iSd rezenten EuGH-Jud (EuGH 30.3.2023, C-34/21) zu bezweifeln.

9 Dieses datenschutzrechtliche Erfordernis folgt aus Art 6 Abs 3 DS-GVO.

10 So auch das BAG 9.5.2023, 1 ABR 14/22 zum BetrVG.

11 So auch *Bergauer*, Erwägungen zu Art 88 DS-GVO „Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext", in FS Löschnigg (2019) 729 (739 f) und das BAG 9.5.2023, 1 ABR 14/22 zum BetrVG, allerdings iVm der bezughabenden „Durchleitungsnorm" des § 26 Abs 1 Satz 1 BDSG (eine solche „Durchleitungsnorm" existiert in Österreich bekanntlich seit dem Datenschutz-Deregulierungs-Gesetz 2018 nicht mehr). MaW ist auch in Österreich eine unionsrechtskonforme gesetzessystematische Auslegung des ArbVG möglich (so ja schon OGH 17.9.2014, 6 ObA 1/14m), erfordert aber – mit Ausnahme des wohl unstrittigen öffentlichen Interesses an einer demokratischen Betriebsverfassung – im einzelnen einen höheren Begründungsaufwand.

Auch vom weiteren datenschutzrechtlichen Erfordernis der Verhältnismäßigkeit[12] dieser Einsichtsrechte ist auszugehen.[13]

2.2 Einsichtsrechte des BR und individueller Datenschutz

Gemäß § 89 ArbVG hat der BR das Recht, die Einhaltung der die AN des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen. Ihm steht gem Z 2 leg cit (auch) die Befugnis zu, die Einhaltung der für den Betrieb geltenden KollV, der BV und sonstiger arbeitsrechtlicher Vereinbarungen zu überwachen. Aufgrund dieser Bestimmung kommt dem BR das Einsichtsrecht in bestimmte Aufzeichnungen und Unterlagen zu, wenn diese Einsicht erforderlich ist, um die Einhaltung bestimmter Rechtsvorschriften durch den BI überwachen zu können. In datenschutzrechtlicher Hinsicht wurde bereits mit der E des OGH 17.9.2014, 6 ObA 1/14m[14] mit ausführlicher Darstellung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung sowie des Schrifttums dargelegt, dass die Befugnisse des BR durch das (damalige) DSG 2000 nicht berührt (mE korrekter: nicht beschnitten) werden. Es wurde darauf hingewiesen, dass eine Aushöhlung der Tätigkeitsmöglichkeiten des BR im Bereich seiner Pflichtkompetenz vermieden werden soll und aufgrund der vielfältigen Sanktionen im Fall der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch ein BR-Mitglied jedenfalls davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber angemessene Garantien für die Wahrung des Datenschutzes auch durch den BR geschaffen hat. An diesen Erwägungen hält der OGH ausdrücklich auch vor dem Hintergrund der DS-GVO fest.[15]

Damit kann festgehalten werden, dass jedenfalls im Rahmen von Pflichtbefugnissen des BR eine (individuelle) datenschutzrechtliche Interessenabwägung nicht mehr stattzufinden hat.[16]

---

12 Art 6 Abs 3 DS-GVO spricht diesbzgl von einem „angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck".

13 Siehe dazu schon OGH 6 ObA 1/14m, DRdA 2015/33 (zust *Goricnik*).

14 OGH 6 ObA 1/14m, DRdA 2015/33 (zust *Goricnik*) = DRdA-infas 2015/10 *(Chlestil)* = jusIT 2014/112 (zust *Thiele*) zu Einsichtsrechten gem § 89 Z 1 ArbVG: Dem Klagebegehren des BR auf Einsicht in die vom Unternehmen geführten Aufzeichnungen über Bezüge der AN, die sich gegen eine Einsicht ausgesprochen hatten, in die zur Berechnung dieser Bezüge erforderlichen Unterlagen, in alle auf diese Bezüge bezugnehmenden Auszahlungsunterlagen sowie in sämtliche Aufzeichnungen, deren Führung durch Rechtsvorschriften vorgesehen ist, insb in Arbeitszeiterfassungen, Urlaubskarteien und Krankenstandsaufzeichnungen wurde in allen drei Instanzen stattgegeben.

15 OGH 9 ObA 51/22y, ARD 6862/8/2023 (*Lindmayr*) zur (rechnerischen) Richtigkeitsprüfung iZm einer BV über eine betriebliche Wohlfahrtseinrichtung.

16 Zu dieser „Sphärenharmonie" zwischen Betriebsverfassungsrecht und (mitbestimmungsneutralem) Datenschutzrecht ausführlich *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 Rz 88 ff.

2.3 „Digitalisierungsfitness" des Ausübungsmodus der Einsichtsrechte?

Die Einsichts- und Kontrollrechte des § 89 bestehen unabhängig davon, in welcher Form die Lohn- bzw Gehaltsverrechnung bzw überhaupt die Personalverwaltung durchgeführt wird und wie die Löhne (Gehälter) ausgezahlt werden. Insb ist das Überwachungsrecht des BR auch dann gegeben, wenn die Lohn- bzw Gehaltsverrechnung bzw die Personalverwaltung automationsunterstützt vorgenommen werden.[17] In diesem Fall müssen dem BR die EDV-Aufzeichnungen so zugänglich gemacht werden, dass er die Richtigkeit der Entgelthöhe sowie der Abzüge bei jedem AN überprüfen kann. Die Software für die Lohn- und Gehaltsverrechnung muss also so gestaltet sein, dass dem BR alle für die Ausübung seines Überwachungsrechts erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt werden können.

In welcher Form dies geschieht, liegt nicht im Ermessen des BI,[18] sondern resultiert grds aus einer Interessenabwägung in Bezug auf die näheren Umstände (insb Anlass, Umfang, Zumutbarkeit und auch IKT-Ausstattung des Unternehmens),[19] aber auch aus dem genauen Begehr des BR: Begehrt der BR zu Überprüfungszwecken ausdrücklich eine Einsichtnahme in die konkreten Lohn- und Gehaltsdateien, dann hat er darauf gem (der einschlägig komplementären Bestimmung des) § 91 Abs 2 letzter Satz ArbVG einen Anspruch.[20]

Zwar besteht wohl unstrittig kein Anspruch des BR auf einen Dauerzugriff auf das Personalverwaltungssystem, ein solcher Ausübungsmodus kann aber betriebsverfassungs- und datenschutzrechtlich „übergesetzlich" freiwillig zwischen BI und BR akkordiert werden, was sogar einer Datensicherheitsmaßnahme gem Art 32 DS-GVO entspricht, wenn eine Anmeldung des BR als authentifizierter Benutzer mit BR-Benutzerkonto und Kennwort und bloßem Leserecht (als Dateisystemberechtigung) erfolgt und entsprechende Zugriffe protokolliert werden.[21]

Dogmatisch ist nämlich zwischen einer datenschutzrechtlichen Zulässigkeit und einem betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch (= datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand gem Art 6 Abs 1 lit c DS-GVO) zu unterscheiden, wobei bei der Konstellation, dass der AG im Rahmen des § 89 ArbVG freiwillig (aus Praktikabilitätsgründen) einen – datenschutzrechtlich zulässigen – Dauerzugriff gewährt, als Erlaubnistatbestand Art 6 Abs 1 lit f DS-GVO zum Tragen kommt (wenn der AG die dargestellten entsprechenden Datensicherheitsmaßnahmen programmieren lässt). MaW gibt es zwar keinen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch des BR auf einen Dauerzugriff (als Einsichtsmodus) auf die entsprechenden IT-Systeme des AG;

---

17 Vgl den in der HR zunehmend eingeführten Digitalen Personalakt.

18 So aber *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 89 Rz 13.

19 Vgl *Grünanger*, Einsichtsrecht(e) in Gehaltsdaten und Personalakten? ZAS 2014/48, 292 (295).

20 So *Löschnigg* in seiner E-Anmerkung zu OGH 9 ObA 3/03m, DRdA 2004/23, 344 (345).

21 So schon *Goricnik*, Ist es datenschutzrechtlich zulässig, dem Betriebsrat einen permanenten Zugriff auf ein Zeiterfassungssystem zu gewähren?, Dako 2021/54, 94.

trotzdem kann der AG einen solchen Dauerzugriff – aus Praktikabilitätsgründen freiwillig – (als Einsichtsmodus) gewähren, wobei sich die datenschutzrechtliche Erlaubnis diesfalls eben aus Art 6 Abs 1 lit f ergibt[22] (mit der Möglichkeit eines Widerspruchsrechtes betroffener AN gem Art 21 Abs 1 DS-GVO, zB wegen eines fraktionspolitischen Missbrauches so erlangter Daten); allgemein gesprochen braucht es für eine harmonisierende Auslegung von ArbVG und DS-GVO also nicht unbedingt nur Rechte/Ansprüche des BR gegenüber dem AG, es sind auch andere Datentransfers – und erst recht andere Ausübungsmodalitäten unstrittig rechtmäßiger Datentransfers – betriebsverfassungsrechtlich möglich (ggst zB ein anderer Modus eines an sich bestehenden Einsichtsrechtes) und datenschutzrechtlich zulässig, uU eben mit anderen datenschutzrechtlichen Implikationen (wie insb dem dargestellten Widerspruchsrecht einzelner AN).[23]

Zeitgemäß technologisch ausgelegt und praktisch angewandt sind sohin die bezüglichen Einsichts- und Überwachungsrechte sehr wohl „digitalisierungsfit".

3. Die Zentralnorm des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG

Die rechtlich stärkste Form der Mitbestimmung ist dann gegeben, wenn Maßnahmen oder Entscheidungen des BI durch ein Veto des BR blockiert, überhaupt verhindert oder (im Sinne der Belegschaft) adaptiert werden können. § 96 ArbVG zählt vier dieser zustimmungspflichtigen Maßnahmen taxativ auf. Ggst interessiert die Z 3 dieser Norm, nämlich die „Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der AN, soferne diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren."

Diese Maßnahmen bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der (vorherigen) Zustimmung des BR, die auch nicht durch die Entscheidung einer Schlichtungsstelle ersetzt werden kann. Versucht der BI dennoch, eine solche Maßnahme ohne Zustimmung des BR zu treffen, kann der BR auf Unterlassung klagen, bei Gefahr im Verzug ist auch Beantragung einer einstweiligen Verfügung möglich.[24]

Bzgl dieser Norm stellen sich vor allem die Detail-Fragen, wie es um die datenschutzrechtliche Rechtsnatur einer solchen BV bestellt ist, ob der BR (zu Kontroll-

---

[22] Die entsprechende Interessenabwägung könnte am praktikabelsten vermittels einer BV (gem § 96a Abs 1 Z 1 oder § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG) durch eine präzise betriebliche Ausgestaltung gem Art 88 Abs 1 DS-GVO (unter Beachtung dessen Abs 2, sprich mit der zusätzlichen Implementierung von Datenschutzgarantien und der Statuierung von Vorschriften zur Wahrung der [individuellen] Persönlichkeitsrechte) konkretisiert werden, womit die Erlaubnis zu einer solchen spezifischen Datenverarbeitung generell indiziert würde (dazu näher *Goricnik/Winter*, Betriebsverfassungsrechtliche Datenschutz-Compliance am Beispiel der Einsicht des Betriebsrats in Personaldaten, DRdA-infas 2023, 203 [204 f]).

[23] Vgl *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 Rz 94/1.

[24] Statt vieler *Cerny* in *Däubler/Kittner* (Hrsg), Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] (2022) Anhang 712.

zwecken des kontrollierenden BI) vermittels einer solchen BV Zugriff auf (zumindest) personenbeziehbare Daten betroffener AN erlangen darf und wie dogmatisch-mitbestimmungsrechtlich mit (heutzutage mehr oder weniger laufend eingespielten) Updates, Releases und Downloads bzw der Freischaltung weiterer System-Module umzugehen ist.

3.1 Die datenschutzrechtliche Rechtsnatur einer BV

Die Öffnungsklausel des Art 88 DS-GVO adressiert ausdrücklich „Kollektivvereinbarungen", worunter gem dem zugehörigen ErwGr 155 auch „Betriebsvereinbarungen" zu verstehen sind, mithin diese Kollektivvereinbarungen auch spezifische datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände iSd Art 6 DS-GVO darstellen können. Sohin können betriebsverfassungsrechtliche Ermächtigungstatbestände zu heteronomer Rechtsetzung, wenn sie sozialpolitisch (auch) auf Beschäftigtendatenschutz abzielt, unionsrechtlich (auch) als Ermächtigung für den Abschluss einer neuen genuin europarechtlichen „Beschäftigtendatenschutz-BV" im Gewand des jeweiligen BV-Typus aufgefasst werden. Die allgemeinen Ermächtigungsnormen des kollektiven Arbeitsrechts zur heteronomen Rechtsetzung erlauben nämlich (wohl unbestritten) die (Mit-)Regelung auch von Beschäftigtendatenschutz. Daraus folgt, dass das österr kollektive Arbeitsrecht, wo es zu dieser heteronomen Rechtsetzung ermächtigt, in diesem Rahmen BV (und auch KollV) als unionsrechtliche Erlaubnistatbestände für Datenverarbeitungen im Beschäftigungskontext zu fungieren ermöglicht, ohne dass noch eigens eine entsprechende mitgliedstaatliche Zuweisung erfolgen müsste. Die inhaltliche Absicherung bzw Begrenzung ihrer neuen rechtlichen Bedeutung bzw Wirkmächtigkeit hinsichtlich Betroffener leistet dabei insb Art 88 Abs 2 DS-GVO.[25]

Neben dem (auch nach dem 25.5.2018) weiterhin möglichen Abschluss einer „schlichten" Datenschutz-BV durch den BR mit einem inhaltlich weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Regelungen, unter denen der BI – auf Grundlage der allgemeinen Vorgaben der DS-GVO – in diesen Angelegenheiten tätig werden darf, könnten sowohl der BR als auch der BI nunmehr sohin auch eine „europarechtlich qualifizierte" BV (in betriebsspezifischer Konkretisierung der Öffnungsklausel zum Beschäftigtendatenschutz) zu verhandeln bzw durchzusetzen versuchen, indem sie sich ausdrücklich auf Art 88 Abs 1 DS-GVO berufen. Dann muss sich die BV natürlich im Rahmen der dort aufgeführten Zwecke halten (Art 88 Abs 1) und den dort statuierten Anforderungen (Art 88 Abs 1 und Abs 2) genügen, dh insb Maßnahmen zum Grundrechtsschutz und zur Wahrung der Menschenwürde der betroffenen Beschäftigten treffen.[26] Mit Anwendbarkeit der DS-GVO kann durch den Abschluss entsprechender BV also das zT unbefriedigende Nebeneinander von Arbeitsrecht

[25] Dazu ausführlich *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 Rz 39 ff mwN.
[26] *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 Rz 43.

und Datenschutzrecht[27] damit – wie schon bis dato durch entsprechende „Erlaubnis"-BV in Deutschland[28] – auch dogmatisch einwandfrei harmonisiert werden. An dieser Schnittstelle zum Datenschutzrecht kommt BV damit künftighin eine „doppelte Aufgabenstellung" zu: Zum einen können sie als datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand fungieren, zum anderen dienen sie (nach wie vor) der Erfüllung der Mitbestimmungsrechte des BR.[29]

In Entsprechung der aktuellen Jud des EuGH ist im gegebenen Zusammenhang aber zu beachten, dass – um als „spezifischere Vorschrift" im Sinne von Art 88 Abs 1 DS-GVO klassifiziert werden zu können – eine Rechtsvorschrift auch die Vorgaben von Art 88 Abs 2 leg cit erfüllen muss. Abgesehen davon, dass diese spezifischeren Vorschriften einen zu dem geregelten Bereich passenden Regelungsgehalt haben müssen, der sich von den allgemeinen Regeln der DS-GVO unterscheidet, müssen sie also auf den Schutz der Rechte und Freiheiten der Beschäftigten hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext abzielen und geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person umfassen. Art 88 ist resümierend also dahin auszulegen, dass eine Rechtsvorschrift (gleichviel ob Gesetz oder Kollektivvereinbarung) keine „spezifischere Vorschrift" im Sinne von Art 88 Abs 1 DS-GVO sein kann, wenn sie nicht die Vorgaben von Abs 2 erfüllt.[30]

Die vorstehenden Ausführungen treffen allesamt auf § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG zu, der mithin kein Beschäftigtendatenschutzrecht ist, aber zur Schaffung von (betrieblichem) Beschäftigtendatenschutzrecht ermächtigt.

3.2 Kontextuelle personenbezogene Kontrollen des BR

Grds sind alle gesetzlichen Mitwirkungsbefugnisse des BR datenschutzrechtlich daraufhin zu prüfen, ob die Ausmittlung dieser Befugnisse auf der Ebene des ArbVG (entweder aus dem klaren Gesetzeswortlaut oder kraft einer Interessenabwägung im Dreieck AN – Belegschaft/BR – AG abgeleitet) die (betriebsverfassungsrechtliche) Erforderlichkeit der Verarbeitung von personenbezogenen AN-Daten für den jeweiligen Zweck durch den BR ergibt. „Erforderlichkeit" bedeutet idZ, dass die jeweilige

---

[27] Vgl dazu schon *Knyrim/Riedl,* Duplik zu *Goricnik*, Replik zu *Knyrim/Riedl*, Anm zu DSK 14.12.2012, K600.320-005/0003-DVR/2012, DRdA 2013/37, 350 (Erfordernis einer Betriebsvereinbarung bei Genehmigung eines Hinweisgebersystems bei der Datenschutzkommission), DRdA 2014, 83 (84).

[28] ZB *Wybitul/Sörup/Pötters,* ZD 2015, 559 ff; *Taeger/Rose,* BB 2016, 819 (821 f). *Maschmann* in *Kühling/Buchner* (Hrsg), DS-GVO/BDSG[3] (2022) § 26 BDSG Rz 66 führt dazu aus, dass sich diese datenschutzrechtliche Regelungsbefugnis von Kollektivvereinbarungen schon aus § 1 Abs 1 TVG bzw § 87 Abs 1 Nr 6 BetrVG ergibt und die zusätzliche (neue) gesetzliche Klarstellung in § 26 Abs 4 BDSG deshalb überflüssig ist.

[29] Dazu näher *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 Rz 45 mwN.

[30] EuGH 30.3.2023, C34/21, *Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium/Minister des Hessischen Kultusministeriums* Rn 74 f.

Datenverarbeitung einer entsprechenden effizienten Aufgabenerfüllung durch den BR – unter Berücksichtigung des Grundsatzes der „Datenminimierung" gem Art 5 Abs 1 lit c DS-GVO – dient. Diesfalls haben dann allfällige Geheimhaltungsinteressen eines betroffenen AN kraft gesetzgeberischer Wertung des ArbVG hinter das Belegschaftsinteresse an einer entsprechenden Datenverarbeitung durch den BR, der einer strengen (auch betriebsverfassungsrechtlichen) Verschwiegenheitspflicht unterliegt,[31] zurückzutreten, was überdies auch dem (nationalen) Grundrecht auf Datenschutz des § 1 Abs 1 DSG entspricht.[32] Bei richtiger Auslegung ergibt sich im Ergebnis sohin idR ein Gleichlauf zwischen betriebsverfassungsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Erforderlichkeit (als übergreifendes Prinzip des Art 6 DS-GVO).[33]

Der BI hat den BR über die vorgesehene Verwendung von personenbezogenen AN-Daten (und die entsprechenden Datenarten) nach § 91 Abs 2 ArbVG von sich aus zu informieren. Ferner kann der BR nach Abs 2 Satz 2 dieser Rechtsgrundlage verlangen, dass ihm die Überprüfung der Grundlagen für die Verarbeitung und Übermittlung der AN-Daten ermöglicht wird. Unter „Grundlagen" werden primär die technologischen Grundlagen (zB die Einsicht in die Programmdokumentation) verstanden, die Überprüfung soll sich aber auch auf die Daten selbst beziehen können;[34] neben den informationstechnischen Grundlagen (insb Programmdokumentation, Konfigurationen) sind damit auch die Information über die abstrakten Datenkategorien und die verwendeten „Masken", wohl aber auch die Vornahme einer Einsicht zwecks Stichproben bzw der Erhalt von „Screenshots" von Verarbeitungsvorgängen (bzw von Applikationen/„Apps") angesprochen, welche Einsichtnahmen zu ihrer Effektivität bzw zur Veranschaulichung zT allenfalls auch einer Einsicht in konkrete Daten einzelner AN bedürfen.[35] Sofern sich nicht aus § 89 ArbVG oder anderen Rechtsvorschriften ein unbeschränktes Einsichtsrecht des BR ergibt, ist aber darüber hinaus zur (anlasslosen) Einsicht in die Daten einzelner AN deren Zustimmung erforderlich (§ 91 Abs 2 Satz 3 ArbVG).

---

31 § 115 Abs 4 S 2 ArbVG.

32 Vgl idS schon *Marhold,* Datenschutz und Arbeitsrecht (1986) 53; *Kuderna,* Die Verschwiegenheitspflicht der Betriebsratsmitglieder und deren Bindung an das Datengeheimnis, in FS Floretta 577 (587).

33 Vgl entsprechend BAG 9.4.2019, 1 ABR 51/17. IdS spricht *Felten* umgekehrt von einer von datenschutzrechtlichen Erforderlichkeitserwägungen induzierten rechtsdogmatischen „Präzisierung" und „Schärfung" der Ausmittlung der Reichweite betriebverfassungsrechtlichen „Dürfens" von BR (anlässlich der online MANZ-Spezialtagung „Betriebsrat und Information" am 23.6.2021).

34 *Mosler* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 91 Rz 12 (4. Lfg, 2007); *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 91 ArbVG Rz 12; *Strasser/Jabornegg* (Hrsg), ArbVG³ (1999) § 91 Anm 14.

35 So auch *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 91 Rz 26.

Nach hier vertretener Ansicht[36] folgt aus dem Recht des BR, die Einhaltung der für den Betrieb geltenden BV zu überwachen (§ 89 Z 2 ArbVG), dass der BR zur (notwendigen) Einsicht in konkrete AN-Daten in Ausübung seines Rechts zur Überwachung der korrekten Umsetzung einer BV deshalb keiner Zustimmung der betroffenen AN bedarf. Diese betroffenen AN können zum einen von der in der BV geregelten Datenverarbeitung Betroffene, zum anderen aber auch die BV anwendende AN sein, deren diesbezügliche „Protokolldaten" (des Zugriffes auf den gemäß der BV verarbeiteten Datenbestand) zum Zweck der Prüfung ihrer entsprechenden Zugriffsberechtigung eingesehen werden. Ohne einen solchen begründeten konkreten Anlass[37] wäre eine Einsicht gegen den Willen des betroffenen AN aber wegen dessen dann schutzwürdigeren Interessen iSd Art 6 Abs 1 lit f DSGVO unzulässig (und iSd § 1 Abs 2 letzter Satz DSG unverhältnismäßig) und dürfte vom AG nicht gestattet werden.[38]

Am praktikabelsten und rechtssichersten wäre natürlich die nähere Ausgestaltung solcher Einsichts- und Überprüfungsrechte in der BV selbst.

3.3 Die Auslegung der Tatbestandselemente der objektiven Eignung zur Kontrolle und zum Berühren der Menschenwürde angesichts des technologischen Fortschrittes

Unter Kontrollmaßnahme wird grds eine generelle und auf Dauer angelegte Maßnahme verstanden, die objektiv geeignet ist, das Verhalten von AN zu kontrollieren oder gar zu überwachen. Es kommt nicht darauf an, ob die Kontrollmaßnahme mit oder ohne technische Unterstützung vorgenommen wird.[39] Auch Kontrollen durch andere AN oder Dritte (zB Privatdetektive) sind von diesem Tatbestand erfasst. Der Begriff Kontrollmaßnahme ist weit zu verstehen; die zusätzliche Erwähnung von technischen Kontrollsystemen dient offenbar nur dieser Klarstellung und ist weiters dahingehend zu verstehen, dass auch selbsttätig wirkende Kontrolleinrichtungen erfasst sind,[40] bspw ein E-Mail-Filter mit automatischem Verschieben der aus dem Posteingang „herausgefilterten" E-Mails in einen eigenen Ordner, der dann darauf-

[36] So schon *Goricnik/Grünanger* in *Grünanger/Goricnik* (Hrsg), Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle[2] Rz 2.153 f (Stand 1.11.2018, rdb.at).

[37] Vgl in diesem Sinne auch *Mosler* in *Tomandl*, ArbVG § 89 Rz 14 (4. Lfg, 2007).

[38] Vgl in diesem Sinne schon *Löschnigg*, Der Betriebsrat als Datenverwender, in *Resch* (Hrsg), Datennutzung im Betrieb (2015) 33 (58 f) zu einer verfassungskonformen Interpretation des betriebsverfassungsrechtlichen Normenbestandes, die sich im vorliegenden Kontext nicht von einer entsprechenden europarechtskonformen Interpretation unterscheidet.

[39] *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 96 ArbVG Rz 21 f; *Naderhirn*, Kollektives Arbeitsrecht und Arbeitnehmerkontrolle, in *Resch* (Hrsg), Die Kontrolle des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund moderner Medien (2005) 91 (94 f).

[40] Vgl *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 96 Rz 128 (Stand 1.12.2012, rdb.at).

hin durchgesehen wird, an wen die (aus bestimmten Gründen)[41] „herausgefilterten" E-Mails adressiert waren.

In Betracht kommen bspw Torkontrollen, Leibesvisitationen oder auch die Überwachung von IKT-Einrichtungen. Bei der objektiven Eignung ist zu fragen, ob das System die Möglichkeit bietet, AN zu kontrollieren. Es kommt also nicht auf die Intention des AG an. Die Möglichkeit der Kontrolle reicht aus, um die entsprechende objektive Eignung zu bejahen, es muss eben gerade kein spezielles Überwachungsprogramm (zB mit einer „Forensik"-Funktion) vorliegen.[42] Ein technisches Kontrollsystem, das Daten ermittelt, die erst in einem späteren Arbeitsvorgang für Kontrollzwecke herangezogen werden können, ist mitbestimmungspflichtig, wenn die ermittelten Daten objektiv für Kontrollzwecke geeignet sind.[43] Die Zustimmungspflicht (wenn auch das Tatbestandselement des Berührens der Menschenwürde erfüllt ist) setzt sohin nicht erst bei der Auswertung, sondern bereits bei der Ermittlung der Daten ein, weil bereits die Datenerfassung die objektive Kontrolleignung ermöglicht.[44] Relevant ist damit nicht, was tatsächlich kontrolliert wird, sondern was konkret kontrolliert werden kann.[45]

Bedenkt man überdies die vielfältigen und leicht verfügbaren Softwareangebote, die einfach nachträglich (auch und insb durch den AG)[46] installiert werden können, wird es mE für das Tatbestandselement der „objektiven Eignung zur Kontrolle" tatsächlich ausreichen, wenn softwaremäßige Erweiterungen des Systems ohne weiteres Zutun der AN bzw ohne deren Kenntnis möglich sind[47] (zB durch Download weiterer Module aus dem Internet oder durch die Freischaltung/Aktivierung bereits installierter Module nach Entrichtung eines Aufpreises) bzw (bei einer standardisierten Software-Lösung) sogar systemimmanent sind, für welche Beurteilung insb die „verkaufsfördernden" Angaben des Anbieters bzw Herstellers des Systems (insb auf

---

41 ZB wegen farblichen Hauttönen über einem bestimmten Prozentsatz (was Nacktbilder indiziert).

42 Vgl *Mosler*, Personalinformationssystem und Mitbestimmung der Belegschaft gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, DRdA 1983, 253 (257).

43 *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[2] (2012) 644.

44 Vgl *Löschnigg*, Biometrische Daten und Arbeitsverhältnis, ASoK 2005, 37 (41).

45 ZB *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96 Rz 45 mwN.

46 Diese technischen Möglichkeiten existierten früher schlichtweg nicht (vgl bspw eine tragende Begründung aus 1985, nämlich EA Linz Re 6/85, ZAS 1986/23, es sei dem AG aus eigenem nicht möglich, die Anlage selbst zu verändern), sodass frühere Entscheidungen und literarische Äußerungen, die sich mit einer möglichen „Umprogrammierung" eines Kontrollsystems auseinandersetzen, insofern als überholt angesehen werden müssen (so ausdrücklich auch *Preiss*, Anm zu OGH 8 ObA 288/01, DRdA 2003/37, 371 f).

47 So auch EA Wien V Re 507/82, Arb 10.238; *Löschnigg*, Wende in der Rechtsprechung zum Gebührencomputer? EDVuR 1986, 32 ff; OGH 8 ObA 288/01p, DRdA 2003/37 (diesbezüglich zust *Preiss*) = wbl 2002/353 (zust *Thiele*), insb auch mit dem Argument einer sicherzustellenden Kontrolle der Erfassungs- und Speichermöglichkeiten seitens des BR; *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 52 (11. Lfg, 2013); *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96 Rz 46; dem OGH zust auch *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 168.

dessen Homepage) herangezogen werden können. Nur wenn ein spezifisches System so ausgestaltet ist, dass es in sich abgeschlossen ist (zB eine nur für ein bestimmtes Unternehmen maßgeschneiderte Software-Lösung für eine bestimmte Anwendung ohne weitere aktivierbare Module) und die Möglichkeit einer standardisierten softwaremäßigen Erweiterung technisch ausgeschlossen ist, sowie eine sonstige softwaremäßige Erweiterung in Folge ihrer Aufwändigkeit von den AN als System-Usern nicht unbemerkt[48] bleiben würde, sodass eine Kontrolle der AN objektiv unmöglich ist und bleibt, ist dieses Tatbestandselement mE nicht erfüllt. Sind Erweiterungen demnach nur unter Mitwirkung der AN (zB bei Zustimmung zu einer entsprechenden Installation) möglich, ist die objektive Eignung des ursprünglichen Systems zur Kontrolle deshalb nicht gegeben, weil erst die (bemerkbaren) Erweiterungen eine Kontrolle ermöglichen würden; sollen diese Erweiterungen dann (mit Zustimmung, jedenfalls aber mit Kenntnis der AN) installiert werden, ist dafür natürlich die vorherige Zustimmung des BR vonnöten.

Diese weite Auslegung des Begriffs der „objektiven Eignung" führt – überspitzt formuliert – dazu, dass die Einführung und Verwendung von Computersystemen (in mittlerweile fast jedem Unternehmen Teil der Standardausstattung), des Internet,[49] von digitalen Telefonanlagen bzw sogar schon von dienstlichen Mobiltelefonen („Smartphones" sind mittlerweile – handliche – Computer) der betriebsrätlichen Mitbestimmung unterliegen kann. Sobald nämlich ein System die Möglichkeit bietet, Kontrollen von AN vorzunehmen, unterliegt dieses System grds der Mitbestimmung, unabhängig davon, ob der AG tatsächlich beabsichtigt, solche Kontrollen vorzunehmen. Den modernen Techniken ist die objektive Eignung zur Kontrolle bzw sogar zur Überwachung nämlich (durch das Hinterlassen „digitaler" Spuren) immanent. Allerdings wird man dem AG anlässlich der Einführung solcher Systeme wohl nur in den wenigsten Fällen Kontrollabsichten unterstellen können, weil diese Systeme heute einfach Teil der betrieblichen Realität sind. Der eine oder andere AG könnte natürlich auch nachträglich in die „Versuchung" kommen, entsprechende Features des Systems – vielleicht aus einem konkreten Anlassfall heraus – auszuprobieren (und in der Folge – allenfalls auch unbemerkt – weiter anzuwenden). Nicht zuletzt deshalb ist die dargestellte strenge Sicht zu rechtfertigen, zumal der AG ja selbst über die Ausgestaltung dieser Systeme verfügen kann (zB durch den Einbau von technischen Sperren) und somit die Anwendung von § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG verhindern kann.[50]

---

[48] Auch *Binder* in *Tomandl*, ArbVG § 96 Rz 52 (FN 128) stellt auf die (belegschaftsbezogene) Bemerkbarkeit einer Anlagenergänzung oder -umstellung bzw einer späteren Programmänderung ab.

[49] So auch *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96 Rz 47.

[50] Zu dieser möglichen „Selbstbindung" des AG hinsichtlich persönlichkeitsrechtswahrender Garantien ist insb auf die „Wandlungsthese" des OGH zu verweisen, mit der sowohl rechtspolitisch befriedigende als auch praxisnahe Ergebnisse erzielbar sind: Wenn der BR seine Zustimmung zum vom AG angebotenen Abschluss einer BV gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG verwei-

Anno 2002 führte ein Höchstgericht[51] – soweit ersichtlich – erstmals aus, dass von Bedeutung sei, dass zwar auf die tatsächliche Verwendung eines Kontrollsystems abzustellen ist, dass jedoch die installierten Programmpakete im Allgemeinen wesentlich umfangreichere Anwendungen gestatten und darüber hinaus eine Unzahl von Erweiterungsmöglichkeiten besteht. Bewegte sich die Einführung derartiger Kontrollsysteme in einem zustimmungsfreien Raum, wäre sowohl dem BR als auch der betroffenen Belegschaft jede Kontrolle der tatsächlich verwendeten Erfassungs- und Speichermöglichkeiten entzogen. Damit wäre aber die Belegschaft der Gefahr immer enger verknüpfter automationsunterstützter Kontrolle ausgesetzt, was nahezu zwangsläufig zu Defiziten in der Persönlichkeitsentfaltung am Arbeitsplatz führen müsste.[52] In seiner Entscheidungsanmerkung versteht *Preiss* den OGH in diesem Punkt folgendermaßen: Ausgangspunkt für die Beurteilung des Kontrollsystems sei die konkrete Anlage mit den konkret installierten Möglichkeiten. Sei es aber einfach, die Anlage umzuprogrammieren bzw zu erweitern, dann spreche dies für eine Zustimmungspflichtigkeit. Es solle also nicht zu einer schrittweisen Verdichtung der Kontrolle ohne Einflussmöglichkeit des BR kommen können. Insofern seien damit auch ältere Aussagen überholt, dass „allfällige potentielle Ausformungen eines Kontrollsystems" bzw mögliche „Umprogrammierungen" keine Rolle spielen würden. Die Erweiterungsmöglichkeiten eines Systems spielten unter dem vom OGH aufgezeigten Aspekt eben doch eine Rolle.[53]

Erfreulicherweise konkretisierte der OGH seine oben wiedergegebenen Ausführungen in einer rezenten E aus 2023[54] dergestalt, dass er nunmehr ausführte: „Für die Beurteilung, ob die Einrichtung bzw das installierte System objektiv geeignet ist, die AN zu kontrollieren, sind die konkreten (softwaremäßigen) Anwendungsmöglichkeiten des Systems von Bedeutung. Entscheidend ist, ob aufgrund der konkreten organisatorischen und technischen Vorkehrungen die Kontrollmaßnahme jederzeit eingesetzt werden kann, nicht ob sie tatsächlich eingesetzt wird. Bei dieser Prüfung sind auch allfällige Erweiterungsmöglichkeiten der Anwendungen in den Prüfungsmaßstab miteinzubeziehen."

---

gere, könne der AG mit dem Vorbringen, die Einführung der Kontrollmaßnahme berühre dann nicht mehr die Menschenwürde, gem § 96a Abs 2 ArbVG die Schlichtungsstelle anrufen (obiter dictum anlässlich einer E zu einer digitalen Telefonregistrieranlage, weil solche Telefonregistrieranlagen, soweit sie personenbezogene Daten erfassen, niemals zustimmungsfrei, sondern – je nach Intensität des Eingriffs – ersetzbar oder absolut zustimmungsabhängig seien: OGH 8 ObA 288/01p, DRdA 2003/37 [zw *Preiss*]).

51 Der OGH ist erst seit In-Kraft-Treten des ASGG 1987 Höchstorgan für arbeitsverfassungsrechtliche Streitigkeiten, zuvor war der VwGH bei unterinstanzlicher Zuständigkeit der „Einigungsämter" Höchstgericht.

52 OGH 8 ObA 288/01p, DRdA 2003/37 (*Preiss*) = wbl 2002/353, 518 (*Thiele*) = ecolex 2002/358, 904 (*Mazal*) = ZAS 2004/4, 17 (*Brodil*) = ZAS 2004/28, 156 (*Brodil*).

53 *Preiss*, Anm zu OGH 8 ObA 288/01p, DRdA 2003/37, 370 (371 f) mwN.

54 OGH 9 ObA 60/22x, DRdA 2023/14 (zust *Goricnik*) = ecolex 2022/551 (*Mazal*) = ZAS 2023/46 (tw abl *Brodil*).

Dabei zitierte er neben den einschlägigen Ausführungen von *Preiss* anlässlich dessen Anmerkung zur Vorentscheidung[55] einschlägige Ausführungen von *Goricnik/Grünanger*[56] (in deren Kap 2 und 7).

Gleichzeitig führte der OGH aber auch aus, dass die Frage, ob das (verfahrensgegenständliche) elektronische Schließsystem in der derzeit konkreten Ausgestaltung die Menschenwürde der AN berührt, könne alleine aufgrund einer Bedienungsanleitung als Bescheinigungsmittel im Provisorialverfahren[57] noch nicht abschließend beantwortet werden. Feststellungen zu den Behauptungen des BR, durch die Installation des elektronischen Schließsystems würden die technischen Möglichkeiten geschaffen, ein arbeitnehmerbezogenes Bewegungsprofil während des ganzen Arbeitstages zu erstellen, würden fehlen. Eine abstrakte Gefährdung des geltend gemachten Anspruchs reiche aber nicht aus; vielmehr müssen Umstände vorhanden sein, die ohne die Bewilligung der einstweiligen Verfügung die Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung oder die Entstehung eines unwiederbringlichen Schadens als wahrscheinlich gegeben erscheinen lassen. Es müsse somit eine konkrete Gefährdung vorliegen, die vorliegenden Falles aber eben nicht bescheinigt[58] worden sei.

Die weit verstandene Auslegung der Tatbestandselemente des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, die auf objektive (abstrakte) Eignungen von elektronischen (digitalen) Systemen unter Einbeziehung deren Erweiterungsmöglichkeiten zur Erfüllung dieser Tatbestandselemente abstellt, begegnet also einer entsprechend restriktiven Handhabung im Provisorialverfahren, um letztlich zu verhindern, dass digitale Betriebseinrichtungen, die – durch den technologischen Fortschritt bedingt – allesamt zumindest personenbeziehbare AN-Daten ermitteln, schon alleine aufgrund der Vorlage ihrer Bedienungsanleitung (bzw ihrer möglichen Funktionalitäten) mangels entsprechender BV bis zum Abschluss eines Hauptverfahrens nicht benützt werden dürften.

Vor diesem Hintergrund der technologisch-zeitgemäßen Auslegung erweist sich die Zentralnorm des § 96 Abs 3 Z 1 ArbVG als durchaus „digitalisierungsfit".[59]

---

55 Siehe FN 53.

56 *Goricnik/Grünanger* in *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle[2] (2018).

57 In Folge erfolgloser BV-Verhandlungen begehrte der kl BR, es zu unterlassen, das Zutrittssystem weiterhin zu nutzen und das eingesetzte System durch geeignete technische Maßnahmen zu deinstallieren. Zudem beantragte der BR wegen der Dringlichkeit der Angelegenheit gemäß § 381 Z 1 EO bis zum Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache die Erlassung einer (inhaltsgleichen) einstweiligen Verfügung.

58 ISv § 389 iVm § 78 EO iVm § 274 ZPO.

59 Der Kritik von *Brodil* in seiner E-Besprechung ZAS 2023, 249 (250) an der Einbeziehung potentieller Erweiterungsmöglichkeiten in den Prüfungsmaßstab der Kontrolleignung ist entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber trotz der technologischen Weiterentwicklungen seit In-Kraft-Treten des ArbVG und der einschlägigen Jud offenbar keine Veranlassung gesehen hat (und sieht), das starke Mitbestimmungsrecht des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG zu beschneiden;

4. Die Zentralnorm des § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG

Die Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des AN, die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen, bedarf gem dieser Norm zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des BR. Seine Zustimmung ist nicht erforderlich, soweit die tatsächliche oder vorgesehene Verwendung dieser Daten über die Erfüllung von Verpflichtungen nicht hinausgeht, die sich aus Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag ergeben. Gem Abs 2 kann die Zustimmung des BR durch Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt werden. Durch diese Abs 1 und 2 werden die sich aus § 96 ArbVG ergebenden Zustimmungsrechte des BR (aber) nicht berührt (Abs 3).

Wie die litera a) in der Paragraphenbezeichnung belegt, fand dieser BV-Tatbestand erst nachträglich Eingang in das ArbVG:

§ 96a wurde nämlich durch die umfangreiche ArbVG-Novelle 1986[60] eingeführt.

Die Auswirkungen neuer Technologien[61] (besonders der elektronischen Informationstechnologie) auf die Arbeitsbedingungen und auf die Informationsmöglichkeiten des AG in Personalangelegenheiten veranlassten den Gesetzgeber dazu, die Befugnisse der Arbeitnehmerschaft iZm neuen Technologien zu erweitern.[62] Insb über die – in § 91 Abs 2 leg cit ebenfalls eingefügten – Informations- und Beratungsrechte hinaus sollte dem BR ein echtes Mitwirkungsrecht eingeräumt werden,[63] wohl iSe inhaltlichen Mitgestaltungsmöglichkeit zu verstehen. Dieses Mitwirkungsrecht wurde als neue Form der „ersetzbaren Zustimmung" in § 96a verankert.

Sozialpolitisches Ziel der Regelung ist in erster Linie der (präventive) Schutz der AN vor Eingriffen in ihre Privatsphäre durch Maßnahmen des BI, die nicht von der Zustimmungspflicht nach § 96 ArbVG erfasst sind. Darüber hinaus geht es um die Beteiligung der Belegschaft an Entscheidungen über technologische Veränderungen in diesem besonders sensiblen Bereich. Durch die Möglichkeit der Anrufung und Entscheidung der Schlichtungsstelle ist auch die Berücksichtigung der betrieblichen Interessen und ihre Abwägung gegenüber den AN-Interessen gewährleistet. Dem BR kommt mit anderen Worte kein absolutes Veto zu. Seine Entscheidung ist vielmehr

---

ganz im Gegenteil wurden Mitbestimmungslücken auf Grund der Entwicklung neuer Technologien mit der ArbVG-Novelle 1986 geschlossen (näher dazu im Kap 4).

60 BGBl 1986/394.

61 So eine der Erläuterungen des IA 205/A 4371 BlgNR 16. GP 19.

62 Historisch handelte es sich um das Ergebnis von Verhandlungen der Interessenvertretungen der AG und der AN über ein von den Interessenverbänden der AN aufgestelltes Programm zur Änderung des seit 1974 in Kraft befindlichen Arbeitsverfassungsgesetzes. Die verschiedenen an den BM für soziale Verwaltung herangetragenen Änderungswünsche und -anträge wurden von diesem (namentlich dem damaligen Sozialminister *Dallinger*) im November 1984 als sogenanntes „29-Punkte-Programm" den Interessenvertretungen zum Zwecke von Sozialpartnerberatungen übergeben (AB 1062 BlgNR 16. GP 1).

63 So die Gesetzesmaterialien AB 1062 BlgNR 16. GP 2.

auf ihre Sachlichkeit hin überprüfbar. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Einsatz moderner (Kommunikations-)Technologien aus dem betrieblichen Alltag heutzutage kaum mehr wegzudenken ist.[64]

In der Konstruktion des § 96a ArbVG zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Bedeutung und die Notwendigkeit des EDV-Einsatzes auch im HR-Bereich erkannt hat. Die automationsunterstütze Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von AN-Daten sind derart sensible Bereiche, dass sie nicht zum Spielball im Ringen um betriebliche Machtpositionen zwischen Belegschaftsvertretung und Unternehmensführung werden sollen. Die überbetriebliche Schlichtungsstelle hat jene Mittlerfunktion zu übernehmen, die einen Ausgleich zwischen den betrieblichen Kosten-, Nutzen und Rationalisierungsüberlegungen und den Befürchtungen der Arbeitnehmerschaft vor zunehmender Kontrolle durch die langfristige Datenhäufung über jeden einzelnen AN und vor den nicht absehbaren Auswertungsmöglichkeiten, die weit in die Privatsphäre hineinreichen, schafft.[65]

Die Ausführungen in den Kap 3 1. und 2. gelten uneingeschränkt auch für diesen BV-Tatbestand. Ergänzend sind zum möglichen Inhalt einer solchen BV noch die folgenden technologisch-zeitgemäßen Ausführungen zu treffen:

4.1 Beschäftigtendatenschutzrecht qua BV (statt qua Gesetz)

Art 88 Abs 1 DS-GVO (iVm ErwGr 155 gelesen) ermöglicht auch Betriebsvereinbarungen als datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände im Beschäftigungskontext zu fungieren, gegenständlich sohin die allgemein formulierte Interessenabwägung des Art 6 Abs 1 lit f DS-GVO durch eine präzise betriebliche Ausgestaltung zu konkretisieren.[66] Diese praxisgerechte Anpassungsmöglichkeit allgemeiner Datenschutzvorgaben und Datenschutzaspekte an betriebliche Gegebenheiten respektiert auch eine entsprechende Einschätzungsprärogative der (betrieblichen) Sozialpartner.[67]

Die damit verbundene Statuierung der verpflichtenden Vornahme allgemeiner Datensicherheitsmaßnahmen (zB Protokollierungspflichten stattgefundener Einsichtnahmen bzw Übermittlungen als eigene Datenverarbeitung in Bezug auf den BR bzw die betreffenden BR-Mitglieder) könnte idZ nicht nur als ein Wertungsgesichtspunkt der gegenständlichen Interessenabwägung angesehen werden, sondern darüber hinaus sogar unter Art 6 Abs 1 lit c DS-GVO („Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung") subsumiert werden.

---

64 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96a Rz 4.

65 *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis (2009) 206.

66 Dazu näher *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 Rz 47 mwN.

67 Es sind wohl primär die betrieblichen Sozialpartner, die über die konkrete Eignung und Erforderlichkeit einer bestimmten Maßnahme zur Erreichung eines legitimen Ziels idR am besten entscheiden können. Als jeweils selbständig Verantwortliche iSd DS-GVO haben sie ihre Entscheidung auch (datenschutz-)rechtlich zu verantworten.

Rechtsdogmatisch verbleibt damit noch das Auffinden geeigneter BV-Tatbestände im ArbVG, da Art 88 DS-GVO selbst kein eigener BV-Tatbestand ist, sondern als „Öffnungsklausel" diesbezüglich auf mitgliedstaatliches Betriebsverfassungsrecht rekurriert. Betriebsvereinbarungen, die unionsrechtlich Erlaubnistatbestände iSd (Art 6 oder 9) DS-GVO sein können, bedürfen also einer nationalen (Kompetenz-) Grundlage (idR das ArbVG).[68]

Im gegenständlichen Zusammenhang bietet sich schon auf den ersten Blick (auch) der BV-Tatbestand des § 96a Abs 1 Z 1 an:

Bis dato wurde zwar (nur) eine andere Zielrichtung dieser kollektiven Rechtsetzung vertreten und diskutiert,[69] doch steht (auch) dieser BV-Tatbestand wohl einer zusätzlichen (digitalisierungs-)zeitgemäßen Ausfüllung offen.

Es handelt sich um eine Kompetenzgrundlage für die heteronome Normsetzungsbefugnis der betrieblichen Sozialpartner. Ihr Wortlaut ist deshalb von besonderer Bedeutung, spricht aber gegenständlich eben nicht dagegen, dass dieser BV-Tatbestand insb (auch) als Grundlage für eine Regelung über jeglichen (auch „übergesetzlichen") Datentransfer zwischen AG und BR dienen kann.[70] Damit sollten mE keine Bedenken dagegen bestehen, dass zB die Abfrage von AN-Daten der Personalverwaltung seitens BR-Mitgliedern im Rahmen einer entsprechenden Konfiguration oder eines entsprechenden Workflows der Personalverwaltungssoftware im Kontext eines „Systems zur automationsunterstützten Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des AN" spezifisch geregelt werden kann.[71]

Solange kein entsprechend präzises gesetzliches Beschäftigtendatenschutzrecht existiert, obliegt es sohin den betrieblichen Sozialpartnern, im Sinne der Rechtssicherheit transparente Datenverarbeitungen zu normieren und damit betriebsbezogen praxissicher zu ermöglichen.[72]

Auch bezüglich der (zeitgemäß verstandenen) Zentralnorm des § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG kann sohin deren „Digitalisierungsfitness" befundet werden.

5. Rechtspolitischer Ausblick

Der Autor dieser Zeilen weiß aus eigener Erfahrung anlässlich seiner Lobbying-Tätigkeit im Zuge der österreichischen Gesetzes-Implementierung der DS-GVO,

---

68 Dazu näher *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 Rz 39 mwN.

69 Vgl näher *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96a Rz 4 („Schutz der AN vor Eingriffen in ihre Privatsphäre durch Maßnahmen des BI").

70 IZm § 72 ArbVG hielt der OGH wiederholt fest, dass Begriffe des ArbVG insofern dynamisch zu interpretieren sind, als sie dem jeweiligen Stand der technologischen Entwicklung anzupassen sind (OGH RS0123849).

71 Vgl dazu schon *Goricnik/Winter*, DRdA-infas 2023, 205.

72 Siehe dazu *Goricnik/Winter*, Betriebsverfassungsrechtliche Datenschutz-Compliance: Strukturierte Lösungsansätze für wiederkehrende Anlassfälle in der Praxis, DRdA-infas 2023, 405 mit weiteren Bsp.

dass der ÖGB eine Novellierung des ArbVG grundsätzlich scheut. Dies aus gutem Grund, würde ein solches Vorhaben natürlich auch die Interessenvertretungen der AG auf den Plan rufen, die ihrerseits ebenfalls rechtspolitische Anliegen an die Regierung herantragen würden. Ein sachorientierter Sozialpartner-Kompromiss, der hernach vom Parlament mit Verständnis, großer Mehrheit und ohne Polemik „durchgewunken" würde, ist nach der derzeitigen politischen Lage und Entwicklung aber wohl auszuschließen.[73]

Dennoch sind mE angesichts der rasanten technologisch-digitalen Entwicklung, die zT sogar disruptiv – alle gesellschaftlichen Bereiche und damit natürlich auch den Produktionsprozess (gleichviel ob manuell oder geistig) sowie die Arbeitswelt in ihrer gesamten Ausgestaltung durchdringend – abläuft, punktuelle Adaptierungen des ArbVG vonnöten, allerdings eher klarstellender denn rechtsfortentwickelnder Natur:

So sollten insb die Einsichtsrechte des BR gem § 89 Z 1 ArbVG im Sinne eines zeitgemäßen (und datenschutzkonformen) – nämlich digitalen – Ausübungsmodus im Sinne der Rechtssicherheit exakt ausformuliert werden.

Weitere diesbezügliche Anregungen betreffen die explizit auszuformulierende Möglichkeit der Beiziehung von (externen) IT- (und KI-)Sachverständigen als Sacherfordernis iSd § 72 ArbVG und die Ausweitung von Bildungsfreistellungen,[74] die die entsprechende digitale Kompetenz der BR-Mitglieder stärken sollen.[75]

Ansonsten erweist sich das ArbVG iVm einer verantwortungsvollen Judikatur (insb des 6., 8. und 9. Senates des OGH) und einem (ganz überwiegend) von Sach- und Materienverständnis getragenen Schrifttum – wie in den vorigen Kap dargestellt – im Wandel der Zeiten als erstaunlich robust und „lebendig" (und damit auch

---

[73] Die Sozialpartnereinigung auf das ArbVG 1974 war ehedem die Grundlage des – einstimmigen ! – Gesetzesbeschlusses im Parlament (siehe zum Zustandekommen des ArbVG und der entsprechenden politischen Bewertung ausführlich und lesenswert *Cerny*, Entwicklung der Arbeitsverfassung aus der Sicht der Arbeitnehmer, in *Grillberger* [Hrsg], 30 Jahre ArbVG [2005] 9 [10 ff]). Gem dem klassisch-griechischen „Verfassungskreislauf" befinden wir uns demgegenüber demokratiepolitisch wohl leider am Übergang zu einer Ochlokratie (dazu treffend *Purger,* Und was kommt eigentlich nach der Demokratie? Salzburger Nachrichten vom 6.11.2023, 4).

[74] Schon mit BGBl I 2017/12 erfolgte eine, wenn auch minimale Ausweitung um 3 Arbeitstage mit der Begründung, dass der Bildungsbedarf in den letzten Jahren – nicht zuletzt durch den technologischen Fortschritt – stark zugenommen habe (so der AB 1442 BlgNR XXV. GP 1).

[75] Verwiesen sei in diesem Zusammenhang darauf, dass in der BRD mit dem Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt („Betriebsrätemodernisierungsgesetz"), das die Mitbestimmungsrechte beim Einsatz Künstlicher Intelligenz und bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit in den Betrieben stärken und die Arbeit der Betriebsräte (zB durch den Einsatz von Telefon- und Videokonferenzen) erleichtern soll (dBGBl Teil I S 1762, ausgegeben am 17.6.2021) schon entsprechend zu reagieren versucht wurde (eine gute Darstellung und Bewertung findet sich bei *Däubler/Kittner*, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] [2022] § 31 Kap VII).

anpassungsfähig), gleichviel ob sich grundlegende Änderungen des wirtschaftlichen[76] oder (aktuell) des technologischen Umfeldes abspielen.

In diesem Sinne „ad multos annos"!

[76] Anlässlich des 30-Jahre-Jubiläums war die grundlegende Änderung des wirtschaftlichen Umfeldes seit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes Treiber des Ausblickes (vgl *Grillberger*, Vorwort, in *Grillberger*, 30 Jahre ArbVG 7).

Die Verantwortlichkeit des Betriebsrats

Ein Überblick zur Diskussion über die schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme des Betriebsrats und seiner Mitglieder

Magdalena Mißbichler

1. Einleitung 435
2. Grundlegende rechtliche Problemfelder der Haftung des Betriebsrats 436
   2.1 Anwendbare Haftungsbestimmungen? 436
   2.2 Geeignetes Haftungssubjekt? 437
   2.3 Rechtswidrigkeit betriebsrätlichen Handelns? 438
   2.4 Mandatsschutzklausel und Haftpflichtrecht 443
   2.5 Anwendbarkeit des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes 444
3. Fazit 446

1. Einleitung

Das schon durch das BRG 1919 grundgelegte, durch das BRG 1946 und schließlich durch das ArbVG weiterentwickelte, der Arbeitnehmerschaft zugestandene Recht der betrieblichen Mitbestimmung bedeutet nicht nur einen doch gravierenden Einschnitt in die unternehmerische Freiheit der Arbeitgeber, sondern auch eine tiefgreifende Modifikation der Privatautonomie beider Arbeitsvertragsparteien. Dass insbesondere letztgenannter Einschnitt vornehmlich dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen dient, kann natürlich aufgrund der kollektivistischen Ausgestaltung der Interessenvertretungsaufgabe[1] nicht unbedingt eine vollumfängliche Zufriedenheit aller Belegschaftsmitglieder mit der Vertretungstätigkeit der Belegschaftsorgane und damit insbesondere des Betriebsrats gewährleisten.

Die Tätigkeit in einem solchen Spannungsfeld zwischen Arbeitgeber- und Belegschaftsinteresse sowie den mit letzterem nicht immer im Gleichklang stehenden Wünschen einzelner Arbeitnehmer ist naturgemäß nicht selten von Konflikten geprägt. Die Diskussion rund um die – wie immer gelagerte – Verantwortlichkeit der Interessenvertretungsorgane der Betriebsverfassung (und allen voran des Betriebs-

[1] Die Organe der Arbeitnehmerschaft vertreten nach hA die Interessen der Belegschaft des Betriebs als Kollektiv und nicht Einzelinteressen spezifischer Arbeitnehmer: vgl schon *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 39 (Stand 1.6.2004, rdb.at) sowie jüngst etwa *Kietaibl*, Rechte und Pflichten der Belegschaftsvertretung, JAS 2021, 66 (68) mit Verweis auf OGH 17.12.2003, 9 ObA 136/03w, Arb 12.389 = wbl 2004/172; aA *Marhold*, Mandatsausübung und Haftpflichtrecht, ZAS 1980, 3.

rats) ist deshalb zwar keine neue, aber eine in jüngerer Zeit wieder stärker aufflammende.[2]

2. Grundlegende rechtliche Problemfelder der Haftung des Betriebsrats

Der Grund für die Diskussion liegt aber nicht nur in der politischen Brisanz der Folgen einer Bejahung der vollumfänglichen Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder,[3] sondern auch in einer Reihe – teils mehr, teils weniger – umstrittener rechtlicher „Stolpersteine" einer schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme im Rahmen der besonderen Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts. Der folgende Beitrag soll einen kurzen Überblick über diese langjährige rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung bieten und an der einen oder anderen Stelle versuchen, Lösungsansätze zu präsentieren.

2.1 Anwendbare Haftungsbestimmungen?

Noch in den 50er-Jahren des vorigen Jahrhunderts wurde das Mandat des Betriebsrats nach dem BRG 1947 vom OGH als ein öffentlich-rechtliches eingeordnet, das insofern einer privatrechtlichen Haftung schon deswegen nicht zugänglich sein sollte.[4] Spätestens mit dem Inkrafttreten des ArbVG im Jahr 1974 konnte diese Judikatur jedoch als überholt angesehen werden. Das Betriebsverfassungsrecht wird nach heute wohl hM ganz überwiegend dem Privatrecht zugeordnet, da keine der darunter zu subsumierenden Normen von einer Über- bzw Unterordnung der Betriebsparteien geprägt ist und nur sehr wenige die Involvierung eines Rechtssubjekts mit Hoheitsgewalt vorsehen.[5] Rechnet man das Betriebsverfassungsrecht nun aber dem Privatrecht zu, sind allfällig durch die Mandatsausübung entstehende Schäden grundsätz-

---

[2] Vgl etwa *Schima*, Sperrrecht, Vertrauens- und Rechtsschutz im betrieblichen Vorverfahren und Ermessenskontrolle bei Betriebsratsentscheidungen, JBl 2014, 80; *Mathy*, Haftung des Betriebsratsmitgliedes (2016) bzw die Behauptung, der Betriebsrat hafte generell für rechtswidrige Streiks in aktueller medialer Berichterstattung: *Ungerboeck*, Stahlharte Fronten in der Metallindustrie, <https://www.derstandard.at/story/3000000194353/stahlharte-fronten-in-der-metallindustrie> (29.11.2023).

[3] Die Attraktivität der Übernahme eines derartigen Ehrenamts würde mit größerem Haftungsrisiko schließlich nicht unerheblich sinken: vgl etwa *Mosler*, Wider die Zähmung der Räte? Das politische Mandat der Betriebsratsmitglieder, in *Auer/Faber/Graf/Mattiangeli/Pletzer* (Hrsg), Liber Amicorum Helmut Böhm (2019) 152.

[4] Insb sollte auch aus § 16 Abs 1 Satz 2 BRG 1947, der im Grunde dem heutigen § 115 Abs 2 ArbVG gleicht, folgen, dass eine zivilrechtliche Haftung der Mitglieder des Betriebsrats aus ihrer Tätigkeit als Betriebsratsmitglieder ausgeschlossen sei: vgl OGH 4.6.1952, 2 Ob 216/52, SZ 25/152.

[5] Vgl schon *Strasser*, Hauptprobleme des österreichischen Betriebsverfassungsrechts, DRdA, 1962, 303 (304 f) zum BRG 1947 sowie zum ArbVG *ders* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 39 Rz 17.

lich nach den Maßstäben des allgemeinen Schadenersatzrechts zu beurteilen und nicht etwa nach den Amtshaftungsregelungen des AHG.

2.2 Geeignetes Haftungssubjekt?

Ist nun aber von einer Anwendbarkeit des allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsrechts auszugehen, stellt sich bei Handlungen des Betriebsrats als „Organ" der Arbeitnehmerschaft die Frage, wer im konkreten Haftungsfall überhaupt in Anspruch genommen werden soll. Denn materielle Trägerin des weitaus größten Teils der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse, die durch den Betriebsrat ausgeübt werden, ist die Arbeitnehmerschaft selbst und gerade nicht ihr ausführendes Organ. Die Belegschaft ist damit zwar grundsätzlich mit Rechtsfähigkeit ausgestattet, diese kann aber – mangels gesetzlicher Anordnung einer solchen in vollumfänglichem Ausmaß – nur so weit reichen, als dem Kollektiv der Arbeitnehmerschaft auch entsprechende Befugnisse gesetzlich überantwortet werden. Da die Belegschaft als solches aber nur als juristische Teilperson des Privatrechts qualifiziert werden kann, weil ihr durch die Regelungen des ArbVG keine Vermögensfähigkeit zuerkannt wird, scheidet sie von vornherein als mögliches Haftungssubjekt aus.[6] Das der Arbeitnehmerschaft Handlungsfähigkeit vermittelnde Organ Betriebsrat ist mangels Trägerschaft der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse nach Ansicht der hL nicht einmal teilweise rechtsfähig,[7] was auch das Betriebsratsgremium an sich einer schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme unzugänglich macht.

Als potenzielle Haftungssubjekte bleiben in diesem Zusammenhang damit lediglich das einzelne Betriebsratsmitglied oder der kraft gesetzlicher Anordnung gem § 74 Abs 1 ArbVG mit voller Rechtspersönlichkeit und damit auch mit Vermögensfähigkeit ausgestattete Betriebsratsfonds übrig. Allerdings ist auch die Inanspruchnahme des Betriebsratsfonds aus rechtsdogmatischer Sicht nicht unproblematisch. Schließlich könnte auch hier die in § 74 Abs 3 iVm 73 Abs 1 ArbVG grundgelegte Zweckbindung des Fondsvermögens (zur Deckung der Kosten der Geschäftsführung, zur Errichtung und Erhaltung von Wohlfahrtseinrichtungen und zur Durchführung von Wohlfahrtsmaßnahmen zugunsten der Arbeitnehmerschaft) als Hindernis einer schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme des Fonds für pflichtwidriges Verhalten des Betriebsrats angesehen werden. So zog etwa *Spielbüchler* insb in Zweifel, dass eine allfällige Haftung unter das Tatbestandselement der Geschäftsführungskosten zu subsumieren sei – schließlich ist seiner Ansicht nach die Gegenüberstellung der Kosten der Geschäftsführung mit Kosten von Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen nur dann sinnvoll, wenn unter dem Titel der

---

6 Vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] (2017) Rz 11/015; *Schneller* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 40 Rz 5 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 39 Rz 17.

7 Vgl schon OGH 10.9.1991, 4 Ob 81/91, Arb 10.970; *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar (1975) 252 f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] Rz 11/017.

Geschäftsführung nicht ohnehin alle denkbaren Aufgaben des Betriebsrates zu verstehen sind. Der Fonds solle damit lediglich Grundlage für vermögensrechtliche Aktivitäten des Betriebsrats in Ausübung von Alleinbestimmungsrechten sein, keinesfalls jedoch Haftungsobjekt für negative Folgen der Mitbestimmung. Schließlich könne man in diesem Zusammenhang ja die polemisch anmutende Frage stellen, ob eine freiwillig eingehobene Umlage überhaupt dazu bestimmt sein kann, Schäden zu ersetzen, für welche ohne diese Einhebung niemand haften würde.[8] Natürlich erscheint es, wie *Spielbüchler* anmerkt, zunächst sinnwidrig, einem Gebilde, dessen Vermögensausstattung im Wesentlichen auf einem freiwilligen Beschluss der Betriebs- bzw Gruppenversammlung beruht, Haftungsverantwortung zuzuschreiben. Jedoch muss dieser Argumentation schon die rechtliche Ausgestaltung der Entstehung des Betriebsratsfonds entgegengehalten werden. Nach geltender Rechtslage erfolgt diese schließlich nicht erst mit Beschluss der Betriebs- bzw Gruppenversammlung (vgl § 42 Abs 1 Z 3 bzw § 73 Abs 2 ArbVG), sondern nach hA ex lege, sobald der Betriebsrat Vermögenswerte zur Verwendung in den in § 74 ArbVG genannten Angelegenheiten erhält, sei es nun durch Betriebsratsumlage, Zuwendungen des Dienstgebers oder gar durch Dritte.[9] Als Argument bliebe in dieser Hinsicht letztlich nur die möglicherweise (für die Befriedigung eines allfälligen Schadenersatzanspruches) mangelhafte finanzielle Ausstattung des Fonds. Zivil- wie prozessrechtlich gesehen, spielt jedoch die konkrete Leistungsfähigkeit des Haftungssubjekts wohl keine Rolle für den Bestand der grundsätzlichen Forderung, sondern lediglich für die Frage nach dem Erfolg der darauffolgenden Eintreibung derselben. Zudem erschiene eine Einschränkung der Haftung eines Rechtssubjekts bloß auf zweckgemäßes bzw rechtmäßiges Handeln als systemwidrig.[10]

Selbst bei erfolgreicher Inanspruchnahme des Betriebsratsfonds verbliebe diese konkrete Schadenslast dort allerdings nur temporär. Unterlässt schließlich der Betriebsrat als Vertretungsgremium des Fonds den Beschluss dessen schadenersatzrechtliche Ansprüche geltend zu machen, können die unterlassenden Betriebsratsmitglieder wiederum schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden.[11] Die Letztverantwortung als potenzielles Haftungssubjekt muss daher – Schaden, Rechtswidrigkeit und Verschulden vorausgesetzt – beim einzelnen Betriebsratsmitglied selbst liegen.

2.3 Rechtswidrigkeit betriebsrätlichen Handelns?

Grundlage einer jeden zivilrechtlichen Verantwortlichkeit in Form eines Schadenersatzanspruches ist – neben dem Schaden, der kausalen Herbeiführung desselben

---

8 *Spielbüchler*, Wider die Zähmung der Räte, in FS Strasser (1983) 613 (621 f).

9 Vgl schon OGH 17.1.1978, 4 Ob 159/77, Arb 9.660 bzw zuletzt OGH 28.6.2023, 9 ObA 51/22y, DRdA 2022/49 (*Pfalz*); vgl auch *Radner/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 74 Rz 1.

10 Vgl umfassend *Mathy*, Haftung 26 f.

11 Vgl *Priewasser*, Der Betriebsratsfonds[7] (2021) 177; *Mathy*, Haftung 25.

und des Verschuldens[12] – die Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens. Die Rechtswidrigkeit einer Handlung – ein Tun oder ein Unterlassen – ergibt sich grundsätzlich durch einen Verstoß gegen bestimmte Normen. Dabei legt § 1295 ABGB als haftungsrechtliche Generalklausel fest, dass sich diese einerseits aus einer Vertragsverletzung oder andererseits aus Delikt ergeben kann. Rechtswidrigkeit ex delicto kann schließlich auf verschiedene Weise abgeleitet werden. So etwa bei Verstößen gegen Rechtsnormen allgemeiner Natur (Gesetze, Verordnungen etc), die guten Sitten bzw aus Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter. Zusätzlich kann sich die Rechtswidrigkeit in diesem Bereich auch aus der Verletzung (abstrakter) Schutzgesetze gem § 1311 Satz 2 2. Fall ABGB ergeben. Für die Bejahung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens ist damit zum einen erforderlich, dass das konkrete Tun oder Unterlassen eine Nichtbefolgung von abstrakten Verhaltenspflichten darstellt – das konkrete Verhalten also insofern „tatbestandsmäßig" ist.[13] Die *Tatbestandsmäßigkeit* allein bewirkt allerdings lediglich das Bestehen von Abwehrrechten des (potenziell) Geschädigten. Für das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung bedarf es zusätzlich der *objektiven Sorgfaltswidrigkeit* des Verhaltens.[14]

Die Frage des Vorliegens der oben beschriebenen Rechtswidrigkeit im Rahmen betriebsverfassungsrechtlicher Handlungen des Betriebsrats bzw seiner Mitglieder bildet das Kernthema der rechtswissenschaftlichen Diskussion rund um die Haftung der Belegschaftsvertreter. § 115 Abs 2 ArbVG wird in Zusammenhang mit der bloß lose in § 38 ArbVG determinierten Grundkonzeption, wonach den Organen der Arbeitnehmerschaft im Grunde „nur" die Aufgabe der Wahrnehmung und Förderung wirtschaftlicher, sozialer, gesundheitlicher sowie kultureller Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb zukommt, schließlich von einem wohl überwiegenden Teil der Lehre dahingehend interpretiert, dass eine schadenersatzrechtliche Haftung der Betriebsratsmitglieder im Rahmen der Ausübung ihres Betriebsratsmandats[15] nur in Ausnahmefällen bestehen kann. In dieser Hinsicht wird vor allem argumentiert, dass das vom Betriebsrat anzuwendende Ermessen durch § 38 ArbVG nur grob umschrieben wird,[16] weshalb den Betriebsratsmitgliedern bei ihrer Entscheidungsfindung ein erheblicher Ermessensspielraum zur Verfügung stehe. Im Rahmen dieses weiten Ermessensspielraums bleibt dieser Ansicht zufolge aber – abseits einer absichtlich sittenwidrigen Schädigung gem § 1295 Abs 2 ABGB – kein Raum für eine

---

12 Mit Ausnahme der bloßen Gefährdungshaftung, die kein Verschulden des Schädigers voraussetzt.

13 Hier wird auf die von *Koziol* verwendete Terminologie zurückgegriffen. Gemeinhin wird unter dem von ihm als Tatbestandsmäßigkeit bezeichneten Rechtswidrigkeitselement auch das Erfolgsunrecht verstanden.

14 *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I[4] (2020) C 1 Rz 15 ff.

15 Zur Rechtslage außerhalb der Betriebsverfassung bzw bei Überschreitung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse vgl mwN *Mosler* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm[3] (2018) § 115 ArbVG Rz 29.

16 Vgl etwa *Spielbüchler* in FS Strasser 614 (629 ff).

ein rechtswidriges Verhalten darstellende Entscheidungsfindung seitens des Gremiums.[17] Die Verantwortlichkeit des Betriebsrats für sein betriebsverfassungsrechtliches Handeln könne daher in aller Regel nur eine politische sein. Konsequenterweise erlaube es der Gesetzgeber der Arbeitnehmerschaft in dieser Hinsicht ja auch, den Betriebsrat und seine Mitglieder mit einer Zweidrittel-Mehrheit seines Amtes zu entheben (vgl § 42 Abs 1 Z 4 iVm § 49 Abs 2 ArbVG).[18]

Untermauert wird diese Sichtweise regelmäßig mit der Nähe des Betriebsratsmandats zum politischen Mandat. So verhalte sich die Betriebsverfassung gegenüber den Betriebsräten in ähnlicher Weise neutral wie der Gesetzgeber es auch bei Abgeordneten gesetzgebender Körperschaften tue, die etwa nach der Aufhebung verfassungswidriger Normen ebenfalls nicht schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden könnten. Darüber hinaus finde sich in der Betriebsverfassung, im Unterschied zur Rechtslage für Vertretungsorgane von Kapitalgesellschaften, auch keine Festlegung besonderer Sorgfaltspflichten, die von den Betriebsratsmitgliedern einzuhalten wären.[19] Dies stünde wiederum mit der Ehrenamtlichkeit der Ausübung des Betriebsratsmandats in Verbindung – schließlich werde die Tätigkeit des Vorstands bzw der Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften in den meisten Fällen entsprechend der Sorgfaltsverpflichtung entlohnt, während jene des Betriebsratsmitgliedes unentgeltlich erfolgt.[20]

Auf der anderen Seite des Meinungsspektrums wird dagegen etwa vertreten, dass sich die Betriebsratsmitglieder in einem betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zu Belegschaft und Betriebsinhaber befänden und in dessen Rahmen doch eine – wenn auch begrenzte – Pflichtenbindung gegenüber individuellen Arbeitnehmern und dem Betriebsinhaber bestehe. Gem § 39 Abs 1 ArbVG obliege es dem Betriebsrat im Zuge seiner Mandatsausübung schließlich auch, auf das Wohl des Betriebs Acht zu geben. Die in § 115 Abs 2 normierte eingeschränkte Verantwortlichkeit wäre weiters nur gegenüber der Belegschaft von Relevanz; mögliche Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers blieben davon entsprechend unberührt.[21] In diesem Zusammenhang wurde schließlich auch vorgeschlagen, Ermessensentscheidungen des Betriebsrats (gerichtlich) nach ähnlichen Maßstäben zu überprüfen, wie dies nach der „Business Judgement Rule" für Vertretungsorgane von Kapitalgesellschaften (vgl etwa § 25 Abs 1a GmbHG) angeordnet wird, weil diese generell „*für die Bestimmung ermessensfehlerfreien Handelns bei fremdnütziger Interessenwahrung im Privatrecht*" geeignet sei. Die Anwendung der Business Judgement Rule würde in diesem Zusammenhang schließlich keine „relevante" Inhaltskontrolle bewirken,

[17] So schon *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar 771.
[18] Vgl zuletzt etwa *Kietaibl*, JAS 2021, 66 (66 f).
[19] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 115 Rz 21.
[20] *Mosler* in Liber Amicorum Helmut Böhm 143 (148).
[21] *Marhold*, ZAS 1980, 3 (Pkt II).

sondern bloß die Sicherstellung eines ordnungsgemäß ablaufenden Entscheidungsprozesses.[22]

Als Dreh- und Angelpunkt der literarischen Diskussion rund um die Rechtswidrigkeit betriebsrätlichen Handelns erweist sich damit letztlich die Annahme des (Nicht-)Bestehens einer Pflichtenbindung des Betriebsrates bei der Ausübung seines grundsätzlich unbestritten weiten Ermessens. Zu beachten ist dabei mE aber jedenfalls, dass das Betriebsverfassungsrecht, wenn auch nur vereinzelt, zweifellos auch konkrete (Verhaltens-)Pflichten für den Betriebsrat bzw dessen Mitglieder festlegt. Eine pauschale Antwort über die Haftung des Betriebsrates in jeglichen Belangen ohne nähere Beleuchtung einzelner betriebsverfassungsrechtlicher Normen ist damit aber in Wahrheit unmöglich.

Aufgrund der gebotenen Kürze dieses Beitrags sei hier exemplarisch lediglich eine Norm, die eine solche Verpflichtung des Betriebsrats (gegenüber dem Betriebsinhaber) enthält, genauer untersucht: § 39 ArbVG stellt, neben der weit gefassten Interessenvertretungsaufgabe der Organe der Arbeitnehmerschaft in § 38 ArbVG, eine zentrale Norm hinsichtlich der Grundkonzeptionen des Betriebsverfassungsrechts dar. Zum einen findet sich in § 39 Abs 1 ArbVG die Zielsetzung der Regelungen über die Betriebsverfassung,[23] die in der Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum Wohle der Arbeitnehmer aber auch des Betriebs liegt. In Abs 3 leg cit findet sich in weiterer Folge die mit dieser Wahrung des Betriebswohls logisch eng verknüpfte Verpflichtung (arg „*hat*") des Betriebsrates, seine Tätigkeit *tunlichst* ohne Störung des Betriebs zu vollziehen. In die Kerbe der für den Betrieb möglichst schonenden Ausübung der Betriebsratsarbeit schlägt daneben § 47 Abs 1 ArbVG, der eine Abhaltung von Betriebsversammlungen[24] während der Arbeitszeit nur dann erlaubt, wenn dies dem Betriebsinhaber unter Berücksichtigung der betrieblichen Verhältnisse zumutbar ist.

Daraus lässt sich mE grundlegend wohl durchaus eine abstrakte Pflicht des Betriebsrats ableiten, Betriebsversammlungen nicht zur Unzeit anzusetzen bzw zumindest eine entsprechende Verpflichtung, die Interessen des Betriebs bei der Abwägung hinsichtlich des anzusetzenden Termins zu berücksichtigen. Schließlich wird die augenscheinliche Verpflichtung des Betriebsrats gem § 39 Abs 3, eine Störung der Betriebsabläufe zu unterlassen, durch das Wort „tunlichst" relativiert – die vermeintlich absolute Pflicht also durchbrochen. Aus der Verwendung des Superlativs des Begriffes „tunlich", der im Allgemeinen in seinem Bedeutungsgehalt mit „nach Mög-

---

22 *Schima*, JBl 2014, 80 (91); *Schima,* Arbeitsrechtliche Grenzen der Compliance, DRdA 2014, 197 (209 f); diese Ansicht anschaulich und überzeugend widerlegend *Mathy*, Haftung 79 ff.

23 Wobei hier anzumerken ist, dass darin nicht das einzige und wohl auch nicht das an oberster Stelle stehende Ziel der Betriebsverfassung zu sehen ist. Vielmehr verfolgt das ArbVG weiterhin die mit den Vorgängernormen in BRG 1919 und BRG 1947 angestrebten Zielsetzungen; vgl diesbezüglich insb *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 39 Rz 3.

24 Dasselbe gilt aber natürlich auch für Gruppen- und Betriebshauptversammlungen.

lichkeit" bzw „ratsam" gleichgesetzt wird,[25] kann eben gerade kein absoluter Vorrang der betrieblichen Interessen im Verhältnis zur Betriebsratsarbeit abgeleitet werden. Insofern wird davon auszugehen sein, dass eine Störung des Betriebs (sei es durch Ansetzen einer Betriebsversammlung zur Unzeit entgegen § 47 Abs 1 ArbVG oder durch andere betriebsverfassungsrechtliche Handlungen) nur dann tatbestandsmäßig ist (und damit überhaupt die Grundlage einer potenziellen Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens bilden kann), wenn die Interessenvertretungsaufgabe des Betriebsrats iSd § 38 ArbVG die Berücksichtigung der Interessen des Betriebs erlaubt hätte.[26] Zwar geht die hier beispielhaft herangezogene Regelung des § 47 ArbVG jener des § 39 ArbVG als speziellere Norm vor; die durch letztere Bestimmung dargelegte Grundkonzeption, dass betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse zwar nach Möglichkeit ohne Beeinträchtigung des Betriebs ausgeübt werden sollen, aber der Zweck der Betriebsverfassung dennoch eine entsprechende Störung erlaubt, vermag erstere jedoch nicht zu verdrängen. Somit ist im Ergebnis eine Interessenabwägung zwischen Betriebs- und Belegschaftsinteressen anzustellen.[27] Nur wenn der Betriebsrat eine derartige Abwägung gar nicht vornimmt – was letztlich aus praktischer Sicht aber wohl schwer nachzuweisen wäre – oder diese Interessenabwägung augenscheinlich zugunsten des Betriebs ausfiele, der Betriebsrat aber dennoch eine Betriebsversammlung während der Arbeitszeit ansetzt, läge eine Tatbestandsmäßigkeit und bei zusätzlich vorliegender objektiver Sorgfaltswidrigkeit auch eine Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens vor.[28]

Schon anhand dieses Beispiels wird deutlich, dass einerseits die rechtstheoretische Frage nach der überhaupt bestehenden Pflichtenbindung des Betriebsrats und andererseits aber auch die darauffolgende Überprüfung des Entscheidungsfindungsprozesses dieses Gremiums in der Praxis Schwierigkeiten bereiten werden. In dieser Hinsicht sei zuletzt auch auf die bisherige Judikatur des OGH hingewiesen, der eine Überprüfung einer Kündigungszustimmung des Betriebsrats dahingehend, ob ihr eine adäquate Interessenabwägung zugrunde lag, bereits abgelehnt hat, da sie auf eine richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung hinausliefe.[29]

---

25 Vgl zB *Wiktionary* <de.wiktionary.org/wiki/tunlich> (31.1.2024).

26 Vgl zwar im Zusammenhang mit § 115 Abs 4, aber wohl dennoch auf diese Frage übertragbar *Felten,* Der Betriebsrat: Interessenvertretung versus Geheimhaltungspflichten, DRdA 2016, 169 (175); ebenso *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 47 Rz 3.

27 So auch *Löschnigg* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 47 Rz 2 ff (Stand 1.11.2017, rdb.at); *Risak* in *Tomandl/Risak* (Hrsg), ArbVG § 47 Rz 4 ff (1. Lfg, 2005).

28 An dieser Stelle sei aber auf eine mögliche Einschränkung der Haftung aufgrund des Rechtswidrigkeitszusammenhangs („Schutzzweck der Norm") verwiesen.

29 Vgl OGH 25.6.2013, 9 ObA 38/13y, DRdA 2014/28 (*Jabornegg*).

2.4 Mandatsschutzklausel und Haftpflichtrecht

Neben den gerade dargestellten Hindernissen der Entstehung eines Schadenersatzanspruches schon auf Ebene der Rechtswidrigkeit, bieten die Besonderheiten des ArbVG auch auf Verschuldensebene Raum für Diskussionen. Das ArbVG sieht zur Absicherung der möglichst freien und unabhängigen Ausübung der betriebsverfassungsrechtlichen Interessenvertretung[30] in den §§ 120 ff ArbVG einen weitgehenden Kündigungs- und Entlassungsschutz für Betriebsratsmitglieder und ihnen gem § 120 Abs 4 ArbVG gleichgestellte Personen vor. Diese Schutzbestimmung legt fest, dass es für eine rechtswirksame Kündigung oder Entlassung eines Betriebsratsmitglieds der Zustimmung des Gerichts bedarf. Dabei hat das Gericht die Klage auf Entlassung in ausdrücklich bestimmten Fällen wie interessanterweise etwa im Fall der Weitergabe von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (also beim Verstoß gegen eine ausdrücklich normierte Verhaltenspflicht) abzuweisen, wenn das zugrundeliegende Verhalten des Betriebsratsmitgliedes in Ausübung des Betriebsratsmandats gesetzt wurde und unter Abwägung aller Umstände entschuldbar war.

Wenngleich die Mandatsschutzklausel des § 120 Abs 1 ArbVG ihrem Wortlaut nach in der Anwendbarkeit auf Fälle der Kündigung und Entlassung eines Betriebsratsmitglieds beschränkt ist,[31] stellt sich doch die Frage, ob der Gesetzgeber damit nicht eine grundsätzliche Wertung in Zusammenhang mit der fraglichen Verantwortlichkeit für Betriebsratshandeln vorgenommen hat, die sich auch auf schadenersatzrechtliche Fragestellungen übertragen ließe.[32]

Diese Übertragung erscheint allerdings nicht ohne weitergehende Begründung möglich zu sein: Da das Beendigungsrecht und das Schadenersatzrecht grundverschiedene Zwecke erfüllen (Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung/Vermögensausgleich), die sich nicht zwingendermaßen ergänzen, kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die Mandatsschutzklausel auch im allgemeinen Haftpflichtrecht einen Entschuldigungsgrund darstellt.[33] Dabei wäre letztlich auch zu beachten, dass die Mandatsschutzklausel nicht einmal alle vom ArbVG selbst anerkannten Kündigungs- und Entlassungsgründe (vgl § 120 Abs 1 ArbVG) erfasst und damit schon inhaltlich über einen begrenzten Anwendungsbereich verfügt – der Wille des Gesetzgebers, hier einen universellen Entschuldigungsgrund zu normieren, scheint daher zunächst eher fraglich.

Erklären ließe sich diese Vorgangsweise des Gesetzgebers aber dennoch im Rahmen der Argumentationslinie, dass die Betriebsratsmitglieder persönlich nicht für

---

30 Vgl nur *Wolligger* in *Neumayr/Reissner,* ZellKomm³ § 120 ArbVG Rz 2.

31 Vgl § 120 Abs 1 iVm § 122 Abs 1 Z 4 ArbVG.

32 So etwa *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 115 Rz 17, der davon ausgeht, dass die Mandatsschutzklausel insoweit generalisierbar ist, als bei schädigenden Handlungen/Unterlassungen von Betriebsratsmitgliedern eine Abwägung aller Umstände zur Entschuldbarkeit des betreffenden Verhaltens führen kann.

33 Vgl *Felten,* DRdA 2016, 169 (174).

ihre Interessenvertretungstätigkeit haften sollen, wodurch sich die Schaffung einer entsprechend genereller formulierten Norm erübrigt hätte. Sie könnte insofern ein zusätzliches Indiz dafür sein, dass der Gesetzgeber eine Haftung der Betriebsratsmitglieder aufgrund ihres weiten Ermessensspielraums in aller Regel gar nicht in Betracht gezogen hat. Insb bliebe, sofern man dieser Ansicht folgt, womöglich doch Raum dafür, die Mandatsschutzklausel in den spezifisch geregelten Fällen (wie die Informationsweitergabe) auch zivilrechtlich zur Anwendung kommen zu lassen. Immerhin würde – wie *Felten* überzeugend ausführt – der Entlassungsschutz der Betriebsratsmandatare ins Leere gehen, wenn die Mandatsschutzklausel nicht auch auf schadenersatzrechtliche Ansprüche anwendbar sein sollte; schließlich würden schadenersatzrechtliche Konsequenzen in vielen Fällen schwerer wiegen als die Entlassungssanktion.[34]

2.5 Anwendbarkeit des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes

Besteht in einem engen Konnex mit dem Arbeitsverhältnis die Möglichkeit einer schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme, stellt sich unweigerlich die Frage nach deren allfälligem Umfang und damit nach einer möglichen Mäßigung des Schadenersatzanspruchs nach den Regelungen des DHG. Auch bei Mitgliedern des Betriebsrats ist dieser Konnex naturgemäß gegeben, bewegen sie sich doch im Rahmen dieser Tätigkeit nicht selten im Betrieb und sind dabei idR ganz ähnlichen Risiken ausgesetzt, wie die von ihnen vertretene Arbeitnehmerschaft bei der Erbringung ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Leistungen. Daneben besteht schließlich, wie oben schon geschildert, nach Teilen der Lehre die Möglichkeit eines darüberhinausgehenden Haftungsrisikos aus der Betriebsverfassung.

Da das DHG seinen sachlichen Anwendungsbereich in § 2 Abs 1 auf Schäden einschränkt, die „bei Erbringung der Dienstleistung" entstanden sind, erweist sich in diesem Zusammenhang die Zurechenbarkeit der Betriebsratstätigkeit zur Dienstleistung als Kernfrage.

Die Zurechnung einer schädigenden Handlung zur Dienstleistung als solche wird immer dann unproblematisch sein, wenn diese Handlung als eigentlich arbeitsvertraglich geschuldete Dienstleistung qualifiziert werden kann. Der OGH hat sich in seiner bisherigen Rsp zur Auslegung der Phrase *„bei Erbringung der Dienstleistung"* aber nicht auf solche „Dienstleistungshandlungen" im engeren Sinn beschränkt, sondern für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals (bloß) einen „unmittelbaren Zusammenhang" zwischen der Schadenshandlung und dem Arbeitsverhältnis gefordert.[35] Dieser Judikatur zufolge soll der entsprechende Zusammenhang auch dann noch bestehen, wenn ein erlaubtes, übliches oder sozialadäquates

[34] Vgl erneut *Felten*, DRdA 2016, 169 (174).

[35] Vgl etwa OGH 1.12.1981, 4 Ob 121/81, DRdA 1984, 227 (*Migsch*); 23.11.1982, 4 Ob 157/82, Arb 10.208.

Verhalten, das mit der eigentlichen Dienstleistung nichts zu tun hat, die unmittelbare Schadensursache darstellt.[36]

Unbestreitbar handelt es sich bei der Betriebsratstätigkeit gerade nicht um die ursprünglich arbeitsvertraglich vereinbarte Dienstleistung.[37] Damit ist aber, wie soeben geschildert, eine Anwendbarkeit der Haftungsbestimmungen noch nicht per se ausgeschlossen.

Zwar ist durchaus zu berücksichtigen, dass das Betriebsratsmandat gem § 115 Abs 1 ArbVG ein Ehrenamt darstellt und somit grundsätzlich nicht anstatt, sondern neben den Berufspflichten auszuüben ist; dass der Betriebsrat an keinerlei Weisungen des Arbeitgebers gebunden ist und dabei seine Tätigkeiten selbstbestimmt ausübt; und dass im Grunde kein Zwang besteht, einen Betriebsrat zu gründen oder sich gar für ein Betriebsratsmandat zur Wahl zu stellen. Doch lässt sich eine enge Verknüpfung des Dienstverhältnisses mit der Betriebsratstätigkeit offensichtlich nicht abstreiten: Die Betriebsratstätigkeit ist in den allermeisten Fällen gerade durch das Arbeitsverhältnis veranlasst, die Mitglieder des Betriebsrats sind schließlich in aller Regel auch Arbeitnehmer des Betriebs, dessen Betriebsrat sie angehören.[38] Daneben verdeutlichen einige Stellen des Betriebsverfassungsrechts, dass das Tätigwerden des Betriebsrats, wenngleich er als „Organ der Arbeitnehmerschaft" bezeichnet wird (vgl § 40 Abs 2 Z 4 ArbVG), zweifelsohne nicht einzig und allein den Interessen der Arbeitnehmer dient. Vielmehr wird bereits durch die § 39 ArbVG zu entnehmenden Grundsätze der Interessenvertretung deutlich, dass die Betriebsverfassung (und damit einhergehend naturgemäß auch die Tätigkeit des Betriebsrats) das Ziel verfolgt, einen Interessenausgleich zum Wohl der Arbeitnehmer wie auch des Betriees herbeizuführen. Erkennbar wird diese, die Interessen des Betriebs miteinschließende Zielsetzung etwa durch den oben schon erwähnten § 39 Abs 3, wonach die Tätigkeit der Organe der Arbeitnehmerschaft tunlichst ohne Störung des Betriebs zu vollziehen ist, oder etwa in § 102 ArbVG, der den Betriebsrat dazu anhält, an der Aufrechterhaltung der Disziplin im Betrieb mitzuwirken. Dass die Betriebsratstätigkeit in weiterer Folge nicht allein privater Natur sein kann, machen schließlich auch die in den §§ 116 bzw 117 ArbVG geregelten Freistellungsansprüche offenkundig.

Eine völlige Gleichstellung von Betriebsratstätigkeit und Dienstleistung lässt sich aber (jedenfalls in Fällen ohne dauernde Freistellung) daraus natürlich nicht ableiten. Für die Anwendbarkeit des DHG ist das aber, wie bereits angesprochen, gar nicht

---

[36] Der OGH bezieht damit auch kurzfristige Unterbrechungen der Dienstleistung durch privatbedingte Tätigkeiten in den Schutzbereich des DHG ein (zB Essen, Trinken, Lockerungsübungen, etc); vgl zB OGH 12.7.2006, 9 ObA 34/06z, wbl 2007/59, 136.

[37] Tw aA *Marhold*, ZAS 1980, 3 (Pkt B), der von einer Modifikation des Arbeitsvertrags durch die Betriebsverfassung ausgeht.

[38] Einzige Ausnahme stellen in diesem Zusammenhang externe Betriebsratsmitglieder nach § 53 Abs 4 dar, die nicht Arbeitnehmer des Betriebs, sondern als Vorstandsmitglieder oder Angestellte der zuständigen freiwilligen Interessenvertretung ebenfalls zum Betriebsrat wählbar sind.

notwendig. Geht man nämlich davon aus, dass das DHG auch noch jene Tätigkeiten miteinschließt, die zwar nicht „Dienstleistung", aber doch im Rahmen des Betriebs üblich und erlaubt sind, fiele es schwer, die gesetzlich angeordnete und somit im Rahmen eines Dienstverhältnisses unausweichlich übliche Betriebsratstätigkeit von diesem Anwendungsbereich auszunehmen.[39]

Trotz damit mE grundsätzlicher Anwendbarkeit der Haftungserleichterungen des DHG auf eine mögliche Schadenersatzpflicht von Betriebsratsmitgliedern, ist die praktische Auswirkung dieses Ergebnisses wohl gering: Geht es schließlich um Schäden, die der Betriebsrat dem Arbeitgeber etwa durch Verletzungen des § 39 Abs 3 ArbVG (Störung des Betriebs) oder der in § 115 Abs 4 ArbVG enthaltenen Verschwiegenheitspflicht zufügt, wird eine Mäßigung zumeist schon aufgrund des vorliegenden Verschuldensgrades[40] ausscheiden. Eine ähnliche Einschränkung ergibt sich in weiterer Folge bei Schädigungen einzelner Arbeitnehmer: Das DHG findet letztlich nur auf solche Drittschäden Anwendung, für die der geschädigte Dritte den Arbeitgeber selbst schadenersatzrechtlich in Anspruch hätte nehmen können. Letzteres wird bei betriebsverfassungsrechtlichen Handlungen eines Betriebsratsmitglieds aber wohl von vornherein ausscheiden, weshalb auch in diesem Fall eine Mäßigung der Ersatzpflicht ausscheidet.

3. Fazit

Wie die obige Darstellung zeigt, lässt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit des Betriebsrates bzw seiner Mitglieder pauschal nur schwer beantworten. Unumstritten erscheint nach 50-jähriger Geltungsdauer des ArbVG lediglich, dass der Betriebsrat zwar über einen weiten Ermessenspielraum verfügt, sich bei der Ausübung seiner Aufgaben aber dennoch nicht in einem völlig haftungsfreien Raum bewegt – sei es bloß im Rahmen der absichtlich sittenwidrigen Schädigung oder doch darüber hinaus. Wie oben gezeigt, erweist sich jedoch nicht nur das materielle Recht als Stolperstein einer allfälligen schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme der Betriebsratsmitglieder, sondern vielmehr auch die praktische Durchsetzung derselben.

Die tatsächliche Haftung des Betriebsrats bzw seiner Mitglieder im Rahmen der Ausübung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse wird damit (dieses Fazit wird man sich aller literarischen Diskussionen zum Trotz zum diesjährigen Jubiläum des Bestehens des ArbVG erlauben dürfen) wohl weiterhin eher die Ausnahme als die Regel in der tagtäglichen und auch für die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen enorm wichtigen Betriebsratsarbeit bleiben.

---

[39] Siehe dazu mwN *Mißbichler*, Zur Anwendbarkeit des DHG auf Handlungen des Betriebsrats, JAP 2022/2023/17.

[40] In diesen Fällen wird wohl regelmäßig eine vorsätzliche oder absichtliche Schädigung vorliegen.

Der Einfluss der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die betriebsverfassungsrechtliche Schlichtung

Wolfgang Kozak

1. Zweck der betriebsverfassungsrechtlichen Schlichtung 447
2. Bekämpfung der Einrichtung der Schlichtungsstelle 450
   2.1 Unverändert gebliebene Rechtslage 450
   2.2 Die Bekämpfung der Errichtung vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit 451
   2.3 Der Instanzenzug im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegen Errichtungsbescheide 451
3. Die Bekämpfung der Sachentscheidung der Schlichtungsstelle 452
   3.1 Rechtslage vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit 452
   3.2 Geltendes Recht 453
4. Ergebnis 454
   4.1 Bekämpfung der Errichtung einer Schlichtungsstelle 454
   4.2 Bekämpfung der Entscheidung der Schlichtungsstelle 455
   4.3 Bekämpfung der Entscheidung nach Neurecht 455
5. Fazit 456

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde durch die Verwaltungsgerichtsnovelle 2012 mit Wirksamkeit 1.1.2014 in Österreich etabliert. Aufgrund der umfassenden Anwendung auf verwaltungsrechtliche Verfahren sind auch die beim Arbeits- und Sozialgericht durchzuführenden Schlichtungsverfahren von dem mit der Novelle neu eingeführten Instanzenzug betroffen.[1] Inwieweit diese grundsätzliche Änderung der Rechtschutzausgestaltung Einfluss auf das Gelingen und die Effektivität der Schlichtungsverfahren hat, ist Gegenstand dieses Beitrags.

1. Zweck der betriebsverfassungsrechtlichen Schlichtung

Nach *Strasser/Jabornegg* liegt die Hauptbedeutung der staatlichen Schlichtung im Bereich der Mitwirkung der Belegschaft in sozialen Angelegenheiten im Rahmen der erzwingbaren und notwendigen Mitwirkung.[2] *Gruber-Risak* geht davon aus, dass, als Ausfluss der Friedenspflicht des Betriebsrates in der Betriebsverfassung als Ausgleich der sich dadurch ergebenden Verschiebung von Machtverhältnissen zwischen Be-

[1] *Ritzberger-Moser* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 144 Rz 2 (Stand 1.11.2017, rdb.at).
[2] *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* Arbeitsrecht II[4] (2001) 497.

triebsinhaber und Belegschaft, der Gesetzgeber eine Zwangsschlichtung durch die Schlichtungsstellen vorgesehen hat.[3]

Die Aufgabe der Schlichtungsstellen ist grundsätzlich die Vermittlung zwischen Streitteilen im Rahmen der den Schlichtungsstellen durch Gesetz zugewiesenen Kompetenz.[4] Diese Kompetenz beinhaltet ausschließlich Regelungsstreitigkeiten, die sowohl die Schaffung von Rechtsnormen als auch die Gestaltung von einzelnen betrieblichen Angelegenheiten umfassen.[5] Der Ausschussbericht,[6] der die letztendlich beschlossene Fassung des ArbVG erstellt und Erläuterungen dazu verfasst hat, behandelt die Schlichtungsstellen nicht, sodass sich keine Erkenntnisse aus diesem gewinnen lassen. Erst die Einführung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit führt in der dadurch notwendig gewordenen Anpassung des ArbVG zu einer erläuternden Stellungnahme des Gesetzgebers,[7] die aber nur die Änderungen der Errichtung, also Organisationsrecht, betreffen. *Kuderna* führt in seinem Beitrag über die Schlichtung im ArbVG aus,[8] dass es sich grundsätzlich um „*Schlichtung von Interessensstreitigkeiten*" vor der Schlichtungsstelle handelt und damit nicht um Rechtsstreitigkeiten, die den Zweck haben, einen „*festgestellten Sachverhalt unter eine Rechtsnorm*" zu subsumieren. Vielmehr dient die Schlichtung der „*Herbeiführung eines Ausgleichs widerstreitender Interessen*".

Strasser/Jabornegg gehen 2001 noch davon aus, dass die Schlichtung „*kein Zweig der Rechtsprechung*" sei, da Regelungen für die Zukunft durch diese erzeugt werden, weshalb eine materiellrechtliche Überprüfung der Entscheidung nicht möglich sei. Sie führen aber an, dass die Kontrolle der Einhaltung von Verfahrensvorschriften daneben trotzdem der Überprüfung unterliege.[9] Mit der Unterwerfung der Schlichtungsstellenentscheidungen unter die verwaltungsgerichtliche Kontrolle hat der Gesetzgeber eine abweichende Rechtslage geschaffen.

Ausfluss dieser unterschiedlichen Interessen ist zusätzlich, dass je nach Regelungsgebiet das Interesse der Verfahrensparteien an einem schnellen Verfahrensergebnis unterschiedlich ist: Gilt es eine Betriebsvereinbarungsmaterie zu schlichten, die der Gesetzgeber § 96a ArbVG zugewiesen hat, so wird der Betriebsinhaber, wenn er eine der in dieser Norm genannten Maßnahmen einführen will, an einem schnellen Verfahrensergebnis größeres Interesse haben als der betroffene Betriebsrat, der sich gegen die Einführung einer solchen Maßnahme grundsätzlich stellt, oder dessen

---

3 *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz (2015) 405 f; *Gruber-Risak*, Die erzwingbare Betriebsvereinbarung, in *Körber-Risak/Wolf* (Hrsg) Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle[2] (2016) 124.

4 Vgl *Brodil* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 144 Rz 3 (6. Lfg, 2009).

5 Vgl *Ritzberger-Moser* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm[3] § 144 ArbVG Rz 6 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

6 NR XIII. GP, AB 993.

7 1085 BlgNR XVI. GP RV 13.

8 *Kuderna,* Schlichtungsstellen für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, DRdA 1978, 3.

9 *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II[4] 235 f.

Einwände vom Betriebsinhaber aus Sicht der Belegschaftsvertretung zu wenig berücksichtigt wurden und so keine Betriebsvereinbarung ohne Einbeziehung der Schlichtungsstelle zustande gekommen ist.

Im Bereich der Regelungsmaterien des § 97 Abs 1 Z 1–6a ArbVG, der erzwingbaren Betriebsvereinbarungen,[10] kann der Betriebsinhaber Maßnahmen auch ohne Abschluss einer Betriebsvereinbarung umsetzen.[11] Das Interesse an einem schnellen Verfahrensergebnis bei der Schlichtungsstelle wird daher auf Seiten des Antragsstellers, überwiegend des Betriebsrats, liegen, um die im Antrag thematisierte Maßnahme einer Regelung durch Betriebsvereinbarung zuzuführen. Eine einseitige Interessenslage einer der Betriebsvereinbarungsparteien ist hier nicht erkennbar.

Die vom Gesetz vorgesehene Zwangsschlichtung soll in den vorgesehenen Fällen unabhängig davon, ob eine Partei eine normative Regelung auf Betriebsebene überhaupt gewünscht ist, ein Ergebnis in Form einer Betriebsvereinbarung erzielen.[12]

Jene Seite, die kein Interesse an der Regelung einer Materie durch Betriebsvereinbarung hat, wird daher versucht sein, eine schnelle unmittelbare Entscheidung und somit rechtskräftige Regelung der Materie durch verfahrensverzögernde Maßnahmen zu verhindern bzw hinauszuschieben. Was können nun aber solche verfahrensverzögernde Maßnahmen sein?

Dass der Gesetzgeber offensichtlich obige Überlegungen den Verfahrensregeln der Schlichtungsstelle zugrunde gelegt hat, zeigt sich in folgenden Punkten: Zur Effizienzsicherung der Zwangsschlichtung wurde die Verpflichtung, eine rasche Entscheidung innerhalb einer möglichst kurze Verfahrensdauer herbeizuführen, in § 146 Abs 2 1. Satz ArbVG normiert: *„Die Schlichtungsstelle hat die Entscheidung möglichst rasch […] zu fällen.*" Weiters wird normativ festgelegt, dass Entscheidungen, die eine Betriebsvereinbarung über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Dauer und Lage der Arbeitspausen und die Verteilung der Arbeitszeit auf einzelne Wochentage zum Inhalt haben, von der Schlichtungsstelle innerhalb von vier Wochen, wohl ab rechtskräftiger Errichtung der Schlichtungsstelle, getroffen werden muss.[13] Die Zwangsschlichtung ist daher als Instrument einer möglichst raschen Konfliktbeilegung im Betrieb zu sehen.[14] *Ritzberger-Moser* sieht dieses wesentliche normative Element der raschen Entscheidungsfindung auch dadurch als gegeben an, dass Verzögerungen, die durch eine Taktik der Nichtteilnahme von Beisitzern

---

[10] *Reissner/Neumayr* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), ZellHB BV Allgemeiner Teil Rz 0.163 (Stand 1.8.2014, rdb.at).

[11] Auf die Ausgestaltung der Interessenslagen in Zusammenhang der Ausgestaltung eines Sozialplanes gem § 97 Abs 1 Z 4 iVm § 109 Abs 1 Z 1–6 ArbVG wird in diesem Beitrag nicht näher eingegangen.

[12] Vgl *Trenner/Kozak* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 144 Rz 1 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023).

[13] *Trenner/Kozak* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 146 Rz 1.

[14] *Ritzberger-Moser* in *Jabornegg/Resch,* ArbVG § 146 Rz 4 (Stand 1.11.2017, rdb.at).

einer Partei an den Verhandlungen der Schlichtungsstelle erzielt werden könnten, durch erleichterte Voraussetzungen für die Verhandlungs- und Beschlussfähigkeit in solchen Fällen vom Gesetzgeber ausgeschlossen wurden.[15]

Bei der Errichtung einer Schlichtungsstelle wurde die Verzögerungsgefahr durch den Gesetzgeber aber nicht gesehen und es wurden daher keine verfahrensbeschleunigenden Regeln getroffen. Es ist aber aufgrund der Notwendigkeit, rasch eine Entscheidung zu treffen, der Grundsatz der schnellen Verfahrensdurchführung auf die Errichtung anzuwenden, da ansonsten dieses gesetzgeberische Ziel unterlaufen würde. Es muss trotz Anwendung des Grundsatzes der raschen Verfahrensdurchführung konstatiert werden, dass die Einrichtung der Schlichtungsstelle als Ad-hoc-Behörde im Streitfall durch die Bekämpfung dieser Errichtung anfällig für Verfahrensverzögerungen bereits in diesem Verfahrensstadium ist.

Die zweite Möglichkeit für Verfahrensverzögerungen, wenn die Einrichtung der Schlichtungsstelle letztendlich nicht verhindert werden kann, wird dann durch die Ausgestaltung der Rechtschutzmöglichkeiten, ob und wie weitreichend die Entscheidung der Schlichtungsstelle selbst bekämpft werden können, bestimmt.

Hier ist nun zu bewerten, inwieweit die neu eingeführten Beschwerdemöglichkeiten durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber der unmittelbar davor geltenden Rechtslage zusätzliche Möglichkeiten der Verfahrensverschleppung eröffnet haben und somit geeignet sind, das Ziel der Zwangsschlichtung, eine schnelle betriebsverfassungsrechtlichen normative Regelung zu erreichen, zu konterkarieren.

2. Bekämpfung der Einrichtung der Schlichtungsstelle

2.1 Unverändert gebliebene Rechtslage

Die Einrichtung der Schlichtungsstelle erfolgt lediglich auf Antrag.[16] Dieser ist an den Präsidenten des in Frage kommenden Gerichtshofes erster Instanz, der sich mit Arbeits- und Sozialrechtssachen befasst und in dessen örtlichen Zuständigkeitsbereich der Betrieb fällt, zu richten.[17] Wurde der Antrag bei einem unzuständigen Präsidenten des Gerichtshofes eingebracht, hat dieser den Antrag unverzüglich an den zuständigen Präsidenten weiterzuleiten und den bzw die Antragsteller zu informieren.[18] Die Errichtung der Schlichtungsstelle stellt einen Akt der Justizverwaltung dar.[19] Auf diesen ist daher das AVG anwendbar, soweit das ArbVG nicht Abweichendes regelt.[20] Die Entscheidung zur Errichtung der Schlichtungsstelle stellt einen Be-

[15] Vgl *Ritzberger-Moser* in *Jabornegg/Resch,* ArbVG § 146 Rz 2.
[16] § 144 Abs 1 Satz 1 ArbVG.
[17] § 2 Abs 1 iVm § 3 Abs 1 SchliSt-Geo.
[18] § 4 Abs 1 SchliSt-Geo.
[19] *Ritzberger-Moser* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 144 ArbVG Rz 10.
[20] Art 1 Abs 2 Z 1 EGVG.

scheid dar.[21] Dieser Bescheid enthält auch die Ernennung der Mitglieder der Schlichtungsstelle. Eine inhaltliche Vorprüfung kommt dem Präsidenten hingegen nicht zu.[22]

2.2 Die Bekämpfung der Errichtung vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Errichtung einer Schlichtungsstelle unterlag bereits vor der Verwaltungsgerichtsnovelle 2012 dem Instanzenzug der Justizverwaltung.[23] Dies bedeutete, dass der Rechtszug bei Bekämpfung des Errichtungsbescheides über den Präsidenten des Oberlandesgerichtes bis zum Bundesminister für Justiz ging.[24] Bekämpfbar waren aber nur formale Mängel der Errichtungsentscheidung.[25] Als solche konnten die örtliche Unzuständigkeit der Schlichtungsstelle, die sachliche Unzuständigkeit, da der Antrag der Errichtung eine ihr nicht zugewiesene Materie zum Inhalt hat, die Beisitzer nicht rechtskonform bestellt wurden, geltend gemacht werden. Gegen den Bescheid des Bundesministers für Justiz konnte gem § 28 VwGG in der Fassung vor der Einführung der Verwaltungsgerichtbarkeit Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, die die begründete Behauptung, in einem Recht verletzt worden zu sein, enthalten musste ebenso wie ein Entscheidungsbegehren (zB einem kostenpflichtigen Aufhebungsbegehren).[26] Insgesamt finden sich im RIS seit 1988 bis 31.12.2013 sechs Beschwerdeverfahren gegen die Errichtung einer Schlichtungsstelle gem § 144 ArbVG.

In den Unterinstanzen wurde durch Einzelpersonen entschieden, die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes erfolgte durch einen Richtersenat gem § 11 Abs 1 VwGG.[27]

2.3 Der Instanzenzug im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegen Errichtungsbescheide

Gegen den Bescheid der Errichtung einer Schlichtungsstelle ist nun eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zu erheben. Gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes ist die Revision an den Verwaltungsgerichtshof möglich.

---

21 Vgl BVwG 23.2.2015, W207 2003401-2; *Weiß,* Das Verfahren bei den Schlichtungsstellen, in *Körber-Risak/Wolf*, Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle[2] 133.

22 *Trenner/Kozak* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 144 Rz 7.

23 *Trenner/Kozak* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 144 Rz 5.

24 *Brodil* in *Tomandl*, ArbVG § 144 Rz 7; VfGH B 1319/90 u B 202/91, DRdA 1992,383; siehe auch *Osmanovic*, Errichtung der Schlichtungsstelle ist ein Bescheid – Auch die sachliche Zuständigkeit ist vom Gerichtshofspräsidenten vorab zu prüfen, ASoK 2010, 314 (317).

25 *Trenner* in *Cerny* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht[5] (2012) § 144 Erl 2.

26 Siehe zB VwGH 30.6.2010, 20/08/0116.

27 Bis heute in unveränderter Normfassung.

Insofern gesehen erzeugt die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die zusätzliche Einführung der Zulassungsrevision an den VwGH keine (dauerhafte) Gefahr einer Verfahrensverlängerung, da die ordentliche Revision lediglich im Umfang von Art 133 Abs 4 B-VG möglich zulässig ist, nämlich wenn der Lösung der Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung zukommt, eine solche Rechtsprechung fehlt, die zu lösende Rechtsfrage bisher in der Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet wurde oder die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes von dieser Rechtsprechung abweicht. Die Entscheidung hat einen Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision, der kurz zu begründen ist, zu enthalten.[28] Da bisher schon der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen einer Beschwerde über die Errichtung der Schlichtungsstelle angerufen werden konnte,[29] ist daher davon auszugehen, dass Rechtsprechung über grundsätzliche Rechtsfragen anlässlich der Errichtung von Schlichtungsstellen bereits vorhanden ist und somit wie bisher typischerweise die Verfahren nach einer Rechtsmittelinstanz enden werden. Ebenso agiert in der Beschwerdeinstanz am Bundesverwaltungsgericht ein Einzelrichter, die Regelung der Senatsbesetzung vor dem VwGH blieb gleich. Die Anzahl von Errichtungsstreitigkeiten die einen Rechtsgang zum BVwG nach sich zogen, betrug 6;[30] seit 1.1.2014 war am VwGH keine Revision anhängig, in welcher lediglich die Errichtung einer Schlichtungsstelle bekämpft wurde.

3. Die Bekämpfung der Sachentscheidung der Schlichtungsstelle

3.1 Rechtslage vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle ist in § 146 ArbVG geregelt. Die Entscheidung der Schlichtungsstelle wirkt gegenüber den Parteien des Verfahrens als Bescheid, gegenüber den Normunterworfenen Arbeitnehmern des betroffenen Betriebes wirkt der Schiedsspruch hingegen als Betriebsvereinbarung.[31] Da es sich bei der Schlichtungsstelle um ein Kollegialorgan gem Art 20 Abs 2 B-VG handelte, war gem Art 133 Abs 1 Z 4 B-VG eine materielle Prüfung des Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof verfassungsrechtlich nicht vorgesehen. Es existierte daher kein ordentliches Rechtsmittel.[32]

Eine Überprüfung war lediglich im Rahmen eines außerordentlichen Rechtsgangs durch Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof möglich. Diese jedoch war

[28] *Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren[2] (2018) § 25a VwGG Anm 2 f.

[29] Vgl VwGH 17.6.2010, AW 2010/08/0035; VwGH 30.6.2010, 2010/08/0116; VwGH 12.9.2012, 2011/08/0349.

[30] BVwG 23.2.2015, W207 2003401-2/2E; BVwG 26.08.2018, W216 2116352-1/2E; BVwG 22.11.2018, W141 2190402-1/4E; BVwG 7.5.2019, W216 2121827-1/2E; BVwG 18.6.2019, W141 2207771-1/8E; BVwG 4.10.2021, W121 2240095-1/9E; BVwG 2.4.2020, W121 2182634-1/23E.

[31] *Trenner* in *Cerny*, ArbVR[5] § 146 Erl 2 ff.

[32] *Trenner* in *Cerny*, ArbVR[5] § 146 Erl 5; VfGH 15.6.1998, B 2410/94.

keine inhaltliche Überprüfung des Bescheides, sondern war als Gesetzmäßigkeitsprüfung[33] nur bei Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen und Vorliegens eines Entscheidungsexzesses erfolgreich möglich.[34] So judizierte der VfGH, dass lediglich ein gehäuftes Verkennen der Rechtslage und die Unterlassung jeglicher Ermittlungstätigkeit in Verbindung mit dem Ignorieren von Parteivorbringen oder das leichtfertige Abgehen vom Akteninhalt oder dem Ignorieren des konkreten Sachverhaltes in die Verfassungssphäre eingreifen kann.[35] Diesfalls liegt eine Verletzung des Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor.[36] Ebenfalls konnte eine Überprüfung durch den VfGH vorgenommen werden, wenn behauptet wurde, dass das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt wurde. Dies ist dann der Fall, wenn eine Behörde – hier die Schlichtungsstelle – eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt. Lässt sich daher eine von der Schlichtungsstelle getroffene Regelung nicht in einen BV-Tatbestand subsumieren, der einer Schlichtungsstellenentscheidung unterliegt (hier: eine BV-Regelung, die lediglich Arbeitgeberverhalten normierte), ist das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt.[37] Konsequenz der erfolgreichen Bekämpfung der Schlichtungsstellenentscheidung vor dem VfGH war die gänzliche (oder teilweise) Aufhebung des verfahrensgegenständlichen Bescheides.

3.2 Geltendes Recht

Mit BGBl I 2013/71 mit Wirkung 1.1.2014 wurde in § 146 Abs 2 ArbVG die Zuständigkeit der Bundesverwaltungsgerichte bei Beschwerden über Entscheidungen der Schlichtungsstellen gem der Verwaltungsgerichtsnovelle 2012 eingeführt. Die erläuternden Bemerkungen der Sammelnovelle lauteten lapidar, dass die Verwaltungsgerichte in der Sache selbst entscheiden werden[38] und dies auch für die Schlichtungsstellen gelten soll. Gleichwohl wurde der Charakter der Schlichtungsstelle als weisungsfreies Organ gem Artikel 20 Abs 2 Z 3 B-VG durch gegenständliche Novelle (Art 22 Z 1 BGBl I 2013/71) gestärkt.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, da der Gesetzgeber in der Novelle 2013 im Gegensatz zu anderen Rechtsbereichen keine Senatsgerichtsbarkeit mit Laienbeteiligung vorgesehen hat.[39]

---

33 *Trenner* in *Cerny*, ArbVR[5] § 146 Erl 5.
34 VfGH 4.3.2011, B 1338/10.
35 VfGH 2.10.2009, B 1579/08.
36 VfGH 4.3.2011, B 1338/10.
37 VfGH 4.3.2011, B 1338/10.
38 2193 BlgNR XXIV. GP – erl Bem RV 6.
39 Vgl dazu das Verfahren in Angelegenheiten der Arbeitslosenversicherung. Hier beachtete der Gesetzgeber, dass er die bisherige Beteiligung der Sozialpartner in der Berufungsinstanz der Landesgeschäftsstelle des AMS durch eine Laienrichterbeteiligung im Senat des BVwG ersetzte: vgl 2193 BlgNR XXIV. GP erl Bem RV 12.

Sofern die Beschwerde nicht abzuweisen ist – dies wäre der Fall, wenn keine sonstigen Rechtswidrigkeiten des Bescheides und kein Ermessensexzess der Schlichtungsstelle vorliegt –, hat das Bundesverwaltungsgericht eine inhaltliche Entscheidung zu fällen, bei welcher es auch Ermessen zu üben hat.[40] Alleinige, nicht zweckmäßige Ermessensübung stellt nach Ansicht des VwGH keine Rechtswidrigkeit und somit keinen Aufhebungsgrund dar.[41] Das Bundesverwaltungsgericht hat schließlich auszusprechen, ob eine Revision an den VwGH zulässig ist oder nicht.[42]

Seit 2014 wurde lediglich ein Verfahren im Rahmen einer ordentlichen Revision an den VwGH herangetragen, bei welchem es inhaltlich um eine abgewiesene Entscheidung der Schlichtungsstelle über einen Sozialplan gem § 109 Abs 1 Z 1 ArbVG ging, und die Beschwerde des Betriebsrates gegen diese Entscheidung vom Bundesverwaltungsgericht wegen fehlender Nachfolge des Bundes bei Wiedereingliederung des Patentamtes zurückgewiesen wurde. Diese Entscheidung wurde vom VwGH behoben, da sehr wohl von einem Eintritt des Bundes in die Rechte und Pflichten der teilrechtsfähigen GmbH ausgehen ist und über eine Sozialplan-BV inhaltlich zu entscheiden gewesen wäre.[43]

4. Ergebnis

4.1 Bekämpfung der Errichtung einer Schlichtungsstelle

Insgesamt hat die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einer Verkürzung des Instanzenzugs geführt, da nach der alten Rechtslage der Rechtsmittelweg der Bekämpfung der Entscheidung über die Errichtung der Schlichtungsstelle über den jeweils zuständigen Oberlandesgerichtspräsidenten zum Bundesminister für Justiz und anschließend an den Verwaltungsgerichtshof führte. Da bis auf den Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung von Einzelpersonen als Behörde zu fällen war, ist durch die Einzelrichterbesetzung des BVwG keine qualitative Änderung in der Behördenbesetzung eingetreten. Im alten Recht dauerte das Verfahren bis zur Entscheidung des VwGH in einem Fall knapp 1,5 Jahre ab Antrag des Betriebsrates auf Errichtung einer Schlichtungsstelle,[44] im zweiten auffindbaren Fall knapp 11 Monate.[45] Auch hier brachte der Betriebsrat den Antrag auf Errichtung einer Schlichtungsstelle ein.

In der Übergangsphase zum Neurecht (der Betriebsrat brachte den Antrag am 4.10.2013 ein) dauerte das Verfahren rund 1 Jahr und 4 Monate, wobei in diesem Fall die Schwierigkeit darin lag, dass durch die Einführung der Verwaltungsgerichts-

40 Siehe dazu VwGH 25.5.2022, Ro 2020/08/0005.
41 Vgl *Wolf* in *Köck/Sonntag* (Hrsg), ASGG (2020) § 146 Rz 20.
42 Siehe Punkt 2.3.
43 VwGH 25.5.2022, Ro 2020/08/0005.
44 VwGH 12.9.2012, 2011/08/0349.
45 VwGH 30.6.2010, 2010/08/0116.

barkeit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes gesetzlich nicht eindeutig festgelegt war.[46] Im Verfahren W216 2116352-1/2E lag die Verfahrensdauer bei über 3 Jahren und endete mit einer Behebung des Bescheides und Rückverweisung an den Präsidenten des ASG Wien zur Erlassung eines neuen Bescheides. In diesem Fall beantrage das Unternehmen die Errichtung der Schlichtungsstelle.[47] In einem weiteren Verfahren, dass durch die Rückziehung des Antrags auf Errichtung im Verfahren vor dem BVwG beendet wurde, betrug die Verfahrensdauer bis zu diesem Zeitpunkt über 2 Jahre.[48] Im Verfahren W216 2121827-1/2E betrug die Verfahrensdauer etwas über 3 Jahre und 8 Monate.[49] Ebenfalls wurde nach einer Verfahrensdauer von knapp 9 Monaten ein Verfahren durch eine beidseitige Antragsrückziehung beendet.[50] Eine durchschnittliche Verfahrensdauer lag bei über 2 Jahren und daher bei einer Verdoppelung der Verfahrenszeiten nach altem Recht. Diese Verfahrensdauern widersprechen gröblichst dem Raschheitsgrundsatz, den der Gesetzgeber vorgegeben hat. Das Ergebnis stellt daher für die Auflösung von Regelungsstreitigkeiten ein absolutes Negativum dar. In der Mehrheit der Fälle ging der Antrag zur Errichtung der Schlichtungsstelle vom Betriebsrat aus. Eine Durchsetzung der Belegschaftsinteressen insb bei der Erzwingung von Sozialplänen wird durch diese Verfahrensdauern sinnlos bzw geradezu verunmöglicht.

4.2 Bekämpfung der Entscheidung der Schlichtungsstelle

Eine inhaltliche Entscheidung der Schlichtungsstelle war nach der alten Rechtlage nur eingeschränkt vor dem VfGH bekämpfbar.[51] Die Verfahrensdauern betrugen hier zwischen knapp 6 Jahren, wobei bereits die Einrichtung der Schlichtungsstelle bekämpft wurde und die Verfahrensdauer nur ab der Bescheiderlassung durch den Justizminister bekannt ist,[52] über 3 Jahre,[53] 2 und 1 Jahr.[54] Die durchschnittliche Verfahrensdauer betrug also rund 2 bis 3 Jahre.

4.3 Bekämpfung der Entscheidung nach Neurecht

Nunmehr ist gegen die Entscheidung der Schlichtungsstelle eine materielle Entscheidung durch das BVwG vorgesehen, die ihrerseits wiederum durch Revision an den Verwaltungsgerichtshof bekämpft werden kann. Im Verfahren Ro 2020/08/0005 des Verwaltungsgerichtshofs vergingen bis zur Aufhebung der Entscheidung des BVwG

46 BVwG 23.2.2015, W207 2003401-2/2E.
47 BVwG 26.8.2018, W216 2116352.1/2E.
48 BVwG 22.11.2018, W141 2190402-1/4E.
49 BVwG 7.5.2019, W216 2121827-1/2E.
50 BVwG 18.6.2019, W141 2207771-1/8E.
51 Vergleiche Punkt 3.1.
52 VfGH 15.6.1998, B 2410/94.
53 VfGH 4.3.2011, B 1338/10.
54 VfGH 2.10.2009, B 1579/08 ua; VfGH 3.3.2005, B 1414/04.

durch den VwGH und der Einbringung des Antrags 25.1.2024 des Betriebsrates 5 Jahre. Eine weitere Entscheidung des BVwG war im RIS bis zum nicht aufzufinden.

Geht man nun davon aus, dass die Zwangsschlichtung Ausfluss der (eingeschränkten) Friedenspflicht des Betriebsrates ist und die Besetzung der Schlichtungsstelle neben dem Berufsrichter mit Beisitzern der jeweiligen Sozialpartner erfolgt, so ist als Manko die fehlende Beteiligung der Sozialpartner durch Laienrichter am BVwG auszumachen, insbesondere, da dieses bei erkannter Rechtswidrigkeit des Schlichtungsstellenbescheides in der Sache selbst zu entscheiden hat.

5. Fazit

Die Verfahrensdauern sowohl im Errichtungsstreit als auch bei Bekämpfung der materiellen Entscheidung der Schlichtungsstelle entsprechen in keinem Fall dem Raschheitsgebot des Gesetzgebers. Die Bekämpfung von Errichtungen und Entscheidungen der Schlichtungsstellen ist jedoch kein Massenphänomen. Nach Auskunft des Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft im Oktober 2023 sind von 2014 bis 2022 durchschnittlich 8 Anträge pro Jahr an die Schlichtungsstelle herangetragen worden (insgesamt 73). Ein Bekämpfung der Errichtung bzw der Entscheidung der Schlichtungsstellen fand insgesamt in rund 10 Prozent der Fälle statt. Trotz der geringen Fallzahlen ist aber eine bemerkenswerte Auswirkung (insbesondere der aktuellen Rechtslage) festzustellen:

Da in der überwiegenden Anzahl der in den öffentlichen Entscheidungsdatenbanken zugänglichen Fälle Betriebsräte die Zwangsschlichtung versucht haben einzuleiten, kann von einem Durchsetzungsmanko für die organisierten Belegschaften gesprochen werden. Noch dazu entspricht die fehlende Laienbeteiligung nicht der Aufgabe des zu erfüllenden sozialpartnerschaftlichen bzw betriebspartnerschaftlichen Interessensausgleiches. Maßnahmen zur Beschleunigung der Verfahren bzw eine verpflichtende Laienbeteiligung bei Entscheidungen des BVwG – nicht über die Errichtung, sondern zum materiellen Recht – sind daher dringend geboten.

5. Teil
Querschnittsfragen und generelle Betrachtungen

Gleichbehandlungsgebote im Rahmen der Arbeitsverfassung

Michaela Windisch-Graetz

1. Einleitung 459
   1.1 Gleichheit und Differenzierung nach innerstaatlichem Recht 459
   1.2 Der Impact des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsrechts 460
2. Differenzierungskriterien für die Belegschaftsorganisation 462
   2.1 Staatsbürgerschaft 462
   2.2 Jugendliches Alter und Behinderung 463
   2.3 Geschlechterquoten und Frauenförderung 464
3. Diskriminierungsfreie Rechtssetzung durch KollV und BV 468
4. Diskriminierende Rechtshandlungen des Betriebsrates? 470
5. Rückblick und Ausblick 471

1. Einleitung

Der folgende Beitrag soll gleichbehandlungsrechtliche Aspekte des ArbVG in den Blick nehmen. In den letzten 50 Jahren hat sich aus gleichbehandlungsrechtlicher Sicht durch den Beitritt Österreichs zum EWR und zur Europäischen Union viel getan. Musste sich bis 1.1.1994 das ArbVG lediglich am österreichischen Verfassungsrecht und hier insb am Gleichheitssatz sowie den Diskriminierungsverboten der EMRK messen lassen, ist seit dem Beitrittszeitpunkt das unionsrechtliche Gleichbehandlungsrecht zu berücksichtigen.

1.1 Gleichheit und Differenzierung nach innerstaatlichem Recht

Jede gesetzliche Regelung differenziert nach irgendwelchen Kriterien, was zwangsläufig auf Ungleichbehandlungen hinausläuft.[1] Der Gesetzgeber bezieht abstrakt umschriebene Personengruppen oder Sachverhaltskonstellationen in den Geltungsbereich von Regelungen ein und schließt andere aus, anknüpfend an Merkmale, die der Gesetzgeber im Hinblick auf den Regelungszweck für maßgeblich hält. Der Gesetzgeber des ArbVG 1974 hat sich insb in Bezug auf die Belegschaftsorganisation für bestimmte Differenzierungskriterien entschieden, die per se nicht unsachlich schienen und dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz entsprachen. Der Gesetzgeber geht seit den Anfängen der Gestaltung der Belegschaftsorganisation davon aus, dass es innerhalb der Belegschaft Gruppierungen mit unterschiedlichen Interessen gibt, die eigene Belegschaftsorgane rechtfertigen. Als grundlegend wurde die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten gesehen, was bereits das Betriebsrätegesetz

[1] *Berka*, Verfassungsrecht[8] (2021) 576.

1919[2] zum Anlass genommen hat, eigene Organe für Arbeiter und Angestellte zu normieren. In den Mat zum BRG 1947 und zum ArbVG 1974 wird festgehalten, dass „*die soziologische Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten im Kernbereich nach wie vor vorhanden und im Bewusstsein der Betroffenen stark verwurzelt ist*".[3]

Bis weitere Gruppierungen mit dem Interesse an einer eigenen Vertretung im Betrieb gesetzlich anerkannt wurden, dauerte es: Das Invalideneinstellungsgesetz 1969[4] sah in § 22 die Wahl eines Vertrauensmannes der Invaliden vor, wenn im Betrieb mindestens fünf Invalide iSd InvEinstG beschäftigt waren. § 22a BEinstG löste diese Regelung ab und sieht nunmehr die Wahl von Behindertenvertrauenspersonen vor. Mit dem Jugendvertrauensrätegesetz 1972[5] wurde erstmals die Möglichkeit normiert, betriebliche Jugendvertretungen einzurichten. Das ArbVG integrierte die Regelungen des JVRG 1972 im Wesentlichen unverändert[6] in die §§ 123 ff. Nach dem Geschlecht differenzierte das ArbVG 1974 dagegen nicht.[7] Dass es möglicherweise eine eigene Interessenlage von Frauen im Betrieb gegeben hätte, ist dem Gesetzgeber zunächst nicht in den Sinn gekommen.

1.2 Der Impact des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsrechts

Mit dem Beitritt Österreichs zum EWR musste der aquis communautaire übernommen werden; und damit auch das Gleichbehandlungsrecht der Europäischen Gemeinschaft. Durch die Öffnung des Binnenmarktes galten nunmehr die Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und damit das Diskriminierungsverbot von Wanderarbeitnehmern gem Art 39 EG (jetzt Art 45 AEUV), das in der VO (EWG) 1612/68[8] konkretisiert wurde. Art 141 EG (jetzt Art 157 AEUV) verpflichtete die Mitgliedstaaten, die Anwendung des Grundsatzes gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen. Über den Entgeltbereich hinaus verpflichtete die RL 76/207/EWG[9] die Mitgliedstaaten, den

---

2 Gesetz vom 15. Mai 1919, betreffend die Errichtung von Betriebsräten, StGBl, 101. Stück, Nr 283.

3 RV 840 BlgNR 13. GP 71.

4 Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Einstellung und Beschäftigung Invalider (Invalideneinstellungsgesetz 1969), BGBl 1970/22.

5 Bundesgesetz vom 9. Juli 1972 über betriebliche Jugendvertretungen (Jugendvertrauensrätegesetz – JVRG), BGBl 1972/287.

6 RV 840 BlgNR 13. GP 91.

7 Vgl auch *Petrovic,* die feststellt, dass andere Merkmale wie die Staatsangehörigkeit oder das Geschlecht, die durchaus zur Bildung sondervertretungswürdiger Arbeitnehmergruppen herangezogen werden könnten, (noch) nicht berücksichtigt werden: Sondervertretungen und ihre Mitwirkungsmöglichkeiten, in *Tomandl* (Hrsg), Offene Fragen des Betriebsverfassungsrecht (1989) 67 (94).

8 Verordnung (EWG) Nr 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl v 19.10.1968, L 257, 2-12.

9 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung,

Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen zu verwirklichen.

Der Staatsbürgervorbehalt beim passiven Wahlrecht zum Betriebsrat wurde damit zum Problem, aber auch die auf der Ermächtigung des ArbVG basierenden kollektiven Normen Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung mussten sich nunmehr an den Vorgaben des Art 141 EGV (Art 157 AEUV) messen lassen. Im Jahr 2000 erstreckte der Unionsgesetzgeber das Gleichbehandlungsrecht: Die Gleichbehandlungsrahmen-RL 2000/78/EG[10] sowie die Antirassismus-RL 2000/43/EG[11] verbieten nunmehr Diskriminierungen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis auch wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft, des Alters, der Religion oder Weltanschauung, der sexuellen Ausrichtung oder einer Behinderung. Die genannten Richtlinien wurden in Österreich für die Privatwirtschaft im Wesentlichen durch das GlBG 2004[12] umgesetzt.

Im Folgenden sollen die Regelungen des ArbVG im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsrecht der Europäischen Union analysiert werden. Dabei zeigt eine Durchsicht des ArbVG im Kern drei Regelungsbereiche, in denen diskriminierungsrechtliche Vorgaben eine Rolle spielen können. Der erste Regelungsbereich betrifft die Strukturierung der Belegschaft und ihrer Organe, dh das Organisationsrecht der Betriebsverfassung, aber auch den gesetzlichen Auftrag zur Frauenförderung im Betrieb und Unternehmen. Ein weiterer Bereich betrifft die Normenverträge, zu denen das ArbVG ermächtigt. So ist die Normsetzung durch kollektivvertragsfähige Körperschaften und Betriebspartner unstrittig an den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten zu messen. Die gleichbehandlungsrechtliche Dimension insb von Kollektivverträgen ist bereits ausführlich untersucht worden.[13] Dieselben Grundsätze gelten auch für Betriebsvereinbarungen.[14] Wenig untersucht ist dagegen die Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Vorgaben auf Rechtshandlungen und Maßnahmen der Belegschaftsorgane. Hier kann zwischen Mitwirkungsbefugnissen des Betriebsrates (zB der Ausübung des Zustimmungsrechts zu einer Kündigung gem § 105 ArbVG oder zu einer Versetzung gem § 101 ArbVG) und Maßnahmen unterschieden werden, die der Betriebsrat autonom treffen

zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl v 14. 2. 1976, L 039, 40–42.

10 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl v 2. 12. 2000, L 203, 16–22.

11 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl v 19.7.2000, L 180, 22–26.

12 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GlBG), BGBl I 2004/66.

13 ZB *Hörmann*, Teilzeitdiskriminierung in Kollektivverträgen (2020).

14 *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz* (Hrsg), GlBG[2] (2022) § 3 Rz 11.

kann (zB § 93 ArbVG, wonach der Betriebsrat Wohlfahrtseinrichtungen errichten und ausschließlich verwalten darf).

2. Differenzierungskriterien für die Belegschaftsorganisation

2.1 Staatsbürgerschaft

Nach der Stammfassung des ArbVG war ein Arbeitnehmer nur dann passiv zum Betriebsrat wahlberechtigt, wenn er die Voraussetzungen für das Wahlrecht zum Nationalrat erfüllte, dh, wenn er die österreichische Staatsbürgerschaft besaß. Nach dem Beitritt Österreichs zum EWR musste dieses Kriterium als Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit qualifiziert werden. Gem Art 8 VO (EWG) 1612/68 (jetzt Art 8 VO [EG] 492/2011) hat ein Wanderarbeitnehmer Anspruch auf gleiche Behandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte, einschließlich des Wahlrechts. Er hat außerdem das Recht auf Wählbarkeit zu den Organen der Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben. Der österr Gesetzgeber beseitigte mit BGBl 1993/460 diese Diskriminierung in Bezug auf Arbeitnehmer, die Angehörige von EWR-Staaten sind.

Strittig war jedoch die Rechtsstellung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern, mit deren Heimatstaaten Assoziationsabkommen, ua mit dem Inhalt der Gleichbehandlung bei den Arbeitsbedingungen, abgeschlossen worden waren (Türkei, Maghreb-Staaten etc). Der österr Gesetzgeber reagierte erst nach entsprechenden Entscheidungen des VfGH[15] und des EuGH.[16] Der VfGH hatte die Wahl zur Vollversammlung der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Vorarlberg 1999 als rechtswidrig aufgehoben, nachdem der EuGH auf Vorabentscheidungsersuchen des VfGH entschieden hatte, dass Art 10 Abs 1 des Beschlusses Nr 1/80 des durch das Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei geschaffenen Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation einer Bestimmung wie § 21 Arbeiterkammergesetz (AKG) entgegensteht, soweit dieser das passive Wahlrecht in eine Arbeiterkammer österr Staatsbürgern vorbehält. Der EuGH stellte weiters in einem Vertragsverletzungsverfahren Kommission gegen Österreich fest, dass Österreich gegen das Diskriminierungsverbot in Bezug auf die Arbeitsbedingungen verstoßen hat, weil es ausländische Arbeitnehmer vom passiven Wahlrecht zu den Betriebsräten ausgeschlossen hat.[17]

Mit BGBl I 2006/4 wurden § 21 Z 3 Arbeiterkammergesetz und § 53 ArbVG novelliert und jeglicher Bezug auf die Staatsangehörigkeit gestrichen. Da die Gesetzesänderung auf unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten beruht, hätte Österreich

---

15 VfGH WI-14/99, ARD 5221/3/2001.

16 EuGH 8.5.2003, C-171/01 (*Wählergruppe Gemeinsam*), sowie EuGH 16.12.2004, C-465/01 (*Kommission/Österreich*); vgl auch EuGH 4.7.1991, C-213/90 (*ASTI*).

17 EuGH 16.12.2004, C-465/01 (*Kommission/Österreich*).

die Option gehabt, Drittstaatsangehörige, mit deren Herkunftsstaaten es keine Assoziationsabkommen gibt, weiterhin vom passiven Wahlrecht auszuschließen. Man hat sich jedoch für eine generelle Lösung entschieden, um auch den entsprechenden völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Sozialcharta (Art 5) sowie aus Übereinkommen der ILO (Nr 87) Rechnung zu tragen.[18]

2.2 Jugendliches Alter und Behinderung

Die Bestimmungen des ArbVG über die Jugendvertretung gehen in ihrem Kern auf das JugendvertrauensräteG 1972, welches aufgrund von § 162 Abs 1 Z 6 ArbVG außer Kraft trat, zurück. Nach einigen Nov ist nunmehr eine umfassende Mitwirkung jugendlicher AN-Institutionen auf allen Ebenen der Belegschaftsvertretung festgelegt.[19]

Jugendliche sind all jene, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (vgl aber die Ausnahmen hiezu in den § 124 Abs 1, § 126 Abs 5 und § 127 Abs 4), und Lehrlinge, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.[20] Die unterschiedliche Altersgrenze (Vollendung des 21. Lebensjahres für Lehrlinge, Vollendung des 18. Lebensjahres für alle anderen AN) wird in den Gesetzesmaterialien damit begründet, dass eine gemeinsame Interessenlage dieser AN besteht.[21] Die Sondervertretung „Jugendvertrauensrat" soll allen in Ausbildung stehenden jugendlichen AN zugutekommen. Im Fall der Lehrlinge ist eine Anhebung des Höchstalters damit zu begründen, dass auf Grund der mit der Suche eines Lehrplatzes verbundenen Schwierigkeiten bzw der längeren Schulausbildung der Einstieg ins Berufsleben tendenziell immer später erfolgt.[22]

Die an bestimmte Altersgrenzen gebundene Zugehörigkeit zur Jugendbelegschaft könnte mit dem Verbot der Altersdiskriminierung inkompatibel sein. Nach Art 6 RL 78/2000/EG kann die Sondervertretung für Jugendliche aber wohl gerechtfertigt werden. Gem Art 6 Abs 1 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind. Zu den legitimen Zielen zählen insb Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung. Derartige Ungleichbehandlungen können „besondere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen" einschließen. Die Teilnahme an Betriebsratswahlen hat der EuGH[23] als „Arbeitsbedingung" erkannt. Besondere Arbeitsbedingungen sind insb gerechtfertigt, wenn sie die berufliche Eingliederung von Jugendlichen fördern oder ihren Schutz sicherstellen

---

18 IA 607/A BlgNR 22. GP 2.

19 *Kallab* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 123 ArbVG Rz 1.

20 In Kraft seit 1.1.2011, BGBl I 2010/101.

21 178/ME 24. GP.

22 *Kallab* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 123 ArbVG Rz 4.

23 EuGH 16.12.2004, C-465/01 (*Kommission/Österreich*).

(Art 6 Abs 1 lit a RL 78/2000/EG). Die Institutionalisierung einer Jugendbelegschaft durch das ArbVG dient der Wahrnehmung der Interessen von Jugendlichen, die in Berufsausbildung stehen, und kann damit iSd Art 6 Abs 1 lit a RL 78/2000/EG gerechtfertigt werden.

Auch die Regelung des § 22a BEinstG über die Behindertenvertrauensperson ist gleichbehandlungsrechtlich unproblematisch. Gem Art 7 Abs 2 RL 2000/78/EG dürfen die Mitgliedstaaten im Sinn positiver Maßnahmen Bestimmungen oder Vorkehrungen einführen oder beibehalten, die einer Eingliederung von Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern. Die Institution einer Behindertenvertrauensperson tut dies zweifellos.

2.3 Geschlechterquoten und Frauenförderung

Vor dem Beitritt Österreichs zum EWR bzw zur EU nahm das ArbVG in keiner Weise auf die Geschlechterverhältnisse im Betrieb Bedacht. Das änderte sich erst im Vorfeld des Beitritts Österreichs zum EWR. Mit dem Arbeitsrechtlichen Begleitgesetz[24] fanden erste gleichbehandlungsrelevante Bestimmungen in das ArbVG Eingang. 25 Jahre später wurden mit dem GFMA-G[25] Geschlechterquoten im Aufsichtsrat großer Unternehmen eingeführt, womit auch die Arbeitnehmervertreter unter Zugzwang geraten, auf mehr Geschlechtergleichheit zu achten.

Betriebliche Frauenförderung

§ 50 Abs 3 ArbVG enthält nunmehr eine Sollbestimmung, wonach im Betriebsrat Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis vertreten sein sollen.[26] In Ergänzung dazu normiert § 55 Abs 4a ArbVG, dass bei der Erstellung der Wahlvorschläge sowie bei der Entsendung in Gremien auf eine angemessene Vertretung der Arbeitnehmerinnen und der Arbeitnehmer Bedacht genommen werden soll.[27] Eine weitere Soll-Bestimmung findet sich in § 69 Abs 2 ArbVG, wonach der Betriebsrat im Einzelfall die Vorbereitung und Durchführung seiner Beschlüsse einem Ausschuss übertragen kann. Einem Ausschuss *sollen* insbesondere die Vorbereitung und Durchführung von Beschlüssen in den Angelegenheiten der Gleichbehandlung, der Frauenförderung, der Wahrnehmung der Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Familienpflichten sowie der Maßnahmen gegen sexuelle Belästigung übertragen werden. Die bloße Formulierung dieser Regelungen als Soll-Bestimmungen impliziert, dass Zuwiderhandeln

[24] BGBl 1992/833.

[25] BGBl I 2017/104.

[26] Dasselbe gilt für den Zentralbetriebsrat gem § 80 Abs 2 ArbVG.

[27] Vgl § 81 Abs 3 ArbVG für den ZBR, wobei in diesem Fall neben dem Geschlecht auch noch auf die Gruppen der Arbeiter und Angestellten sowie auf die einzelnen Betriebe des Unternehmens Bedacht genommen werden soll. Für die Konzernvertretung bestimmt § 88a Abs 6 ArbVG Entsprechendes.

keinerlei Sanktion unterliegt.[28] Insbesondere ist eine Betriebsratswahl nicht anfechtbar, auch wenn das Geschlechterverhältnis im Betriebsrat nicht entsprechend ist.

Ebenfalls mit der Novelle BGBl 1992/833 wurde als begleitende frauenfördernde Maßnahme zur Pensionsreform im Jahr 1992 die Möglichkeit einer fakultativen Betriebsvereinbarung vorgesehen, um „Maßnahmen zum Abbau der Benachteiligung von Frauen (Frauenförderpläne) sowie Maßnahmen zur Berücksichtigung von Familienpflichten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer" zu erlassen. Forderungen nach einer erzwingbaren BV wurde durch den Gesetzgeber nicht nachgegeben.[29]

Mit BGBl I 1998/69 wurde der Tatbestand sprachlich geändert auf „Maßnahmen der betrieblichen Frauenförderung (Frauenförderpläne) sowie Maßnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf". Während die Berücksichtigung von Familien- bzw Betreuungspflichten zugunsten beider Geschlechter formuliert ist, bezieht sich der erste Teil der Regelung ausschließlich auf Maßnahmen zur Förderung von Frauen. Mit dieser Novelle wurde außerdem die betriebliche Mitbestimmung durch Beratungs- und Vorschlagsrechte des Betriebsrates ergänzt. Gem § 92b Abs 1 ArbVG hat der Betriebsinhaber mit dem Betriebsrat Maßnahmen der betrieblichen Frauenförderung bzw der Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf zu beraten. Solche Maßnahmen betreffen insbesondere die Einstellungspraxis, Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und den beruflichen Aufstieg, die auf den Abbau einer bestehenden Unterrepräsentation der Frauen an der Gesamtzahl der Beschäftigten bzw an bestimmten Funktionen oder auf den Abbau einer sonst bestehenden Benachteiligung abzielen, sowie Maßnahmen, die auf eine bessere Vereinbarkeit der beruflichen Tätigkeit mit Familien- und sonstigen Betreuungspflichten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abzielen. Der Betriebsrat hat gem § 92b Abs 2 ArbVG das Recht, Vorschläge in diesen Angelegenheiten zu erstatten und Maßnahmen zu beantragen. Der Betriebsinhaber ist verpflichtet, mit dem Betriebsrat über dessen Vorschläge und Anträge zu beraten. Zweck dieser Regelung ist es, die Betriebspartner verstärkt dazu anzuhalten, Frauenförderpläne und Maßnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf zu entwickeln.[30]

Problematisch, weil diskriminierungsverdächtig, ist die ausschließliche Ermächtigung zur Förderung nur eines Geschlechts, nämlich des weiblichen. *Reissner* hebt die Entstehungsgeschichte der entsprechenden Normen hervor, die im Zusammenhang mit dem Frauen-Volksbegehren verstanden werden müssten, und Antwortcharakter hätten.[31] Er hält fest, dass „*es theoretisch auch Männerförderung geben könnte, wenn Männer in einem Arbeitsumfeld unterrepräsentiert sind*".[32] In frauen-

---

[28] Vgl *Schneller* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 55 Rz 32 (arbvg.oegb.at, Stand 1. 7. 2023); *Kallab* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 55 ArbVG Rz 44.

[29] *Auer-Mayer* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 92b Rz 22.

[30] AB 1115 BlgNR 20. GP 1.

[31] Vgl dazu *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 92b Rz 1 und 6.

[32] *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 92b Rz 6.

dominierten Betrieben (zB Kindergärten, Pflegeeinrichtungen) mögen Maßnahmen zur Förderung von Männern – insb Einstellungsförderung – durchaus in Frage kommen. Nach der derzeitigen Formulierung hat der Betriebsrat allerdings kein Recht, Anträge auf männerfördernde Maßnahmen zu stellen.

Fraglich ist, ob die gesetzliche Ermächtigung der Betriebspartner ausschließlich zur „Frauen"förderung gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot verstößt. Art 157 Abs 4 AEUV enthält die primärrechtliche Ermächtigung an die Mitgliedstaaten, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen (Art 157 Abs 4 AEUV; ex-Art 141 Abs 4 EG). Diese Ermächtigung ist geschlechtsneutral formuliert. Art 3 Gender-RL 2006/54/EG formuliert die Ermächtigung der Mitgliedstaaten, positive Maßnahmen zu setzen, ebenfalls ausschließlich geschlechtsneutral.

Macht der Gesetzgeber von der Öffnungsklausel des Art 157 Abs 4 AEUV Gebrauch, darf er mE nicht seinerseits diskriminieren, indem er Fördermaßnahmen lediglich für ein Geschlecht zulässt. Die österr Regelungen der §§ 92b und 97 Abs 1 Z 25 ArbVG lassen aufgrund ihres klaren Wortlauts ausschließlich Maßnahmen der betrieblichen „Frauen"förderung zu und ermächtigen nicht zu Betriebsvereinbarungen zur Förderung von Männern in Betrieben, in denen Männer unterrepräsentiert sind. Sie verstoßen damit mE gegen den unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Die österr Regelungen sollten daher umformuliert werden und den neutralen Wortlaut der unionsrechtlichen Regelungen übernehmen, indem auf das „unterrepräsentierte" Geschlecht abgestellt wird.

Geschlechterquote im Aufsichtsrat

Mit dem GFMA-G 2017[33] wurde die langjährige Forderung nach einer Frauenquote im Aufsichtsrat börsenotierter Unternehmen nach deutschem Vorbild[34] umgesetzt.[35] Die neuen Regelungen traten mit 1. Jänner 2018 in Kraft. Der Justizausschuss begründet, dass in einer gesetzlichen Mindestquote ein Instrument zu einer möglichst gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern in entscheidenden Funktionen bedeutender Unternehmen zu sehen sei. Studien hätten belegt, dass die Diversität nicht nur durch die größere Heterogenität der Fähigkeiten, Perspektiven und Ideen zu einer Erweiterung der Ressourcen führe, sondern dass auch durch geschlechterspezifische Verhaltensunterschiede eine Stärkung der Corporate Governance erreicht werden könne.[36] § 86 Abs 7 AktG (darauf verweisend § 30 GmbH-G, § 94i GenG und § 67 SEG) verlangt nun, dass in börsenotierten Gesellschaften sowie

[33] Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat – GFMA-G, BGBl I 2017/104.
[34] Vgl IA 2226/A 25. GP 4; AB 1742 BlgNR 25. GP 2.
[35] *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] § 110 ArbVG Rz 15.
[36] AB 1742 BlgNR 25. GP 2.

in Gesellschaften, in denen dauernd mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind, der Aufsichtsrat zu mindestens 30 % aus Frauen und zu mindestens 30 % aus Männern besteht,[37] sofern der Aufsichtsrat aus mindestens sechs Kapitalvertretern und die Belegschaft zu mindestens 20 % aus Arbeitnehmerinnen beziehungsweise Arbeitnehmern besteht. Eine Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates durch die Hauptversammlung und eine Entsendung in den Aufsichtsrat unter Verstoß gegen das Mindestanteilsgebot ist nichtig. § 110 Abs 2a bis 2d ArbVG legt die entsprechenden Quoten für die vom Zentralbetriebsrat bzw Betriebsrat in den Aufsichtsrat entsandten Arbeitnehmervertreter fest. Eine 30 %ige Frauen- (bzw Männer-)quote ist jedoch nur verpflichtend, sofern mindestens drei Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden sind und wenn die Belegschaft zu mindestens 20 % aus Arbeitnehmerinnen (bzw Arbeitnehmern)[38] besteht. Die Quoten sind vom Aufsichtsrat insgesamt zu erfüllen (§ 86 Abs 9 AktG). Defizite bei der Erreichung der Quote auf der Seite der Kapitalvertreter oder auf der Seite der Belegschaftsvertreter können durch die jeweils andere Gruppe ausgeglichen werden. Widerspricht allerdings die Mehrheit der Kapitalvertreter oder die Mehrheit der gemäß § 110 ArbVG entsandten Aufsichtsratsmitglieder (Arbeitnehmervertreter) spätestens sechs Wochen vor einer Wahl oder Entsendung der Gesamterfüllung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden, so ist der Mindestanteil für diese Wahl oder Entsendung von den Kapitalvertretern und den Arbeitnehmervertretern getrennt zu erfüllen. Entspricht der Vorschlag der wahlwerbenden Gruppe nicht den Quotenvorgaben, bleiben jene Sitze, die zunächst zu besetzen sind, bis zur Erstattung eines gesetzmäßigen Vorschlags gem § 110 Abs 2b ArbVG unbesetzt (Sanktion des „leeren Stuhls"). Eine Nachnominierung kann jederzeit erfolgen. Durch diese Sanktion entsteht indirekt Druck auf die Belegschaft, ausreichend Frauen in den Betriebsrat bzw Zentralbetriebsrat zu wählen.[39] Die – wie dargestellt – sanktionslose Vorgabe des § 50 Abs 3 ArbVG, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betriebsrat entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis entsprechend vertreten sein sollen, bekommt somit indirekt Gewicht. Es wäre allerdings zu überlegen, ob gerade im Zusammenhang mit der Quote im Aufsichtsrat nicht auch die Einführung einer Quote für die Betriebsratstätigkeit nach §§ 40 ff ArbVG sinnvoll wäre, um die harte Konsequenz des leeren Stuhls möglichst zu vermeiden.[40] Vorbild könnte Deutschland sein, wo § 15 Abs 2 BetrVG regelt, dass „*das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist,* (...) *mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein [muss], wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht*".

---

[37] Zu den tatsächlichen Zahlen im Zusammenhang mit der Gesetzesnovelle vgl *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, Die Quote im Aufsichtsrat für Kapital- und Arbeitnehmervertreter, GesRZ 2017, 344 (353).

[38] Zur Kritik an dieser Mindestbelegschaftsstärke *Schima*, Verpflichtende Geschlechterquote im Aufsichtsrat größerer Unternehmen, RdW 2018, 71.

[39] *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 110 ArbVG Rz 15.

[40] So der Vorschlag von *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (359).

3. Diskriminierungsfreie Rechtssetzung durch KollV und BV

Auch Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen sind am unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen. Für den Bereich des Entgelts entschied der EuGH, dass Art 119 EWGV (jetzt Art 157 AEUV) nicht nur für die Behörden verbindlich ist, sondern sich auch auf alle Tarifverträge, die die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln, und auf alle Verträge zwischen Privatpersonen erstrecken. Die Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien kann nicht als Rechtfertigung für diskriminierende Regelungen eingewendet werden.[41] Gem Art 23 lit a Gender-RL 2006/54/EG haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen und allen sonstigen Vereinbarungen und Regelungen nichtig sind, für nichtig erklärt werden können oder geändert werden. Entsprechende Regelungen enthalten Art 14 lit b Antirassismus-RL 2000/43/EG und Art 16 lit b RL 2000/78/EG. Die RL stellen damit den umfassenden Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgebotes klar.

Für den Bereich des Entgelts nimmt § 11 GlBG ausdrücklich auf „Betriebliche Einstufungsregelungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung" Bezug: Diese haben bei der Regelung der Entlohnungskriterien den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit oder gleichwertige Arbeit zu beachten und dürfen weder Kriterien für die Beurteilung der Arbeit der Frauen einerseits und der Arbeit der Männer andererseits vorschreiben, die zu einer Diskriminierung führen. Die Auffassung des OGH aus dem Jahr 1995, dass sich das Gleichbehandlungsgebot des § 2 GlBG aF nicht an die Kollektivvertragsparteien richte, ist daher längst überholt.[42]

§ 11 GlBG normiert aber weder eine Sanktion noch legt er fest, wer für Diskriminierungen haften soll. Sollten nicht eigentlich die Kollektivvertragsparteien für diskriminierende Kollektivverträge verantwortlich gemacht werden können? Das GlBG folgt einer anderen Logik. § 3 GlBG verbietet Diskriminierungen „im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis", womit der sachliche Geltungsbereich sehr weit gefasst wird. Erfasst sind untergesetzliche Regelungen und Maßnahmen, dh Verordnungen, Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen, Arbeitsverträge, Weisungen und sonstige Maßnahmen des Arbeitgebers.[43] Normadressat der Diskriminierungsverbote ist meist der Arbeitgeber. Voraussetzung für Ansprüche nach dem GlBG ist idR eine Verletzung der Gleichbehandlungsgebote, die vom AG zu vertreten sind (es gibt aber offenkundige Ausnahmen, zB die Belästigung durch Dritte). Letzteres gilt

[41] EuGH 7.2.1991, C-184/89 (*Nimz*); 27.6.1990, C-33/89 (*Kowalska*); 43/75 (*Defrenne*), Rz 38/39.

[42] OGH 11.1.1995, 9 ObA 802/94; *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz*, GlBG² § 3 Rz 20.

[43] Vgl *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 3 GlBG Rz 4; *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz*, GlBG² § 3 Rz 11; *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GlBG² (2021) § 3 Rz 6.

insb auch für den Kollektivvertrag, obwohl der AG nicht Vertragspartei desselben ist und die diskriminierenden Inhalte nicht ausgehandelt hat. Wendet der AG einen diskriminierenden KV an, kann er die Diskriminierung nicht damit rechtfertigen, dass er bloß einen KV angewendet oder befolgt hat. Vielmehr sind die diskriminierenden Regelungen des KV nichtig, sodass der AG den KV ohne die nichtigen Bestimmungen anzuwenden hat.[44]

Das unionsrechtliche Gleichbehandlungsrecht geht nicht so weit, dass die Kollektivvertragsparteien verpflichtet wären, den Grundsatz der Entgeltgleichheit auch bei Abschluss verschiedener Kollektivverträge zu berücksichtigen. Branchenübergreifend sind die Entgelte daher nicht zu vergleichen. Der EuGH hat zwar in der Rs *Lawrence* festgehalten, dass nichts im Wortlaut des Art 141 Abs 1 EGV (jetzt Art 157 AEUV) darauf hindeute, dass die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Fälle beschränkt wäre, in denen Männer und Frauen ihre Arbeit für ein und denselben Arbeitgeber verrichten. Er verfolgt diese Idee jedoch nicht weiter, sondern verlangt, dass eine Ungleichbehandlung auf „ein und dieselbe Quelle" zurückgeführt werden müsse. Ist dies nicht der Fall, so fehle es an einer Einheit, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich ist und die die Gleichbehandlung wiederherstellen könnte.[45] Wendet also ein AG zwei unterschiedliche KV verschiedener Kollektivvertragsparteien an und kommt es dadurch zu Benachteiligungen, ergibt sich daraus keine Diskriminierung iSd Gleichbehandlungsrechts. Anders ist es jedoch, wenn die gleichen Abschlussparteien KV lediglich unabhängig voneinander verhandeln.[46] Ungleiche Entgelte für gleiche oder gleichwertige Arbeit müssen dann aus anderen Gründen gerechtfertigt werden können. Für Österreich könnte man nun in Frage stellen, ob die häufigsten Abschlussparteien WKO und ÖGB überhaupt als „verschiedene Kollektivvertragsparteien" angesehen werden können. Man muss jedoch berücksichtigen, dass die Kollektivvertragsfähigkeit keine Rechtspersönlichkeit voraussetzt und daher auch Fachverbände bzw -gruppen oder Sparten und Teilgewerkschaften KV abschließen.[47] KV der verschiedenen Fachverbände oder -gruppen sind dann nicht mehr „einer Quelle" zuzuordnen. Das Unionsrecht verlangt daher keinen Vergleich über die Branchen hinaus und kann damit auch wenig dazu beitragen, die Entgeltunterschiede zwischen typischen Frauen- und Männerberufen und damit eine geschlechtsspezifische Aufteilung des Arbeitsmarktes abzubauen.[48]

Eine besondere Konstellation liegt bei BV vor. Verfügt ein Betriebsinhaber über mehrere Betriebe und schließt er mit mehreren Betriebsräten BV ab, ist jedenfalls auf seiner Seite stets derselbe Abschlusspartner gegeben. Es stellt sich die Frage, inwieweit der Betriebsinhaber dazu verpflichtet ist, bei den Verhandlungen mit den ver-

---

44 *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz*, GlBG² § 3 Rz 21.
45 EuGH 17.9.2002, C-320/00 (*Lawrence*).
46 EuGH 27.10.1993, C-127/92 (*Enderby*).
47 *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹² (2023) 207.
48 *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz*, GlBG² § 3 Rz 125.

schiedenen Betriebsräten das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Wie ist eine BV zu beurteilen, deren Inhalte nachteiliger sind als die eines anderen Betriebes, wenn sich diese Ungleichbehandlung auf Diskriminierungsgründe wie das Geschlecht (Betrieb, in dem vorwiegend Frauen arbeiten) oder die ethnische Zugehörigkeit (AN mit Migrationshintergrund) zurückführen lassen? Da auf Arbeitgeberseite eine einheitliche Quelle der BV vorliegt, müssen sich die BV eines Unternehmens auf die Diskriminierungsverbote hin überprüfen lassen. Im Rahmen der geforderten Rechtfertigung ist insb fraglich, ob der AG die Differenzierungen zwischen den BV mit unterschiedlichen Wünschen bzw Druck des Verhandlungspartners rechtfertigen kann.[49] Unterschiedliche Wünsche der Betriebsräte können als Rechtfertigungsgrund geeignet sein, wenn in ihnen die spezifischen Interessen der einzelnen Betriebe zum Ausdruck kommen. Kann der Betriebsinhaber allerdings bloß dem Druck eines mächtigen Verhandlungspartners nicht standhalten, muss er die günstigeren Bedingungen auch in den anderen Betrieben gewähren.

4. Diskriminierende Rechtshandlungen des Betriebsrates?

An diese Überlegungen anknüpfend stellt sich die Frage nach diskriminierenden Rechtshandlungen des Betriebsrates. In Frage kommen neben der bereits angesprochenen Mitverhandlung und Abschluss einer Betriebsvereinbarung vor allem personelle Mitwirkungsrechte wie etwa eine Zustimmung zu einer Kündigung gem § 105 Abs 3 ArbVG oder einer verschlechternden Versetzung gem § 101 ArbVG. Während in diesen Fällen auch der AG an den Maßnahmen beteiligt ist, ist dies im Fall von Alleinbestimmungsrechten des Betriebsrates wie etwa im Zusammenhang mit Wohlfahrtseinrichtungen gem § 93 ArbVG oder Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 73 Abs 1 ArbVG anders.

Wie bereits ausgeführt richtet sich das GlBG, aber auch Art 157 AEUV, primär an die Arbeitgeber. Hat der Arbeitgeber Leistungen aufgrund einer BV, die sich zumindest auch wegen der Haltung des Betriebsrates in den Verhandlungen als diskriminierend herausstellt, zu erbringen, hat er diese Leistungen derart anzupassen, dass sie nicht diskriminieren. Ebenso ist im Fall der Kündigung der Arbeitgeber involviert. Macht der Betriebsrat aus diskriminierenden Motiven von seinem Sperrecht gem § 105 Abs 6 ArbVG Gebrauch, sodass der betreffende AN eine Kündigung gem § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG nicht mehr anfechten können soll, hat der AN im Kündigungsanfechtungsverfahren die Nichtigkeit der Zustimmung gem § 879 ABGB einzuwenden. Eine diskriminierende Zustimmung ist gesetzwidrig, da § 3 Abs 7 GlBG – „niemand darf bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert werden" – auch auf den Betriebsrat anwendbar ist. Wenn der AG seinerseits nicht diskriminiert, kann die Kündigung jedoch nicht nach § 12 Abs 7 GlBG angefochten werden.

[49] *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz*, GlBG² § 3 Rz 125.

Ähnlich ist es bei der Zustimmung zu einer verschlechternden Versetzung. Stimmt der Betriebsrat der Versetzung aus verpönten Motiven zu – zB wegen der ethnischen Zugehörigkeit des AN – ist diese Zustimmung nichtig. Die Versetzung ist damit unzulässig, auch wenn der AG von den verpönten Motiven vielleicht nichts ahnt. Die diskriminierte Person muss sich gegen die Versetzung gegenüber dem AG wehren und die Nichtigkeit der Zustimmung des Betriebsrates einwenden.

Unklarer wird die Rechtslage, wenn die Rechtshandlungen oder Maßnahmen des Betriebsrates nicht dem Arbeitgeber zugerechnet werden können, wie etwa im Fall von Wohlfahrtseinrichtungen gem § 93 ArbVG oder von Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 73 Abs 1 ArbVG. Diskriminierende Wohlfahrtseinrichtungen oder -maßnahmen erfüllen ebenfalls den Tatbestand des § 3 GlBG, wobei je nach Ausgestaltung vor allem bei den „Arbeitsbedingungen" oder „freiwilligen Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen", diskriminiert werden wird. Gem § 12 Abs 3 und 6 GlBG können Ansprüche auf die diskriminierungsfreien Leistungen bzw Arbeitsbedingungen geltend gemacht werden, zusätzlich steht eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung zu. Da weder § 3 noch § 12 Abs 3 und 6 den Normadressaten ausdrücklich bezichnen, ist eine Einbeziehung des Betriebsrates bzw des Betriebsratsfonds in den Geltungsbereich des § 3 GlBG möglich und geboten. Nach dem Schrifttum sind außerdem alle Formen der Belegschaftsvertretung als Arbeitnehmerorganisation von § 1 Abs 1 Z 3 und § 4 Z 2 GlBG umfasst.[50] Das Diskriminierungsverbot erfasst dabei nicht nur die Mitwirkung und Mitgliedschaft bei der Organisation, sondern auch die Inanspruchnahme ihrer Leistungen.

5. Rückblick und Ausblick

Seit dem Inkrafttreten des ArbVG hat sich aus gleichbehandlungsrechtlicher Sicht viel verändert. Die unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote sind seit dem Beitritt Österreichs zum EWR auf allen Ebenen des kollektiven Arbeitsrechts zu berücksichtigen. Das gilt für die gesetzlichen Regelungen des ArbVG ebenso wie für alle daraus abgeleiteten Maßnahmen wie Verordnungen, Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen sowie Rechtshandlungen und Maßnahmen der Betriebsräte. Während es insb zur Frage der diskriminierungsfreien Gestaltung von Kollektivverträgen ausreichend Literatur gibt, ist der Frage nach Diskriminierungen durch einzelne Betriebsratsmitglieder oder den Betriebsrat als Organ noch wenig nachgegangen worden. *Mathy* hat mit seiner umfassenden Dissertation „Minderheitsrechte im Betriebsrat" einen spannenden Anfang gesetzt.[51] Für weitere Forschungsarbeiten bleibt noch ein weites Feld.

---

[50] *Hopf/Mayr/Eichinger/Erler*, GlBG² § 1 Rz 19; *Rebhahn/Windisch-Graetz* in *Windisch-Graetz*, GlBG² § 1 Rz 44.

[51] *Mathy*, Minderheitsrechte im Betriebsrat (2022).

Gibt es eine kollektivrechtliche Friedenspflicht?

Rudolf Mosler

1. Was versteht man unter Friedenspflicht? 473
2. Die kollektivvertragliche Ebene 475
3. Die betriebsverfassungsrechtliche Ebene 480
4. Zusammenfassung und Fazit 484

Von der hM wird davon ausgegangen, dass es sowohl eine betriebsverfassungsrechtliche als auch eine kollektivvertragliche „Friedenspflicht" gibt. Die Diskussion über deren Reichweite ist keineswegs neu, hat aber durch die 2023 in für Österreich ungewohnter Intensität stattgefundenen Streiks eine aktuelle Bedeutung erlangt. So wurde etwa diskutiert, ob sich Betriebsratsmitglieder an Streiks beteiligen dürfen oder sie aufgrund der Friedenspflicht einem Kampfverbot unterworfen sind. Im Folgenden wird einerseits der Frage nachgegangen, welche Aussagen dem ArbVG zum Thema Friedenspflicht zu entnehmen sind und andererseits untersucht, ob das Unionsrecht und die Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht eine Neueinschätzung erfordern.

1. Was versteht man unter Friedenspflicht?

Folgende leitende Aussagen findet man in jeweils ähnlicher Formulierung in der einschlägigen Literatur: Immanenter Bestandteil eines Kollektivvertrags (KollV) sei eine Friedenspflicht, die nicht nur die Verpflichtung umfasse, die Veranstaltung und Unterstützung von Arbeitskämpfen gegen die andere Vertragspartei zu unterlassen, sondern sich auch für die Erhaltung des Arbeitsfriedens einzusetzen, insb die Mitglieder mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln von der Veranstaltung von Arbeitskämpfen abzuhalten.[1] Erfasst seien all jene Gegenstände, die im KollV geregelt sind, die Wirkung beziehe sich auf die Geltungsdauer des KollV.[2] Gebunden seien aber nur die Kollektivvertragsparteien als solche und nicht ihre Mitglieder.[3] Der ausdrückliche Ausschluss der Friedenspflicht im KollV sei zulässig.[4]

Auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene wird eine Friedenspflicht meist aus dem Kooperationsgebot der Betriebsverfassung bzw aus § 39 Abs 1 ArbVG abgelei-

[1] In Österreich geht die hM im Wesentlichen auf *Strasser* zurück, der sich in einem grundlegenden Aufsatz (Die Rechtsgrundlagen der tariflichen Friedenspflicht, RdA 1965, 401 ff) an der deutschen Lehre orientiert hat; präzise zusammengefasst bei *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] (2001) 162 mwN.

[2] *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 203.

[3] *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 162 mwN.

[4] *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 162 mwN.

tet. Danach seien Arbeitskämpfe verboten, die auf eine Änderung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse der Belegschaft abzielen, die den Abschluss oder die Änderung einer Betriebsvereinbarung erreichen wollen oder die von Organen der gesetzlichen Betriebsverfassung, also insb vom Betriebsrat, in dieser Eigenschaft durchgeführt werden.[5] Die Mitglieder der Belegschaftsvertretung dürften sich aber sowohl am Arbeitskampf beteiligen als auch einen solchen organisieren, sofern sie dafür die betriebsverfassungsrechtlich vorgegebene Organisation nicht einsetzen.[6]

Eine Verletzung der kollektivvertraglichen oder betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht hat die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes als Gesamtaktion zur Folge. Das kann Schadenersatzansprüche gegen die Organisator:innen auslösen, uU aber auch zu Sanktionen für die Arbeitnehmer:innen (AN) führen, die am Arbeitskampf teilnehmen.[7]

Der Ausdruck „Friedenspflicht" wird schon seit dem Aufkommen von KollV an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert – durchaus im heutigen Sinne – verwendet. So schreibt *Sinzheimer* in seinem legendären Werk „Der korporative Arbeitsnormenvertrag", dass die Friedenspflicht des Arbeitsnormenvertrags das Versprechen enthalte, selbst jede Kampfhandlung gegen den/die Arbeitgeber:in (AG) zu unterlassen und auch die Mitglieder von solchen Kampfhandlungen abzuhalten.[8] Über den Umfang der Friedenspflicht entscheide in erster Linie der Vertrag.[9] Trotz seiner langen Tradition kann man darüber diskutieren, ob der Begriff noch zeitgemäß ist. Zum einen ist Frieden im allgemeinen Sprachgebrauch meist als Abwesenheit von Gewalt und Krieg definiert. Im Arbeitsleben geht es aber nicht um Krieg, sondern um Interessendurchsetzung. Noch problematischer ist aber – sogar wenn man den Begriff als eingeführt und üblich akzeptiert – sein unklarer Inhalt. Wozu genau ist man verpflichtet? Geht es nur um das Verbot von Arbeitskämpfen in bestimmten Konstellationen (dann wäre Arbeitskampf- oder Streikverbot der präzisere Begriff) oder muss der Frieden darüber hinaus gewahrt werden? Müssen sich Gewerkschaften, AG und deren Interessenvertretungen aktiv für die Erhaltung des Arbeitsfriedens einsetzen? Sind dann uU auch schon unüblich hohe Forderungen bei den Kollektivvertragsverhandlungen ein Verstoß gegen die Friedenspflicht? Müssen die Gewerkschaften mäßigend auf ihre Mitglieder einwirken? Sind sie verpflichtet, gegen Mitglieder, die ohne gewerkschaftliche Billigung streiken, mit Sanktionen vorzugehen? Müssen auch die Mitglieder der Belegschaftsvertretungen versuchen, AN von einem Arbeitskampf im Betrieb abzuhalten? Vor allem aber: Was sind die Rechtsgrundlagen der angenommenen Friedenspflicht?

---

5 *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 201 f.

6 *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 202; zur damit verbundenen Problematik *Krejci*, Recht auf Streik (2015) 223 ff.

7 Vgl etwa *Krejci*, Recht auf Streik 265 ff.

8 *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag (Zweiter Teil, 1908) 149.

9 *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag (Zweiter Teil) 151.

2. Die kollektivvertragliche Ebene

Wie unter 1. ausgeführt wird in der Literatur eine Friedenspflicht meist als immanenter Bestandteil der KollV angesehen, die nicht gesondert vereinbart werden müsse, aber ausdrücklich ausgeschlossen werden könne. Die Rechtsgrundlage der KollV ist das ArbVG. Dieses enthält keine Aussage zu einer allfälligen Friedenspflicht. Unzweifelhaft könnte sie im Rahmen der Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien (§ 2 Abs 2 Z 1 ArbVG) ausdrücklich vereinbart werden. Dies geschieht in der Praxis allerdings nicht. ZT wird vertreten, dass sich die Friedenspflicht aus dem Wesen oder dem allgemeinen sozialpolitischen Zweck des KollV[10] ergebe und daher unabhängig von der Vereinbarung sei. Unmittelbar einleuchtend ist das nicht. Das Wesen der KollV liegt darin, dass Verbände des Arbeitslebens mit gegensätzlichen Interessen Verträge über Arbeits- und Entgeltbedingungen abschließen, denen gesetzlich Normwirkung zuerkannt wurde. Ihr Hauptzweck liegt darin, die wirtschaftliche Unterlegenheit der einzelnen AN beim Abschluss von Arbeitsverträgen auf kollektiver Ebene zu kompensieren. KollV dienen daneben auch der Erhaltung des Arbeitsfriedens, weil sie dazu beitragen, Arbeitskämpfe zu vermeiden. AG schließen also einen KollV auch deshalb, weil sie einen Streik vermeiden wollen.[11] KollV sind aber ohne weiteres ohne Friedenspflicht denkbar. Das lässt sich einerseits durch einen internationalen Vergleich belegen.[12] Es zeigt sich aber auch daran, dass (nach ganz hM) die Friedenspflicht im KollV ausgeschlossen werden kann. Wenn diese ein Wesensmerkmal des KollV wäre, könnte sie nicht disponibel sein. Die sog „Immanenztheorie", wonach dem KollV die Friedenspflicht immanent sei, wurde ursprünglich va in Deutschland vertreten. Sie hängt damit zusammen, dass der Arbeitskampf in Deutschland als eine Art Absicherung der – grundrechtlich geschützten – Tarifautonomie gilt und Streiks daher nur zum Zweck des Abschlusses von KollV geführt werden dürfen. Das ist in Österreich aber gerade nicht der Fall.[13] Arbeitskämpfe unabhängig vom KollV sind keineswegs verboten.

Es führt auch nicht wirklich weiter, auf eine allgemeine vertragliche Erfüllungspflicht oder auf Treu und Glauben zu verweisen. Wenn sich die Friedenspflicht nicht eindeutig aus dem Vertrag ergibt, ist auch eine Erfüllungspflicht kein geeigneter Rettungsanker. Es gibt keinen natürlichen Rechtsgrundsatz, dass man Aktivitäten zur Änderung eines geschlossenen Vertrags unterlassen muss. Das gilt auch dann, wenn Druck auf den Vertragspartner ausgeübt wird, solange die Mittel der Druckaus-

[10] So *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 2 Rz 23 (Stand 1.10.2002, rdb.at).

[11] Dieser Zweck ist freilich stärker bei KollV mit einzelnen Unternehmen ausgeprägt. Bei den in Österreich vorherrschenden KollV zwischen Interessenverbänden spielt auch die Kartellierungsfunktion eine nicht unwesentliche Rolle. Auf diesen Aspekt hat dem Grunde nach schon *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag (Zweiter Teil) 147 hingewiesen.

[12] Vgl *Rebhahn*, Das österreichische Betriebsverfassungs- und Arbeitskampfrecht in vergleichender Sicht, wbl 2001, 295.

[13] Auf diesen Unterschied hat zu Recht *Felten*, Arbeitskampf und kollektivvertragliche Friedenspflicht, in GS Rebhahn (2019) 56 hingewiesen.

übung nicht an sich unzulässig (zB strafrechtswidrig) sind. Zu Recht wird diesbezüglich auf das Beispiel der Drohung mit einer Änderungskündigung verwiesen.[14] Obwohl dabei erheblicher Druck ausgeübt wird und AN vor die Alternative des Akzeptierens einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen oder der Inkaufnahme des Verlusts des Arbeitsplatzes gestellt werden, sind Änderungskündigungen nach hM zulässig. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist im österreichischen Zivilrecht im Unterschied zum deutschen BGB (§ 242) nicht ausdrücklich verankert. Es wird diesbezüglich meist auf die Übung des redlichen Verkehrs nach § 914 ABGB abgestellt.[15] Die einzig erkennbare Verkehrsübung zur Friedenspflicht ist die, dass regelmäßig bei laufenden Kollektivvertragsverhandlungen mit Streik gedroht wird und Streikvorbereitungen getroffen werden. Soweit es tatsächlich zu Streiks gekommen ist, wurden sie soweit ersichtlich jeweils bei aufrechtem KollV durchgeführt.[16] Ob es sich bei dieser Praxis um eine „redliche" Verkehrsübung handelt, ist aber genau das Streitthema.

Letztlich spricht wenig für die „Immanenztheorie". Die Ableitung aus dem Vertrag („Konsenstheorie") bzw die Konzeption des KollV im ArbVG liefern eher ein schlüssiges Erklärungsmuster. Es gibt schon gute Gründe, dass ein lange und intensiv ausverhandelter KollV, der in Österreich idR ein Branchen-KollV ist und daher die Entgeltbedingungen sehr weitreichend gestaltet, nicht kurz nach seinem Inkrafttreten wieder in Frage gestellt werden soll. Das ArbVG basiert auf der österreichischen Realverfassung, die durch die Sozialpartnerschaft geprägt ist und von wenigen Akteuren sehr zentralisiert gestaltet wird.[17] § 2 ArbVG überträgt diesen Akteuren eine sehr allgemeine Regelungsbefugnis (der gesamte Inhalt des Arbeitsvertrags) ohne besondere Einschränkungen. Das ist zweifellos im Vertrauen darauf erfolgt, dass die Sozialpartner dem Auftrag verantwortungsvoll nachkommen und nicht willkürlich den Arbeitsfrieden stören. Die in Österreich besonders gut erkennbare Korrelation zwischen einer fast flächendeckenden Kollektivvertragsabdeckung und im internationalen Vergleich sehr geringer Streikhäufigkeit ist ein Beleg dafür, dass diese Erwartungshaltung des Gesetzgebers eingelöst wird. Wie die Parteien des KollV bei Verhandlungen und Abschluss von KollV vorgehen, sollte ihnen weitgehend selbst überlassen bleiben. Ein Grundprinzip der kollektiven Rechtsgestaltung ist eine Art „Legitimation durch Verfahren".[18] Der Staat vertraut darauf, dass die kollektiven Mächte auf Augenhöhe verhandeln und zu einem für alle Seiten verträglichen und insgesamt „vernünftigen" Ergebnis kommen. Es erschien daher auch nicht notwendig, Regelungen für den Fall der Nichteinigung zu treffen oder sonst in die kollektive Auseinandersetzung einzugreifen. Mangels gesetzlicher Vorgaben können

[14] Vgl *Felten* in GS Rebhahn 55.

[15] ZB OGH 14.12.1979, 1 Ob 779/79.

[16] Zuletzt bei den Streiks Ende 2023 in der Metallindustrie und im Handel.

[17] Ein Beleg dafür sind die Anforderungen an die Kollektivvertragsfähigkeit insb in § 4 Abs 2 Z 3 ArbVG („maßgebende wirtschaftliche Bedeutung").

[18] So lautet der Titel des berühmten Werks zur Systemtheorie des Rechts von *Niklas Luhmann*.

die Kollektivvertragsparteien daher eine Friedenspflicht und ihre Reichweite vereinbaren oder eine solche auch ausschließen. Geschieht das – wie es die österreichische Praxis ist – nicht ausdrücklich, kann man unterstellen, dass die Kollektivvertragsparteien iS ihres gesetzlichen Auftrags davon ausgehen, dass ein abgeschlossener KollV nicht gleich wieder in Frage gestellt werden soll. Gegen die Annahme einer „mitvereinbarten" Friedenspflicht spricht auch nicht das Schriftlichkeitsgebot des § 2 Abs 1 ArbVG, weil dieses nach allgemeiner Auffassung nicht für den schuldrechtlichen Teil des KollV gilt.[19] Man wird von einer konkludenten Vereinbarung oder „dem zu vermutenden Parteiwillen"[20] der Kollektivvertragsparteien auszugehen haben.

Mit der dogmatischen Einordnung ist aber weder die Reichweite der Friedenspflicht geklärt, noch ob sie dem Grundrecht auf Streik widerspricht.[21] Die ältere Literatur zur Friedenspflicht ist einhellig davon ausgegangen, dass es kein Streikrecht gibt. Übereinstimmend wurde eine „Streikfreiheit" postuliert, der Arbeitskampf generell als Ausfluss der natürlichen Handlungsfreiheit gesehen. Die Zulässigkeit war daher nach hM an den allgemeinen bestehenden Rechtsvorschriften zu messen.[22] Die neuere Rechtsprechung des EGMR leitet hingegen ein echtes Streikrecht aus der Koalitionsfreiheit des Art 11 EMRK ab. Art 28 GRC sieht ausdrücklich ein Streikrecht bei der Durchführung des Unionsrechts vor.[23] Mit der Annahme einer Friedenspflicht ist faktisch ein – partieller – Verzicht auf das Streikrecht verbunden.[24] Ob bzw inwieweit auf das Streikrecht verzichtet werden kann, ist nicht hinreichend geklärt. Es ist zwar den Kollektivvertragsparteien überlassen, ob sie einen Arbeitskampf durchführen oder einen solchen unterlassen. Ein vollständiger Verzicht auf das Streikrecht wäre aber zweifellos sittenwidrig.[25] Dieses besteht für die Gewerkschaften ja nicht als Selbstzweck, sondern letztlich deshalb, um ein Druckmittel zu haben, mit dessen Hilfe die Interessen der Mitglieder effizient und auf Augenhöhe mit den AG vertreten werden können. Eine vollständige Aufgabe des Streikrechts würde die Interessenvertretung zahnlos machen. Daher ist die Disposition über das Streikrecht nicht zur Gänze der Verbandsautonomie überlassen.[26] Soweit sich der Streikverzicht im Rahmen der Friedenspflicht nur auf abgeschlossene KollV bezieht, kann man al-

---

19 Vgl *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 2 Rz 40 (arbvg.oegb verlag.at, Stand 1.7.2023).

20 So *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 203; ähnlich *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[11] (2023) 212.

21 Die Friedenspflicht trifft zwar auch die Interessenvertretungen der AG, hat aber diesbezüglich in Österreich kaum Bedeutung. In der Folge wird daher nur auf die streikrechtseinschränkende Wirkung der Friedenspflicht eingegangen.

22 Statt Vieler wiederum *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 195.

23 Dazu *Brameshuber*, Europarechtliche Rahmenbedingungen des Streikrechts, ASoK 2023, 74 ff.

24 *Felten* in GS Rebhahn 58 f.

25 Zum deutschen Recht etwa *Adam*, Der Grundrechtsverzicht des Arbeitnehmers, AuR 2005, 129 ff (insb 134).

26 So aber *Krejci*, Recht auf Streik 258.

lerdings argumentieren, dass das maßgebliche Ziel der Interessendurchsetzung erreicht und es daher legitim ist, dem Verhandlungspartner – quasi als Gegenleistung – den Streikverzicht zuzugestehen.

Ein Grundrechtsverzicht wird im Zweifel eng auszulegen sein. Wenn keine ausdrückliche Vereinbarung besteht, wie es in Österreich übliche Praxis ist, wird man davon auszugehen haben, dass die Gewerkschaft das Streikrecht nur soweit und solange aufgegeben hat, als es für den Abschluss des KollV unbedingt erforderlich war. Schon vor der Annahme eines Streikrechts wurde überwiegend vertreten, dass sich die Friedenspflicht nur auf die Inhalte bezieht, die im KollV geregelt sind.[27] Das muss jetzt umso mehr gelten. Der Streikverzicht bezieht sich daher nicht auf alle kollektivvertraglich regelbaren, sondern nur auf die Inhalte, die konkret und in ihren wesentlichen Aspekten vereinbart wurden.[28] Regelt der KollV etwa nur das monatliche Mindestentgelt, nicht aber ein leistungsorientiertes Entgeltsystem, stellt ein Streik gegen die Einführung eines solchen keinen Verstoß gegen die Friedenspflicht dar. Erst recht ist nicht von einer absoluten Friedenspflicht auszugehen, die nicht im KollV geregelte oder gar nicht regelbare Inhalte (zB Streik gegen den Abbau von Arbeitsplätzen) erfasst.[29]

Im Hinblick auf die langjährige österreichische Praxis bei den meisten KollV überzeugt es auch nicht, wenn die Friedenspflicht auf die Geltungsdauer des gesamten KollV bezogen wird.[30] Das würde bedeuten, dass ein Streik erst zulässig wäre, wenn die Befristung des KollV ausgelaufen ist oder der unbefristete KollV gekündigt wurde und die Kündigungsfrist abgelaufen ist. In den meisten Branchen gibt es einen unbefristeten Rahmen-KollV, der jedes Jahr va im Hinblick auf das Mindestentgelt neu verhandelt wird. Das ist ein sinnvolles Modell, weil einerseits der KollV in Bereichen mit idR geringem Anpassungsbedarf wie Urlaub, Entgeltfortzahlung oder Beendigung unverändert bleibt, andererseits die Anpassung der Mindestlöhne in den bestehenden KollV integriert werden kann. Faktisch gehen die Kollektivvertragsparteien davon aus, dass der KollV bis zur nächsten Lohnverhandlung aufrecht bleibt. Nur auf diese langjährige Praxis kann sich ein Streikverbot beziehen, jedenfalls wenn nichts Gegenteiliges vereinbart wurde.[31] Andernfalls würde man die Gewerkschaft fast dazu zwingen, jedes Jahr rechtzeitig vor den Lohnverhandlungen den KollV zu kündigen, weil andernfalls ein rechtmäßiger Streik zur Durchsetzung von Lohnforderungen nicht möglich wäre.

Inhalt der Friedenspflicht ist nach hM auch, die Mitglieder von der Organisation von Arbeitskämpfen abzuhalten. Eine Einwirkung auf Nicht-Mitglieder muss nicht

---

27 *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 203.

28 *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 203.

29 Es ist im Hinblick auf das Streikrecht sogar fraglich, ob eine solche Regelung ausdrücklich von den Parteien des KollV getroffen werden dürfte, vgl dazu *Felten* in GS Rebhahn 58 f.

30 So aber *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 203 und die wohl hM.

31 Vgl schon *Felten* in GS Rebhahn 59.

erfolgen. Der vertragsschließende Verband müsse alle ihm rechtlich gegenüber seinen Mitgliedern zur Verfügung stehenden Mittel zur Erhaltung des Arbeitsfriedens einsetzen, mehr nicht.[32] Unklar ist freilich, was das genau bedeuten soll. Was sind solche Mittel, die eingesetzt werden müssen, um Mitglieder vom Arbeitskampf abzuhalten? Zunächst einmal wird es sich um Aufklärungsmaßnahmen handeln. Der ÖGB wird etwa Mitglieder, die einen Streik planen oder schon begonnen haben, aufzufordern haben, den Streik nicht durchzuführen oder zu beenden, weil es einen bestehenden KollV gibt, der die umstrittenen Materien regelt. Das wird aber wohl nur die Streikorganisation betreffen und auch dann nur, wenn sie dem ÖGB bekannt ist. Die bloße Teilnahme von Mitgliedern an einem nicht gewerkschaftlichen Streik wird nicht von der Einwirkungspflicht erfasst sein. Man kann wohl nicht verlangen, dass der ÖGB Recherchen anstellt, welche Mitglieder sich gerade an Arbeitskämpfen beteiligen, um sie dann von diesen abzuhalten. Fraglich ist auch, ob über die Aufforderung hinaus gegen Mitglieder Sanktionen ergriffen werden müssen, wenn sich diese weigern, die Organisation eines Streiks zu unterlassen. § 19 des ÖGB-Statuts sieht vor, zur Erreichung der Ziele des ÖGB und der Gewerkschaften nach besten Kräften beizutragen und deren Ansehen zu wahren. § 20 des ÖGB-Statuts sieht bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen den Ausschluss des Mitglieds vor. Müssen Mitglieder daher uU ausgeschlossen werden, um keine Verletzung der Friedenspflicht zu riskieren? Es würde die Friedenspflicht – egal ob man sie als konkludent vereinbart oder als dem KollV immanent ansieht – bei weitem überfrachten, wenn man vom kollektivvertragsschließenden Verband Sanktionen gegen Mitglieder einfordert, die sich an nicht-gewerkschaftlichen Arbeitskämpfen beteiligen. Es muss vielmehr der Organisationshoheit des Verbandes überlassen bleiben, wie hier reagiert wird.

Ein Arbeitskampf, der gegen die Friedenspflicht verstößt, ist rechtswidrig und kann Schadenersatzpflichten auslösen. Das kann dem Grunde nach die Organisatoren (Verbände) aber uU auch die einzelnen AN treffen, die sich am Streik beteiligen. Keine Verletzung der Friedenspflicht liegt vor, wenn Gewerkschaftsmitglieder ohne Unterstützung der Gewerkschaft einen Streik bei aufrechtem KollV organisieren. Vom Streikverbot erfasst ist diesbezüglich nur der abschließende Verband. Hat dieser seine Einwirkungspflicht verletzt, kann er für die Streikfolgen aber wohl auch nicht haften, weil der Streik ja rechtmäßig (bzw jedenfalls nicht wegen Verletzung der Friedenspflicht rechtswidrig) ist. Der Schaden wird durch den Streik und nicht durch die Verletzung der Einwirkungspflicht herbeigeführt. MaW: Nur wegen Verletzung der Einwirkungspflicht des Verbandes wird ein an sich rechtmäßiger Streik von AN auch dann nicht rechtswidrig, wenn diese dem abschließenden Verband angehören. Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn der/die AG beweist, dass die Einwirkung der Gewerkschaft tatsächlich die Streikorganisator:innen vom Streik abgehalten hätte. Nur dann käme eine Haftung der Gewerkschaft in Betracht. Das wird aber

[32] ZB *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 23; *W. Schwarz*, Obligatorische und normative Dimensionen der Betriebsvereinbarung, in FS Strasser (1983) 469 f.

kaum jemals der Fall sein. Die Folgen der Nichtbeachtung der Einwirkungspflicht werden daher überschaubar sein.

3. Die betriebsverfassungsrechtliche Ebene

Im ArbVG gibt es keine ausdrückliche Regelung einer betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht. Wie erwähnt wird eine solche meist unter Berufung auf § 39 Abs 1 ArbVG vertreten. Danach ist Ziel der Bestimmungen über die Betriebsverfassung und deren Anwendung die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum Wohl der AN und des Betriebs. Der Wortlaut gibt genau genommen wenig her für die Annahme einer Friedenspflicht. Es handelt sich vielmehr um eine programmatische Bestimmung, die das Gesetzesziel beschreibt, aber keine Verpflichtung für die Belegschaftsorgane enthält.[33] Zu Recht wurde daher der OGH[34] kritisiert, der in der einzigen einschlägigen Entscheidung eine nicht näher differenzierende betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht auf das Gebot des Interessenausgleichs in § 39 (Abs 1) ArbVG stützt und sich dabei auf die hL beruft.[35] Die damals hL hat zwar eine Friedenspflicht angenommen, sich dabei aber nicht vorrangig auf § 39 Abs 1 ArbVG gestützt. So haben *Strasser/Jabornegg* darauf hingewiesen, dass ein Interessenausgleich auch durch sozialen Kampf erreicht werden könnte. Eine Friedenspflicht könne daher nur daraus begründet werden, dass die Betriebsverfassung zwar von einem Interessengegensatz ausgehe, gleichwohl aber ein Kooperationsgebot enthalte.[36] Sogar dieses Kooperationsgebot ist aber fraglich. Die gesetzliche Betriebsverfassung ist zweifellos insofern harmonistisch angelegt, als sie eine Kooperation zwischen Belegschaft und Betriebsinhaber:in (BI) als wünschenswertes Ziel ansieht. Dass es sich um ein sanktionierbares Gebot handelt, also eine Verpflichtung zur Kooperation besteht, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Auch Störungen des Betriebs sind bei der Interessenvertretungstätigkeit nur „tunlichst" zu vermeiden (§ 39 Abs 3 ArbVG). Das impliziert eine Abwägung zwischen den Interessen der Belegschaft und des/der BI. Hier zeigt sich wieder, dass der „diffuse" Ausdruck Friedenspflicht[37] unglücklich gewählt ist. Das ArbVG fordert nicht, dass der Arbeitsfriede um jeden Preis gewahrt werden muss. Radikale Forderungen, hartes Verhandeln und Streikdrohungen mögen im Einzelfall problematisch, manchmal vielleicht sogar kontraproduktiv sein, verboten sind sie vom Gesetz nicht.

---

[33] *Felten*, Kooperatives Management oder Opposition im Betrieb?, in *Felten/Trost* (Hrsg), 50 Jahre Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Johannes Kepler Universität Linz (2017) 31.

[34] OGH 19.11.2003, 9 ObA 125/03b, DRdA 2004, 558.

[35] *Cerny*, Zur Frage einer betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht, DRdA 2004, 517 ff; *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht § 39 Rz 12; *Felten* in *Felten/Trost*, 50 Jahre 30 ff.

[36] *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 201.

[37] So *Firlei*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Betriebsverfassung, DRdA 2014, 528.

Hingegen lassen sich für ein Arbeitskampfverbot für Belegschaftsorgane gute Argumente finden. Zunächst können sich Belegschaftsorgane nicht auf ein allgemeines Streikrecht berufen. Art 11 EMRK erfasst nur Koalitionen mit freiwilliger Mitgliedschaft. Die Belegschaft ist keine Koalition, es besteht Pflichtmitgliedschaft. Auch Art 28 GRC ist nicht anwendbar.[38] Ein Streikrecht könnte sich daher nur aus dem innerstaatlichen Recht ergeben. Belegschaftsorgane haben aber nur die Rechte, die ihnen vom ArbVG zuerkannt wurden. Ein Streikrecht wurde weder ausdrücklich geregelt, noch gibt es einen Hinweis im Gesetz, dass es der Absicht des Gesetzgebers entsprechen würde, dass Belegschaftsorgane streiken dürfen. Die Interessenvertretungsaufgabe in § 38 ArbVG enthält nur einen allgemeinen Programmsatz. Die Rechte und Pflichten sind hingegen sehr konkret im Gesetz aufgelistet. Auch deren Durchsetzung, etwa durch Vetorechte oder der Inanspruchnahme eines Schlichtungsinstrumentariums, ist strikt normiert. Für die kampfweise Durchsetzung der ihr verliehenen Rechte hat die Belegschaft grds keine gesetzliche Legitimation.

Diese Aussage ist freilich zu konkretisieren. Zunächst betrifft das Arbeitskampfverbot nur die Institution und nicht die Personen, die die Interessenvertretung ausüben. Die Mitglieder des BR dürfen nur in dieser Funktion keinen Streik organisieren, ihr Streikrecht als AN bzw Gewerkschaftsmitglied ist nicht eingeschränkt. Sie dürfen daher an einem gewerkschaftlichen Streik im Betrieb teilnehmen und sogar an der Organisation mitwirken, allerdings dafür keine Mittel der Geschäftsführung des Betriebsrats verwenden. Die Einberufung einer Betriebsversammlung zur Organisation eines Streiks und ein dort gefasster Streikbeschluss sind daher nach hM unzulässig.[39] Zulässig ist es aber, in einer Betriebsversammlung über laufende oder geplante Arbeitskampfmaßnahmen der Gewerkschaft zu informieren und auch den Protest über Maßnahmen des/der BI zum Ausdruck zu bringen.[40] Ein Streikbeschluss darf in einer gewerkschaftlichen Betriebsversammlung gefasst werden, die zB nach Ende einer Betriebsversammlung nach ArbVG angesetzt werden kann.[41]

Das Arbeitskampfverbot für die betrieblichen Funktionäre, das nicht nur für die Belegschaft, sondern auch für den/die BI gilt,[42] betrifft nicht nur betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten wie die Forderung nach Abschluss oder Änderung einer Betriebsvereinbarung oder nach Erweiterung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse. Auch einen Streik gegen eine Betriebsschließung oder gegen eine diskriminierende Einstellungspolitik des/der AG dürfte der BR in dieser Funktion nicht organi-

[38] *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassung (2015) 248.

[39] *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] (2021) 607; dh aber noch nicht, dass daraus eine Haftung der Betriebratsmitglieder oder des Betriebsratsfonds resultiert, vgl dazu näher *Krejci*, Recht auf Streik (insb) 327 ff.

[40] Vgl auch *Jabornegg*, Zur Abgrenzung von Betriebsversammlung und Streik, in FS Bauer/Maier/Petrag (2004) 12.

[41] *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] 607.

[42] Darauf weisen zu Recht *Marhold/Brameshuber/Friedrich* (Österreichisches Arbeitsrecht[4] 607) hin.

sieren. Umgekehrt trifft die Belegschaftsorgane keine Einwirkungspflicht. Aus dem ArbVG lässt sich keine Wertung gewinnen, wonach der BR bei einem betrieblichen Streik verpflichtet wäre, die AN des Betriebs von der Streikorganisation oder von der Teilnahme am Streik abzuhalten.

Eine ganz andere Frage ist es, ob sich das betriebsverfassungsrechtliche Arbeitskampfverbot auch auf Gewerkschaften und AN beziehen kann, die nicht als Belegschaftsfunktionäre tätig werden. In diesem Fall kommt das allgemeine Streikrecht zum Tragen. Während die ältere Literatur davon ausgegangen ist, dass es nur „Streikfreiheit", aber kein subjektives Recht auf Streik gibt, geht die mittlerweile ganz hM aufgrund der geänderten Rsp des EGMR und Art 28 GRC nunmehr von einem grds unbeschränkten Streikrecht aus.[43] Dieses besteht auch bezüglich der Angelegenheiten, die der Betriebsvereinbarung zur Regelung übertragen sind. Daher darf etwa um die Erhöhung von Prämien (§ 97 Abs 1 Z 16 ArbVG) oder für Arbeitsschutzmaßnahmen (§ 97 Abs 1 Z 8 und 9 ArbVG) gestreikt werden, und zwar auch dann, wenn eine Betriebsvereinbarung über den Streikgegenstand abgeschlossen wurde. Es macht letztlich für die AN keinen Unterschied, ob die Forderung in einem KollV, einer Betriebsvereinbarung oder im Arbeitsvertrag erfüllt wird. Auch ein Streik gegen die Kündigung von AN im Betrieb ist nicht deshalb unzulässig, weil der BR die Kündigungen nach § 105 ArbVG mittels Anfechtung bekämpfen könnte bzw sogar tatsächlich bekämpft. Sogar der Streik der Gewerkschaft um einen betrieblichen Sozialplan ist zulässig, auch wenn es sich um eine erzwingbare Mitbestimmung des BR (§ 97 Abs 1 Z 4 ArbVG) handelt und dieser bei Nichteinigung die Schlichtungsstelle anrufen müsste. Zwar sieht die Rechtsordnung in diesem Fall ein Verfahren der Konfliktbereinigung mit Zwangsschlichtung vor, was dafür sprechen könnte, dass andere Wege der Rechtsdurchsetzung ausgeschlossen sein sollten.[44] Zwingend ist dieses Argument allerdings nicht. Nur der BR muss nach dem ArbVG das gesetzliche Verfahren befolgen. Sozialpläne können im Übrigen auch im KollV geregelt (§ 2 Abs 2 Z 4 ArbVG) bzw die jeweiligen Maßnahmen mit den AN vereinbart werden. Eine Regelung im KollV ist nach § 97 Abs 2 ArbVG gegenüber der Betriebsvereinbarung bzw der Schlichtungsstellenentscheidung sogar vorrangig. Ein gewerkschaftlicher Streik um eine Materie, die betrieblich in einer erzwingbaren Betriebsvereinbarung geregelt wird, muss also keineswegs zum Gegenstand haben, dass die Betriebsvereinbarung geändert wird. Sogar wenn dies der Fall wäre und Druck auf die Betriebsparteien ausgeübt wird, die Betriebsvereinbarung zu ändern, ist das solange vom Streikrecht gedeckt, als nicht rechtswidrige bzw unverhältnismäßige Mittel eingesetzt werden.

Fraglich ist, ob AN und Gewerkschaften Arbeitskämpfe führen dürfen, um die Erweiterung von Mitwirkungsrechten der Belegschaft zu erreichen. Hier ist zu unterscheiden: In den beiden Fällen, in denen die Mitwirkungsrechte im KollV nach § 2

[43] Vgl statt Vieler *Brameshuber*, ASoK 2023, 74 ff; *Felten*, Koalitionsfreiheit 155 ff, jeweils mwN.
[44] Vgl *Rebhahn*, Arbeitskampf in einer Druckerei, DRdA 1982, 242.

Abs 2 Z 5 ArbVG geregelt werden dürfen (Durchführung von Sozialplanmaßnahmen und Maßnahmen der menschengerechten Arbeitsgestaltung), können sie jedenfalls auch kampfweise erzwungen werden. Darüber hinaus können die Mitwirkungsrechte nach hM nur vom Gesetzgeber erweitert werden.[45] Ein Streik um deren Erweiterung (oder allenfalls auch gegen eine Einschränkung) wäre daher als politischer Streik anzusehen. Ein solcher wurde lange Zeit von der hM generell als sittenwidrig angesehen, weil einerseits der AG die Streikforderung nicht erfüllen könne und andererseits damit staatliche Organe unter Druck gesetzt werden.[46] Dass der Schutz der Staatswillensbildung zu einem Streikverbot führen muss, wurde allerdings schon von *Rebhahn* in Frage gestellt. Das sei allenfalls bei länger dauernden Erzwingungsstreiks anzunehmen, insb wenn diese zu schweren Störungen der öffentlichen und politischen Ordnung führen.[47] *Grillberger* hat darauf hingewiesen, dass auch das erste Argument nur beschränkt überzeugend ist. In Österreich werden idR nicht KollV mit einzelnen Unternehmen, sondern Branchenkollektivverträge mit Unternehmerverbänden abgeschlossen. Auch in diesen Fällen kann die Streikforderung (Abschluss eines KollV zu bestimmten Bedingungen) nicht von einzelnen AG erfüllt werden. Die Situation ist also durchaus ähnlich wie bei Forderungen an den Gesetzgeber.[48] Die Rsp des EGMR zum Streikrecht stellt aber das Dogma des absoluten Verbots politischer Arbeitskämpfe ganz grds in Frage. So wurden sogar Sympathiestreiks dem Grunde nach dem Schutz des Art 11 EMRK unterstellt, wenn auch gesetzliche Einschränkungen gem Art 11 Abs 2 EMRK eher zulässig sind als bei „primären" Arbeitskämpfen.[49] Es ist naheliegend, dass diese Sichtweise auch für politische Streiks zur Geltung kommt. Das bedeutet im Ergebnis, dass ein Streik, der mit Forderungen an den Gesetzgeber verbunden ist, vor allem bei Gesetzen im Kernbereich des Arbeitsrechts wie der Mitwirkung der Belegschaft an sich zulässig ist. Im Unterschied zu einem „klassischen" Arbeitskampf mit Forderungen an AG bzw Unternehmensverbände wird freilich die Grenze der Sittenwidrigkeit früher erreicht sein. Es ist zweifellos eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, die letztlich kurze Demonstrationsstreiks erlaubt, während längere „Erzwingungsstreiks" unzulässig sein werden.[50]

---

45 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 2 Rz 48; differenzierend *Runggaldier* in Tomandl, ArbVG § 2 Rz 26 (1. Lfg, 2005). Rechtspolitisch ist dies wenig überzeugend, näher *Cerny*, Entwicklung der Arbeitsverfassung aus Sicht der Arbeitnehmer, in *Grillberger* (Hrsg), 30 Jahre ArbVG (2005) 23 f; *Mosler*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Kollektive Rechtsgestaltung, DRdA 2014, 516.

46 ZB *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 208; *Löschnigg*, Arbeitsrecht[13] (2017) Rz 13/040.

47 *Rebhahn*, Der Arbeitskampf bei weitgehend gesetzlicher Regelung der Arbeitsbedingungen, DRdA 2004, 505 f.

48 *Grillberger*, Anmerkungen zum politischen Streik, in FS Bauer/Maier/Petrag 20 f.

49 EGMR BswNr 31045/10, National Union of Rail, Maritime an Transport Workers/The United Kingdom.

50 Ähnlich *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] 609.

4. Zusammenfassung und Fazit

Das ArbVG enthält keinerlei ausdrückliche Aussagen zu einer allfälligen Friedenspflicht. Der Ausdruck ist zwar etabliert, aber unglücklich gewählt. Weder die Kollektivvertragsparteien noch Belegschaftsorgane und BI sind verpflichtet, alles zu unterlassen, was den Arbeitsfrieden gefährdet. Beide trifft allerdings – in unterschiedlicher Ausprägung – ein Arbeitskampfverbot. Auf der Ebene des KollV lässt sich aus der Konzeption des ArbVG ableiten, dass die Kollektivvertragsparteien darüber disponieren können. Gibt es keine ausdrückliche Vereinbarung im KollV, ist von einem mitvereinbarten Arbeitskampfverbot auszugehen. Der damit verbundene Verzicht auf das Streikrecht ist im Zweifel eng auszulegen und bezieht sich entsprechend der langjährigen Vertragspraxis nur auf die Zeit bis zu den meist jährlich stattfindenden Lohnverhandlungen. Die Einwirkungspflicht auf die Verbandsmitglieder betrifft nur die Organisation von Arbeitskämpfen und muss nicht mittels Sanktionen durchgesetzt werden. Auch Belegschaftsorgane und BI trifft (nur) ein Arbeitskampfverbot. Das bedeutet, dass Mittel der Betriebsverfassung nicht für Arbeitskämpfe eingesetzt werden dürfen. Das Verbot trifft die gesetzlichen Institutionen, nicht die Personen, deren Streikrecht als AN bzw Gewerkschaftsmitglied nicht – auch nicht in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten – eingeschränkt ist.

Einen Änderungsbedarf im ArbVG sehe ich nicht. Eine ausdrückliche Regelung einer Friedenspflicht oder eines Arbeitskampfverbots ist überflüssig. Auf der kollektivvertraglichen Ebene war das Vertrauen des Gesetzgebers, dass die „Sozialpartner" ohnehin in aller Regel zu einem für alle Seiten verträglichen Kompromiss finden, gerechtfertigt. Es hat sich bewährt, den Kollektivvertragsparteien eine möglichst weitgehende Autonomie einzuräumen, es gibt keinen Bedarf nach Einschränkung. Das mittlerweile aus der EMRK und der GRC abgeleitete Recht auf Arbeitskampf wäre mit entsprechenden Beschränkungen im innerstaatlichen Bereich ohnehin nur schwer in Einklang zu bringen. Streitigkeiten über das Verhältnis zwischen Streikrecht und Friedenspflicht wären vorprogrammiert. Im Betriebsverfassungsrecht könnte man allenfalls überlegen, ob Streikbeschlüsse in einer Betriebsversammlung wirklich rechtswidrig sein müssen. Es ist naheliegend, dass der Gesetzgeber Belegschaftsorganen nicht das Recht einräumt, selbständig Streiks zu organisieren und dafür die der Belegschaft zur Verfügung stehenden Mittel zu verwenden. Geht es allerdings darum, dass ein gewerkschaftlicher Streik im Betrieb unterstützt und mitgetragen werden soll, stellt sich die Lage anders dar, weil die Entscheidung über die Durchführung und die Organisation bei der Gewerkschaft liegen, die sich auf das Streikrecht berufen kann. Man könnte daher auf die Notwendigkeit des Rollenwechsels, wonach der BR Aktivitäten im Zusammenhang mit der Streikorganisation im Rahmen gewerkschaftlicher Tätigkeit durchführt, auch verzichten. Es wird in der Praxis die Zuordnung zu betriebsverfassungsrechtlicher oder gewerkschaftlicher Organisation in vielen Fällen ohnehin schwierig sein.

Zur Effektivität des ArbVG

Konrad Grillberger

1. Effektivität 485
2. Kollektivvertragsrecht 486
2.1 Regelungszweck 486
2.2 Deckungsgrad 487
2.3 Streikrecht 487
2.4 Mindestlöhne 489
2.4.1 Höhe 489
2.4.2 Durchsetzung 490
2.4.3 Istlohnklauseln 492
3. Betriebsverfassungsrecht 493
3.1 Allgemeines 493
3.2 Gründung eines Betriebsrats 494
3.3 Beschäftigte 496
3.4. Rechtsdurchsetzung 497
3.4.1 Allgemeines 497
3.4.2 Allgemeine Befugnisse der Belegschaft 498
3.4.3 Zustimmungspflichtige Maßnahmen 498
4. Schlussbemerkung 499

1. Effektivität

Effektivität von Rechtsnormen hat unterschiedliche Bedeutungen. Das hängt auch mit der Art der Rechtsnormen zusammen.[1] Handelt es sich um Gebote oder Verbote, ist mit Effektivität in erster Linie das Ausmaß ihrer Befolgung gemeint. Andere Normen, insb des Privatrechts, sehen bloß Möglichkeiten bzw Ermächtigungen vor, von denen die Normadressaten Gebrauch machen können. In solchen Fällen kann Effektivität nur bedeuten, ob das vom Gesetzgeber damit verfolgte Ziel erreicht oder verfehlt wurde. Bei allen Normen hängt die Effektivität außerdem davon ab, ob der Gesetzgeber ausreichende und geeignete rechtliche Mittel vorgesehen hat, damit die angestrebten Ziele erreicht werden können.[2] Nur der zuletzt genannte Aspekt ist im Wesentlichen von juristischer Art. Das Ausmaß an Befolgung und wohl auch an Zweckerreichung fällt dagegen in das Gebiet der Rechtssoziologie. Um diese ist es aber – abgesehen vom Strafrecht – zumindest an den Universitäten nicht gut bestellt.

---

1 *Rebhahn,* Effektivität von Recht, ÖJZ 2018, 54 f mwN.

2 *A. Mair* in *Reissner/Mair* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Antidiskriminierungsrecht (2022) 25.

Wenn im Folgenden dennoch das Augenmerk auf die Effektivität des ArbVG gerichtet werden soll, kann es sich nur um einige Anmerkungen zu einzelnen Bereichen dieses Gesetzes handeln, wobei eine strikte Trennung nach der Art der Effektivität nicht eingehalten wird. Zu zahlreich und verschiedenartig sind die Regelungen dieses Gesetzes.

2. Kollektivvertragsrecht

2.1 Regelungszweck

Die Regeln des ArbVG über den KollV bestehen im Wesentlichen nicht aus Geboten oder Verboten, sondern aus Ermächtigungen zur Normsetzung. Effektivität im Sinne der Befolgung von Normen kann daher kein Maßstab sein. Es kommt allein darauf an, ob die mit den gesetzlichen Regelungen angestrebten Zwecke erreicht werden. Als Hauptzweck darf unstreitig angenommen werden, dass die auf der Ebene des individuellen Arbeitsvertrages bestehende faktische Gestaltungsmacht des AG bei der Gestaltung des Vertragsinhaltes nach Möglichkeit durch KollV weitgehend angeglichen werden soll. MaW: Ein annäherndes Kräftegleichgewicht als Voraussetzung für eine inhaltliche Vertragsgerechtigkeit soll wiederhergestellt werden.[3] Damit ist die Erwartung verbunden, dass auf diese Weise für möglichst alle Arbeitnehmer angemessen Mindestarbeitsbedingungen, insb Löhne, sichergestellt werden. Ob das gelingt, hängt freilich von wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen ab, die außerhalb des ArbVG liegen. So ist zB aus gesamtwirtschaftlicher Sicht festzustellen, dass die Lohnquote am österreichischen Volkseinkommen seit vielen Jahren sinkt.[4] Das hat verschiedene Ursachen. Dazu zählt sicherlich auch die Stärkung der Arbeitgeberseite durch die Marktfreiheiten, die seit der Mitgliedschaft Österreichs in der EU den Druck auf das Arbeitsrecht insgesamt erhöhen. Man kann also aus dem Sinken der Lohnquote allein nicht den Schluss auf unzureichende Effektivität des KollV-Rechts ziehen. Ob ein Kräftegleichgewicht beim Abschluss von KollV besteht, hängt wesentlich auch vom Organisationsgrad der AN ab. In Branchen, die durch Kleinbetriebe und/oder durch häufigen Personalwechsel geprägt sind wie das Hotel- und Gastgewerbe, liegen diesbezüglich die Dinge anders als in Branchen mit Großbetrieben oder im öffentlichen Dienst.[5]

---

[3] Vgl *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] (2021) 504 f mwN; *Mosler/Felten* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 2 Rz 1 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 2 Rz 4 (Stand 1.10.2002, rdb.at).

[4] Zu Lohnquote zuletzt: *Arbeiterkammer Wien*, Einkommensverteilung, abrufbar unter: <https://wien.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/wirtschaftswissenschaften/Broschuere_Einkommensverteilung.html> (abgerufen am 24.11.2023).

[5] Zu den Gründen für den Rückgang des Organsiationsgrades noch immer aktuell: *S. Blaschke*, Gewerkschaftlicher Organisationsgrad in Österreich, Zeitschrift für Soziologie, 1999/28, 60 ff. Zur Lage in der BDR: „Gewerkschaften heute" in Gesellschaft Wirtschaft Politik 4/2021, 487.

2.2 Deckungsgrad

Trotz Rückgang von Mitgliederzahlen und Organisationsgrad ist der Deckungsgrad von AN durch KollV unverändert hoch geblieben.[6] Das hängt mit den gesetzlichen Vorkehrungen im ArbVG zusammen. Kollektivvertragsfähig sind nämlich auch die gesetzlichen Interessenvertretungen der AG und AN, sofern sie unabhängig von der Gegenseite sind.[7] Das ist von besonderer Bedeutung für den Abschluss auf Seite der AG. Für die meisten Branchen der Wirtschaft handeln die Fachorganisationen der Wirtschaftskammer als Vertragspartner von KollV. So gut wie alle AG in der gewerblichen Wirtschaft sind Pflichtmitglieder dieser Interessenvertretungen, sodass es auf dieser Seite keine Außenseiter gibt.[8] Auf Seite der AN werden die nichtorganisierten AN durch die gesetzliche Außenseiterwirkung gem § 12 ArbVG erfasst. Damit wird für einen möglichst weiten Geltungsbereich von KollV gesorgt. Ob es tatsächlich dazu kommt, entscheidet vor allem die Bereitschaft der Arbeitgeberseite zum Abschluss von KollV. Das System selbst dürfte aber rechtlich auf einigermaßen festem Boden stehen. Eine Abschaffung der Pflichtmitgliedschaft, wie sie von manchen politischen Parteien gefordert wird, ist durch den einfachen Gesetzgeber verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Dafür spricht der durch die BVG-Novelle 2008 eingefügte Art 120a Abs 2 B-VG.[9] Auch ein „Aushungern" der gesetzlichen Interessenvertretungen durch Senkung der Beiträge ist dem einfachen Gesetzgeber wohl nicht möglich. Freilich führt all das nicht dazu, dass KollV überhaupt – und mit welchem Inhalt – zustande kommen. Die Effektivität des Kollektivvertragsrechts sollte aber nicht allein vom guten Willen der Interessenvertretungen der AG abhängen.

2.3 Streikrecht

Damit die Arbeitnehmerseite beim Abschluss von KollV nicht bloß in die Rolle eines kollektiven Bittstellers gezwungen wird, bedarf es der Herstellung eines Verhandlungsleichgewichts durch Arbeitskampfmaßnahmen.[10] Mit diesem Argument wird in der BRD die Rechtmäßigkeit von Streiks begründet und zugleich eingeschränkt: Ein Streik muss ein tarifvertragliches Regelungsziel verfolgen und außerdem von einer tarifvertragsfähigen Koalition geführt werden.[11]

---

6 Er soll bei 98 % liegen: *Mesch*, Kollektivverträge in 24 europäischen Ländern, Wirtschaft und Gesellschaft 2020, 410 f.

7 § 4 Abs 1 ArbVG.

8 § 2 WKG. AG, die ohne erforderliche Gewerbeberechtigung tätig sind, werden durch § 2 Abs 13 GewO erfasst.

9 *Felten*, Koalitionsfreiheit und ArbVG (2015) 133; VfGH 6.3.2009, B 616/08, VfSlg 18.731.

10 So die wiederholte Formulierung des BAG. ZB BAG 20.11.2012, NZA 2013, 437 Rz 67. IdS auch BVerfG 19.6.2020, NZA 2020, 1186 Rz 32.

11 ZB BAG 20.11.2012, NZA 2013, 437 Rz 11; *Linsenmaier* in *Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[24] (2023) Art 9 GG Rn 123 mwN.

In Österreich ist das Arbeitskampfrecht gesetzlich ebenfalls nicht geregelt. Anders als in der BRD fehlt es auch an einer einschlägigen Judikatur. In der Literatur war die längste Zeit ganz hA, dass Arbeitskampffreiheit besteht, die ihre Grenze in den allgemeinen Regeln der Rechtsordnung finde. Dabei war zwischen der Beurteilung der Gesamtaktion, dh der Organisatoren eines Streiks und der Teilnahme der einzelnen AN, zu unterscheiden. Da ein Streikrecht nicht anerkannt war, bedeutete die Streikteilnahme eine Verletzung des Arbeitsvertrags. Für die Organisatoren bestand eine Grenze der Freiheit im Wesentlichen im Verbot der sittenwidrigen Schädigung des bestreikten AG.[12] Auf die Effektivität der Regelungen des ArbVG über den KollV hatte dies aber keinen erkennbaren Einfluss. Für die Bereitschaft der Seite der AG zum Abschluss von KollV mit akzeptablem Inhalt sind offenkundig auch außerrechtliche Bedingungen von wesentlicher Bedeutung.[13] Diese faktische Lage ist freilich nicht garantiert. Ob ein subjektives Recht auf Streik zur Stärkung der Verhandlungsmacht auf Seite der AN entscheidend beiträgt, lässt sich kaum vorhersagen. Jedenfalls ist ein Recht auf Streik bzw Arbeitskampf auch in Österreich seit geraumer Zeit anerkannt. Das ist ein Ergebnis von internationalem Recht und Unionsrecht.

Für diese Entwicklung ist in Österreich die Judikatur des EGMR zu Art 11 EMRK von besonderer Bedeutung. Die Grundrechte der EMRK haben bekanntlich Verfassungsrang. Art 11 EMRK garantiert die individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit der AN und AG. Zwar ist dort von einem Recht auf Streik keine Rede. Die längste Zeit hat deshalb der EGMR die Ansicht vertreten, dass ein derartiges Recht nicht bestehe.[14] Anlässlich von Fällen aus der Türkei hat er seine Position aber geändert[15] und später ausdrücklich festgehalten, dass Art 11 EMRK auch ein Streikrecht zum Inhalt hat.[16]

Selbstverständlich ist auch das Streikrecht des Art 11 EMRK nicht grenzenlos, sondern kann Einschränkungen unterliegen. Grundlage dafür ist Art 11 Abs 2 EMRK. Auch wenn dazu noch keine klaren Aussagen des Gerichts vorliegen, scheint jedenfalls sicher, dass das Streikrecht nicht auf den Abschluss von KollV beschränkt ist und auch nicht bloß Gewerkschaften zustehen darf. Freilich steht den Vertragsstaaten der EMRK ein Spielraum bei der Ausgestaltung (Beschränkung) des Streikrechtes zu. Ob es zB zulässig sein soll, sog politische Streiks als rechtswidrig zu

---

12 Ausführlich dazu *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] (2001) 204 ff mwN.

13 Zur Sozialpartnerschaft vgl zB *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II[4] 82 ff mwN.

14 Zur Judikatur des EGMR näher *Nußberger*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, DRdA 2015, 408 ff.

15 EGMR 12.11.2008, BSW 34503/97, *Demir und Baykara/Türkei*.

16 EGMR 21.4.2009, BSW 68959/01 *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*; ebenso 15.9.2009, BSW 30946/04 *Kaya und Seykan/Türkei*; 8. 4. 2014, BSW 31045/10 *RTM/UK*. Zur Judikatur des EGMR eingehend *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz 182 ff; *Brameshuber*; Europarechtliche Rahmenbedingungen des Streikrechts, ASoK 2023, 74 ff; *Mosler*, Das Streikrecht in Österreich, WiSO 2023 H 3, 32.

behandeln, ist bislang nicht entschieden. Jedenfalls müsste dafür aber eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein.[17] Eine andere Frage ist, ob das Grundrecht des Art 11 EMRK unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung haben soll. Das ist im Ergebnis aber von geringer praktischer Bedeutung. Das betrifft allfällige Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche bestreikter AG gegen die Organisatoren und Teilnehmer an einem Streik bzw Arbeitskampf. Soweit der Arbeitskampf grundrechtlich garantiert ist, fehlt es an seiner Rechtswidrigkeit. Die Teilnahme an einem Streik darf daher auch auf der Ebene des Arbeitsvertrages nicht sanktioniert werden.[18]

Im Vergleich zu Art 11 EMRK hat das ausdrücklich verankterte Grundrecht in Art 28 GRC für Österreich weniger Relevanz. Nach dieser Norm haben AN und AG sowie ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge abzuschließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. Anders als Art 11 EMRK kommt Art 28 GRC nur zur Anwendung, wenn der Anwendungsberreich des Unionsrechts eröffnet ist.[19] Auf rein innerstaatliche Arbeitskämpfe ist dieses Grundrecht also nicht anwendbar. Es kommt hinzu, dass dieses Grundrecht nur nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährleistet ist. Wenn aber der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, weil zB eine Marktfreiheit von Unternehmen betroffen ist, entscheidet letzlich der EuGH über die Kollision von Marktfreiheiten und dem Grundrecht auf Streik und somit über dessen Rechtmäßgkeit. Jedenfalls könnten die Marktfreiheiten in ihrer Funktion als Beschränkungsverbote als zusätzliche Grenzen für das Streikrecht ins Spiel kommen.

2.4 Mindestlöhne

2.4.1 Höhe

Ob die gesetzlichen Regelungen über den KollV effektiv im Sinne einer Zielerreichung sind, ist für die Höhe von Mindestlöhnen schwierig zu beurteilen. Aus dem Gesetz lässt sich kein konkreter Maßstab für eine Untergrenze von Mindestlöhnen ableiten. Erwartet wird also, dass ein annäherendes Gleichgewicht zwischen den Partnern eines KollV besteht und diese Verhandlungssituation zu einem angemessenen Ergebnis führt. Eine Garantie für ein Verhandlungsgleichgewicht gibt es freilich nicht. Das erklärt zumindest zum Teil, weshalb in bestimmten Branchen, wie etwa im Gastgewerbe, im Reinigungsgewerbe oder im Gewerbe der Friseure die Löhne relativ niedring sind. Der unterste Mindestlohn im Friseurgewerbe betrug 2023

[17] Art 11 Abs 2 MRK.

[18] Ausgefallenes Entgelt wegen Nichterbringung der geschuldeten Arbeitsleistung ist gewiss keine Sanktion, wohl aber eine Entlassung oder Kündigung des AN durch den AG.

[19] Das ergibt sich aus Art 51 Abs 1 GRC.

EUR 1.770/Monat, im Gastgewerbe EUR 1.800/Monat, jeweils 14x/Jahr. Das liegt zwar über der konventionellen Armutsschwelle von 60 % des Medianeinkommens, die im Jahr 2022 bei EUR 1.392/Monat lag.[20] Löhne dienen freilich nicht in erster Linie der Vermeidung von Armut, sondern sollen eine Beteiligung an der Wertschöpfung sein.[21]

Ein gewisses normatives Ziel lässt sich allenfalls aus der EU-RL über angemessene Mindestlöhne ableiten.[22] Der Vorschlag der Kommission hatte für angemessene gesetzliche Mindestlöhne einen verbindlichen Referenzwert von 60 % des Bruttomedianlohnes im jeweiligen Mitgliedstaat vorgesehen.[23] Dabei ist es freilich nicht geblieben, weil es an einer Kompetenzgrundlage für die Regelung von Mindestlöhnen und des Koalitionsrechts fehlt.[24] Immerhin enthält Art 5 Abs 1 der RL aber Kriterien, die bei der Festlegung von gesetzlichen Mindestlöhnen zu beachten sind. Dazu zählen auch Referenzwerte wie 60 % des Bruttomedianlohns oder 50 % des Bruttodurchschnittslohns. Eine strikte Pflicht, diese Werte zu verwenden, gibt es freilich nicht. Für Staaten, in denen Mindestlöhne durch KollV festgelegt werden, gelten diese Regeln überdies nicht. Stattdessen gibt es für sie nur Berichtspflichten über die Entwicklung der niedrigsten Kollektivvertragslöhne und den Anteil der davon betroffenen AN. Es müssen außerdem Daten über die Lohnhöhe jener AN übermittelt werden, für die kein KollV gilt.[25] Auch wenn für KollV die RL keine verbindlichen Kriterien vorgeben kann, werden die Kriterien für den gesetzlichen Mindestlohn als Mindestziele für kollektivvertragliche Löhne auf nationaler Ebene in Betracht kommen. Diese bescheidenen Ziele werden die österreichischen Kollektivvertragslöhne erreichen.

2.4.2 Durchsetzung

Die Effektivität von Rechtsnormen hängt wesentlich von den Möglichkeiten ihrer rechtlichen Durchsetzung ab. Handelt es sich um subjektive Rechte des Privatrechts, ist im Regelfall ihre gerichtliche Durchsetzung ausschließlich den Berechtigten über-

[20] Vgl *Statistik Austria*, EU-SILC 2022, <https://www.statistik.at/fileadmin/pages/338/Tabellenband_EUSILC_2022.pdf> 6 (abgerufen am 29.11.2023).

[21] *Firlei,* Verhinderung von prekären Arbeitsverhältnissen: Mindestlohn vs Grundeinkommen, in *Mosler/Pfeil* (Hrsg), Mindestlohn im Spannungsfeld zwischen Kollektivvertragsautonomie und staatlicher Sozialpolitik (2016) 109. *Firlei* schlägt Kriterien für die Ermittlung einer absoluten Untergrenze eines Mindestlohns vor, die aus sozialpolitischer Sicht einsichtig sind. Für die Beurteilung der Effektivität in rechtlicher Sicht können sie freilich nicht zu Grunde gelegt werden.

[22] RL (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union.

[23] Art 5 Abs 3 Vorschlag für eine RL über angemessene Mindestlöhne im Europa, COM (2020) 682 final. Näher dazu *Grillberger*, Europäische Richtlinie über angemessene Mindestlöhne, wbl 2023, 73 ff.

[24] Vgl Art 153 Abs 5 AEUV.

[25] Art 10 Mindestlohn-RL.

lassen. Das ist sehr oft nicht einfach. Deshalb sieht auch das Zivilrecht zunehmend Möglichkeiten zur kollektiven Rechtsdurchsetzung vor: § 29 KSchG ermöglicht seinem Wortlaut nach Verbandsklagen auf Unterlassung auch gegen einzelne AG im Bereich des Arbeitsrechts für gesetzliche Interessenvertretungen und dem ÖGB. Allerdings hat der OGH das mit nicht überzeugenden Gründen abgelehnt und den arbeitsrechtlichen Feststellungsverfahren den exklusiven Vorrang eingeräumt.[26] Im Arbeitsverhältnis kommen bei der individuellen Rechtsverfolgung zum Risiko der Kosten noch die Sanktionsmöglichkeiten des AG hinzu, die der AN zu befürchten hat. Eine gewisse Abhilfe gegen diese Defizite schaffen die erwähnten besonderen Feststellungsverfahren, die durch § 54 ASGG eingeführt wurden.[27] Eine Klage auf Feststellung gegen einen AG kann allerdings nur ein Belegschaftsorgan erheben.[28] Fehlt es daran, kann eine kollektivvertragsfähige Körperschaft gegen einen AG auch dann kein derartiges Verfahren führen, wenn dieser zwingende Ansprüche aus dem von ihr abgeschlossenen KollV nicht erfüllt. Die Parteien eines KollV sind gem § 54 Abs 2 ASGG auf das besondere Feststellungsverfahren beschränkt, das sich gegen eine kollektivvertragsfähige Körperschaft der Gegenseite richten muss. Immerhin wird aber durch ein derartiges Verfahren der Ablauf von Verjährungs- und Verfallsfristen gehemmt.[29]

Der besseren Durchsetzung von Mindestentgelten dienen seit 1995 behördliche Kontrollen und verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen.[30] Anlass für diese Gesetzebung war der Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes vor den Folgen der Dienstleistungsfreiheit durch Entsendung bzw Überlassung von Arbeitskräften aus Niedriglohnländern. Dieser Schutz wird durch die unionsrechtliche Entsende-RL ermöglicht und begrenzt.[31] Kontroll- und Sanktionsregelungen nach dem LSD-BG gelten freilich – konsequenterweise – nicht nur für AN, die nach Österreich entsandt oder überlassen werden, sondern für alle AN, die ihren gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich haben.[32] Die Feststellung einer Unterentlohnung ist oft nicht einfach. Um den Behörden ihre Kontrolltätigkeit und die nötigen Feststellungen des Sachverhalts zu erleichtern, sieht das Gesetz verschiedene Pflichten der Arbeitgeber bzw Beschäftiger vor: Sie betreffen insb die Meldung von Entsendungen oder Überlassungen, die Bereithaltung von Lohnunterlagen sowie die Gewährung der Einsichtnahme und das

[26] OGH 1.7.2015, 9 ObA 113/14d, DRdA 2015/53, 546 (kritisch *Kietaibl*) = ZAS 2015/34, 217 (kritisch *Kodek*).

[27] BGBl 1985/104.

[28] § 54 Abs 1 ASGG.

[29] § 54 Abs 5 ASGG.

[30] Ursprünglich in den § 7i ff AVRAG enthalten. Diese Regelungen wurden 2016 modifiziert in das LSD-BG, BGBl I 2016/44, transferiert.

[31] RL 96/71 EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Sie wurde durch die RL (EU) 2018/957 geändert. Hinzu kommt noch eine RL (EU) 2014/67 zur Durchsetzung der Entsende-RL.

[32] § 3 Abs 1 und 2 LSD-BG.

Betreten des Betriebes bzw der Arbeitsstätten.[33] Die Verletzung dieser Pflichten sowie eine festgestellte Unterentlohnung sind durch Verwaltungsstrafen sanktioniert. Diese konnten bis zur jüngsten Änderung[34] gewaltige Ausmaße annehmen, weil die Strafen für jeden AN zu bemessen waren. Über einen besonders extremen Fall hatte der EUGH zu befinden:[35] Der Gerichtshof hielt dieses Ergebnis für eine unverhältnismäßige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs insb deshalb, weil durch den Gesetzgeber eine absolute Mindeststrafhöhe festgelegt war und die Strafen für jeden AN und ohne Obergrenze zu verlängern waren.[36]

Die Kumulierung der Strafen pro AN hat der EuGH nicht grundsätzlich beanstandet.[37] Dennoch hat der Gesetzgeber dieses Prinzip mit der Novelle 2021 aufgegeben und sich zur Begründung auf den EuGH berufen.[38] Jedenfalls hat die Neuregelung der Effektivität der einschlägigen Bestimmungen des LSD-BG zumindest in Teilen keinen guten Dienst erwiesen.[39] Das betrifft etwa die Strafobergrenzen bei der Vereitelung von Lohnkontrollen.[40] Eine Verhinderung der Feststellung von Unterentlohnung kann sich also für den AG lohnen, wenn diese nur hoch genug war. Auch die Strafen bei festgestellter Unterentlohnung sind nicht stets abschreckend. Das gilt zB für Kleinbetriebe mit bis zu 9 AN, wenn der vorenthaltene Lohn insgesamt geringer als EUR 20.000 war. Für solche AG beträgt die Höchststrafe ebenfalls EUR 20.000.[41] Die Effektivität dieser Rechtsnormen hängt auch noch wesentlich von der Vollzugspraxis der Kontrollbehörden und von der Entscheidungspraxis der Strafbehörden und Verwaltungsgerichte ab. Möglicherweise geben künftige Tätigkeitsberichte des zuständigen Bundesministeriums genaue Hinweise dazu.[42]

2.4.3 Istlohnklauseln

KollV legen nicht nur nach Branchen und Tätigkeiten der AN diffenzierte Mindestentgelte fest und sorgen für deren Erhöhung in meist jährlichem Abstand. Manche KollV enthalten auch Bestimmungen, wonach höhere, einzelvertraglich vereinbarte Entgelte um einen bestimmten Prozentsatz zu erhöhen oder bestehende Überzahlungen betragsmäßig gegenüber den neuen Mindestgehältern aufrecht zu erhalten

33 Vgl §§ 12, 14, 21, 22 LSD-BG.

34 BGBl I 2021/174.

35 EUGH 12.9.2019, Rs C-64/18 ua. Die Strafen für Vorstandsmitglieder einer österr AG beliefen sich auf je 5 Millionen Euro; als Ersatzstrafe waren 1.736 Tage angedroht.

36 Rs C-64/18, Rn 47,50.

37 Rs C-64/18, Rn 41.

38 EB RV 943 Blg NR 27. GP 10.

39 Ausführlich dazu *Kager*, Der Preis von Lohn- und Sozialdumping, wbl 2022, 75 ff; kritisch auch *Gagawczuk*, Die Novelle zum LSD-BG, DRdA-infas 2021, 507 f.

40 § 27 LSD-BG sieht als Höchststrafe Euro 40.000 vor.

41 § 29 Abs 1 LSD-BG.

42 § 69 LSD-BG verpflichtet den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zur Erstellung eines Kontrollplans und zu einem Bericht an den Nationalrat über die Durchführung dieses Plans.

sind.[43] Der Zweck solcher sog schlichten Istlohnklauseln ist es, den über den kollektivvertraglichen Mindestsätzen entlohnten AN den Reallohn zu sichern, also einen Inflationsausgleich anzustreben und die AN am Produktivitätsgewinn des Unternehmens zu beteiligen. Die erhöhten Istlöhne sollen selbst aber nicht relativ zwingend sein, sondern nur ihre Erhöhung soll diese Wirkung haben. Die AN sollen also darüber nicht individuell mit dem AG verhandeln müssen, sondern der AG muss das Einverständnis des AN erwirken, wenn er die Istlohnerhöhung vermeiden will. Eine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit von kollektivvertraglichen Istlohnklauseln enthält das ArbVG nicht. Nach den Gesetzesmaterialien sollen sie freilich möglich sein.[44]

Lange Zeit war ihre Wirksamkeit in der Literatur umstritten. Manche halten sie auch derzeit noch für unzulässig, weil sie der Kartellfunktion des KollV widersprächen.[45] Die Kartellfunktion ist allerdings nur die Folge ihrer relativ zwingenden Wirkung, also der Schutzfunktion des KollV. So gesehen spricht nichts gegen die Zulässigkeit von schlichten Istlohnklauseln. Auch die Judikatur hat sich für ihre Zulässigkeit ausgesprochen. Allerdings hält sie einzelvertragliche Anrechnungsvereinbarungen für zulässig, wenn sie für den AN günstiger sind.[46] Aus dem Zweck der kollektivvertraglichen Istlohnklauseln ergäben sich aber zeitliche Grenzen für die Anrechnung höherer Istlöhne auf nachfolgende Istlohnerhöhungen durch den KollV.[47] Ganz überzeugend ist die grundsätzliche Zulässigkeit von einzelvertraglichen Anrechnungsvereinbarungen nicht. Wortlaut und Zweck von kollektivvertraglichen Istlohnklauseln sprechen ebenso gut dafür, dass eine Anrechnung überhaupt ausgeschlossen sein soll. Ein derartiges Anrechnungsverbot ist durch die Regelungsbefugnis des KollV in § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG gedeckt. Im Ergebnis sollte daher eine Anrechnung nur zulässig sein, wenn eine einzelvertragliche Lohnerhöhung in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der nächsten Istlohnerhöhung durch den KollV steht.

3. Betriebsverfassungsrecht

3.1 Allgemeines

Versteht man unter Effektivität die Zielerreichung von Normen, trifft man im Betriebsverfassungsrecht auf eine Besonderheit. § 39 Abs 1 ArbVG deklariert ausdrücklich das Ziel: Es ist dies die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum Wohl der

[43] So zB Abschnitt 3 E Z 1 KollV / Handelsangestellte idF 1.1.2023. Eine prozentuelle Ist-Lohnklausel enthält zB der KollV für Arbeiter in der Eisen- und Metallverabeitenden Industrie in Anhang II Z 1 idF 1.11.2022.

[44] EB zur RV 840 Blg NR 13. GP 5.

[45] *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] 595 mwN.

[46] OGH 18.5.1999, 8 ObA 173/98v.

[47] Im konkreten Fall hielt der OGH 3 kollektivvertragliche Istlohnerhöhungen für anrechenbar.

AN und des Betriebes. Damit geht der Gesetzgeber vom unleugbaren Gegensatz zwischen Arbeit und Kapital aus, der auch auf Betriebsebene besteht. Der Interessenausgleich soll sich offenbar mit den Mitteln erzielen lassen, die das Gesetz für die Organe der Belegschaft bereit hält. Ob sie für das Wohl der AN bzw für einen fairen Interessenausgleich ausreichend sind, lässt sich rechtspolitisch durchaus bezweifeln. Aus Anlass des 40jährigen Jubiläums des ArbVG wurden Defizite aus der Sicht der AN ausführlich geschildert.[48] Sie ergeben sich zum Teil aus den Veränderungen in der Unternehmens- und Wirtschaftsrealität, die seit dem Inkrafttreten des ArbVG offenkunding wurden und auf die der Gesetzgeber nicht oder nur teilweise reagiert hat. Die Marktfreiheiten des Unionsrechts sind dafür eine wesentliche Ursache: Die Möglichkeiten, Standorte von Betrieben in kostengünstige Mitgliedstaaten zu verlegen und die Öffnung des inländischen Arbeitsmarktes für AN aus solchen Ländern, haben die Position der AN in vielen Branchen geschwächt. Auch wenn Standorte unverändert blieben oder Betriebe vergrößert wurden, hat sich ihre Organisation häufig geändert: Aus Betrieben wurden Unternehmen und daraus wieder Konzerne. Befindet sich die letzte Entscheidungsinstanz im Ausland, steht es mit den Mitwirkungsrechten der Belegschaftsorgane im Aufsichtsrat und den Informationsrechten nicht zum Besten. Die nationale und europäische Gesetzgebung haben darauf zum Teil reagiert.[49] Auf diese gewissermaßen externen Beschränkungen der Effektivität des Betriebsverfassungsrechts hat zB *Firlei*[50] eindringlich hingewiesen. Diese wirtschaftlichen und unionsrechtlich abgesicherten Faktoren lassen sich durch den nationalen Gesetzgeber kaum beheben. Daher sei im Folgenden nur auf einige Defizite hingewiesen, auf die der nationale Gesetzgeber einwirken könnte.

3.2 Gründung eines Betriebsrats

> „In jedem Betrieb, in dem dauernd mindestens fünf stimmberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden, sind (…) von der Arbeitnehmerschaft Organe zu bilden".

Es besteht also eine Pflicht, einen Betriebsrat zu errichten.[51] Die Realität zeigt freilich, dass es mit der Erfüllung dieser Pflicht nicht besonders gut bestellt ist. Genaue Zahlen zu betriebsratspflichtigen, aber betriebsratslosen Betrieben gibt es zwar nicht. Aus empirischen Untersuchungen ergibt sich allerdings, dass nur 11 % der AN, die in Betrieben bis zu 19 AN beschäftigt sind, durch einen BR vertreten sind. Mit zunehmender Anzahl von Beschäftigten steigt die Zahl der AN, die durch BR vertreten sind: auf 36 % der AN in Betrieben mit 20 bis 100 Beschäftigten und auf auf

[48] *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, Herausforderungen für die betriebliche Mitbestimmung, DRdA 2014, 489 ff; *Firlei*, Ist das ArbVG noch aktuell?, DRdA 2014, 520.

[49] Zu den Änderungen des ArbVG zuletzt *Cerny* in *Däubler/Kittner*, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] (2022) 700 ff.

[50] DRdA 2014, 522 ff.

[51] § 40 Abs 1 ArbVG.

87 % bei AN in Großbetrieben mit mehr als 1000 Beschäftigten. Insgesamt sind 54 % der AN in Betrieben mit BR beschäftigt.[52] Die Ursachen für das Unterbleiben der Gründung eines BR sind je nach Größe und Branche des Betriebs unterschiedlich. Sehr häufig halten die AN den Betrieb für zu klein oder sehen keine Probleme am Arbeitsplatz und halten deshalb einen BR für nicht notwendig. Weitere, in etwa gleich häufige Gründe sind der Umstand, dass niemand bereit ist, zu kandidieren oder sich der Betriebsinhaber gegen eine Wahl ausgesprochen hat.[53] In Betrieben bzw Unternehmen mit hoher Personalfluktuation wie insb bei Saisonbetrieben im Tourismus oder in Unternehmen mit stark dislozierten Arbeitsstätten wie im Baugewerbe ist die Gründung (auch) aus diesen Gründen schwierig.[54] Nicht alle Hindernisse zur Gründung eines BR lassen sich durch gesetzliche Regelungen beseitigen oder mindern. Ein beeinflussbares Defizit der Effizienz des § 40 Abs 1 ArbVG wäre jedenfalls die Verhinderung oder Behinderung der Gründung eines BR durch den Betriebsinhaber. Ein Mittel wäre die von Arbeitnehmerseite schon länger geforderte Strafbarkeit derartiger Maßnahmen.[55] In den Verwaltungsstraftatbeständen des § 160 Abs 1 Arb VG findet sich dazu nach wie vor nichts Einschlägiges. Sie sind im Übrigen in ihrer Höhe seit Jahrzehnten unverändert und wenig abschreckend.

Eine zusätzliche Abhilfe könnte ein verbesserter Kündigungsschutz bewirken. Wird ein AN wegen Einberufung einer Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstandes gekündigt, kann derzeit eine solche Kündigung wegen eines verpönten Motivs angefochten werden.[56] Abgesehen von den Schwierigkeiten der Glaubhaftmachung dieses Motivs, hat der gekündigte AN nach Ablauf der Kündigungsfrist und bis zu einem positiven Urteil des Arbeitsgerichts seinen Arbeitsplatz verloren.[57] Der Zutritt zum Betrieb gegen den Willen des Betriebsinhabers ist dann nicht mehr erlaubt. Die Situation wäre für die Gründung eines BR günstiger, wenn der besondere Kündigungsschutz des § 120 Abs 4 ArbVG entsprechend auf Organisatoren einer Betriebsratswahl ausgedehnt werden könnte. Nach der bestehenden Rechtslage haben nur Mitglieder von Wahlvorständen und Wahlwerber für gewisse Zeit diesen Schutz. Jedenfalls sollten auch AN einbezogen werden, die eine Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstandes einberufen haben. Schwierigkeiten bei Bestimmung der Dauer des Schutzes und der Einbeziehung anderer AN, die sich an der Organisation der Wahl beteiligt haben, sollten von einem solchen Vorhaben nicht abhalten.

---

52 *Zeglovits* et al, Betriebliche Mitbestimmung 2022 – Gesamtbericht (2023) 63 f.

53 *Zeglovits* et al, Betriebliche Mitbestimmung 2022, 107 f.

54 *Adam/Stadler/Eichmann*, Die Wirkung von Betriebsräten in Österreich aus der Sicht der Beschäftigten (2020) 40 f.

55 *Leitsmüller/Schindler/Schneller*, DRdA 2014, 495.

56 § 105 Abs 3 Z 1 lit c ArbVG.

57 § 61 ASGG betrifft „nur" die finanziellen Ansprüche des AN.

3.3 Beschäftigte

Gem § 36 Abs 1 ArbVG gelten als AN iSd Betriebsverfassungsrechts alle im Rahmen eines Betriebs beschäftigten Personen einschließlich der Lehrlinge und Heimarbeiter ohne Unterschied des Alters. Von diesem Begriff macht § 36 Abs 2 ArbVG taxativ aufgezählte Ausnahmen. Der Wortlaut des Gesetzes („beschäftigt") würde es zulassen, auch solche Personen zu erfassen, die den traditionellen Begriff des AN mangels persönlicher Abhängigkeit nicht erfüllen, aber wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit vom AG als arbeitnehmerähnlich zu qualfizieren sind.[58] Die Rechtsgrundlage ihrer Tätigkeit wäre also ohne Bedeutung. Die ganz hM versteht unter „beschäftigt" freilich eine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit und schließt damit arbeitnehmerähnliche Personen aus.[59] Auch die ganz überwiegende Literatur vertritt diese Ansicht.[60] Die Berufung auf den Schutzzweck des Gesetzes trägt das Ergebnis der hA nicht. Arbeitsrecht gibt es nicht in erster Linie deshalb, weil die Beschäftigten persönlich, sondern wirtschaftlich vom Empfänger der Dienstleistung abhängig sind. Die persönliche Abhängigkeit ist nur die Begleiterscheinung der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Sie kann ebenfalls unterschiedlich ausgeprägt sein. Zumindest bei intensiver wirtschaftlicher Abhängigkeit und bei Fehlen eigener Betriebsmittel wäre dem Schutzzweck des § 36 ArbVG mehr gedient, wenn man den Begriff des AN entsprechend weiter verstünde. Das schließt nicht aus, Bestimmungen des Betriebsversfassungsrechts, die auf Arbeitsverhältnisse im tradionellen Sinn zugeschnitten sind, von ihrer Anwendung auszunehmen.

Ein ähnliches Problem besteht im Grunde auch bei Arbeitskräften, die zur Beschäftigung im Betrieb von einem anderen AG überlassen wurden. Dass überlassene AN auch AN im Betrieb des Beschäftigers sein können, ist so gut wie unbestritten. Nach der mehrheitlichen und zutreffenden Meinung in der Literatur kommt es dabei auf eine längere Dauer der Beschäftigung nicht an.[61] Was die Mitwirkungsrechte des BR im Beschäftigerbetrieb zu Gunsten von überlassenen AN betrifft, so können sie nach wohl allgemeiner Ansicht auch gegenüber dem Inhaber des Überlasserbetriebs geltend gemacht werden. Das gilt insb für die Informations- und Kontrollrechte des BR in Bezug auf das Entgelt der überlassenen AN.[62] Keine Einigkeit besteht dagegen in der Frage, inwieweit BV des Beschäftigerbetriebs im Verhältnis zu überlassenen

[58] IdS bereits *Mosler*, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnliche Personen, DRdA 2012, 100.

[59] Die Judikatur stellt allein darauf ab, ob ein freier Dienstvertrag vorliegt: zB OGH 6.6.2005, 9 ObA 83/05d; 21.4.2004, 9 ObA 127/03.

[60] ZB *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zellkomm[3] (2018) § 36 ArbVG Rn 2; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 36 Rz 11 (Stand 1.6.2003, rdb.at); etwas einschränkend *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 36 Rz 009.

[61] *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung (2015) 169; *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 36 Rz 0016.

[62] *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung[4] (2021) Kap 21.2; ausführlich *Schrattbauer*, Arbeitskräfteüberlassung 179 ff.

AN wirken können. Manche halten sie nur für anwendbar, wenn sie rein betriebliche Fragen regeln. Bei arbeitsvertragsbezogenen Angelegenheiten sei eine Anwendbarkeit nicht möglich.[63] Von Bedeutung ist dies insb bei BV über einen Sozialplan, wenn dieser auch Ansprüche von überlassenen AN gegen den Inhaber des Beschäftigerbetriebs begründet.[64] Eine Einschränkung oder Stillegung des Beschäftigerbetriebs kann für überlassene Arbeitskräfte ähnlich nachteilig sein wie für AN der sog Stammbelegschaft. Dass die arbeitsvertragliche Beziehung der überlassenen AN nur zum Überlasser besteht, ist mE kein Argument, die normative Wirkung von BV des Beschäftigerbetriebs gegenüber überlassenen AN abzulehnen. BV sind Gesetze im materiellen Sinn. Darin vorgesehene Ansprüche von AN ergeben sich direkt aus dieser Rechtsgrundlage. MaW: Der individuelle Arbeitsvertrag ist keine notwendige Brücke zur Vermittlung dieser Ansprüche. Den Parteien des Sozialplans im Beschäftigerbetrieb kommt also Rechtssetzungskompetenz auch in Bezug auf überlassene Arbeitskräfte zu. Bei ihren Regelungen können sie freilich sachlich gerechtfertigte Unterschiede zwischen der Stammbelegschaft und überlassenen AN machen.

3.4 Rechtsdurchsetzung

3.4.1 Allgemeines

Das Betriebsverfassungsrecht gibt dem BR bekanntlich recht unterschiedliche Mitwirkungsrechte auf verschiedenen Gebieten. Gem § 39 Abs 1 soll damit ein Interessenausgleich zum Wohle der AN und des Betriebs erzielt werden. Nach der hA soll dieser Ausgleich in rechtlich geordneten Bahnen auf friedliche Weise erreicht werden.[65] In den meisten Fällen wird sich dieser Interessenausgleich im Wege von Verhandlungen und Kompromissen zwischen den Betriebsparteien vollziehen, auch wenn das Österreichische Recht anders als das deutsche BetrVG ein Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit[66] nicht enthält. Nur in Konflikt- bzw Krisenfällen werden Behörden zur Duchsetzung von Mitwirkungsrechten angerufen. Forscht man nach einschlägigen E zu den allgemeinen Befugnissen der Belegschaft, findet man solche Fälle selten.[67] Verlässliche Schlüsse auf die Effektivität von Mitwirkungsrechten gestattet dieser Befund freilich nicht. Das hängt auch damit zusammen, dass nur wenige Mitwirkungsrechte durch Verwaltungsstrafen sanktioniert sind.

---

63 IdS *Tomandl*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011, 254; *derselbe*, Arbeitskräfteüberlassung[4] Kap 21.2.

64 Dazu *Goricnik*, Sozialplan im Zusammenhang mit Arbeitskräfteüberlassung, infas 2012, 8.

65 Vgl *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG §§ 38, 39 Rz 3, 8 mwN (Stand 1.6.2004, rdb.at); kritisch *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 39 Rz 0012 ff.

66 § 2 Abs 1 BetrVG.

67 Die Suche im RIS zu § 160 ArbVR ergab 2 alte E des VwGH und 1 E des LVwG Wien aus 2022.

3.4.2 Allgemeine Befugnisse der Belegschaft

Bei den allgemeinen Befugnissen der Belegschaft fällt auf, dass ihre Verletzung nur in wenigen Fällen mit Verwaltungsstrafen bedroht sind. Überdies ist der Strafrahmen wohl kaum abschreckend.[68] Auf Antrag des zuständigen Belegschaftsorgans können Verstöße gegen § 89 Z 3 ArbVG geahndet werden. Das betrifft die Überwachungsrechte des BR zur Einhaltung der Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz, über die Sozialversicherung sowie über eine allfällige betriebliche Altersversorgung. Dagegen ist zB für das Recht zur Einsichtnahme in Aufzeichnungen über die Bezüge und ihre Kontrolle eine solche Sanktion nicht vorgesehen. Dasselbe gilt für die verschiedenen Informationsrechte in § 91 und § 92a ArbVG. Mit Verwaltungsstrafe gesichert werden dagegen die Informationsrechte bei der Einstellung von AN.[69] Das gilt aber nur für eigene AN. Bei der Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften gibt es zwar eine ähnliche Informationspflicht,[70] aber keine verwaltungsrechtliche Sanktion für ihre Nichterfüllung durch den Betriebsinhaber. Die unterschiedliche Ausgestaltung der Sanktionen bei dieser Art von Mitwirkungsrechten lässt sich wohl nicht immer mit sachlichen Gründen erklären. Der Umstand, dass der BR einen Teil dieser Rechte durch Klage beim Arbeitsgericht durchsetzen könnte, bereitet wohl in vielen Fällen nur eine unzureichende Abhilfe, weil ein Urteil zu spät erfolgt und rechtswidriges Verhalten somit sanktionslos bleibt. Ob einstweilige Verfügungen möglich sind, ist bislang gerichtlich nicht geklärt.[71]

3.4.3 Zustimmungspflichtige Maßnahmen

Als intensivste Form der Mitwirkung sieht § 96 Abs 1 ArbVG vor, dass bestimmte Maßnahmen des Betriebsinhabers zu ihrer Rechtswirksamkeit der vorherigen Zustimmung des BR bedürfen, die in Form einer BV zu erfolgen hat. Die betreffenden Maßnahmen hat der Gesetzgeber offensichtlich als negativ bewertet und deshalb dem BR eine präventive Kontrollmöglichkeit eingeräumt.[72] Am Beispiel von Kontrollmaßnahmen würde dies bedeuten, dass jede generelle Maßnahme, die die Menschenwürde des AN berührt, durch eine BV gedeckt sein muss. MaW: Der Gesetzgeber hat dem Interesse der Belegschaft den Vorrang vor den Interessen des Betriebsinhabers eingeräumt. Erst wenn ein Interessenausgleich durch eine BV erfolgt ist, dürfen solche Kontrollmaßnahmen durchgeführt werden. Die Judikatur reduziert aber die Effektivität dieser Art von Mitbestimmung, indem sie bei der Prüfung, ob die Menschenwürde der AN berührt wird, eine Abwägung mit den Interessen

[68] § 160 Abs 1 ArbVG sieht als Höchstbetrag Euro 2.180 vor. Der Betrag ist seit Jahrzehnten unverändert.

[69] § 99 Abs 3 und Abs 4 ArbVG.

[70] § 99 Abs 5 ArbVG.

[71] Vgl OGH 24.1.2024, 9 ObA 88/23s.

[72] *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 96 Rz 001; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 13 (Stand 1.12.2012, rdb.at).

des Betriebsinhabers vornimmt.[73] Das wird in der Literatur mit gutem Grund kritisiert.[74] Die gleiche Reduktion des Mitwirkungsrechts führt die Judikatur auch in den Fällen des § 96a ArbVG herbei. Dort ist für automatisch unterstützte Personaldatensysteme und für Personalbeurteilungssysteme – unter gewisssen Einschränkungen – ebenfalls die Zustimmung des BR zur Rechtswirksamkeit ihrer Einführung erforderlich. Allerdings kann der Betriebsinhaber die Schlichtungsstelle anrufen, wenn der Betriebsrat nicht zustimmt. Gleichwohl vertritt die Judikatur die Ansicht, dass bei der Prüfung der Zulässigkeit der Maßnahme die Gerichte eine Abwägung der Interessen des AG und der AN vorzunehmen hätten. Der Betriebsinhaber braucht also die Schlichtungsstelle nicht anzurufen, wenn der BR seine Zustimmung verweigert. Der Abschluss einer BV bzw die Tätigkeit der Schlichtungsstelle erübrigt sich damit. Im Streitfall entscheiden also die Arbeitsgerichte, ohne dass der Betriebsinhaber vorher zu Verhandlungen mit dem BR gezwungen wäre. Für diesen Verlust an Effektivität ist nicht der Gesetzgeber, sondern die Judikatur verantwortlich.

4. Schlussbemerkung

Die Effektivität der Regelungen des ArbVG zu untersuchen, wäre eine wahre Herkulesaufgabe für Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik. Das gilt selbst dann, wenn man auf rechtspolitische Forderungen verzichten und sich nur auf das Funktionieren, also auf die Zielerreichung der vorhandenen Normen beschränken wollte. Besonders im Betriebsverfassungsrecht wären dazu empirische Untersuchungen erforderlich. Sie müssten auch Betriebsvereinbarungen und Entscheidungen von Schlichtungsstellen einbeziehen. Ein kleiner Schritt dazu wäre eine regelmäßige Publikation solcher Rechtssätze oder eine andere Art von Zugänglichkeit.

[73] ZB OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06 d, DRdA 2008, 326 (*Mosler*).

[74] *S. Mayer*, Videoüberwachung ohne Zustimmung des Betriebsrates?, wbl 2009, 217; *Felten,* Kooperatives Management oder Opposition im Betrieb? – Zur Rolle des Betriebsrates nach der österreichischen Betriebsverfassung, in *Felten/Trost* (Hrsg), 50 Jahre Institut für Arbeitsrecht der JKU (2017) 23 ff.

50 Jahre ArbVG in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs

Eine Erfolgsgeschichte zwischen Unions-, Verfassungs- und Individualarbeitsrecht

Gerhard Kuras

1. Das erste Jahrzehnt 1.7.1974 bis 30.6.1984:
Zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung 502
1.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung 502
1.2 Im Betriebsverfassungsrecht 503
2. Das zweite Jahrzehnt 1.7.1984 bis 30.6.1994:
Aufbruch in die ordentliche Gerichtsbarkeit 505
2.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung 505
2.2 Im Betriebsverfassungsrecht 506
3. Das dritte Jahrzehnt 1.7.1994 bis 30.6.2004:
Die Wechselwirkung von Verfassung und Arbeitsverfassung 507
3.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung 507
3.2 Im Betriebsverfassungsrecht 509
4. Das vierte Jahrzehnt 1.1.2004 bis 31.12.2013:
Die Bewältigung neuer technischer und Organisationsfragen 510
4.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung 510
4.2 Im Betriebsverfassungsrecht 511
5. Das fünfte Jahrzehnt ab 1.1.2014:
Auseinandersetzung mit dem Unionsrecht und Corona 512
5.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung 512
5.2 Im Betriebsverfassungsrecht 514
6. Resümee 515

Meine erste Erfahrung innerhalb der letzten 50 Jahre ArbVG machte ich noch am Ende des ersten Jahrzehnts im Rahmen meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Verfassungsgerichtshof. Es ging bei dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs im Jahre 1984 um die Frage der Verfassungskonformität des „Sperrrechts" des Betriebsrates[1] und damit um nicht mehr oder weniger als die Akzeptanz der Entscheidung kollektiver Kräfte über auch einem Individuum zuordenbare Rechtsfragen. Die Balance von kollektiver Verhandlungsmacht und individueller Zuordnung von Rechten und Rechtsschutz war auch später eine der zentralen Fragestellungen.

[1] VfGH 5.12.1974, B 370/83, DRdA 1985, 283 mit Besprechung von *Floretta*.

Die Rechtsprechung der letzten 50 Jahre komplett aufzuarbeiten würde den vorgegebenen Umfang der Arbeit um ein Vielfaches sprengen. Ich werde daher gegliedert nach den fünf Jahrzehnten nur jeweils einige der in der jeweiligen Periode besonders bedeutsamen Entscheidungslinien aus den Bereichen der kollektiven Rechtgestaltung und des Betriebsverfassungsrechts herausgreifen.

1. Das erste Jahrzehnt 1.7.1974 bis 30.6.1984: Zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung

1.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung

Die Regelungen des Kollektivvertragsgesetzes und des Betriebsrätegesetzes zu Kollektivverträgen, vormals Arbeitsordnungen, und Betriebsvereinbarungen wurden im Wesentlichen im ersten Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes zusammengeführt. Die alten Arbeitsordnungen, die auf gesetzlichen Grundlagen beruhten, wurden als Betriebsvereinbarungen behandelt.[2] Grundsätzliche Fragen der Kollektivvertragsfähigkeit gesetzlicher Interessenvertretungen und bei entsprechender Unabhängigkeit auch der einzelnen Gliederungen wurden geklärt,[3] ebenso dass mangels Kollektivvertragsfähigkeit ein von den Vertragsparteien abgeschlossener „Kollektivvertrag" kein solcher im Sinne des ArbVG und damit insoweit rückwirkend nichtig ist.[4] Es wurde bereits ausgesprochen, dass durch Kollektivvertrag den Vertragsparteien durch Gesetz eingeräumte Dispositionsmöglichkeiten – Kündigungstermine nach § 20 Abs 3 AngG – gestaltet werden können.[5] Einige Entscheidungen behandelten die Abgrenzung des normativen Teils des Kollektivvertrags.[6] Auch die grundsätzliche Abgrenzung der Anwendung mehrerer Kollektivverträge iSd §§ 8, 9 ArbVG wurde behandelt.[7] Bereits damals spielte die Frage der Abgrenzung der für den Kollektivvertragslohn zu leistenden Arbeit[8] sowie der Regelung der Verjährung von kollektivvertraglichen Ansprüchen eine relevante Rolle.[9] Die damals getroffenen Entscheidungen etwa zu den mangelnden Wirkungen von gegenüber einem Kollektiv-

[2] OGH 17.1.1978, 4 Ob 159/77 zum darin angeordneten Abzug von der Cagnotte zur vom Betriebsrat zu verwaltenden Unterstützung in der Casino GmbH als Wohlfahrtseinrichtung.

[3] OGH 25.9.1979, 4 Ob 8/79, Arb 9.817.

[4] OGH 7.2.1978, 4 Ob 139/77, DRdA 1979, 208 (*Migsch*) = ZAS 1979, 96 (*Heinrich*).

[5] OGH 27.3.1979, 4 Ob 31/79, Arb 9.777.

[6] OGH 9.11.1976, 4 Ob 119/76 zum Nachtrag von KV-Lohnansprüchen einzelner Dienstnehmer als normativer Teil; ebenso OGH 18.2.1975, 4 Ob 1/75 zu Schlichtungsklauseln; anders hingegen OGH 17.2.1976, 4 Ob 80/75, Arb 9.455 zur verfahrensrechtlichen Verpflichtung bei Postenbesetzungen als schuldrechtliche Verpflichtung, die den einzelnen Bediensteten keine Rechte einräumen.

[7] OGH 28.6.1977, 4 Ob 74/77, DRdA 1979, 20 (*Hanreich*).

[8] OGH 21.9.1976, 4 Ob 101/76, Arb 9.519.

[9] OGH 5.3.1974, 4 Ob 7/74, ZAS 1975, 221 (*Bydlinski*). Der OGH ging damals zum KollVG davon aus, dass es unzulässig wäre im Einzelvertrag für KV-Ansprüche kürzere als die gesetzliche Verjährungsfrist festzulegen, wohl aber im Kollektivvertrag – noch vor dem ArbVG

vertrag ungünstigeren Betriebsvereinbarungen[10] wurden später relativiert,[11] ebenso wie die noch zum Betriebsrätegesetz ergangene Entscheidung zur Zulässigkeit der Kündigung als Strafe eines Disziplinarverfahrens.[12]

1.2 Im Betriebsverfassungsrecht

Die Neuregelungen des ArbVG im Bereich der Betriebsverfassung wurden als umfassende und abschließende Neuregelung der die Betriebsverfassung betreffenden Fragen qualifiziert, die frühere Sonderregelungen mangels ausdrücklicher anderer Regelung aufheben.[13] Klargestellt wurde bereits damals der absolut zwingende Charakter des Betriebsverfassungsrechts, der auch einer Änderung durch Kollektivvertrag entgegensteht.[14]

In diesem ersten Jahrzehnt waren die Zuständigkeiten im Betriebsverfassungsrecht noch stark bei den Einigungsämtern und letztlich dem Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof angesiedelt. Bei Gericht ging es vor allem um betriebsverfassungsrechtliche Vorfragen, bei denen keine – rechtsgestaltende – Entscheidung der Einigungsämter vorgesehen war, wie etwa das Vorliegen eines Betriebs,[15] die Sanierung durch Unterlassen eine Betriebsratswahlanfechtung,[16] die vorzeitige Beendigungsdauer des Betriebsrates infolge Betriebseinstellung[17] bzw den Mandatsverlust infolge Betriebswechsel,[18] oder ob die Verständigung des Betriebsrates von einer Kündigungsabsicht korrekt erfolgte[19] bzw ob eine nichtige Betriebratswahl vorliegt.[20] Dabei wurde auch darauf abgestellt, ob das Einigungsamt noch nicht entschieden

OGH 19.2.1974, 4 Ob 93/73 ; ebenso OGH 13.12.1976, 5 Ob 865/76, zur fehlenden Trennbarkeit der Fragen des Anspruchs und von dessen Verjährung.

10 OGH 14.9.1982, 4 Ob 86/82.

11 OGH 16.12.2019, 8 ObA 77/18h.

12 OGH 29.1.1974, 4 Ob 104/73, ZAS 1974, 181 (*Tomandl*); vgl zur späteren später Entwicklung RIS-Justiz RS0053043.

13 OGH 6.9.1977, 4 Ob 97/77, DRdA 1978, 139 (*Hagen*) zur Geltung der §§ 96 Abs 1 Z 1 und 102 ArbVG auch im Anwendungsbereich des SchSpG.

14 OGH 11.10.1977, 4 Ob 127/77, SZ 50/129 = Arb 9.649; 18.9.1980, 4 Ob 77/80.

15 OGH 15.9.1981, 4 Ob 36/81, Arb 10.016

16 OGH 10.7.1979, 4 Ob 48/79, SZ 52/113 = DRdA 1980, 210 (*Spielbüchler*), auch zur fehlenden Auswirkung einer Entscheidung iSd § 34 Abs 2 ArbVG zum Vorliegen eines einheitlichen Betriebes statt mehrerer Betriebe auf den Bestand des Zentralbetriebsrates bzw Betriebsrates.

17 OGH 11.1.1983, 4 Ob 184/82, DRdA 1984, 445 (*Runggaldier*) = ZAS 1984,26 (*Aichinger*).

18 Zu § 1155 ABGB bei Annahme einer anderen Beschäftigung OGH 21.9.1982, 4 Ob 114/82; zum Ausscheiden aus dem Betrieb und nicht bloß einer Arbeitsstätte OGH 10.7.1979, 4 Ob 48/79, SZ 52/113 = DRdA 1980, 210 (*Spielbüchler*).

19 OGH 6.9.1983, 4 Ob 51/82.

20 Verneint bei einer Verkürzung der Ausschreibungsfrist, wenn das Ausüben des Wahlrechts nicht praktisch unmöglich gemacht wurde OGH 8.4.1975, 4 Ob 5/75, ZAS 1977, 27 (*Spielbüchler*).

hatte[21] oder bereits eine bindende Entscheidung des Einigungsamtes etwa zur Betriebseigenschaft vorlag.[22] Bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot nach § 37 ArbVG war die daraus abgeleitete zivilrechtliche Nichtigkeit des Rechtsaktes nach § 879 ABGB[23] zu beurteilen. Die Durchsetzung des betriebsverfassungsrechtlichen Rechts selbst verblieb bei den Einigungsämtern.[24] Dabei wurde auch auf die Bedeutung von Verzögerungen bei der Ausübung der dem Einigungsamt eingeräumten Befugnisse[25] oder des Bestehens von Disziplinarverfahren iSd § 96 ArbVG auf die – bejahte – Zulässigkeit von unabhängig davon ausgesprochenen Entlassungen[26] eingegangen.

Die Beurteilung der zivilrechtlichen Konsequenzen aus Einigungsamtsentscheidungen, wie etwa aus der Aufhebung einer Kündigung nach § 105 ArbVG[27] bzw Entlassung[28] oder deren Fehlen bei einer verschlechternden Versetzung,[29] fiel in die gerichtliche Zuständigkeit. Inhaltlich wurde bei der Versetzung unter dem Aspekt des § 101 ArbVG etwa das ständige Arbeiten bei künstlichem Licht oder die so massive Verminderung geistiger Anforderungen, dass dies als empfindliche Abwertung der Persönlichkeit zu werten ist, als Verschlechterung qualifiziert,[30] nicht hingegen die Versetzung von einer Leiterstellung zu einer gleich eingestuften hochqualifizierten verantwortungsvollen Einzelarbeitnehmerstellung[31] oder die allenfalls ungünstigere steuerliche Behandlung.[32] Zu den Mitwirkungsrechten nach §§ 96 Abs 1 Z 3 oder 4

---

21 OGH 8.4.1975, 4 Ob 5/75, ZAS 1977, 27 mit Besprechung von *Spielbüchler*; OGH 14.6.1982, 4 Ob 51/82; vgl auch zum fehlenden rechtlichen Interesse an einer Feststellung des aufrechten Bestandes, wenn sich dies schon aus der rechtsgestaltenden Entscheidung des Einigungsamtes ergibt OGH 11.1.1983, 4 Ob 181/82 bzw zur Zuständigkeit des Einigungsamtes für Anträge von Dienstnehmern gegen Betriebsratsmitglieder wegen Verletzung von deren Verschwiegenheitpflicht (auch zur Beweislast der Antragsteller) und zur fehlenden Geheimhaltungspflicht nach § 115 Abs 4 ArbVG, wenn es um schwerwiegendere Nachteile für die Belegschaft geht OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78, ZAS 1979, 176 (*Marhold*).

22 OGH 22.5.1984, 4 Ob 56/83.

23 OGH 14.6.1983, 4 Ob 61/83, ZAS 1984, 142 (*Koziol*); zum Recht der Intervention beim Arbeitgeber, auch wenn dadurch die Information weiter verbreitet werden könnte OGH 4.7.1978, 4 Ob 61/78.

24 OGH 7.2.1978, 4 Ob 5/78; OGH 7.6.1983, 5 Ob 619/83.

25 OGH 4.5.1982, 4 Ob 53/81, SZ 55/63.

26 OGH 4.5.1981, 4 Ob 100/81, Arb 10.107; zum fehlenden Zustimmungsrecht des Betriebsrates bei Einleitung OGH 18.9.1980, 4 Ob 101/80, SZ 53/121; zur Überprüfbarkeit durch die Gerichte und das Erfordernis einer mit Betriebsvereinbarung eingerichteten zur Verhängung zuständigen Stelle OGH 18.12.1979, 4 Ob 123/79, DRdA 1980, 395 (*Feiler*).

27 OGH 23.9.1981, 4 Ob 57/81 oder OGH 11.1.1983 4 Ob 181/82; zur rückwirkend Rechtsgestaltung OGH 27.6.1978, 4 Ob 21/78, Arb 9.707; 18.9.1980, 4 Ob 77/80.

28 OGH 27.6.1978, 4 Ob 21/78 zum rückwirkenden Wiederaufleben.

29 OGH 7.4.1981, 4 Ob 158/80, Arb 9.963 zur mangelnden Sanierbarkeit durch eine nachträgliche Kündigung.

30 OGH 6.12.1977 4 Ob 119/77, DRdA 1979, 10, 136 (*Mörkelsberger*).

31 OGH 21.10.1975, 4 Ob 49/75, DRdA 1977, 98 (*Prankl*).

32 OGH 23.9.1975, 4 Ob 53/75.

und 100 ArbVG wurde klargestellt, dass diese nicht geeignet sind, die arbeitsvertraglichen Grenzen des Weisungsrechts zu überwinden.[33]

Im Bereich der Stellung der Betriebsratsmitglieder wurde die Entlassung eines später ausgetretenen Betriebsratsmitgliedes[34] oder die mangelnde Ersetzbarkeit des herzustellenden Einvernehmens über die Bildungsfreistellung durch die Gewährung von Freizeit zur Erfüllung der Obliegenheiten als Betriebsratsmitglied,[35] die nach dem Zweck der Veranstaltungen und nicht deren Dauer abzugrenzen sind, behandelt.

Inhaltlich bedeutsam war die Bejahung der Frage des Anspruchs auf einen Telefonanschluss. Diese gelangte zu den Gerichten, weil dise zwar für den Streit über die Beistellung selbst die Einigungsämter als zuständig erachteten, aber von schlüssigen zivilrechtlichen Vereinbarungen ausgingen.[36] Als „Vertragspartner" wurde damals der Betriebsratsfond angesehen und der Betriebsrat als „Vertragsorgan". Bei zu hohen Telefongebühren soll der Betriebsratsfond im Rahmen von dessen Teilnahme am „allgemeinen Rechtsverkehr" aus dem Titel des zivilrechtlichen Schadenersatzes und damit vor den Gerichten dem AG haften. Daran, dass der Betriebsrat gesetzlicher Vertreter des Betriebsratsfonds ist, ändert sich auch nichts, wenn auf dessen Ersuchen der Betriebsinhaber eine Wohlfahrtseinrichtung verwaltet.[37]

2. Das zweite Jahrzehnt 1.7.1984 bis 30.6.1994: Aufbruch in die ordentliche Gerichtsbarkeit

2.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung

In diesem Jahrzehnt ist das BPG in Kraft getreten, wohl Ausdruck der zunehmenden – auch gewollten – wirtschaftlichen Bedeutung der Betriebspensionsansprüche. Zum ArbVG war etwa die grundlegende in der Lehre eher kontrovers behandelte Frage zu klären, ob auch in Kollektivverträgen Arbeitnehmerbeiträge zu Betriebspensionen vorgeschrieben werden können. Der OGH[38] verwies darauf, dass der zulässige Inhalt eines Kollektivvertrages in § 2 Abs 2 ArbVG festgelegt wird. Nach der Rechtsprechung sind die Regelungsbefugnisse der Kollektivvertragsparteien nur darauf und nicht auf die Privatautonomie gegründet und daher diese Befugnisse einschränkend auszulegen. Nur der typische, wesentliche oder regelmäßig wiederkehrende Inhalt eines Arbeitsverhältnisses kann nach § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG einer kollektivvertraglichen Regelung unterworfen werden.[39] Ruhegeldregelungen wurden

[33] OGH 10.1.1985 4 Ob 164/83, DRdA 2985, 389 (*Csebrenyak*).
[34] OGH 29.4.1980, 4 Ob 128/79, DRdA 1983, 98 (*Löschnigg*).
[35] OGH 19.10.1976, 4 Ob 118/76, ZAS 1977/26, 183 (*Schön*).
[36] OGH 7.2.1978, 4 Ob 5/78, DRdA 1979, 20 mit Besprechung von *Floretta*.
[37] OGH 17.1.1978, 4 Ob 159/77.
[38] OGH 28.8.1991, 9 ObA 115/91, ZAS 1993/1, 61 (*Strasser*).
[39] Der OGH verwies auf SZ 54/147 = ZAS 1983, 101, (*Geppert*) = DRdA 1983, 178 (*Wachter*) ua.

im Hinblick auf ihren unbestrittenen Entgeltcharakter als aus dem Arbeitsverhältnis entspringende Ansprüche im Sinne des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG beurteilt. Eine Arbeitgeberleistung mit Entgeltcharakter ist das betriebliche Ruhegeld aber nur insoweit, als dieses nicht durch Beiträge des AN finanziert wird. Hingegen wurde die Verpflichtung des AN zur Leistung von Beiträgen für seine Altersversorgung als nicht aus dem Arbeitsverhältnis abgeleitet qualifiziert und bildet daher auch nicht den typischen Inhalt eines Arbeitsvertrages. *Firlei*[40] hatte darauf hingewiesen, dass zum typischen Inhalt des Arbeitsverhältnisses jedenfalls nicht Regelungen über die Verwendung des dem AN zu zahlenden Entgelts gehören. Der OGH verneinte daher die aus einem KV abgeleitete Verpflichtung zur Leistung von AN-Beiträgen. Der Gesetzgeber hat in § 3 Abs 4 BPG vorgesehen, dass sich der AN durch individuelle Vereinbarung zur Leistung von Beiträgen verpflichten kann. Auch in der wenig später ergangenen Entscheidung zu einer Änderung einer Betriebspensionsregelung wurde die Beschränkung der KV-Regelungskompetenz bestätigt. Im Bereich der dem KV unterliegenden Kompetenz der aus Arbeitgeberbeiträgen abgeleiteten Betriebspensionsansprüche wurden die Änderungen der Ansprüche der Prüfung unter dem Kalkül des mittelbar wirkenden Gleichbehandlungsgrundsatzes – Vertrauensschutzes – unterworfen.[41]

2.2 Im Betriebsverfassungsrecht

Mit dem Inkrafttreten des ASGG 1987 erfolgte der Wechsel der Zuständigkeit zur Entscheidung betriebsverfassungsrechtlicher Streitigkeiten von den Einigungsämtern (VwGH, VfGH) zu den Arbeits- und Sozialgerichten (OGH). Besonders bedeutsam war dabei die Neustrukturierung des Kündigungsschutzes nach den §§ 105 ff ArbVG – diese Streitigkeiten machen den weit überwiegenden Teil der betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten aus – durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. In den Entscheidungen des OGH vom 15.3.1989 zu 9 ObA 279/88 und 9 ObA 280/88[42] hielt der OGH fest, dass die Gerichte zwar grundsätzlich nicht dazu berufen sind, die Zweckmäßigkeit oder objektive Richtigkeit der vom Betriebsinhaber getroffenen Maßnahmen im Rahmen des Verfahrens über eine Kündigungsanfechtung zu überprüfen oder dem Betriebsinhaber gar wirtschaftliche Maßnahmen vorzuschreiben. Während aber nach dem Kündigungsschutztatbestand des § 25 Abs 4 BRG 1947 die Voraussetzungen für den Kündigungsschutz erst gegeben waren, wenn die Kündigung für AN eine soziale Härte bedeutete, erachtete der OGH entsprechend dem Wortlaut des ArbVG und der RV[43] die Voraussetzung bereits bei der Beeinträchtigung der „wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers" als erfüllt. Durch

[40] *Firlei*, Mitbestimmung durch Inhaltsnormen?, in FS Floretta (1983) 469 ff (475 ff).
[41] OGH 16.12.1992, 9 ObA 602/92, DRdA 1993 (*Resch*) = RdW 1993, 82 (*Runggaldier*).
[42] Arb 10.771 = RdW 1989, 199.
[43] 840 BlgNR 13. GP 87.

die Neuregelung sollte nicht mehr entscheidend sein, dass durch eine Kündigung die Existenz der Gekündigten bedroht und diese einer Notlage ausgesetzt werden.[44]

Die Kündigungsgründe des § 105 Abs 3 Z 2 lit a und b ArbVG werden zwar als negatives Anfechtungstatbestandsmerkmal für die Annahme einer sonst sozial ungerechtfertigten Kündigung qualifiziert. Der OGH ging aber anders als der VwGH[45] davon aus, dass damit die Frage, ob bei nachgewiesenem Vorliegen der Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes der Grundtatbestand des Kündigungsschutzes (Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des betroffenen AN) nicht mehr überprüft werden dürfe, noch nicht gelöst ist. Ziel der Bestimmungen über die Betriebsverfassung und deren Anwendung ist die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum Wohl der AN und des Betriebes (§ 39 Abs 1 ArbVG). Umstände in der Person oder im Verhalten des AN können betriebliche Interessen mehr oder weniger nachteilig berühren und betriebliche Erfordernisse können einer Weiterbeschäftigung mehr oder weniger entgegenstehen. Die Konkretisierung vieler unbestimmter Gesetzesbegriffe erlaubt keine einfachen Subsumtionen nach Art kontradiktorischer Begriffe. Der OGH ging daher davon aus, dass vorerst ohne Rücksicht auf andere Anfechtungsvoraussetzungen und ohne Koppelung mit anderen Tatbeständen oder Tatbestandsmerkmalen geprüft werden muss, ob durch die Kündigung wesentliche Interessen der betroffenen AN beeinträchtigt werden. Nur wenn dies der Fall ist und auch personen- bzw verhaltensbedingte Gründe oder wirtschaftliche Gründe, die „die betrieblichen Interessen nachteilig berühren" bzw „einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen", gegeben sind, treten die Interessen des AG und des AN notwendigerweise miteinander in eine Wechselwirkung. Ob insbesondere bestimmte wirtschaftliche Umstände als betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des AN entgegenstehen und damit die Sozialwidrigkeit der Kündigung ausschließen, anzusehen sind, ist dann durch Vornahme einer Abwägung der beeinträchtigten wesentlichen Interessen des AN mit den Interessen des Betriebes zu untersuchen. Diese Entscheidungen wurden in den letzten 35 Jahren in den Grundzügen unverändert fortgeschrieben.

3. Das dritte Jahrzehnt 1.7.1994 bis 30.6.2004: Die Wechselwirkung von Verfassung und Arbeitsverfassung

3.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung

Die bereits in den vorangegangenen Jahren begonnene Berücksichtigung der Wertungen des Verfassungsrechts für die Entstehung und Bewertung kollektiver Rechts-

[44] Der OGH nahm dabei auf die Gesetzesmaterialien 993 BlgNR 13. GP 4, und die Ausführungen von *Kuderna*, (Die sozial ungerechtfertigte Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, DRdA 1975, 15 ff) sowie *Floretta* (ZAS 1978, 193; derselbe in FS Strasser [1983] 335 ff) Bezug.

[45] Arb 9.453; DRdA 1978, 142 und 334; Arb 9.599 = ZAS 1978, 188; Arb 9.713 = DRdA 1979, 47; VwGHSlg A 12.415 ua.

quellen bekam in diesen Jahren besonderes Gewicht, etwa auch beim Verbot der dynamischen Verweisung[46] oder des Eingriffs in vertraglich vereinbarte Rechte.[47] Besonders im Betriebspensionsrecht entwickelte sich aus dem mittelbar wirkenden verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstärkt der maßgebliche Prüfungsmaßstab des Vertrauensschutzes.[48] Daraus wurde etwa das Gebot abgeleitet, bei substantiellen Verringerungen von Betriebspensionsleistungen der Dauer der Zugehörigkeit zu diesem System und der bis zum Pensionsalter verbleibenden Zeit angemessene Übergangsregelungen vorzusehen.[49] Der OGH hat den Parteien der Betriebsvereinbarungen und der Kollektivverträge, die bei entsprechender „Sachnormverweisung" ja auch im Ausland[50] anzuwenden sind, einen großen Handlungsspielraum für die auch rückwirkende[51] Übertragung von Direktzusagen in die Pensionskassen eingeräumt, wenn diese Grundsätze beachtet wurden.[52] Diese Fragen waren damals von besonderer Bedeutung. Viele Auslagerungen waren gerade vor dem Jahr 2001 und dem darauf folgenden wirtschaftlichen Einbruch erfolgt. Das übertragene „Pensionskapital", das davor am Kapitalmarkt investiert worden war, hatte oft deutlich an Wert verloren. Die wirtschaftlichen Verwerfungen zwangen Unternehmen auch oft zu bewussten Sparmaßnahmen, die von den Betriebsräten zum Erhalt der Arbeitsplätze mit – naturgemäß zu veröffentlichenden[53] – Änderungen von Betriebsvereinbarungen mitgetragen wurden. Von den knapp vor den Pension stehenden Mitarbeitern wurden diese Änderungen häufig bekämpft.[54] Die Rahmenbedingungen des ArbVG haben dazu beigetragen, hier zwar einen gewissen Schutz zu bieten, aber auch für alle AN einheitliche und oft zukunftsweisende Lösungen zu verwirklichen. Allerdings hat die fehlende demokratische Legitimation dem Betriebsrat hinsichtlich der bereits ausgeschiedenen AN die Verhandlungskompetenz genommen.[55]

Bei den Kollektivverträgen wurde klargestellt, dass eine bestehende Gewerbeberechtigung die Gerichte an der Überpüfung der Anwendung des richtigen KVs

[46] Etwa OGH 5.9.2001, 9 ObA 108/01z

[47] OGH 9 ObA 13/04h zur Einschränkung der Kompetenz zur Verschlechterung auf vom KV zuvor geschaffene Ansprüche.

[48] OGH 14.2.1996, 9 ObA 7/96 unter Verweise ua auf OGH 9 ObA 602/92, DRdA 1993/45 (R*esch*) = ZAS 1995, 12 (*Schrammel*); 8 ObA 220/95, ZAS 1995/21, 190 (*Tomandl*); RIS-Justiz RS0094152.

[49] Etwa OGH 6.9.2000, 9 ObA 106/00d; 28.3.2002, 8 ObA 236/01s uva.

[50] Vgl zum KV OGH 2.9.1998, 9 ObA 189/98d.

[51] OGH 24.6.1998, 9 ObA 115/98x, später wurde auch insoweit eine Überprüfung unter dem Sachlichkeitgebot gefordert.

[52] OGH 21.12.2000, 8 ObA 170/00h, DRdA 2001/44 (*Runggaldier*) = ZAS 2001/19 (*Risak*); OGH 24.6.2004, 8 ObA 52/03k.

[53] OGH 28.1.2009, 9 ObA 168/07g; ua RIS-Justiz RS0124518. Offenbar war insoweit das Veröffentlichungsbedürfnis schwächer.

[54] Grundsätzlich müssen die im Betrieb beschäftigten AN mit einer maßvollen Verschlechterung rechnen – allgemein RIS-Justiz RS0050961.

[55] So bereits OGH 14.12.1988, 9 ObA 512/88 und seitdem trotz teilweiser Kritik der Lehre RIS-Justiz RS0021539. Allgemein zum Kollektivvertrag RIS-Justiz RS0050917.

nach § 2 Abs 13 GewO nicht hindert, wenn die ausgeübte Tätigkeit dieser ganz offensichtlich nicht entspricht.[56] Sehr interessant war das Wechselspiel von Lehre und Rechtsprechung bei der Frage der Zulässigkeit von Aufsaugungsklauseln zu beobachten. Wurden früher in der Rechtsprechung die Vorwegnahme von Ist-Lohnerhöhungen bei Vereinbarung eines über dem KV-Mindestentgelt liegenden Lohns ohne weitere Einschränkungen als zulässig erachtet,[57] so hat dies der OGH später unter dem Eindruck von kritischen Stimmen[58] aus der Lehre modifiziert.[59] Unter Beachtung des sozialpolitischen Zwecks der Ist-Lohnerhöhung, AN die Kaufkraft des individuell vereinbarten Lohnes zu sichern und sie am Produktivitätszuwachs zu beteiligen, wurde auch bei einem erheblich über dem Mindestlohn liegenden Entgelt die Vereinbarung der Einrechnung nur für die nächsten 2–3 Ist-Lohnerhöhungen als zulässig erachtet.

3.2 Im Betriebsverfassungsrecht

Auch im Betriebsverfassungsrecht war das Verfassungsrecht ein wesentlicher Partner bei der Rechtsentwicklung. So wurde auch unter Bezugnahme auf Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes ausgesprochen, dass den Parteien ein Rechtsanspruch auf Vertretung durch einen Rechtsanwalt auch in einem Disziplinarverfahren zusteht.[60] Im Bereich des Kündigungsschutzes war eine wesentliche Auseinandersetzung jene der Ausgestaltung bei Leiharbeitnehmern.[61] Von grundsätzlicher Bedeutung war die Entscheidung zur Trennung der Aufgaben von Betriebsrat und Gewerkschaft etwa bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen[62] oder der engen Auslegung der Zuständigkeit des Betriebsrates zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen betreffend Entgeltfragen.[63]

Nachdem der Gesetzgeber mit der Schaffung von § 96a ArbVG auf die zunehmende Bedeutung der EDV reagiert hatte, gewannen diese Fragen auch in der Recht-

---

56 OGH 29.8.2002, 8 ObA 192/01w

57 OGH 28.6.1983 , 4 Ob 70/83, DRdA 1985, 403 (*Eypeltauer*).

58 *Grillberger,* Kollektivvertragliche Ist-Lohnerhöhungen und einzelvertragliche Anrechnungsklauseln, DRdA 1992, 431; *Jabornegg,* Grenzen kollektivvertraglicher Rechtssetzung und richterliche Kontrolle, JBl 1990, 205, ua.

59 OGH 18.5.1999, 8 ObA 173/98v.

60 OGH 24.2.1999, 9 ObA 1/99h.

61 OGH 7.10.1998, 9 ObA 233/98z: Es bedarf genauer Feststellungen, welche Tätigkeiten der Kläger auszuüben bereit und in der Lage ist und welche korrespondierenden Arbeitsplätze zur Verfügung stehen.

62 OGH 19.11.2003, 9 ObA 125/03b, wonach im Rahmen der gesetzlichen Betriebsverfassung ein besonderes Kampfverbot besteht, das aber Mitgliedern des Betriebsrates zwar nicht die Ausübung gewerkschaftlicher Tätigkeit im Betrieb untersagt, aber die Vornahme bzw Organisation von Kampfmaßnahmen durch Organe der gesetzlichen Betriebsverfassung in dieser Eigenschaft.

63 OGH 12.1.1988, 9 ObA 131/88; Zu Überleitung im Falle einer spätere Kompetenz des BR OGH 4.5.2005, 8 ObA 99/04.

sprechung zum Betriebsverfassungsrecht zunehmend Bedeutung. Es ging etwa um die Beurteilung einer Telefonregistrieranlage, die der OGH[64] als die Menschenwürde berührend im Sinne des § 96 Z 3 ArbVG qualifizierte. Die Nummern der angerufenen Teilnehmer wurden systematisch und vollständig erfasst. Durch Betätigen einer Taste am Telefonapparat konnten die Endziffern der Rufnummer im System unterdrückt werden. Der OGH qualifizierte dies als die Menschenwürde berührend iSd § 96 Z 3 ArbVG. Dem AG sollte aber die Möglichkeit geboten werden, den Abschluss einer Betriebsvereinbarung nach § 96a ArbVG vor der Schlichtungsstelle zu erzwingen. Dabei könnten solche Schutzmaßnahmen zugunsten der AN festgelegt werden, dass die Anlage danach als nicht mehr die Menschenwürde berührend anzusehen ist. Auch beim Recht auf Einsicht in die Lohnunterlagen nach § 89 ArbVG hatte sich der OGH mit der Auswirkung der EDV zu beschäftigen,[65] genauso wie wenig später bei der Frage der Beistellung von Sachmitteln nach § 72 ArbVG mit dem Intranet-Zugang des BR.[66]

4. Das vierte Jahrzehnt 1.1.2004 bis 31.12.2013: Die Bewältigung neuer technischer und Organisationsfragen

4.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung

Die Entstehung neuer Organisations- und Wirtschaftsbereiche erforderte einige Entscheidungen, um die Anwendung von Kollektivverträgen zu klären. So wurde für einen Mischbetrieb im Sinn des § 9 Abs 3 ArbVG klargestellt, dass ein für die AN des wirtschaftlich maßgeblichen Betriebsbereichs anzuwendender Mindestlohntarif in analoger Anwendung des § 9 Abs 3 ArbVG einen für die AN des wirtschaftlich untergeordneten Bereichs geltenden Kollektivvertrag verdrängt,[67] ebenso der für einen Wirtschaftsbereichs von maßgeblicher Bedeutung gesatzte Kollektivvertrag den Kollektivvertrag, der für einen ungeordneten Teilbereich gilt.[68] Eine Verdrängung der wirtschaftlich entscheidenden kollektiven Regelung wurde damit vermieden. Bei neuen Wirtschaftsbereichen wurde eine umfassende Abdeckung durch Satzungserklärung als unbedenklich eingestuft.[69] Später wurde auch geklärt, wie vorzugehen ist, wenn diese neuen Wirtschaftsbereiche zahlreiche verschiedene Wirtschaftsbereiche und Kollektivverträge zusammenführen.[70] Für die Gestaltungshoheit der KV-Partner war die Entscheidung von Bedeutung, dass bereits der Bestand einer kollek-

[64] OGH 13.6.2002, 8 ObA 288/01p. Diese Entscheidung wurde von zahlreichen Autoren besprochen.
[65] OGH 4.6.2003, 9 ObA 3/03m.
[66] OGH 20.10.2004, 8 ObA 92/04v.
[67] OGH 24.11.2010, 9 ObA 11/10y.
[68] OGH 26.11.2013, 9 ObA 91/13t.
[69] OGH 29.3.2012, 9 ObA 70/11a.
[70] OGH 29.6.2020, 8 ObA 14/20x.

tivvertragsfähigen Körperschaft die Festsetzung eines behördlich festgesetzten Mindestlohntarifs unabhängig vom tatsächlich Abschluss eines KV ausschließt.[71]

Anders als beim Wechsel der Mitgliedschaft zu einer Fachgruppe der Wirtschaftskammer – diese kann nur durch eine an der ausgeübten Tätigkeit orientierten Entscheidung der Kammer erfolgen – kann der AG bei einer freiwilligen Berufsvereinigung auch ohne Änderung seiner Geschäftstätigkeit privatautonom über seinen Aus- bzw Beitritt (mit-)bestimmen. Nach dem Austritt des AG aus der Körperschaft, der er zur Zeit des Kollektivvertragsabschlusses angehörte, bewirkt ein neuer KV der Körperschaft, der der AG später angehört, wegen der Mitgliedschaftsnähe die Verdrängung des alten KV. Auch eine kollektivvertragsabhängige BV fällt dann ersatzlos und ohne Nachwirkungen weg, weil sie ihre Ermächtigungsgrundlage nicht überdauern kann. Die §§ 6 und 8 ArbVG bieten keine Regelung des hier zu lösenden Problems. Dessen Regelungsbedürftigkeit war vom Gesetzgeber ganz offenkundig nicht erkannt worden, weil kollektivvertragsfähige freie Arbeitgeberverbände in der österreichischen Rechtswirklichkeit kein weit verbreitetes Phänomen sind und es auch selten zwei Berufsvereinigungen gibt, deren Kollektivvertragsfähigkeiten sich überschneiden und für den betroffenen AG kollektivvertragsfähig sind. Der OGH[72] schloss diese Lücke durch analoge Anwendung des § 4 Abs 2 AVRAG und den darin festgelegten Vertrauensschutz hinsichtlich des Entgelts und des Bestandschutzes. Die Grundlage für § 4 Abs 2 AVRAG liegt in der Betriebsübergangsrichtlinie und den typischen europäischen Strukturen im kollektiven Arbeitsrecht, die eine der Bedeutung der Wirtschaftskammerzugehörigkeit vergleichbare Verhandlungssituation nicht kennen.

Besonders signifikant für das Zusammenspiel mit dem Unionsrecht war die Klärung der letztlich vom EuGH[73] bejahten Frage, inwieweit Art 3 Abs 3 der Betriebsübergangsrichtlinie, wonach die in einem KV beim Veräußerer geltenden „Arbeitsbedingungen" bis zur „Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrags" „im gleichen Maße" aufrecht zu erhalten sind, auch „Arbeitsbedingungen" erfasst, die in einem gekündigten Kollektivvertrag festgelegt wurden.[74]

4.2 Im Betriebsverfassungsrecht

Der Gesetzgeber hatte nicht nur auf die verstärkte Bedeutung von Konzernen bereits früher reagiert,[75] sondern auch die Europäische Betriebsverfassung in einem neu angefügten V. Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes geschaffen. In der Rechtsprechung

[71] OGH 8.8.2007, 9 ObA 4/07i; OGH 24.11.2010, 9 ObA 11/10y; zu den Voraussetzungen einer mittelbaren Mitgliedschaft über einen Dachverband in dessen Statuten OGH 16.6.2008, 8 ObA 10/08s; OGH 22.4.2010, 8 ObA 59/09y.

[72] OGH 22.11.2005, 9 ObA 128/04w; vgl auch RIS-Justiz RS0050856.

[73] EuGH 11.9.2014, C-328/13, ECLI:EU:C:2014:2197.

[74] OGH 28.5.2013 8 ObA 40/12h.

[75] 7. Abschnitt des 2. Hauptstückes in den §§ 88a f über die Konzernvertretung.

zeigte sich, dass die Regelung des § 177 Abs 3 ArbVG entgegen der Absicht des Gesetzgebers eine Lücke aufwies und diese durch die analoge Anwendung von aus der allgemeineren Bestimmung des § 91 Abs 1 ArbVG abzuleitenden allgemeinen Informationsverpflichtungen geschlossen werden musste. Es ging um „Schwesterunternehmen" und darum, dass zur Errichtung eines besonderen Verhandlungsgremiums in Deutschland in Übereinstimmung mit der Richtlinie weitere Informationen, als jene, die unmittelbar in § 177 Abs 3 ArbVG vorgesehen sind, erforderlich waren. Auch die Interessen der österreichischen AN – und die Entsendungsmöglichkeiten – werden berührt, wenn die in den deutschen Umsetzungsregelungen vorgesehenen Erfordernisse für die Errichtung eines besonderen Verhandlungsgremiums oder eines Europäischen Betriebsrates nicht erfüllt werden können.[76] Zum allgemeinen Auskunftsrecht des § 91 Abs 1 ArbVG gab es schon eine Grundsatzentscheidung zur Verbindung dieses Auskunftsrechts mit den verschiedenen Befugnissen des Betriebsrates,[77] sodass der OGH den Auskunftsanspruch dann darauf stützen konnte. Bei einer GmbH, bei der ohne gesetzliche Verpflichtung ein „Verwaltungsrat" bestellt wurde, hielt der OGH § 110 ArbVG über die Entsendung von Arbeitnehmervertretern für anwendbar, wenn diesem die Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats zugeordnet werden.[78]

Bei den Kündigungsanfechtungen (§ 105 ArbVG) wurde unter dem Aspekt des internationalen Prozess- und Privatrechts klargestellt, dass österreichische Gerichte am Arbeitsort des österreichischen AN auch dann für das Kündigungsanfechtungsverfahren international und örtlich zuständig sind, wenn in Österreich kein Betrieb besteht.[79] Eine diesen Gerichtsstand ausschließende Rechtwahl ist unzulässig.[80]

5. Das fünfte Jahrzehnt ab 1.1.2014: Auseinandersetzung mit dem Unionsrecht und Corona

5.1 In der kollektiven Rechtsgestaltung

In der Rechtsprechung führte neben den im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie auftretenden Unsicherheiten bei der Beurteilung von Sozialpartnervereinbarungen iSd § 37b AMS[81] verstärkt die Beurteilung des Zusammentreffens mit dem Unionsrecht zu neuen Fragestellungen. In einer Vorentscheidung wurde ausgesprochen, dass die in einem Betriebspensionssystem nach dem Lebensalter von Männern und Frauen unterschiedlich vorgesehene Abgrenzung zwischen einer „Besitzstands-

[76] OGH 31.1.2007, 8 ObA 107/06b.
[77] OGH 22.10. 2010, 9 ObA 135/09g.
[78] OGH 27.9.2005, 9 ObA 130/05s.
[79] OGH 2.6.2009, 9 ObA 144/08d.
[80] OGH 16.9.2011, 9 ObA 65/11s; allgemein RIS-Justiz RS005969.
[81] OGH 29.11.2021, 8 ObA 50/21t Punkt II.1.

pension" und der günstigeren „Übergangspension" diskriminierend ist.[82] Bei einem Mann als Bezieher der „Besitzstandspension", der daraufhin die „Übergangspension" begehrte, stellte sich aber heraus, dass in seinem Fall die Besitzstandspension günstiger war. Der AG weigerte sich, diese weiter zu leisten. Die beklagte AG konnte sich dabei auf einige in Rechtssätzen erfasste Vorentscheidungen stützen, nach denen eine Kollektivvertrags- oder Betriebsvereinbarungsbestimmung, die gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot verstößt „nichtig"[83] bzw „unwirksam"[84] ist. Im Urlaubsrecht wird dann, wenn das nationale Urlaubsrecht in einer Frage nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist, der Urlaubsanspruch aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts nach diesem beurteilt. Dies bedeutet, dass nicht der 5- oder 6-wöchige nationale Urlaubsanspruch, sondern bloß der 4-wöchige unionsrechtliche Urlaubsanspruch zugrundegelegt wird.[85] Die Schwierigkeiten ergeben sich etwa bei Diskriminierungsfällen bei Betriebspensionen daraus, dass das Unionsrecht ja kein umfassendes System anbietet und daher die Beurteilung des „Vorrangs" komplexer ist.[86] Der EuGH erfasst diese Problematik dadurch, dass solange das Unionsrecht nicht richtig durchgeführt ist, das bestehende nationale Betriebspensionssystem das einzig gültige Bezugssystem bleibt.[87] Der OGH hat nunmehr ausgeführt, dass AN jedenfalls bei der hier von den Parteien gewählten pauschalen Betrachtung des Ergebnisses nicht als diskriminiert erachtet werden können, wenn die bestehenden – nicht angepassten – Regelungen zu gar keiner Benachteiligung führen. Eine Angleichung „nach unten" lässt sich aus den Wirkungen des Unionsrechts alleine jedenfalls nicht ableiten.[88]

Neben zahlreichen Entscheidungen zum Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten[89] oder der Berücksichtigung von Karenzzeiten[90] ergab sich eine besonders spannende Konstellation bei der unionsrechtlichen Verpflichtung nach Art 11 Z 2 lit b der Mutterschutz-RL 92/85/EWG 14 Wochen eine Sozialleistung oder Entgeltfortzahlung auch bei einer neuerlichen Geburt im 2. Karenzjahr zu gewähren. Sowohl der anwendbare Kollektivvertrag als auch die gesetzlichen Entgeltfortzahlungsregelungen sowie jene über den sozialrechtlichen Anspruch auf Wochengeld

---

82 OGH 27.2.2019, 9 ObA 25/18v.

83 RIS-Justiz RS0018063, noch beginnen mit OGH 17.1.1990, 9 ObA 514/89 zu der aus dem Verstoß gegen den mittelbar wirkenden verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz abgeleiteten „Nichtigkeit".

84 RIS-Justiz RS0117073 beginnend mit OGH 13.11.2002, 9 ObA 193/02a.

85 OGH 22.2.2022, 8 ObA 95/21k, RIS-Justiz RS0133974.

86 Darauf geht *Obrecht* in der Besprechung DRdA 2023/48, 414 nicht näher ein.

87 EuGH C-33/89, *Kowalska*, ECLI:EU:C:1990:265, Rn 20; EuGH C-417/13, *Starjakob*, ECLI:EU:C:2015:38, Rn 46; die Benachteiligten müssen in die gleiche Lage versetzt werden EuGH C-193/17, *Cresko*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn 79. Voraussetzung bleibt, dass es ein gültiges Bezugssystem gibt: EuGH, C-417/13, *Starjakob*, ECLI:EU:C:2015:38, Rn 47 ua.

88 OGH 25.1.2023, 8 ObA 31/22z.

89 OGH 30.8.2022, 8 ObA 33/22v.

90 OGH 3.8.2021, 8 ObA 41/21v.

verneinten jeglichen Anspruch (Wochengeldfalle). Hier wurde der ANin im Ergebnis ein Wahlrecht zwischen einem sozialversicherungsrechtlichen und einem arbeitsrechtlichen Anspruch eingeräumt.[91]

Das Thema der Inländerdiskriminierung (Verfassungsrecht) brachte im Zusammenhang mit der Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung (Unionsrecht) und der Möglichkeit der Entsendung von Leiharbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten hochkomplexe Fragen zur Sicherung der Anwendung von Kollektivverträgen für alle wirtschaftlich vergleichbaren Unternehmenstätigkeiten.[92]

Das Zusammenspiel im Arbeitszeitrecht zwischen Gesetz, KV, BV und Einzelvertrag erforderte die Klarstellung, dass die den BV-Parteien vom Gesetzgeber im AZG eingeräumten Kompetenzen durch die KV-Parteien nicht eingeschränkt werden können.[93]

Soweit BVs entgegen dem zwingenden Charakter des Betriebsverfassungsrechts – und damit insoweit unwirksam – weitere Mitwirkungsrechte des Betriebsrates vorgesehen haben, wurde dies regelmäßig in ein pflichtgebundenes Ermessen des AG im Rahmen der inhaltlichen Vorgaben der BV interpretiert.[94]

5.2 Im Betriebsverfassungsrecht

Bei den im Zuge der Corona-Pandemie in verschiedener Form getroffenen Kurzarbeitsvereinbarungen wurde einer während der Kurzarbeit oder der Behaltefrist ausgesprochenen Kündigung die Wirksamkeit nicht aberkannt, also kein individueller Kündigungsschutz angenommen. Die Kurzarbeitsförderung ist aber im Rahmen einer allfälligen Kündigungsanfechtung bei der Beurteilung des Vorliegens „betrieblicher Erfordernisse" für die Kündigung (§ 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG) zu berücksichtigen.[95] Die auf § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG gestützen Anfechtungen von AN, die sich weigerten, durch die Verordnungen vorgegebene Schutzmaßnahmen zu befolgen, wurden regelmäßig abgewiesen.[96]

Hervorgehoben werden können auch noch bedeutsame Entscheidungen zur sofortigen Integration von Leiharbeitnehmern in die Belegschaft des Beschäftiger-

[91] OGH 30.8.2022, 8 ObA 42/22t, DRdA 2023/23, 230 (*Burger-Ehrnhofer*).

[92] OGH 23.10.2020, 8 ObA 63/20b, DRdA 2021, 325/33 (*Schindler*) = wbl 2021, 494 (*Felten*) = ZAS 2021/49, 272 (*Niksova*). Zum Thema Freizügigkeit finden sich da auch einige Entscheidungen betreffend Dienstrechtsgesetze und die Anrechnung von Vordienstzeiten – OGH 17.11.2023, 8 ObA 67/23w – VfGH 4.10.2023, G 192/2023.

[93] OGH 16.12.2019, 8 ObA 77/18h.

[94] So unter Fortschreibung frühere Entscheidungen OGH 20.12.2017, 8 ObA 59/17h; 18.7.2022, 9 ObA 43/22i; dazu dass bei mangels Kompetenz erlassener BV – insbesondere bei Entgeltbestandteilen wie in OGH 22.9.1993, 9 ObA 205/93 – diese regelmäßig als Bestandteil des Vertags angesehen werden: RIS-Justiz RS001811.

[95] OGH 22.10.2021, 8 ObA 48/21y, vgl auch RIS-Justiz RS0133808 mwN.

[96] OGH 22.2.2022, 8 ObA 11/22h; RIS-Justiz RS0133973; zu Kündigungen wegen Verweigerung einer Covid-19-Impfung OGH 16.12.2022, 8 ObA 78/22m; RIS-Justiz RS0051666

betriebes[97] und zu den Konsequenzen der Beurteilung ihrer Stellung als leitende Angestellte im Beschäftigerbetrieb.[98]

Bei der Bindung der wirksamen Einführung bestimmter Entgeltsysteme an die Regelung durch eine Betriebsvereinbarung nach § 96 Z 4 ArbVG wurde auch unter Bedachtnahme auf die Privatautonomie der AN eine eher einschränkende Interpretation dieses Vetorechts der Betriebsrats vertreten.[99]

Da die Datenschutzrecht betreffenden Entscheidungen bis 31.12.2023 in die Zuständigkeit des 6. Senates fielen, finden sich in dessen Rechtsprechung etwa Aussagen dazu, dass die Betriebsratsbefugnisse durch das Datenschutzrecht nicht eingeschränkt werden.[100] Das Datenschutzrecht spielt aber auch bei der Beurteilung von Fragen des Berührens der Menschenwürde durch Kontrollmaßnahmen iSd § 96 Z 3 ArbVG eine große Rolle.[101]

6. Resümee

Das Arbeits„verfassungs"recht ist seiner zentralen Aufgabe, für die Entstehung kollektiver Normen im Rahmen der „Sozialautonomie" der Sozialpartner einen guten Rahmen für die Berücksichtigung und Abwägung der Interessen zu bieten sowie die Mitwirkungsrechte der Belegschaft zu regeln, hervorragend gerecht geworden. Die Befassung der Zivilgerichte hat einerseits im Kündigungsschutz eine mehr auf die Einzelfälle eingehende Rechtsprechung und andererseits bei BV und KV eine angemessene Berücksichtigung individueller Bedürfnisse gebracht. Die Regelungen des Verfassungsrechts des Bundesstaates haben es begleitet und bei der Beurteilung von Vorgaben und Grenzen der kollektiven Rechtssetzungsprozesse geholfen. Die Ideenwelt des Unionsrechts ist einerseits eine schwierige Herausforderung, weil die Zugänge in den verschiedenen Mitgliedstaaten völlig unterschiedlich sind, bietet aber andereseits auch Lösungsansätze in nicht von den typischen Strukturen in Österreich betroffenen Problemfeldern.

Bei der Erfassung neuer Fragestellungen hat es durch Anpassungen (etwa §§ 88, 96a oder 170 ff ArbVG, BPG) angemessen reagiert und der Rechtsprechung eine gute Grundlage für die Entscheidungen geboten. Dass etwa im Bereich der Kurzarbeitsregelungen, der Integration der Leiharbeitnehmer oder der Erfassung digitaler transnationaler Betriebe noch ein Anpassungsbedarf gesehen werden könnte, ändert nichts an diesem Befund.

Die besondere Qualität eines Gesetzeswerks zeigt sich stark auch dort, wo es mangels entsprechender Streitigkeiten zu keinen Gerichtsentscheidungen kommt.

---

97 OGH 29.9.2020, 9 ObA 65/20d.
98 OGH 24.7.2013, 9 ObA 79/13b; OGH 17.12.2013, 8 ObA 22/13 .
99 OGH 21.11.2022, 8 ObA 48/22z.
100 OGH 17.9.2014, 6 ObA 1/14m; RIS-Justiz RS0129697.
101 OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06d, DRdA 2008/26, 326 (*Mosler*) – Fingerscanner.

Bei einer Konferenz der Repräsentanten der Arbeitsgerichte aus zwölf Ländern zum Thema Streikrecht sind letzten Herbst zwei Teilnehmer wegen Streiks in deren Ländern zu spät gekommen. Dass dies einem österreichischen Richter kaum passieren wird und sich fast keine Entscheidungen[102] zum Thema Streikrecht finden, ist nicht nur auf das allgemein beschworene gute Klima zwischen den Sozialpartnern, sondern auch auf die kluge, gewachsene Konzeption der Arbeitsverfassungrechts zurückzuführen.

Im Internationalen Vergleich kann mE kein anderes Land mit dieser Mischung aus

- Konzentration und umfassender Abdeckung des kollektiven Verhandlungsprozesses bei repräsentativen Vertretern (Zulassungssystem, gesetzliche vorgeschlagene Branchenstruktur, Satzungserklärung),
- Allgemeinheit und Unmittelbarkeit der Wirkung (Außenseiterwirkung – keine Streiks zur Durchsetzung) und
- kluger Abgrenzung der Streitigkeiten von Kollektivvertragsebene, Betriebsvereinbarungsebene und Privatautonomie

aufwarten.

Begleitet von Unions-, Verfassungs- und Individualarbeitsrecht hat das ArbVG eine eindrucksvolle Erfolgsgeschichte geschrieben.

[102] Nur zur Entgeltfortzahlung OGH 17.1.1990, 9 ObA 347/89; OGH 19.12.2005, 8 ObA 23/05y; RIS-Justiz RS0050967.

6. Teil
ArbVG und internationale Entwicklungen

Sozialer Dialog und europäische Kollektivverträge

Olaf Deinert

1. Von der Idee europäischer Tarifverträge zum Sozialen Dialog und zurück 519
   1.1 Erste Überlegungen zu europäischen Tarifverträgen 519
   1.2 Förderung des sozialen Dialogs 520
   1.3 Verhandelte Arbeitsbedingungen im Rahmen des Sozialen Dialogs ... 520
2. Rechtsdogmatische Diskussionen 522
3. Funktionale Einordnung 524
4. Sozialpolitisches Potenzial 528
5. Schlussfolgerungen 530

1. Von der Idee europäischer Tarifverträge zum Sozialen Dialog und zurück

1.1 Erste Überlegungen zu europäischen Tarifverträgen

Bereits kurze Zeit nach Abschluss des EWG-Vertrages 1957 in Rom wurden in Praxis und Wissenschaft die Möglichkeiten europäischer Tarifverträge diskutiert.[1] Das lag in einer Parallelbetrachtung zum innerstaatlichen Arbeitsmarkt nahe in einer Staatengemeinschaft, die einen gemeinsamen Markt schaffen wollte, unter Einschluss eines gemeinsamen Arbeitsmarktes, und damit Einfluss auf die Rahmenbedingungen für Arbeitsverhältnisse nehmen wollte und sich zugleich ein umfassendes Rechtsetzungsinstrumentarium bereitgestellt hatte. Im Auftrag der Kommission hat ua der Österreicher *Gerhard Schnorr* ein Gutachten zu den Möglichkeiten grenzüberschreitender Tarifverträge erstattet.[2] Er sah damals allerdings nur die Möglichkeit, grenzüberschreitende Tarifverträge zu schließen, die dem kleinsten gemeinsamen Nenner des Tarifvertragsrechts aller berührten Rechtsordnungen genügen. Dies wurde auch später in der Literatur so vertreten.[3] Der Idee eines gleichermaßen normativ wirkenden Kollektivvertrages, der anstelle eines Gesetzes beziehungsweise oberhalb des Niveaus eines Gesetzes die Arbeitsbedingungen normiert, konnte das

---

1 *Zabel*, Europäische Tarifverträge und Gemeinsamer Markt, SozF 1958, 268 ff; zuvor bereits *Delperée*, Politique sociale et intégration européenne (1956) 215 ff; ausf zur Entwicklung *Schiek* in *Däubler* (Hrsg), TVG[5] (2022) Einl Rz 1026 ff; *Schwarze*, Sozialer Dialog im Unionsrecht in *Oetker/Preis* (Hrsg), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, B 8100 Rz 3 ff.

2 *Schnorr*, Möglichkeiten der Tarifverträge auf europäischer Ebene, KOM V/2128/61-D; Zusammenfassung: *Schnorr*, Rechtsfragen europäischer Tarifverträge, SozF 1963, 155 ff.

3 *G. Lyon-Caen*, RDTE 1973, 583 ff; *Stiller*, Europäische Tarifverträge als Instrumente der sozialen Integration der Gemeinschaft, ZIAS 1991, 194 (218 ff); zu weiteren Konstruktionen *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag (1999) 162 ff.

indes nicht genügen. Europäische Tarifverträge in diesem Verständnis sind in der Folge nicht europäische Realität geworden.

1.2 Förderung des sozialen Dialogs

Die Kommission bemühte sich aber weiterhin um eine Ertüchtigung der Sozialpartner, europäische Tarifverträge schließen zu können. Sie förderte den sozialen Dialog, der mit der Einheitlichen Europäischen Akte 1986 eine primär-rechtliche Absicherung in Art 118b EG-V erfuhr.[4] Danach sollte die Kommission den Dialog zwischen den Sozialpartnern auf europäischer Ebene fördern, der, wenn sie es für wünschenswert hielten, auch zu vertraglichen Beziehungen führen können sollte. In der Folge kam es zu mehreren Treffen der branchenübergreifenden Sozialpartner auf europäischer Ebene. Sie haben dabei eine Reihe gemeinsamer Standpunkte und Stellungnahmen entwickelt. Kollektivverträge mit verbindlichen Standards für die Arbeitsbedingungen wurden in dem Kontext aber nicht geschlossen.

1.3 Verhandelte Arbeitsbedingungen im Rahmen des Sozialen Dialogs

Ein besonderer Innovationssprung zur Vereinbarung von Arbeitsbedingungen ging allerdings aus dem Sozialen Dialog selbst hervor. In Vorbereitung der Vertragsrevisionen, die in den Maastrichter Vertrag münden sollten, haben die branchenübergreifenden europäischen Sozialpartner sich nämlich auf einen Entwurf verständigt, der die Regelung über den sozialen Dialog im künftigen Sozialkapitel in einem entscheidenden Punkt reformieren sollte. Die Sozialpartner haben darin die Möglichkeit des Abschlusses europäischer Tarifverträge im Rahmen des sozialen Dialogs schaffen wollen.[5] Das ging allerdings nicht 1:1 in das im Rahmen des Maastrichter Vertrages vereinbarte Abkommen über die Sozialpolitik zwischen elf von zwölf Mitgliedstaaten (ohne Großbritannien) ein. Vielmehr wurde eine Regelung in Art 3, 4 des Abkommens gefunden, die es ermöglichen sollte, Vereinbarungen der Sozialpartner einem Beschluss des Rates zuzuführen. Nachdem das Vereinigte Königreich sich im Zuge des Amsterdamer Vertrages an der Sozialpolitik beteiligen wollte und das „Europa der zwei Geschwindigkeiten" in diesem Punkt beendete, haben die Regelungen inhaltsgleich Eingang in den Gründungsvertrag gefunden und haben seit dem Lissaboner Vertrag mit geringfügigen Änderungen ihren Standort in den Art 152 Abs 1 Satz 2, 154, 155 AEUV. Der soziale Dialog ermöglicht ein spezifisches Rechtsetzungsverfahren.[6]

---

[4] Ausf zur Entwicklung *Deinert*, Kollektivvertrag 166 ff, 456 ff; *ders*, Partizipation europäischer Sozialpartner an der Gemeinschaftsrechtssetzung, RdA 2004, 211 (212 ff).

[5] Vereinbarung v 31.10.1991 zwischen UNICE, CEEP und EGB, abgedruckt in Soziales Europa 2/1992,180; dazu *Deinert*, Kollektivvertrag 457; *ders*, RdA 2004, 211 (214 f).

[6] Ausf *Franssen*, Legal Aspects of the European Social Dialogue (2002); *Piazolo*, Der soziale Dialog nach dem Abkommen über die Sozialpolitik und dem Vertrag von Amsterdam (1999);

Nach Art 152 Abs 1 Satz 2, 154 Abs 1 AEUV ist die Kommission verpflichtet, den Dialog der Sozialpartner zu fördern. Außerdem muss sie, gegebenenfalls zweistufig, die Sozialpartner anhören, zunächst zum Ob (Art 154 Abs 2 AEUV), sodann zum Wie einer sozialpolitischen Maßnahme (Art 154 Abs 3 AEUV). Auf beiden Stufen können die Sozialpartner den Prozess aber auch nach Art 154 Abs 4 AEUV an sich ziehen, indem sie mitteilen, den Prozess nach Art 155 AEUV in Gang setzen zu wollen. Auf diese Weise können sie die Initiative der Kommission für neun Monate aussetzen, wobei sie mit der Kommission gemeinsam eine Verlängerung beschließen können. In dieser Möglichkeit zeigt sich eine horizontale Subsidiarität unionsrechtlicher Normsetzung.[7] Die Gesetzgebung tritt hinter autonome Regelungen zurück. Die Sozialpartner können den Sozialen Dialog nach Art 155 AEUV aber auch dann einleiten, wenn sie nicht zuvor durch die Kommission nach Art 154 AEUV angehört worden sind (autonome Verhandlungen).[8]

Art 155 Abs 1 AEUV regelt weiterhin die Möglichkeit vertragliche Beziehungen zwischen den Sozialpartnern auf Unionsebene, darüber hinaus aber auch, dass diese Möglichkeit den „Abschluss von Vereinbarungen" einschließt. Das betrifft die Normierung der Arbeitsbedingungen. Denn die Durchführung dieser Vereinbarungen, die in Art 155 Abs 2 AEUV geregelt ist, rekurriert, soweit es um die Rechtsetzung mithilfe der Unionsorgane geht, auf Art 153 AEUV, welcher die sozialpolitischen Kompetenzen regelt. Für die Durchführung der Vereinbarungen der Sozialpartner hält Art 155 Abs 2 AEUV zwei Varianten bereit, die als einerseits korporatistisch, andererseits voluntaristisch bezeichnet werden können. Die voluntaristische Variante ist indes kaum normiert. Es wird lediglich auf die Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten verwiesen. Demgegenüber ist für die korporatistische Durchführung geregelt, dass es eines gemeinsamen Antrags der Unterzeichnerparteien bedarf. Sodann bedarf es eines Vorschlags der Kommission, der Unterrichtung des Europäischen Parlaments und eines Beschlusses des Rates, was allerdings nur in den Kompetenzbereichen des Art 153 AEUV möglich ist. Zudem verweist Unterabs 2 auf etwaige Einstimmigkeitserfordernisse nach Maßgabe des Art 153 Abs 2 AEUV je nach den Gegenständen der Vereinbarung.

Deinert, Kollektivvertrag 186 ff; ferner *Dorssemont*, Some Reflections on the Origin, Problems and Perspectives of the European Social Dialogue, in *de Vos* (Hrsg), A Decade beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited (2003) 3 ff; *Lyon-Caen/Lyon-Caen*, Droit social international et européen[8] (1993) Rz 397 ff; *Waas*, Der soziale Dialog auf Europäischer Ebene, ZESAR 2004, 443 ff.

7 Vgl *Kempen*, Subsdiaritätsprinzip, europäisches Gemeinschaftsrecht und Tarifautonomie, KritV 1994, 13 ff; *Karthaus*, Subsidiarität: Rechtsgrundlage europäischer Tarifverträge, AuR 1997, 221 ff; *Deinert*, Kollektivvertrag 235 ff; *ders*, RdA 2004, 211 (216 ff); *Kocher* in *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV[1] (2017) Art 155 AEUV Rz 5.

8 *Lo Faro* in *Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier* (Hrsg), International and European Labour Law[1] (2018) Art 154, 155 TFEU Rz 5 ff; *Krebber* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV[6] (2022) Art 155 AEUV Rz 1; *Schiek* in *Däubler*, TVG[5] Einl Rz 1069.

Auf der Grundlage der korporatistischen Variante gelang es zunächst, wichtige Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer in ganz Europa zu nominieren. Die erste Richtlinie dieser Art war die Elternurlaubsrichtlinie.[9] Ihr folgten die Teilzeitrichtlinie[10] und die Befristungsrichtlinie[11]. Freilich sind in der jüngeren Zeit keine Richtlinien mehr im Wege des sozialen Dialogs zu Stande gekommen. Auch die erneute Reform des Elternurlaubs durch die so genannte Vereinbarkeitsrichtlinie ist daher auf Grundlage eines Kommissionsvorschlags angenommen worden.[12] Die erstmalige Durchführung auf dem voluntaristischen Weg erfolgte in Bezug auf die Rahmenvereinbarung über Telearbeit.[13]

2. Rechtsdogmatische Diskussionen

Auf ein paar sehr umstrittene Rechtsfragen zum sozialen Dialog sei im Folgenden kurz eingegangen.

Eine Beteiligung des Parlaments ist auch für den Fall der korporatistischen Durchführung in Art 155 AEUV nicht vorgesehen.[14] Art 155 Abs 2 Unterabs 1 Satz 2 AEUV sieht lediglich dessen Unterrichtung vor. Dies ist bisweilen Kritik im Hinblick auf fehlende demokratische Legitimation ausgesetzt.[15] Dies steht im Zusammenhang mit der Frage, wer als Sozialpartner auf Unionsebene im Rahmen der Anhörung nach (nunmehr) Art 154 AEUV zu berücksichtigen ist. Das EuG hat in der Rechtssache UEAPME/Rat entschieden, dass die Einbindung in die sozialpolitische Rechtsetzung eine Repräsentativität der Sozialpartner fordert.[16] Dieses Erfordernis folgt

---

9 Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl L 145/4.

10 Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit, ABl L 14/9.

11 Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl L 175/43.

12 Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl L 188/79.

13 Abgedruckt bei *Prinz*, Europäische Rahmenvereinbarung über Telearbeit, NZA 2002, 1268 ff; dazu *Clauwaert/Deinert*, New Milestones in the EU Social Dialogue: The Telework Agreement – its Interpretation and Implementation in *Gabaglio/Hoffmann* (Hrsg), European Tradeunion Yearbook 2002 (2003) 37 ff.

14 EuG 17.06.1998, T-135/96, *UEAPME/Rat*, Slg 1998, II-2335 Rz 88 f; *Britz/Schmidt*, Die institutionalisierte Mitwirkung der Sozialpartner an der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft – Herausforderung des gemeinschaftsrechtlichen Demokratieprinzips, EuR 1999, 467 (478 f); *Piazolo*, Der soziale Dialog 155 ff; *Langenbucher,* Zur Legitimität parlamentsersetzender Normgebungsverfahren im Europarecht, ZEuP 2002, 265, (266).

15 *Deinert*, RdA 2004, 211 (221); aA – ohne Argument – *Krebber* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[6] Art 155 AEUV Rz 28.

16 EuG 17.06.1998, T-135/96, *UEAPME/Rat*, Slg 1998, II-2335.

aus dem unionsrechtlichen Demokratieprinzip.[17] Die Sozialpartner müssen eine grenzüberschreitende Repräsentativität aufweisen.[18] Die Legitimation der Rechtsetzung leitet sich dann aus der demokratischen Legitimation des Rates ab.[19] In ihrer Mitteilung über die Anwendung des Sozialprotokolls hatte die Kommission die Anforderungen an die Repräsentativität der jeweiligen Verbände konkretisiert.[20]

Aber auch im Rahmen der voluntaristischen Umsetzung bedarf es einer Repräsentativität der Sozialpartner, gleichsam als – auch rechtsvergleichend für die Fähigkeit zum Abschluss von Kollektivverträgen überwiegend notwendige – Voraussetzung der Kollektivvertragsfähigkeit.[21]

Den Sozialpartnern kommt bei der Frage der Aufnahme von Verhandlungen und bei der inhaltlichen Aushandlung einer Vereinbarung nach der Rechtsprechung des EuGH Autonomie zu (vgl Art 152 Abs 1 Satz 2 AEUV); hinsichtlich der Frage, ob die Kommission eine Sozialpartnervereinbarung, auf deren gemeinsamen Antrag hin dem Rat zur Beschlussfassung vorschlägt, verbleibt es aber beim Initiativrecht der Kommission.[22] Diese ist nicht verpflichtet, eine Durchführung im Wege eines Beschlusses des Rates vorzuschlagen.[23] Bei der Frage des Gebrauchmachens vom

[17] Ausf dazu *Deinert*, RdA 2004, 211 (220 ff); aA *C. Arnold*, Die Stellung der Sozialpartner in der europäischen Sozialpolitik, NZA 2002, 1261 (1265 ff); krit auch *S. Arnold*, Der Soziale Dialog nach Art 139 EG (2008) 132 ff.

[18] Ausf *Schwarze* in *Oetker/Preis*, Arbeits- und Sozialrecht, B 8100 Rz 22 ff; ferner mit unterschiedlichen Nuancen *Franzen* in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht[5] (2024), Art 154 AEUV Rz 16; *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg), EU-Kommentar[4] (2019) Art 154 Rz 9, Art 155 Rz 3; krit wohl *Lo Faro* in *Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier*, International and European Labour Law[1] Art 154, 155 TFEU Rz 29.

[19] Ausf *Schwarze* in *Oetker/Preis* (Hrsg), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, B 8100 Rz 64 ff; aA *Dederer*, Durchführung von Vereinbarungen der europäischen Sozialpartner, RdA 2000, 216 ff.

[20] KOM (93) 600 endg, 13 f.

[21] Ausf *Deinert*, RdA 2004, 211 (222 ff); einschränkend *Runggaldier*, Der europäische Kollektivvertrag: eine Variante gemeinschaftsrechtlicher Normsetzung?, DRdA 2006, 4 (7 f).

[22] EuGH 02.09.2021, C-928/19 P, *EPSU/Kommission*, ECLI:EU:C:2021:656; dazu krit *Klengel*, Anmerkung zu EuGH 02.09.2021, C-928/19 P, jurisPR-ArbR 1/2022, Anm 2; und *Temming/Weber*, Anmerkung zu EuGH 02.09.2021, C-928/19 P, jurisPR-ArBR 22/2022, Anm 5; ferner *Dorssemont*, On the Duty to Implement European Framework Agreements: Lessons to be Learned from the Hairdressers Case, ILJ 2019, 571 ff; *Schwarze* in *Oetker/Preis*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, B 8100 Rz 72; zustimmend: *Franzen* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht[5] Art 155 Rz 20; vorhergehend im gleichen Sinne EuG 24.10.2019, T-3108/18, *EPSU und Gudriaan*/Kommission ECLI:EU:T:2019:757; dazu krit *Lörcher*, Zur Durchführung von Sozialpartnervereinbarungen auf EU-Ebene, AuR 2020, 476 ff; *Fuchs/Marhold/Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht[6] 452; iE zustimmend jedoch *Benecke*, Zum Gewicht der Sozialpartner bei der Rechtssetzung durch sozialen Dialog, EuZA 2021, 214 ff.

[23] *Benecke* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt, Stand Jan 2022) Art 154 AEUV Rz 10; *Birk*, Vereinbarungen der Sozialpartner im Rahmen des Sozialen Dialogs und ihre Durchführung, EuZW 1997, 453 (459); *Höland*, Partnerschaftliche Setzung und Durchführung von Recht in der europäischen Gemeinschaft, ZIAS 1995, 425

Initiativrecht steht der Kommission ein Ermessen zu, das gerichtlich nur eingeschränkt überprüft werden kann.[24]

Die Handlungsform des Beschlusses wird unterschiedlich interpretiert.[25] Entscheidend ist insoweit, dass die Befugnis zur Rechtssetzung nicht weiter gehen kann, als sie ohne Sozialpartnerbeteiligung reichen würde, sodass der Rat allein in der Form einer Richtlinie handeln kann.[26] Der Rat hat auch in diesem Sinne bislang immer in Form der Richtlinie gehandelt.[27]

3. Funktionale Einordnung

Eine der wohl am intensivsten geführten Diskussionen bezog sich auf die Frage, ob die Regelungen über den sozialen Dialog eine Rechtsgrundlage für europäische Tarifverträge sein könnten. Die vor allem in der Bundesrepublik geführte Diskussion fokussierte allerdings überwiegend verengt auf die Frage nach Möglichkeiten zur Regelung europaweit vereinheitlichter Arbeitsbedingungen mit normativer Wirkung.[28]

Eine funktionale Betrachtung zeigt freilich, dass die heutigen Art 154, 155 AEUV sehr wohl die Grundlage europäischer Kollektivverträge sein können.[29] Denn mit Hilfe der Vereinbarungen, die im sozialen Dialog geschlossen werden können, lassen sich Arbeitsbedingungen auf europäischer Ebene vereinbaren und standardisieren. Wie auch im innerstaatlichen Recht (§§ 2 Abs 2 ArbVG, § 1 Abs 1 TVG) beschränken sich Regelungsmöglichkeiten von Kollektivverträgen ja nicht auf das Entgelt, obwohl

(442 ff); *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar[4] Art 155 Rz 6; *Schulte*, Die Möglichkeit transnationaler Tarifverträge in Europa anhand eines Vergleichs des britischen und deutschen Tarifvertragsrechts (2016) 199; *Watson*, Social Policy after Maastricht, CMLR 1993, 481 (503); *Deinert*, Kollektivvertrag 199; aA *Schiek* in *Däubler*, TVG[5] Einl Rz 1099 f; *Teyssié*, Semaine Juridique Éd E.1994, 215 (221); *S. Arnold*, Der soziale Dialog 117.

24 EuGH 02.09.2021, C-928/19 P, *EPSU/Kommission* ECLI:EU:C:2021:656 Rz 96.

25 Vgl mwN *Deinert*, Kollektivvertrag 202 ff; *Schiek* in Däubler, TVG[5] Einl Rz 1104 f; *Schwarze* in *Oetker/Preis*, Arbeits- und Sozialrecht, B 8100 Rz 81.

26 *Deinert*, Kollektivvertrag, 448; *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar[4] Art 155 Rz 5; *Kocher* in *Pechstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV[1] Art 155 AEUV Rz 32.

27 *Krebber* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[6] Art 155 AEUV Rz 31.

28 Vgl etwa *Heinze*, Die Rechtsgrundlagen des sozialen Dialogs auf Gemeinschaftsebene, ZfA 1997, 505 (510); *Weiss*, Der soziale Dialog als Katalysator koordinierter Tarifpolitik in der EG, in *Heinze/Söllner* (Hrsg), FS Kissel (1994) 1253 ff; aus jüngerer Zeit *S. Arnold*, Der soziale Dialog 38 ff; *Benecke* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt, Stand Jan 2022) Art 155 AEUV Rz 4; *Skokki*, Der transnationale Konzerntarifvertrag (2013) 18 ff; zum Meinungsspektrum *Deinert*, Kollektivvertrag 208 ff mwN.

29 *Runggaldier*, Der Europäische Kollektivvertrag: eine Variante gemeinschaftsrechtlicher Normsetzung?, DRdA 2006, 4 ff; krit insoweit *Lo Faro* in *Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier*, International and European Labour Law[1] Art 154, 155 TFEU Rz 24 ff; aA auch *Fuchs/Marhold/Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht[6] 453 ff; *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar[4] Art 155 Rz 11.

der in Deutschland verwendete Begriff des Tarifvertrages dies suggeriert. Die Sozialpartnervereinbarungen über befristete Arbeitsverträge und Teilzeitarbeit haben das deutlich vor Augen geführt. Dass diese Vereinbarungen nicht aus sich heraus normative Wirkungen erzeugt haben, wie das etwa im Falle eines Kollektivvertrages nach innerstaatlichem Recht (§§ 11 Abs 1 ArbVG, 4 Abs 1 TVG) der Fall ist, steht dem nicht entgegen. Gerade auf europäischer Ebene wird ja deutlich, dass Harmonisierung häufig mehrstufig vonstattengeht. Richtlinien bedürfen der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Auch wenn die Mitgliedstaaten erst über eine Richtlinie des Rates zur Umsetzung verpflichtet werden, so dass es sich um eine dreistufige Rechtsetzung handelt, scheint es in diesem Lichte schon deutlich weniger ungewöhnlich, wenn solche Kollektivverträge nicht self-executing sind.

Aus der Perspektive einer Rechtsordnung wie der österreichischen, in der Kollektivverträge faktisch fast eine vollständige Abdeckung erreichen,[30] mag es weniger befremdend wirken, dass diese Form der Rechtsetzung im Wege des Sozialen Dialogs auf eine Erga-omnes-Wirkung hinausläuft. Allerdings kennt beispielsweise auch das deutsche Recht trotz mitgliedschaftsvermittelter Tarifwirkung[31] eine solche Außenseiterwirkung, wie an der Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) deutlich wird. Wird dies erst einmal erkannt, so wird umso deutlicher, dass die zweite Durchführungsvariante, die voluntaristische, ebenfalls eine Entsprechung zum mitgliedschaftlichen Kollektivvertragsrecht hat, insoweit ein Kollektivvertrag bei dieser Durchführung gerade nicht kraft staatlicher Anordnung alle Arbeitnehmer erreicht. Dem entspricht ein Kollektivvertrag im innerstaatlichen Recht, der gerade nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

Diese Erkenntnis wirft die Frage auf, ob eine Sozialpartnervereinbarung, die nach der voluntaristischen Variante durchgeführt wird, den Aufgaben eines Kollektivvertrags, wie er im mitgliedstaatlichen Recht vorgesehen ist, gerecht werden kann. Das wiederum hängt entscheidend davon ab, welche Wirkungen die Durchführung einer Sozialpartnervereinbarung hat, die nach den „jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten" durchgeführt wird. Die Formulierung wird überwiegend dahin verstanden, dass es einer innerstaatlichen Umsetzung durch Tarifvertrag oder Gesetz bedürfe.[32] Ebenso wie in den Mitglied-

[30] *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] (2021) 550 ff.

[31] *Hanau*, Der Kampf um die Verknüpfung von Tarifgeltung und Verbandsmitgliedschaft, NZA 2012, 825 ff.

[32] So etwa *Dorssemont*, Contractual Governance by Management and Labour in EC Labour Law, in *v. Hoek ua* (Hrsg), Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication (2006) 285, 292 f; *Franssen*, Legal Aspects, 139, 145 f; *Lo Faro*, Regulating Social Europe (2000) 66 f; *Gilles*, Das Zustandekommen und die Durchführung von Sozialpartnervereinbarungen im Rahmen des europäischen sozialen Dialogs (1999) 176 ff; *Körtgen*, Der Tarifvertrag im Recht der Europäischen Gemeinschaft, (1998), 63 f, 126 f; *Fuchs/Marhold/Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht[6] 449 f; *Runggaldier*, DRdA 2006, 4 (9, 10 f); *Sagan*, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen - Eine dogmatische Analyse des Art 28 der Europäischen Grundrechtecharta (2008) 254 ff; *Sciarra*, European Collective Bargaining Levels and the competence of

staaten eine Vereinbarung, über die Arbeitsbedingungen keiner weiteren Exekutionsakte bedarf, wird dies bei der Durchführung einer Vereinbarung nach Art 155 AEUV naheliegender Weise auch nicht der Fall sein. Die Verweisung auf die „jeweiligen" Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten scheint vielmehr eine Verweisung auf das nationale Recht zu sein. So sind Sozialpartnervereinbarungen in allen Mitgliedstaaten nach den dort jeweils geltenden Verfahren und Gepflogenheiten durchzuführen. Es kommt so zu parallelen Wirkungsstatuten in den jeweiligen Mitgliedstaaten.[33] Sie sind danach in Österreich wie ein Kollektivvertrag nach dem ArbVG zu behandeln, in Deutschland wie ein Tarifvertrag nach dem TVG, in Dänemark wie ein kollektive arbejdsoverenskomst. Ein solches Verständnis wird durch die Verschiedenartigkeit der mitgliedstaatlichen Kollektivvertragssysteme keineswegs infrage gestellt.[34] Das Gegenteil ist der Fall, denn dadurch wird der Vielfalt kollektiver Systeme Rechnung getragen, wie dies auch in der Kompetenzschranke des Art 153 Abs 5 AEUV geschehen ist. Sie erlangen dieselbe Effektivität wie innerstaatliche Kollektivverträge und unterliegen denselben Regelungen. Dem entspricht es, dass nach Art 151 Unterabs 2 AEUV bei sozialpolitischen Maßnahmen „der Vielfalt der einzelstaatlichen Gepflogenheiten, insbesondere in den vertraglichen Beziehungen" Rechnung zu tragen ist. Einzuräumen ist freilich, dass der EuGH in der Rechtssache EPSU wohl davon ausgegangen ist, dass eine Durchführung in dieser Variante nicht gegen den Willen der Mitgliedstaaten möglich sei.[35] Allerdings war diese Frage nicht streitgegenständlich und es handelte sich um eines von mehreren Argumenten, zumal unter Bezugnahme auf die vorausgegangene Entscheidung des EuG, die sich ihrerseits auf die Erklärung Nr 2 betreffend das Sozialabkommen bezog,[36] die es so aber nicht mehr gibt und die gerade nicht Teil des Vertrages selber war, und war schließlich ebenfalls keineswegs eindeutig.[37] In-

---

the Social Partners, in FS Wedderburn (1996) 169, 173; *Schwarze* in *Oetker/Preis*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, B 8100, Rz 16, 35, 54 ff; *Waas*, ZESAR 2004, 443 (447); *Weiss*, Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG: Informalität oder Verrechtlichung, in FS Birk (2008) 957, 964. Für eine Reduzierung auf schuldrechtliche Wirkungen *Bödding*, Die europarechtlichen Instrumentarien der Sozialpartner (1996) 98.

33 *Deinert*, Kollektivvertrag 436 ff; *ders*, Self-Executing Collective Agreements in EC Law, in *de Vos* (Hrsg), A Decade Beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited (2003) 33 ff; ebenso *Ojeda Avilés*, European Collective Bargaining: A Triumph of the Will?, Int.J.Coll. Lab.L.Ind.Rel. 1993, 279 ff; *Schiek* in *Däubler*, TVG[5] Einl Rz 1115 ff; für die Anwendung eines kollisionsrechtlich zu bestimmenden innerstaatlichen Rechts *Eichenhofer* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV[3] (2018) Art 155 Rz 15; *Kocher* in *Pechstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV[1] Art 155 AEUV Rz 39 f.

34 So aber *Runggaldier*, DRdA 2006, 4 (9); *Schulte*, Die Möglichkeit 210 ff.

35 EuGH 02.09.2021, C-928/19 P, *EPSU/Kommission* ECLI:EU:C:2021:656 Rz 39.

36 EuG 24.10.2019, T-3108/18, *EPSU und Gudriaan/Kommission*, ECLI:EU:T:2019:757, Rz 63; vgl insoweit bereits *Betten*, The Role of Social Partners in the Community's Social Policy Law-Making: Participatory Democracy or Furthering the Interests of Small Elites, in *Engels* (Hrsg), FS Blanpain (1998) 239, 249.

37 Ausf zur Deutung der Erklärung *Deinert*, Kollektivvertrag 445.

soweit bleibt noch abzuwarten, wie sich der Gerichtshof zu dieser Frage positioniert, wenn es entscheidend darauf ankommt.

Die zuletzt beschriebene Wirkung kann aber nur eintreten, wenn die Vereinbarung so gestaltet ist, dass sie einen Self-executing-Charakter hat. Wenn sie dagegen darauf angelegt ist, in einem weiteren Schritt auf mitgliedstaatlicher Ebene konkretisiert oder umgesetzt zu werden, kann sie selbstverständlich im innerstaatlichen Recht nicht ohne solche Umsetzungsschritte wirken. In dieser Weise waren bislang alle Sozialpartnervereinbarungen auf europäischer Ebene angelegt, bei denen der voluntaristische Durchführungsweg gewählt worden war.

Sozialpartnervereinbarungen sind mithin europäische Kollektivverträge.[38] Die Durchführung nach den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner ist funktionales Äquivalent zum Kollektivvertrag auf mitgliedstaatlicher Ebene, die Durchführung über einen Ratsbeschluss ist funktionales Äquivalent zur Allgemeinverbindlicherklärung.[39] In diesem Sinne zog der EuGH in der Albany-Entscheidung[40] eine deutliche Parallele zwischen Tarifverhandlungen auf nationaler Ebene und Sozialem Dialog.[41] Das wird nicht dadurch relativiert, dass der Gerichtshof in der Rechtssache Chatzi betonte, dass eine im Wege der Richtlinie durchgeführte Sozialpartnervereinbarung integraler Bestandteil der Richtlinie sei.[42] Die Autonomie der Sozialpartner wird dadurch nicht infrage gestellt,[43] sondern lediglich betont, dass die Vereinbarung weitergehendes Recht schafft, indem die Unionsorgane sie sich zu eigen machen. Bestätigt wird der Befund schließlich durch die Entscheidung in der Rechtssache EPSU mit der Betonung, dass die Aushandlung einer Sozialpartnervereinbarung Wahrnehmung des Rechts auf Kollektivverhandlungen aus Art 28 der Grundrechtecharta sei.[44]

Allerdings könnte der Charakter von Sozialpartnervereinbarungen als Kollektivverträge mit dem Argument infrage gestellt werden, dass sie nicht im Wege des Arbeitskampfes zu Stande kommen könnten. Tatsächlich erscheint es derzeit kaum vorstellbar, dass grenzüberschreitende Arbeitskämpfe um europäische Kollektivverträge stattfinden. Ein Kollektivvertrag ist allerdings nicht nur dann ein solcher, wenn er erstreikt wurde. Zweifel daran, dass es sich um ein funktionales Äquivalent zum Kollektivvertrag handelt, ergeben sich eher, wenn ein Verhandlungsgleichgewicht insgesamt nicht gewährleistet ist. Ohne effektive Möglichkeiten des Arbeitskampfes könnte dies in der Tat zweifelhaft sein. Allerdings ist schon fraglich, ob ein solcher

38 Ebenso iE *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht 223 ff.

39 *Schiek* in *Däubler*, TVG[5] Einl Rz 1089; *Sagan*, Grundlagen des europäischen Arbeitsrechts, in *Preis/Sagan* (Hrsg), Europäisches Arbeitsrecht[2] (2019) Rz 1.73.

40 EuGH 21.09.1999, C-67/96, *Albany*, Slg 1999, I-5863.

41 Vgl auch *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht 233.

42 EuGH 16.09.2010, C-149/10, *Chatzi*, EuZW 2011, 62 (Rz 25).

43 So aber *Lo Faro* in *Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier*, International and European Labour Law[1] Art 154, 155 TFEU Rz 34.

44 EuGH 02.09.2021, C-928/19 P, *EPSU/Kommission*, ECLI:EU:C:2021:656 Rz 67.

Arbeitskampf in rechtlicher Hinsicht ausgeschlossen wäre, ohne dass allerdings an dieser Stelle der Frage nachgegangen werden könnte.[45] Immerhin scheint es bislang so gewesen zu sein, dass der Umstand, dass anderenfalls die Kommission einen Vorschlag erarbeitet, wenn die Sozialpartner das Verfahren nicht an sich ziehen, ein Verhandeln auf Augenhöhe möglich machte.[46] Umgekehrt scheint das auch nicht dazu zu führen, dass die Arbeitgeberseite sich genötigt sieht, um jeden Preis eine Vereinbarung abzuschließen. Denn in den letzten Jahren ist es nicht mehr zu Vereinbarungen gekommen, die über einen Beschluss des Rates durchgeführt wurden. So gesehen hat das „bargaining in the shadow of the law"[47] oder „bargaining in the shadow of hierarchy"[48] daher durchaus das Potenzial, in einem Verhandlungsgleichgewicht stattzufinden.

4. Sozialpolitisches Potenzial

Die bisherige Praxis des branchenübergreifenden Sozialen Dialogs[49] führte zunächst zu den drei oben genannten arbeitsrechtlichen Richtlinien über Elternurlaub, Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge. Andere wichtige Richtlinien konnten die Sozialpartner nicht im Wege des Sozialen Dialogs gestalten. Neben der Vereinbarung über Telearbeit wurde eine Reihe weiterer Vereinbarungen getroffen. Prominent ist insoweit insbesondere die Rahmenvereinbarung über arbeitsbedingten Stress.[50] Zuletzt wurde eine Rahmenvereinbarung über Digitalisierung im Juni 2020 geschlossen.[51] Auf sektoraler Ebene gab es vor allem Vereinbarungen für Seeleute und fliegendes Personal in der Luftfahrt.[52] Allerdings fällt auch auf, dass auf branchenübergreifender Ebene seit Ende der 1990er-Jahre keine Vereinbarungen mehr geschlossen wurden, die im Wege eines Beschlusses des Rates durchgeführt wurden. Dies wurde bereits als Anzeichen dafür gedeutet, dass der soziale Dialog „von manchen Sozialpartnern" dazu instrumentalisiert werde, unionsrechtliche Regelungen insgesamt zu

45 Abl Etwa *Benecke* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt, Stand Jan 2022) Art 154 AEUV Rz 2; *Franzen* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht[5] Art 155 Rz 7; *Krebber* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[6] Art 155 AEUV Rz 8; Sagan, Gemeinschaftsgrundrecht 316 ff.

46 Vgl dazu aus theoretischer Sicht *Mangold*, Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben (2018) 106 f.

47 *Bercusson*, Maastricht: A Fundamental Change in European Labour Law, IRJ 1992, 177 (185).

48 *Smismans*, The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy, Journal of Public Policy 28 (2008) 161 ff.

49 Die Kommission hält eine Datenbank mit den Ergebnissen bereit: http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en (abgerufen am 03.11.2023). Zusammenfassung bei *Rust* in *Von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht[7] (2015) Art 155 Rz 27 ff.

50 Abrufbar unter https://www.dgb.de/++co++mediapool-48ac16c96fd2291db4a49df3d8ae6cb8 (abgerufen am 30.10.2023).

51 https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2021-02/Framework%20Agreement%20on%20Digitalisation_DE.pdf (abgerufen am 06.11.2023).

52 Überblick bei *Krebber* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[6] Art 155 AEUV Rz 31 ff.

verhindern.[53] Das dürfte auch damit zusammenhängen, dass es bislang keine Ansätze für Self-executing-Vereinbarungen auf Unionsebene gegeben hat.

Im Unionsrecht scheint, was das Kollektivvertragsrecht angeht, jedenfalls hinsichtlich der voluntaristischen Durchführungsvariante der Sozialpartnervereinbarungen, das Recht der Praxis voraus zu sein. Das könnte daran liegen, dass die Sozialpartner bislang kein Interesse an unmittelbar anwendbaren Kollektivverträgen hatten. Es könnte aber auch daran liegen, dass der Rechtsrahmen bislang noch unsicher ist. Insoweit empfiehlt sich eine Regelung zu den Wirkungen europäischer Kollektivverträge, zB im Sinne der Theorie der parallelen Wirkungsstatute.[54]

Dementsprechend wollte die Kommission in ihrer sozialpolitischen Agenda von 2005 einen optionalen Rahmen für transnationale Kollektivverhandlungen auf Unternehmens- und Branchenebene in Aussicht stellen.[55] Dazu hat eine Wissenschaftlergruppe um *Edoardo Ales* einen Bericht über transnationale Kollektivverhandlungen vorgelegt, der in den Vorschlag eines rechtlichen Rahmens für Kollektivverhandlungen in einem Verhandlungsgremien mündete.[56] Zudem gibt es einen Kommissionsbericht für die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für Verhandlungen europäischer Betriebsvereinbarungen.[57]

Das Europäische Parlament hat am 12. September 2013 eine Entschließung zu grenzüberschreitenden Kollektivverhandlungen und zum transnationalen Sozialen Dialog angenommen, in dem es einen optionalen Rahmen für europäische transnationale Unternehmensvereinbarungen forderte.[58] Auch der Europäische Gewerkschaftsbund hat in einer Entschließung vom 11./12.03.2014 einen optionalen Rechtsrahmen für transnationale Kollektivverhandlungen in multinationalen Unterneh-

---

53 *Krebber* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[6] Art 155 AEUV Rz 32.

54 In diesem Sinne *Bödding*, Die europarechtlichen Instrumentarien 190.

55 Zur Frage einer Kompetenz der Union vgl *Kowanz*, Europäische Kollektivvertragsordnung: Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven (1999); ferner: *Schiek* in *Däubler*, TVG[5] Einl Rz 1122 ff.

56 *Ales/Engblom/Jaspers/Laulom/Sciarra/Sobczak/Valdés Dal-Ré*, Transnational Collective Bargaining: Past Present Future, Final report 2006, 33 ff; dazu *Ales*, Der transnationale Kollektivvertrag zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, ZESAR 2007, 150 ff; *Rieble/Kolbe*, Vom Sozialen Dialog zum europäischen Tarifvertrag?, EuZA 2008, 453 ff; *Zachert*, Europäische Kollektivvereinbarungen – Wahnsinn ohne Grenzen oder ein Gebot der Vernunft?, in FS Hromadka (2008) 529 ff.

57 *Rodriguez/Ahlberg/Fulton/Gyulavári/Humblet/Jaspers/Miranda/Marhold/Valdés dal Ré/Zimmer*, Study on the characteristics and legal effects of agreements between companies and workers' representatives (2011), abrufbar unter https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7632&langId=en (abgerufen am 02.11.2023); dazu *Zimmer*, Entwicklungsperspektiven transnationaler Kollektivverhandlungen in Europa – Schaffung eines rechtlichen Rahmens für transnationale Kollektivverträge in der Europäischen Union, EuZA 2013, 247 ff; *Fuchs/Marhold/Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht[6] 457.

58 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. September 2013 zu den grenzüberschreitenden Kollektivverhandlungen und zum transnationalen sozialen Dialog, ABl 2016 C 93/161.

men gefordert[59] und ein Muster dafür erarbeitet.[60] Die bisherigen Bemühungen konnten indes noch keinem Erfolg zugeführt werden.[61] Dass das in absehbarer Zeit gelingen könnte, scheint auch zweifelhaft.[62]

5. Schlussfolgerungen

Digitalisierung und Internationalisierung der Arbeitswelt ermöglichen Entwicklungen, die, etwa in Gestalt transnationaler virtueller Arbeit oder virtueller und/oder agiler Betriebsstrukturen, Herausforderungen mit sich bringen, die in den innerstaatlichen Rechten der Mitgliedstaaten nicht mehr ohne weiteres bewältigt werden können. Insoweit ist die Schaffung transnationaler Rechte[63] von Nöten, wofür europäische Kollektivverträge, wie sie im Wege des sozialen Dialogs geschaffen werden können, ein gutes Regelungsinstrument bieten.[64] Das Recht ermöglicht insoweit mehr, als die Praxis bisher genutzt hat.

Allerdings hat eine Studie zu transnationalen Kollektivvereinbarungen deutlich gemacht, dass ein verbindlicher Rechtsrahmen eine bedeutende Voraussetzung für eine effektive Nutzung der Möglichkeiten europäischer Kollektivverhandlungen ist. Denn es hat sich dabei gezeigt, dass Vereinbarungen über die Errichtung Europäischer Betriebsräte sowie Vereinbarungen im sozialen Dialog, die in der korporatistischen Variante durchgeführt werden, substanzhaltiger waren, als etwa Vereinbarungen im Rahmen des sozialen Dialogs, die voluntaristisch durchzuführen waren, wobei letztere zudem an Durchsetzungsmängeln litten.[65] Insoweit genügt ein ungeschriebener rechtlicher Rahmen offensichtlich nicht, ungeachtet des Umstandes, dass er sich juristisch bestimmen lässt (so 3.). Das gilt zumal deshalb, weil der EuGH angedeutet hat, dass Kollektivverträge in dieser Durchführungsvariante aus sich heraus keine Wirkungen erzeugen könnten. Darauf zu vertrauen, dass sich bei unmittelbarer Befassung mit der Frage eine andere Einsicht durchsetzen wird, wäre fahrlässig. Es bedarf daher– ebenso wie dies für transnationale Unternehmensver-

[59] https://www.etuc.org/sites/default/files/document/files/de-resolution_proposal_for_an_optional_legal_framework.pdf (abgerufen am 06.11.2023).

[60] https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/files/160905_tca_final_report_de_final.pdf (abgerufen am 06.11.2023).

[61] Zusammenfassend zum Stand vgl *Ales*, EU-Betriebsräte und transnationale Festlegung der Arbeitsbedingungen: Auf der Suche nach einem Kompromiss zwischen Tarifautonomie und Mitwirkung, SR 2019, 258 ff; *Miranda Boto*, Transnational collective agreemments in the framework oft he European Union: reality and possibilities, in FS Marhold (2020) 649 ff.

[62] *Schiek* in *Däubler* (Hrsg), TVG[5] Einl Rz 1122.

[63] Vgl dazu *Eichenhofer*, Transnationale Rechtsansprüche auf Grund Europäischen Arbeits- und Sozialrechts, ZESAR 2021, 275 ff.

[64] Vgl bereits *Deinert*, Herausforderungen der Internationalisierung der Arbeitswelt, DRdA 2022, 153 (157 f).

[65] Ausf *Mangold*, Transnationale Soziale Dialoge, 168 ff; *dies*, Transnationale Kollektivvereinbarungen – Baustein eines sozialen Europa?, WSI-Mitt 2020, 256 ff.

einbarungen erörtert wurde (so 4.) – insbesondere hinsichtlich der voluntaristischen Durchführungsvariante konkretisierender Regelungen, auf die sich die Mitgliedstaaten bislang aber offenkundig nicht haben verständigen können. Solange dies so ist, erscheint die voluntaristische Durchführungsvariante nicht als adäquates Äquivalent zum Ratsbeschluss, sodass die Einräumung eines uneingeschränkten Initiativermessens der Kommission (so 2.) als eine Gefährdung der Kollektivvertragsautonomie wahrgenommen werden muss.[66]

[66] Vgl *Temming/Weber*, jurisPR-ArBR 22/2022, Anm 5.

Kollektivvertragliche Deckungsraten in Europa

Einflussfaktoren und aktuelle Entwicklungen

Vera Glassner/Michael Mesch

1. Funktionen von Kollektivverträgen 534
2. Voraussetzungen einer hohen kollektivvertraglichen Abdeckung 536
   2.1 Organisation der Arbeitgeber:innen 536
   2.2 Allgemeinverbindlicherklärung und staatliche Organisationhilfen ... 537
   2.3 Gewerkschaftliche Organisation 539
3. Kollektivvertragliche Abdeckung in Europa 541
   3.1 Wirtschafts- und Finanzkrise als Einschnitt in die kollektiven Lohnfindungssysteme in Europa 541
   3.2 Paradigmenwechsel auf Europäischer Ebene? 543
4. Ausblick 544
Literatur 545

Das österreichische System der kollektiven Lohnfindung, das sich durch die umfassende Reichweite von Kollektiverträgen und die Autonomie der Tarifparteien auf der Arbeitnehmer:innen- und der Arbeitgeber:innenseite auszeichnet, hat sich in den letzten Jahrzehnten im europäischen Vergleich als besonders stabil und – in Krisenzeiten als Faktor der Krisenbewältigung – erwiesen. In anderen europäischen Staaten sind politische Eingriffe in die Lohnfestlegung entweder gesetzlich möglich oder wurden in Krisensituationen einseitig durchgesetzt. Ein Beispiel dafür sind die Regierungsmaßnahmen zur Einschränkung oder Beseitigung der überbetrieblichen Lohnfindung im Gefolge der Wirtschafts- und Finanzkrise 2009–2010 in süd- und osteuropäischen Mitgliedstaaten, die als Schuldenstaaten den Reformvorgaben der Troika (Europäische Kommission, Europäische Zentralbank und Internationaler Währungsfonds) unterlagen (zB *Schulten/Müller* 2015; *Marginson/Welz* 2014).

In Österreich werden die Löhne und grundlegenden Arbeitsbedingungen durch Kollektivverhandlungen[1] auf der Branchenebene festgelegt. Im Gegensatz zu dezentralisierten Lohnverhandlungen, die ausschließlich auf Unternehmensebene stattfinden (wie zB im Vereinigten Königreich und vielen osteuropäischen Ländern), sind Tarifverhandlungen auf Branchenebene weniger stark von aktuellen konjunkturellen Entwicklungen abhängig und wirken deshalb als „ökonomische Stabilisatoren", indem Kaufkraft und Nachfrage gestützt werden. Die Steuerungsfähigkeit eines

[1] Die Begriffe „Kollektivverträge", „Kollektivverhandlungen" uä werden synoym mit „Tarifverträgen", „Tarifverhandlungen" usw verwendet.

Tarifsystems hinsichtlich der Sicherung makroökonomischer Stabilität setzt neben einem gewissen Grad an Zentralisierung der Lohnfindung auch eine effektive Koordinierung der Lohnverhandlungen zwischen den Branchen voraus. Branchenkollektivverträge, wie sie in Österreich in einer großen Zahl jährlich abgeschlossen werden, leisten dazu einen wichtigen Beitrag.

Grundlegende Voraussetzung für eine effektive überbetriebliche Lohnfindung ist eine hinreichende Abdeckung der Betriebe und Beschäftigten mit Kollektivverträgen. In Österreich liegt die kollektivvertragliche Abdeckungsrate bei fast 100 Prozent. Ein entscheidender Faktor der hohen Tarifbindungsrate ist die gesetzliche Mitgliedschaft der Unternehmen in der Österreichischen Wirtschaftskammer (zB *Glassner/Hofmann* 2019). Die Kollektivverträge sind für die Mitgliedsorganisationen rechtsverbindlich. Branchentarifverträge dominieren in der Mehrheit der westeuropäischen EU-Staaten, während Löhne in den meisten osteuropäischen EU-Ländern auf der Unternehmens- bzw Betriebsebene festgelegt werden. Neben der Verhandlungsebene stellt noch eine Vielzahl an anderen Faktoren eine hohe Tarifbindung sicher. Prinzipiell gilt: Die kollektive (statt die individuelle, einzelvertragliche) Lohnfestlegung geht mit weniger Ungleichheit bei Löhnen und Arbeitsbedingungen einher (zB *Traxler* et al 2001, *Visser* 2016). Sie schafft einen (gewissen) institutionellen Ausgleich des Machtungleichgewichts zwischen Arbeit und Kapital, makroökonische Stabilität und unternehmerische Planbarkeit.

In den folgenden Abschnitten werden die Funktionen von Kollektivverträgen und die Voraussetzungen für eine hohe kollektivvertragliche Abdeckung beschrieben sowie ein Überblick über die Entwicklung der Tarifbindungsraten in Europa gegeben. Abschließend erfolgt ein Blick auf die Möglichkeiten und Chancen zur Stärkung der Tarifbindung in Europa und die Herausforderungen des Kollektivverhandlungssystems in Österreich.

1. Funktionen von Kollektivverträgen

Kollektivverträge sind in Österreich in eine hierarchische Rechtsordnung eingebettet, in der das Arbeitsrecht die grundlegenden Arbeitsbedingungen, wie das Höchstausmaß der Arbeitszeit sowie die Regulierungsinhalte von Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen festlegt. Kollektivverträge setzen gesetzlich verbindliche Mindeststandards hinsichtlich der Entgelte und Arbeitsbedingungen, wie beispielsweise das Ausmaß der Arbeitszeit auf Branchenebene. Die in Betriebsvereinbarungen und Einzelarbeitsverträgen festgelegten Standards dürfen – dem „Günstigkeitsprinzip" folgend – die kollektivvertraglichen und arbeitsrechtlichen Mindeststandards für Beschäftigte nur verbessern; verschlechternde Abweichungen nach unten sind nur in Ausnahmefällen möglich. In Österreich setzen die Branchenkollektivverträge die Mindestlöhne, ein gesetzlicher Mindestlohn existiert nicht. Kollektivverträge haben eine Vielzahl an Funktionen für Beschäftigte, Arbeitgeber:innen und den Staat (zB *Mesch* 2020: 5 ff).

Für Arbeitnehmer:innen haben Kollektivverträge eine Schutzfunktion, insbesondere für Beschäftigte, die über ein schwächere Arbeitsmarktposition verfügen (zB Geringqualifizierte). Der Unterbietungswettbewerb um Löhne und Arbeitsbedingungen zwischen Beschäftigten wird durch Kollektivverträge vermieden. Sie ermöglichen den Arbeitnehmer:innen eine Beteiligung am Produktivitätsfortschritt und an der Mitgestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen. Im Sinne einer „solidarischen" Lohnpolitik ermöglichen Kollektivverträge eine überproportionale Anhebung der Löhne in den Branchen mit den niedrigsten Löhnen sowie den untersten bzw unteren Lohngruppen innerhalb einer Branche.

Für Arbeitgeber:innen vermeiden Kollektivverträge Lohnkonkurrenz nach unten oder oben und schaffen ein Level-Playing Field – Bedingungen, von denen insbesondere kleinere Unternehmen profitieren. Sie machen die Lohnentwicklung kalkulierbarer und verringern Unsicherheit. Kollektivverträge senken die Transaktionskosten, die durch die Regulierung der Löhne und Arbeitsbedingungen auf der einzelvertraglichen oder betrieblichen Ebene entstehen würden. Branchen- und branchenübergreifende Kollektivverträge halten Arbeitskonflikte aus dem Betrieb und verlegen diese in einen regulierten, überbetrieblichen Rahmen („Einhegung von Arbeitskonflikten"). Nicht zuletzt sichern sie den sozialen Frieden – einen wesentlichen Standortfaktor für Investitionsentscheidungen.

Für den Staat tragen Kollektivverträge wesentlich zur makroökonomischen Steuerung und Stabilisierung bei. Dies ist insbesondere in der Europäischen Währungsunion, in der Geld- und Fiskalpolitik vergemeinschaftet sind, von besonderer Bedeutung. Eine produktivitätsorientierte Lohnpolitik, die sich an der Inflation und dem mittelfristigen gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt orientiert, begünstigt Wirtschafts- und Beschäftigungswachstum sowie Preisstabilität. Sie ermöglicht eine „High-Road"-Strategie (hohe Löhne und hohe Produktivität), die Investitionen in Humankapital, Produktinnovationen und in die sozialökologische Transformation der Wirtschaft fördern. Kollektivverträge verringern außerdem Lohnungleichheiten und tragen zu sozialem Frieden und Zusammenhalt bei.

Die Gesamtheit der Funktionen von Kollektivverträgen für die beteiligten Akteure (Gewerkschaften, Arbeitgeber:innenverbände und ihre Mitgliedsorganisationen sowie der Staat) bedeutet, dass es sich bei Kollektivverhandlungen um ein „kollektives Gut" handelt, von dem – zumindest längerfristig – alle profitieren. Die Folge ist ein „Free-Rider"-Problem: Abweichende profitieren mehr als Befolgende. In Österreich betrifft das Trittbrettfahrerproblem Gewerkschaften (als „freiwillige" Interessenorganisationen"), da von der Schutzfunktion auch Nicht-Gewerkschaftsmitglieder profitieren, die ebenfalls Kollektivverträgen unterliegen („Außenseiterwirkung"). Die Sicherstellung der Folgebereitschaft, insbesondere von (trans-)nationalen Großunterunternehmen, erfordert regulative staatliche Unterstützungshilfen (siehe 2.3). Im folgenden Abschnitt werden die Voraussetzungen für eine hohe kollektivvertragliche Abdeckung kursorisch dargestellt.

2. Voraussetzungen einer hohen kollektivvertraglichen Abdeckung

Die in Österreich im europäischen Vergleich herausragend große Reichweite von Kollektivverträgen – fast die Gesamtheit der unselbständig Beschäftigten unterliegt einem Kollektivvertrag – ist von spezifischen Erfordernissen abhängig. Zum einen sind das institutionenelle Bedingungen, die die Tarifparteien der Arbeitgeber:innenseite und der Arbeitnehmer:innenseite stärken. Das österreichische Arbeitsverfassungsgesetz garantiert das Recht, Kollektivverträge zu verhandeln einerseits den gesetzlichen Vertretungen der Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen, das sind die Arbeiterkammern und Wirtschaftskammern, und andererseits den „freiwilligen" Arbeitnehmer:innen- und Arbeitgeber:innenorganisationen, vorausgesetzt sie erfüllen bestimmte Erfordnisse (§ 4 ff ArbVG). Kollektivverträge werden von der Wirtschaftskammer bzw ihren Fachverbänden und formal vom Österreichischen Gewerkschaftsbund (ÖGB) bzw *de facto* von den Fachgewerkschaften für den Wirtschaftssektor (zB öffentlicher Dienst) oder die Wirtschaftsbranche (zB Metallindustrie) ausgehandelt. In Branchen und Berufszweigen, in denen es keine Kammern gibt, sind es freiwillige Arbeitgeber:innenverbände, die unter der Voraussetzung einer umfassenden Repräsentation ihrer Mitglieder über das Recht verfügen, Kollektivverträge abzuschließen.

Die vergleichende Literatur hebt drei wesentliche Faktoren für eine hohe tarifliche Deckungsrate hervor. Erstens ist das die Organisationsstärke der Arbeitgeber:innenseite, die direkt im Zusammenhang mit der Tarifbindungsrate steht, zweitens ist die Organisation der Arbeitnehmer:innenseite von Bedeutung, und drittens kommt staatlichen Organisationshilfen, wie beispielsweise der gesetzlichen Ausgestaltung der öffentlichen Aufgaben von Gewerkschaften, eine unterstützende Funktion zu. In den folgenden Abschnitten werden die drei Faktoren im europäischen Ländervergleich detaillierter beschrieben.[2]

2.1 Organisation der Arbeitgeber:innen

Unter Arbeitgeber:innenverbänden werden in diesem Beitrag Verbände verstanden, die die Arbeitsmarktinteressen ihrer Mitglieder vertreten, und die berechtigt sind, Kollektivverträge abzuschließen.[3] Die entscheidenden Indikatoren für die Repräsen-

[2] Die hier dargestellten ländervergleichenden Daten erfassen die EU-27 (ohne Zypern, Malta und Luxemburg) sowie Großbritannien auf Basis der OECD/AIAS ICTWSS Datenbank. Mit Ausnahme von Estland und Lettland, für die betreffend die Tarifbindungsraten inkonsistente Werte vorlagen, wurde auf die aktuellst zur Verfügung stehenden Daten in OECD/AIAS ICTWSS 2023b, Version 1.1., September 2023, zurückgegriffen.

[3] Grundsätzlich können Arbeitgeber:innenverbände auch ausschließlich die Produktmarktinteressen ihrer Mitglieder vertreten, etwa indem sie politisches Lobbying betreiben. Auch existieren sog „gemischte" Verbände, die sowohl Produktmarkt- als auch Arbeitsmarktinteressen vertreten.

tativität von Arbeitgeber:innenorganisationen sind daher die Organisationsdomäne hinsichtlich der organisierten Branche(n) und die Organisationsdichte, dh die Anzahl der Mitglieder an der Gesamtheit der Unternehmen der Organisationsdomäne (*Traxler* et al 2001: 91). Die im Folgenden dargestellen Organisationsraten der Arbeitgeber:innen beziehen sich auf den Anteil der unselbständig Beschäftigten in Unternehmen der Privatwirtschaft, die einem Arbeitgeber:innenverband angehören.

Die Organsationsgrade der Arbeitgeber:innen weisen große Niveauunterschiede zwischen den Ländern auf, wobei die größten Unterschiede zwischen den „alten" und „neuen" EU-Mitgliedstaaten bestehen. Die gesetzliche Mitgliedschaft in den Kammern in Österreich stellt (seit der Abschaffung der Pflichtmitgliedschaft in den Wirtschaftskammern in Slowenien 2006) ein Alleinstellungsmerkmal der österreichischen Arbeitsbeziehungen dar. Fast die Gesamtheit der privatwirtschaftlichen Unternehmen ist Mitglied in der Wirtschaftskammer oder einem freiwilligen Arbeitgeber:innenverband. In den osteueropäischen Mitgliedstaaten hingegen fehlen Arbeitgeber:innenverbände in bestimmten Branchen gänzlich oder verfügen über kein Mandat, überbetriebliche Tarifverträge abzuschließen.

Auch im Zeitverlauf divergieren die Entwicklungen; vor der gobalen Wirtschaftskrise ab 2008 unterlag in den westeuropäischen Staaten, in denen überbetriebliche Tarifverhandlungen die dominierende Form der Lohnfestlegung sind, die Mehrheit der Beschäftigten einem Kollektivvertrag. In den osteuropäischen Ländern war das nur für eine Minderheit der Beschäftigten der Fall (*Mesch* 2020). Slowenien stellt eine Ausnahme innerhalb der Gruppe der osteuropäischen Länder dar. Nach dem Zusammenbruch des Realsozialismus und der Unabhängigkeit Sloweniens etablierten die politischen Entscheidungsträger ein Kammersystem mit Pflichtmitgliedschaft (*Mesch* 2015). Die (privatwirtschaftlichen) Arbeitgeber:innen wiesen deshalb einen Organsationsgrad von 100 Prozent auf. Im Jahr 2006 wurde die gesetzliche Mitgliedschaft aufgehoben. In der Folge sank die Organisationsrate deutlich ab.

Die höchsten Arbeitgeber:innenorganisationsgrade (zwischen 80 und 100 Prozent) weisen Österreich, Schweden, die Niederlande, Belgien, Frankreich und Italien auf, die niedrigsten Litauen (rund 30 Prozent). Steigende oder stabile Arbeitgeber:innenorganisationsraten sind in Schweden, Österreich, Belgien, den Niederlanden und Spanien zu beobachten. Starke Rückgänge haben Länder wie Rumänien und die Slowakei zu verzeichnen. In Deutschland ist der Rückgang im privatwirtschaftlichen Bereich auf die steigende Bedeutung von „Ohne-Tarif"(„OT")-Verbänden, zurückzuführen, die eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung ermöglichen. Vor allem im östlichen Teil Deutschlands wächst die Mitgliedschaft in OT-Verbänden (*Behrends/Helfen* 2018).

2.2 Allgemeinverbindlicherklärung und staatliche Organisationhilfen

Um die Funktionen – insbesondere die makroökonomischen – von Tarifverträgen sicherzustellen, ist eine effektive Koordinierung des Lohnfindungsprozesses von

entscheidender Bedeutung. Dies betrifft einerseits die sog „horizontale Koordinierung", dh die Koordinierung der Tarifverhandlungen zwischen den Wirtschaftsbranchen und zwischen verschiedenen Beschäftigtengruppen (*Traxler* et al 2001: 182 ff). Sichergestellt wird diese grundsätzlich durch Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften mit umfassenden Organisationsdomänen („Multi-Employer-Bargaining"), im Gegesatz zu „Single-Employer-Bargaining", bei dem einzelne Unternehmen mit Gewerkschaften verhandeln. Institutionelle durch den Staat bereit gestellte Unterstützungshilfen, um die Reichweite von Tarifverträgen zu erweitern, sind Regeln zur Allgemeinverbindlicherklärung. Solche *Erga-omnes*-Regelungen erklären Tarifverträge entweder für Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen des gesamten (branchenbezogenen) Geltungsbereichs als verbindlich, oder Tarifverträge werden *über* deren *Geltungsbereich hinaus* für Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen in bestimmten Wirtschaftszweigen oder -bereichen als bindend erklärt.

Die Voraussetzung für die Anwendung von Allgemeinverbindlichkeitserklärungsregeln setzt betriebsübergreifende Tarifverträge auf Branchen- oder branchenübergreifender Ebene voraus. Darüber hinaus müssen die abschließenden Organisationen auf Arbeitnehmer:innen- und -Arbeitgeber:innenseite bestimmte Repräsentationskriterien erfüllen (*Mesch* 2020).[4] In den meisten westeuropäischen Ländern, darunter Österreich,[5] Deutschland, den Niederlanden, Frankreich, Spanien und Portugal existieren Regeln zur Allgemeinverbindlicherklärung, deren tatsächliche Anwendung aber zwischen den Ländern variiert.[6] In Österreich stellt die gesetzliche Mitgliedschaft in den Wirtschaftskammern ein sog „funktionales Äquivalent" zu Erga-omnes-Regeln dar. In Italien wiederum, wo keine Regeln zur Erweiterung von Tarifverträgen existieren, garantiert das in der Verfassung festgeschriebene Prinzip der „fairen Bezahlung" in Tarifkonflikten die Anwendung der branchenüblichen (Mindest-)Löhne.[7]

Eine staatliche Organisationshilfe für Arbeitnehmer:innenorganisationen ist beispielsweise die Beteiligung der Gewerkschaften an der Verwaltung der Arbeitslosenversicherung („Gent-System"). Länder, in denen das sog „Gent-System" etabliert

[4] Als Mindestsschwelle wird für Kollektivverträge meist ein Deckungsgrad von 50 Prozent angenommen.

[5] In Österreich bestehen zwei gesetzliche Instrumente: einerseits die „Satzung" von Kollektivverträgen, die den Geltungsbereich auch auf jene Arbeitsverhältnisse ausweitet, die mangels Kollektivvertragsangehörigkeit des/der Arbeitgeber:in nicht von einem Kollektivvertrag erfasst sind, andererseits die behördliche Festsetzung von Mindestlohntarifen, wenn ein kollektivvertragsfähiger Arbeitgeber:innenverband fehlt (*Mesch* 2020: 47).

[6] Breite Anwendung finden Erga-omnes-Regeln beispielsweise in Spanien, Frankreich und Finnland.

[7] Diese „quasi-rechtliche" Erweiterung von Tarifverträgen wurde allerdings mit der Gerichtsentscheidung zum Fall Fiat 2011 in Frage gestellt. Damals wurde der neu abgeschlossene Unternehmenstarifvertrag, der vom Management einseitig durchgesetzt wurde, gerichtlich als gültig erklärt (*Marginson/Welz* 2014: 12).

ist, wie Belgien, Dänemark, Schweden und Finnland, weisen sehr hohe gewerkschaftliche Organisationsgrade auf. Gerade in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit, in denen Gewerkschaften üblicherweise von Mitgliederverlusten betroffen sind, profitieren die Gewerkschaften in den Gent-Ländern von Mitgliedergewinnen. Als Organisationshilfe für die Arbeitnehmer:innenseite gelten auch Regeln zur Anerkennung von Gewerkschaften im Betrieb. Nur anerkannte Gewerkschaften, die Zugang zu den Betrieben haben, sind in der Lage, ihren Einfluss auch über die Betrieben hinweg auf politischer Ebene geltend zu machen.

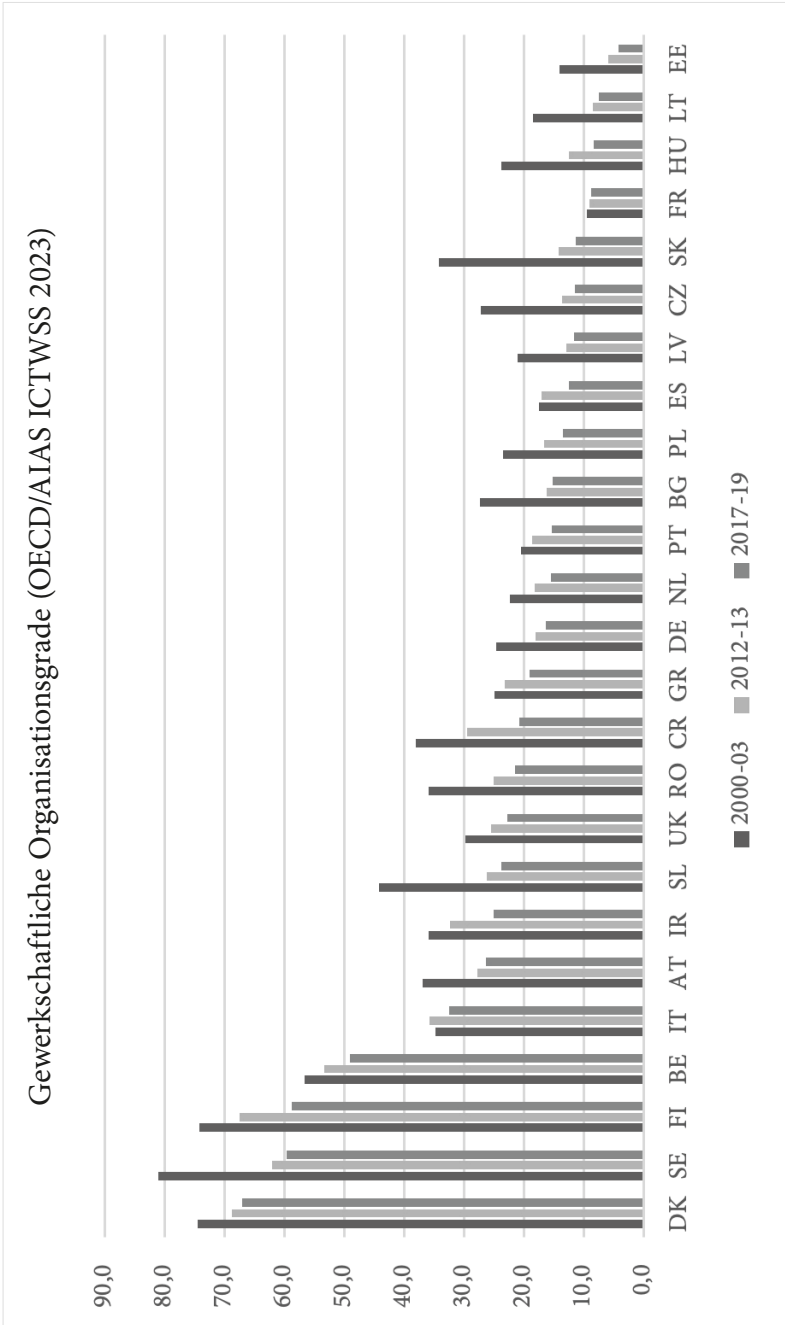
2.3 Gewerkschaftliche Organisation

Die Organisatonsstärke von Gewerkschaften wirkt sich insbesondere dann auf die tarifliche Deckungsrate aus, wenn Regeln zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung nicht existieren bzw angewandt werden. Arbeitgeber:innen werden sich nur dann in kollektive Lohnverhandlungen einlassen, wenn dort eine (starke) Gewerkschaft oder betriebliche Arbeitnehmer:inneninteressenvertretung existiert.

In Europa sind die Organisationsgrade der Gewerkschaften (s Seite 540) in den letzten Jahrzehnten zurückgegangen. Der Organisationsgrad[8] ist der wichtigste Indikator für die organisatorischen Machtressourcen der Gewerkschaften. Darüber hinaus ist die Organisationsmacht auch abhängig von der Fähigkeit, zu Streiks und Protesten zu mobilisieren. Der Rückgang der Organisationsgrade ist auf eine Vielzahl von Ursachen zurückzuführen, beispielsweise den strukturellen Wandel von einer Industrie- zu einer Dienstleistungsgesellschaft, der Globalisierung und Finanzialisierung der Wirtschaft, der Privatisierung ehemals staatlicher Wirtschaftsbereiche, der Flexibilisierung und De-Regulierung der Arbeitsmärkte (zB Zunahme atypischer und prekärer Beschäftigungsformen) und sozialen Faktoren wie Individualisierung, Pluralisierung von Werten und Schwächung traditioneller politischer Bindungen (zB *Waddington* et al 2023).

Die höchsten Organisationsgrade (zwischen 60 und 70 Prozent) weisen die Nordischen Länder auf, während in den Baltischen Staaten, Ungarn und Frankreich nicht einmal 10 Prozent der unselbständig Beschäftigten Mitglieder einer Gewerkschaft sind. Österreich weist mit 26 Prozent (2019) einen mittleren Organisationsgrad auf. Zwar geht der Organisationsgrad in allen europäischen Staaten zurück, in Ländern wie Slowenien, Slowakei, Tschechien, Rumänien und Ungarn waren die Einbrüche aber besonders hoch. In Österreich hat sich der Organisationsgrad in den letzten Jahren stabilisiert, gelang es den Gewerkschaften doch, ihre Mitgliederzahlen zu steigern, was sich aber aufgrund des dynamischen Beschäftigtenwachstums nicht in einem Anstieg der Organisationsrate niedergeschlagen hat (*Glassner/Hofmann* 2023).

[8] Basis des Ländervergleichs ist der Netto-Organisationsgrad, der den Anteil der aktiv beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder an der Gesamtheit der unselbständig Beschäftigten misst.


Gewerkschaftliche Organisationsgrade (OECD/AIAS ICTWSS 2023)
90,0
80,0
70,0
60,0
50,0
40,0
30,0
20,0
10,0
0,0
DK SE FI BE IT AT IR SL UK RO CR GR DE NL PT BG PL ES LV CZ SK FR HU LT EE
2000-03
2012-13
2017-19

3. Kollektivvertragliche Abdeckung in Europa

Die Reichweite nationaler Tarifsysteme wird auf der Grundlage der korrigierten Deckungsquote erhoben. Diese setzt den Anteil der von einem Kollektivvertrag erfassten unselbständig Beschäftigten ins Verhältnis zur Gesamtheit der unselbständig Beschäfigten, korrigiert um jene Beschäftigten, die von Tarifverhandlungen ausgeschlossen sind (s Seite 542).[9]

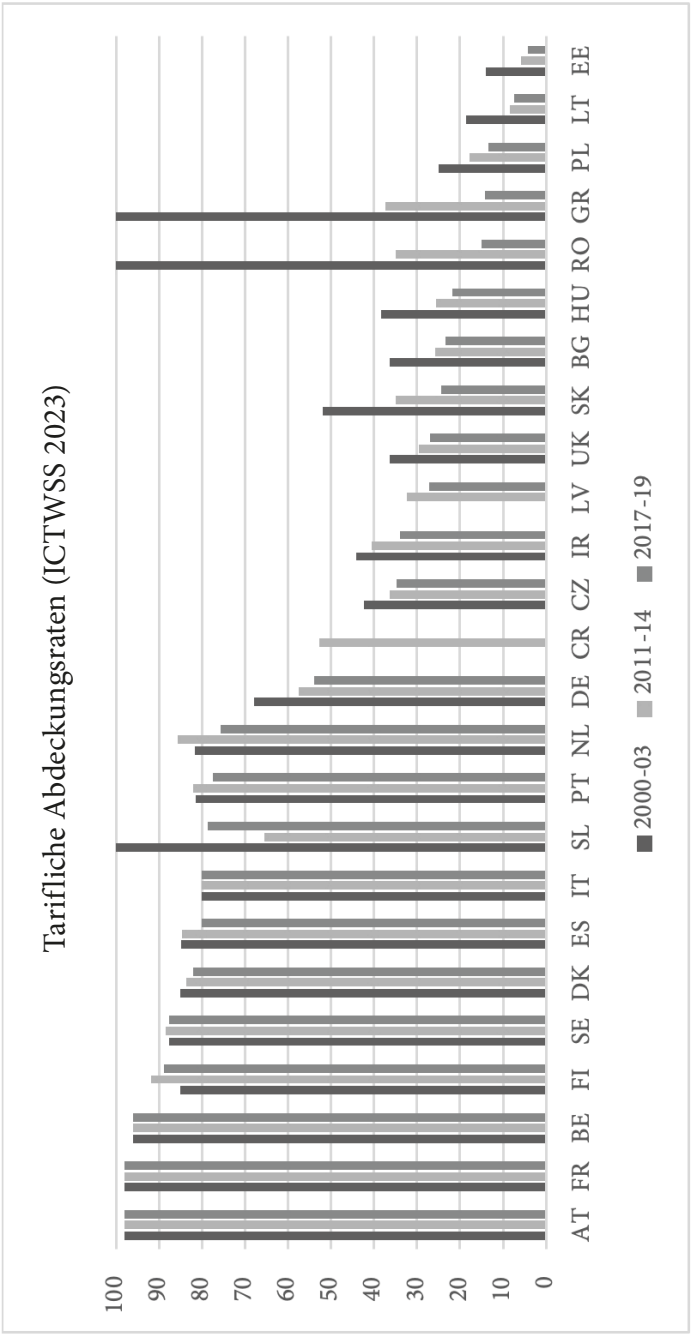
Insbesondere zwischen den west- und osteuropäsichen Staaten fallen erhebliche Niveauunterschiede in der Tarifabdeckung auf. Während in den westeuropäischen Ländern (mit Ausnahme jener mit dezentralen Tarifsystemen wie das Vereinigte Königreich und Irland) mehr als 50 Prozent der Beschäftigten einem Kollektivvertrag unterliegt, war das in Osteuropa bis zum Beginn der „Big Recession" 2008–2010 nur für Beschäftigte in Slowenien und Rumänien der Fall. In beiden Ländern bestand in den Jahren nach 1990/91 ein vergleichsweise zentralisiertes Tarifsystem, das den Abschluss von branchenübergreifenden und Branchentarifverträgen ermöglichte. In Rumänien sicherte die Anwendung von Erga-omnes-Regeln die umfassende Reichweite von Tarifverträgen. In Slowenien fungierte die Pflichtmitgliedschaft in den Wirtschaftskammern als funktionales Äquivalent (*Mesch* 2020).

3.1 Wirtschafts- und Finanzkrise als Einschnitt in die kollektiven Lohnfindungssysteme in Europa

Im Gefolge der Weltwirtschaftskrise ist es zu teils großen Veränderungen der institutionellen Strukturen der Tarifsysteme gekommen. Um finanzielle Unterstützung von der Troika bzw vom Internationalen Währungsfonds zu erhalten, mussten die sog „Programmländer" teils massive Eingriffe in ihre Tarifsysteme durchführen (*Schulten/Müller* 2015; *Müller/Vandaele/Waddington* 2019).

In Irland und Rumänien kam es zu einem Zusammenbruch der kollektiven Lohnverhandlungen, indem nationale branchenübergreifende und Branchentarifverträge abgeschafft wurden. In Rumänien, Griechenland und Portugal wurden Allgemeinverbindlichkeitsregeln verschärft, das Günstigkeitsprinzip abgeschafft (Griechenland, Spanien) und Abweichung von Unternehmenstarifverträgen von Branchentarifverträgen oder gesetzlichen Regelungen erleichtert (Griechenland, Portugal, Ungarn, Italien und Spanien). Die tarifpolitische Rolle von Gewerkschaften wurde eingeschränkt – und in Folge dessen deren gesamtgesellschaftliche Position geschwächt, indem ermöglicht wurde, dass auch nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer:innenvertretungen Unternehmenstarifverträge abschließen können (Griechenland, Ungarn, Portugal, Rumänien und Spanien). In Rumänien beispiels-

[9] Die Daten weisen gewisse Unschärfen auf, da es methodisch anspruchsvoll ist, im Beobachtungszeitraum abgelaufene Tarifverträge von noch geltenden abzugrenzen. Im Allgemeinen existiert einen Vielzahl von Tarifverträgen auf Betriebs-, Unternehmens- und Branchenebene, wobei die Qualität der Dokumentation zwischen den Ländern variiert.


Tarifliche Abdeckungsraten (ICTWSS 2023)
100
90
80
70
60
50
40
30
20
10
0
AT FR BE FI SE DK ES IT SL PT NL DE CR CZ IR LV UK SK BG HU RO GR PL LT EE
2000-03
2011-14
2017-19

weise wurde die Gründung von Betriebsgewerkschaften stark erschwert, was die Reichweite von Branchen- und Unternehmenstarifverträgen stark einschränkte. In den osteuropäischen Ländern, deren Tarifsysteme seit der Transformation vergleichsweise dezentralisiert waren, wirkt sich der Verlust der gewerkschaftlichen Organsationsstärke unmittelbar in einer Verringerung der Tarifbindung aus. In Ländern wie Rumänien, Griechenland, Ungarn und Portugal kam es zu einer deutlichen Schwächung der kollektiven Lohnfindungssysteme, während es in Spanien und Italien, wo die Tarifstrukturen auf der Oberfläche weniger starke Veränderungen zeigen, zu einer Aushöhlung der Steuerungsfähigkeit und Schutzfunktion von Tarifverträgen gekommen ist.

Der Abwärtstrend bei den Tarifbindungsraten setzt sich fort, seit Mitte der 2010er-Jahre aber abgeschwächt – in den meisten osteuropäischen Ländern allerdings ausgehend von einem niedrigen Niveau. In Griechenland und Rumänien setzt sich die Desorganisierung und Dezentralisierung der Tarifsysteme ungebremst fort.

3.2 Paradigmenwechsel auf Europäischer Ebene?

Auf der europäischen und internationalen Ebene lässt sich nach den starken sozioökonomischen Verwerfungen der „Big Recession", wie dem massiven Anstieg der Arbeitslosigkeit, der Stagnation der Löhne und dem Anstieg der Armutsgefährdung der Bevölkerungen in Süd- und Osteuropa eine gewisse Rückwendung zur kollektiven Lohnfindung erkennen. Die Auswirkungen der von IWF, EZB und Europäischer Kommission durchgesetzten Reformprogramme stellten einen „Frontalangriff" auf die tarifpolitischen Institutionen der betroffenen Länder dar (*Marginson* 2015). Dieser kontrastiert mit der Sichtweise, dass Kollektivverträge stabilisierende makroökonomische Effekte haben und die soziale Ungleichheit verringern (*ILO* 2015; *OECD* 2017).

In den letzten Jahren zeichnet sich auf internationaler (*OECD* 2018, 2019) bzw europäischer Ebene ein Umdenken ab (*Mesch* 2020): einer der Grundsätze der 2017 beschlossenen Europäischen Säule Sozialer Rechte ist die Stärkung der Sozialpartner beim Abschluss überbetrieblicher Tarifverträge. Die EU-Kommission betont die Bedeutung starker Gewerkschaften und überbetrieblicher Kollektivverträge für eine dynamischere Lohnentwicklung.

Die im letzten Jahr verabschiedete Europäische Mindestlohn-Richtlinie kann als Meilenstein für die Aufwertung kollektiver Lohnfindungssysteme betrachtet werden (*Müller/Schulten* 2022); sie sieht einerseits Kriterien vor, an denen sich die Mindestlohnsteigerungen orientieren sollen (zB Kaufkraft, Entwicklung der längerfristigen Arbeitsproduktivität). Das Niveau der nationalen gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Mindestlöhne soll sich ebenso nach bestimmten Schwellenwerten richten (60 Prozent des Median- und 50 Prozent des Durchschnittslohns). Andererseits ist ein weiteres explizites Ziel die Stärkung von Branchen- oder branchenübergreifenden Lohnfindungssystemen, indem beispielsweise die Tarifbindungsrate schrittweise

erhöht werden soll. Es bleibt abzuwarten, wie die Europäische Mindestlohn-Richtlinie umgesetzt wird und ob sie den Rückgang der Tarifbindungen in Ländern, deren Arbeitsbeziehungen und Gewerkschaftsbewegungen in den letzten Jahrzehnten eine massive Schwächung erfahren haben, revidieren kann.

4. Ausblick

Die neoliberale Politik von Deregulierung und Marktliberalisierung hat ihren Höhepunkt mit den Eingriffen der Troika in die Tarifsysteme der krisenbetroffenen (vorwiegend) südeuropäischen Schuldnerstaaten erreicht. Die negativen sozialen (zB Anstieg der Armutsgefährdungsquoten, Anstieg der Einkommens- und Vermögensungleichheit) und politischen Auswirkungen (Brexit, weiterer Aufstieg rechtspopulistischer und europafeindlicher Parteien) haben zu einem Legitimitätsverlust der neoliberalen Deregulierungspolitik geführt. Auf europäischer Ebene zeigt sich dieser Politikwandel in der Ausgestaltung eines europäischen Mindestlohnregimes, mit dem sich der Fokus von gesetzlichen Mindestlöhnen hin zur Stärkung von kollektiven Lohnfindungssystemen verschoben hat. Die Europäische Mindestlohn-Richtlinie gibt einen klaren Orientierungsrahmen für Mindestlohnsteigerungen vor, setzt darüber hinaus aber auch an den Voraussetzungen einer effektiven und ungleichheitsmindernden Lohnfindung an. Die Stärkung von Branchen- oder branchenübergreifenden Kollektivverträgen ist als Ziel formuliert, das durch die die schrittweise Erhöhung der Tarifbindungsraten erreicht werden soll.

Ob dieses Ziel erreicht wird, hängt von der Umsetzung der Mindestlohn-Richtlinie ab, insbesondere in Ländern, deren Arbeitsbeziehungen von Dezentralisierung und Desorganisierung und deren Gewerkschaften von Marginalisierung gekennzeichnet sind. Die Bekämpfung des Machtverlusts der Arbeitnehmer:innenseite erfordert ein Bündel an Maßnahmen, zu denen die Entwicklung von mitgliederorientierten Ansätzen und die Stärkung der diskursiven und gesellschaftlichen Macht der Gewerkschaften durch breitenwirksame Kampagnen zur Verbesserung der Löhne und Arbeitsbedingungen, insbesondere der „systemerhaltenden" Dienstleistungsbranchen, zählen (*Glassner/Hofmann* 2023). Auch die Erhöhung institutioneller Ressourcen von Gewerkschaften, wie ihre gesetzliche Anerkennung, Regeln zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, Einbindung der Sozialpartner in die Sozial-, Lohn- und Arbeitsmarktpolitik (zB *Mesch* 2020), ist unverzichtbar. In Zeiten großer ökonomischer, sozialer und politischer Unsicherheit können umfassende und koordinierte Systeme der Arbeitsbeziehungen die soziale Ungleichheit verringern und damit über die ökonomische Sphäre hinaus eine wichtige Stabilisierungsfunktion ausüben.

Vor dem Hintergrund der gravierenden sozioökonomischen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie und der Teuerungswelle, die seit dem letzten Jahr an Schwung gewonnen hat und Europa überrollt, stehen die Tarifsysteme vor großen Herausforderungen. In vielen Ländern sind kollektive Lohnfindungssysteme nach wie vor ge-

schwächt und nicht in der Lage, existenzsichernde und armutsfeste Löhne sicherzustellen. Aber auch umfassende Kollektivertragssysteme stehen vor der Herausforderung, die Balance zwischen Inflationsmoderation und Aufrechterhaltung der Kaufkraft herzustellen.

Auch in Österreich zeigen sich, zumindest auf den zweiten Blick, immer wieder kleine Risse des an der Oberfläche stabilen und funktionsfähigen Kollektivverhandlungssystems (*Glassner/Hofmann* 2019). Diese lassen sich auf eine Machtverschiebung von Kapital zu Arbeit seit den 1980er-Jahren zurückführen, dem Wandel von einer nachfrage- zu einer angebotsorientierten Wirtschaftspolitik, Versuchen der Dezentralisierung der Kollektivverhandlungen und einer steigenden Segmentierung der Arbeitnehmerschaft (*Astleithner/Flecker* 2018). Ein einschneidendes Ereignis war die Auflösung der Verhandlungsgemeinschaft für den Metallsektor 2011 durch den Ausstieg des Fachverbandes der Metalltechnischen Industrie, der mit einem Streik – in Österreich sind Arbeitsniederlegungen sehr selten – einherging. Zwar wurden die Verhandlungen wieder aufgenommen, seither erfolgen die Kollektivverhandlungen für den Metallsektor aber getrennt nach Subbranchen[10] (*Pernicka* et al 2020). Dieser Konflikt hat jedoch nicht zur Erschütterung der etablierten Normen und Praktiken der Branchenkollektivverhandlungen in Österreich geführt. Bisher waren die vereinbarten Lohnerhöhungen des lohnführenden, dh zuerst abschließenden, Fachverbands der Metalltechnischen Industrie für die unmittelbar danach verhandelnden Subbranchen des Metallsektors normsetzend. Einzelne Fachverbände stellen das Verfahren der branchenweiten Verhandlungen immer wieder in Frage (*Glassner* 2022). Bisher waren die Gewerkschaften in der Lage, Abweichungsversuche der Arbeitgeber:innen durch Mobilisierung(sdrohungen) abzuwehren. Für die Stabilität und Funktionsfähigkeit des österreichischen Kollektivverhandlungssystems, die von einer Vielzahl von Faktoren abhängen, sind die im europäischen Vergleich sehr umfassenden institutionellen Voraussetzungen alleine nicht ausreichend. Von entscheidender Bedeutung ist auch die Organisations- und Mobilierungsstärke der Arbeitnehmer:innenseite.

Literatur

Astleithner, Franz und Flecker, Jörg (2018): From the golden age to the gilded cage? Austrian trade unions, social partnership and the crisis, in Lehndorff S, Dribbusch H. and Schulten T. (eds.) Rough waters: European trade unions in a time of crises, Brüssel: ETUI, S. 185–208.

Behrens, Martin und Helfen, Markus (2018): Small change, big impact? Organisational membership rules and the exit of employers' associations from multiemployer

[10] Nicht-Eisen-Metalle, Fahrzeugindustrie, Bergwerke/Eisen, Gießereien, Maschinen und Metallwaren, Gas- und Wärmeversorgungsunternehmen.

bargaining in Germany, Human Resource Management Journal (2018) online: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1748-8583.12210.

Glassner, Vera (2022): Kollektivvertragspolitik im österreichischen Metallsektor, in: Susanne Pernicka (Hrsg.), Sozialpartnerschaftliche Handlungsfelder: Kontinuitäten, Brüche und Perspektiven, Wiesbaden: Springer SV, S. 59–70.

Glassner, Vera und Hofmann, Julia (2019): Collective Bargaining in Austria. In: Müller, Torsten/ Vandaele, Kurt/Waddington, Jeremy (Hrsg.), Collective bargaining in Europe: towards an endgame. Volume I - V. Brüssel: ETUI: S. 33–52.

Glassner, Vera und Hofmann, Julia (2023): Chapter 2: Austria: Trade unions in a world of 'contested stability'? In: Waddington, Jeremy/Müller, Torsten/Vandaele, Kurt (Hrsg.), Trade Unions in Europe Picking up the pieces of the neoliberal challenge. Brüssel: Peter Lang, S. 93–129

ILO (2015) Collective bargaining: a policy guide, Geneva: International Labour Organization.

Marginson P. and Weltz C. (2014) Changes to wage-setting mechanisms in the context of the crisis and the EU's new economic governance regime, Dublin: Eurofound.

Mesch, Michael (2015): Nationale Arbeitsbeziehungen und Lohnpolitik in der EU: Eine Einführung, in: Markus Marterbauer, Michael Mesch und Sepp Zuckerstätter (Hrsg.), S. 9–68.

Mesch, Michael (2020): Der kollektivvertragliche Deckungsgrad in 24 europäischen Ländern 2000–2017: Niveaus, Veränderungen und Einflussfaktoren, Materialien zu Wirtschaft und Gesellschaft Nr. 203. Wien: Arbeiterkammer Wien.

Müller, Torsten, Vandaele, Kurt und Waddington, Jeremy (2019) (Hrsg.): Collective bargaining in Europe: towards an endgame, Volume I–V, Brüssel: ETUI.

Müller, Torsten und Schulten, Thorsten (2022): Die europäische Mindestlohn-Richtlinie – Paradigmenwechsel hin zu einem Sozialen Europa. Wirtschaft und Gesellschaft 48(3): S. 335-364.

OECD, Employment Outlook 2017. Chapter 4: Collective bargaining in a changing world of work, Paris: OECD.

OECD (2018): Eployment Outlook 2018. Chapter 3: The role of collective bargaining systems for good labour market performance, Paris: OECD Publishing.

OECD (2019): Employment Outlook 2019, Chapter 5: Facing the future of work: How to make the most of social dialogue and collective bargaining, Paris: OECD.

OECD/AIAS (2023a): OECD/AIAS databas on Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts (ICTWSS), Data Version 1.0, abgerufen am 25. August 2023.

OECD/AIAS (2023b): OECD/AIAS databas on Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts (ICTWSS), Data Version 1.1, abgerufen am 6. Oktober 2023.

Schulten Thorsten and Müller Torsten (2015): European economic governance and its intervention in national wage developments and collective bargaining, in Lehndorff S. (ed.) Divisive integration: the triumph of failed ideas in Europe – revisited, Brussels, ETUI, S. 331–363.

Traxler Franz, Blaschke Sabine and Kittel Bernd (2001): National labour relations in internationalized markets, Oxford, Oxford University Press.

Visser, Jelle (2016): What happened to collective bargaining during the Great Recession?, in: IZA Journal of Labor Policy 5/9.

Waddington, Jeremy, Müller, Torsten and Vandaele, Kurt (2023) (Hrsg.): Trade unions in the European Union. Picking up the pieces of the neoliberal challenge, Brüssel: Peter Lang.

Der Einfluss des Unionsrechts auf die betriebliche Mitbestimmung im ArbVG

Martin Gruber-Risak

1. Grundüberlegungen 549
2. Bestand an kollektivrechtlichen Normen im EU-Recht und deren Umsetzung ins ArbVG 551
   2.1 Das Grundrecht auf Unterrichtung und Anhörung (Art 27 GRC) 551
   2.2 Die Unterrichtungs- und Anhörungsrichtlinie 2002/14/EG 551
   2.3 Arbeitnehmer:innenmitwirkung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten (Euro-Betriebsrat) 553
   2.4 Mitbestimmung von Arbeitnehmer:innen in europäischen Unternehmensformen 555
   2.5 Rechte von Belegschaftsvertreter:innen in anderen Richtlinien 557
3. Grundtendenzen der unionsrechtlichen Weiterentwicklung des ArbVG: Weiterentwicklung oder Fremdkörper? 558
   3.1 Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Dimension 558
   3.2 Konzentration auf Mitwirkung an unternehmerischen Entscheidungen 559
   3.3 Geringere Intensität der Mitwirkungsrechte 559
   3.4 Dialog- vs Mitbestimmungsmodell 559
   3.5 Erhöhung des Detaillierungsgrades der Informationen und des Informationszeitpunktes 560
   3.6 Sanktionierung von Verstößen 560
   3.7 Kostentragung der Amtstätigkeit 561
4. Ergebnis 561

1. Grundüberlegungen

In Österreich ist die betriebliche Mitbestimmung bekanntlich seit 1919 gesetzlich verfasst, wobei man sich für ein Modell der gesetzlichen Interessenvertretung auf Ebene des Betriebes bzw des Unternehmens in Form von Betriebsratskörperschaften entschieden hat, die mit gesetzlichen teilweise sehr weitreichenden Mitwirkungsrechten ausgestattet wurden.[1] Die konkrete Ausgestaltung der österreichischen Betriebsverfassung führt dazu, dass Unternehmer:innen auf Grund ihrer Verfügungs-

[1] Zur Geschichte der betrieblichen Mitbestimmung in Österreich *Cerny*, 100 Jahre Betriebsrätegesetz – Von der Utopie einer neuen Gesellschaft zur Realität der neuen Arbeitswelt, DRdA 2019, 292; zum BRG insb *Mulley*, „Eine große soziale Idee hat gesiegt" – zur Genese des BRG vom 15. Mai 1919, DRdA 2019, 367 jeweils mwN; siehe auch *Risak*, Kollektives und Individuelles im Betrieb, in Liber Amicorum Rebhahn (2014) 129 (133).

rechte am Betrieb nicht mehr allein entscheiden und verfügen können, sondern teilweise der Mitwirkung der Belegschaft (vertreten durch den Betriebsrat) bedürfen. Das bewirkt, dass anstelle des davor in den Betrieben bestehenden „Absolutismus" der Betriebsinhaber:innen ein „konstitutionelles" Regime in den Betrieben getreten ist und so – wie bereits in den Gesetzesmaterialien zum BRG 1919 erwähnt[2] – eine weitgehende Demokratisierung der Betriebe erfolgte.[3] Im europäischen Vergleich zeigt sich freilich eine Vielfalt der unterschiedlichen nationalen Zugänge zur Arbeitnehmer:innenmitwirkung im Betrieb in mehrfacher Hinsicht.[4] So ist das Modell der sog *single channel representation* durch einen Betriebsrat alleine nicht unbedingt das vorherrschende,[5] in den meisten Mitgliedstaaten spielen Gewerkschaften auf betrieblicher Ebene ebenso eine Rolle (*dual channel model*) oder sind diese sogar die einzige betriebliche Vertretung.[6] Und, das erscheint noch wichtiger, ist die Breite und die Intensität der Mitwirkungsrechte sehr unterschiedlich ausgestaltet.[7] Auch die Schwelle, ab der betriebliche Mitbestimmung stattfindet, variiert stark (von fünf Arbeitnehmer:innen in Deutschland und Österreich bis hin zu Polen mit 50 Arbeitnehmer:innen).[8] Österreich ist somit vergleichsweise im oberen Bereich der Mitwirkungsintensität der Arbeitnehmer:innen auf betrieblicher Ebene angesiedelt.[9] Das wirft die Frage auf, inwieweit der beim Beitritt Österreichs zur EU 1995 zu übernehmende *aquis communitaire* und nachfolgende Gesetzesakte der Union eigentlich zur Weiterentwicklung der betrieblichen Mitbestimmung beigetragen haben. In einem ersten Schritt (Kapitel 2) ist daher zu zeigen, in welchen Bereichen es zu Änderungen im ArbVG durch das Unionsrecht gekommen ist. Dabei werden auch Umsetzungsdefizite insoweit angesprochen als diese einen Hinweis auf die Schwierigkeiten zweier unterschiedlicher Mitbestimmungskonzepte bieten. In einem zweiten Schritt erfolgt eine Analyse dahingehend, in welchen Aspekten das ArbVG durch das Unionsrecht weiterentwickelt wurde, welche Grundtendenzen hier bestehen und wie diese in das nationale Mitwirkungskonzept eingeordnet werden können.

---

2 221 Blg KNV 1.

3 *Risak* in Liber Amicorum Rebhahn 134; *Schrammel*, Betrieb und Unternehmen in der österreichischen Arbeitsverfassung, in Festschrift Kühne (1984) 341 (342); *Floretta/Strasser*, BRG-Komm (1973) 8; *Floretta/Strasser*, Handkommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (1975) XXIX .

4 Dazu ausführlich *Rebhahn*, Das kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, NZA 2001, 763 (771); *Rebhahn*, Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJCLIR) 2004, 107 (117).

5 Dieses besteht insb neben Österreich noch in Deutschland, Luxemburg und den Niederlanden; vgl *Eurofound*, Employee representation at the establishment level in Europe: European Company Survey 2009 (2011) 10.

6 Dazu *Eurofound*, Employee representation 10 ff.

7 *Eurofound*, Workplace social dialogue in Europe: An analysis of the European Company Survey 2009 (2012) 49 ff.

8 *Eurofound*, Workplace social dialogue in Europe 18.

9 *Rehhahn*, NZA 2001, 771; *Risak* in Liber Amicorum Rebhahn 130.

2. Bestand an kollektivrechtlichen Normen im EU-Recht und deren Umsetzung ins ArbVG

2.1 Das Grundrecht auf Unterrichtung und Anhörung (Art 27 GRC)

Die GRC enthält in Kapitel IV (Solidarität) zwei wesentliche kollektive Rechte.[10] Einerseits geht es um das in zahlreichen anderen internationalen Dokumenten (insb ILO-Übereinkommen 98, Art 6 RESC) bekannte Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art 28). Andererseits geht es um das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer:innen im Unternehmen: Für die Arbeitnehmer:innen und ihre Vertreter:innen muss auf den geeigneten Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein, die nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind.[11]

Das Vorbild für diese Bestimmung war Art 21 RESC, der das Recht auf Unterrichtung und Anhörung insofern konkretisiert, als es einerseits die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens und andererseits die beabsichtigten Entscheidungen, welche die Interessen der Arbeitnehmer:innen erheblich berühren können (insb solche mit wesentlichen Auswirkungen auf die Beschäftigungslage), erfasst. In viel allgemeinerer Form verpflichtet schon das ILO-Übereinkommen 135 über Schutz und Erleichterung für Arbeitnehmer:innenvertreter:innen im Betrieb, die diesen eine rasche und wirksame Durchführung ihrer Aufgaben ermöglichen soll.

Auch wenn Art 27 GRC nicht nur von den Vertreter:innen, sondern auch von den individuellen Arbeitnehmer:innen spricht, so wird doch offensichtlich davon ausgegangen, dass der kollektiven Interessenvertretung der Vorzug zu geben ist und dass bei entsprechender Ausgestaltung auf kollektiver Ebene anzunehmen ist, dass diese die Vorgaben der Garantie grundsätzlich erfüllt. So wird zu Recht vertreten, dass eine nationale Rechtslage, die die Einrichtung eines Betriebsrates und dessen rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung zu die Stellung der Arbeitnehmer:innen betreffenden Angelegenheiten vorsieht, den Anforderungen des Art 27 GRC entspricht.[12]

2.2 Die Unterrichtungs- und Anhörungsrichtlinie 2002/14/EG

Konkretisiert wird Art 27 GRC durch die Unterrichtungs- und AnhörungsRL.[13] Der relevante Schwellenwert wird bei 50 Arbeitnehmer:innen im Unternehmen bzw

---

10 Vgl *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar[2] (2019) Art 27 Rz 15.

11 Dazu und insb zur Entstehungsgeschichte *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar[2] Art 27 Rz 1 ff.

12 *Holoubek* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar[4] (2019) Art 27 GRC Rz 9; *Lang* in *Stern/Sachs* (Hrsg), GRCh (2016) § 27 Rz 11; *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar[2] Art 27 Rz 16.

13 *Weber* in *Franzen/Gallert/Oetker* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht[5] (2023) RL 2002/14/EG Art 1 Rz 3.

20 Arbeitnehmer:innen im Betrieb angesetzt.[14] Inhaltlich wird auf drei Themenbereiche Bezug genommen: die jüngste Entwicklung und die wahrscheinliche Weiterentwicklung der Tätigkeit und der wirtschaftlichen Situation; die Beschäftigungssituation, Beschäftigungsstruktur und wahrscheinlicher Beschäftigungsentwicklung sowie Entscheidungen, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen können.[15] Die Unterrichtung erfolgt dabei „*zu einem Zeitpunkt, in einer Weise und in einer inhaltlichen Ausgestaltung, die dem Zweck angemessen sind und es insbesondere den Arbeitnehmervertretern ermöglichen, die Informationen angemessen zu prüfen und gegebenenfalls die Anhörung vorzubereiten*".[16] Auch die Anhörung wird weiter konkretisiert, der Zeitpunkt hat angemessen zu sein, die Gesprächspartner:innen haben der für das Thema relevanten Leitungs- und Entscheidungsebene anzugehören.

Österreich hat ebenso wie Deutschland der Europäischen Kommission 2008 mitgeteilt, dass keine Notwendigkeit bestanden habe, diese Richtlinie umzusetzen, die geltenden Rechtsvorschriften hätten bereits die Anforderungen der Richtlinie erfüllt.[17] Inhaltlich ist das im Wesentlichen der Fall, ein Defizit besteht jedoch hinsichtlich Art 4 Abs 2 lit c Unterrichtungs- und AnhörungsRL betreffend die Entscheidungen, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsverträge mit sich bringen können.[18]

Mit der Novelle BGBl I 2010/101 wurde jedenfalls der Zeitpunkt und auch der Inhalt der Informationen über beabsichtigte Betriebsübergänge in § 108 Abs 2a ArbVG (dazu unten Pkt 2.5) und betreffend die Betriebsänderungen in § 109 ArbVG konkretisiert. So sollen die betreffenden Mitwirkungsrechte effektiver gestaltet werden, da nur die rechtzeitige und vollständige Information des Betriebsrates die Einbindung der Arbeitnehmer:innen und damit sachgerechte Lösungen ermöglichen würde.[19] Interessanterweise wurde nicht auf die Unterrichtungs- und AnhörungsRL hingewiesen und in den Materialien auf „*das wirtschaftliche Informationsrecht sowie das Mitwirkungsrecht bei Betriebsänderungen*" hingewiesen; tatsächlich wurde aber nur das Informationsrecht iZm Betriebsübergängen in § 108 Abs 2a ArbVG neu formuliert und das allgemeine Informationsrecht nach den Abs 1 und 2 unverändert belassen. Die Intention der Gesetzgebung sowie systemtische Überlegungen sprechen mit *Schneller*[20] dafür, die Verpflichtungen des allgemeinen wirtschaftlichen Informationsrechts im Sinne der Konkretisierung in Abs 2a auszulegen. Damit wer-

14 Art 3 Unterrichtungs- und AnhörungsRL.
15 Art 4 Abs 2 Unterrichtungs- und AnhörungsRL.
16 Art 4 Abs 3 Unterrichtungs- und AnhörungsRL.
17 So die Mitteilung der Europäischen Kommission über die Überprüfung der Anwendung der RL 2002/14/EG, COM(2008) 146 endg 4.
18 So bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich (Teil II), DRdA 2003, 523 (525).
19 ErlRV 901 BlgNR XXIV. GP 6.
20 *Schneller* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 108 Rz 6 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1. 7. 2023).

den auch Zweifel in dieser Hinsicht betreffend der ausreichenden Umsetzung von Art 4 Abs 3 Unterrichtungs- und AnhörungsRL ausgeräumt.

Problematisch erscheint jedenfalls die ausreichende Sanktionierung der Verletzung der Informationspflichten.[21] Art 8 Abs 2 Unterrichtungs- und AnhörungsRL verlangt angemessene Sanktionen, die im Falle eines Verstoßes eintreten; sie müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein. Das ist in Österreich nicht der Fall, § 160 ArbVG sieht nicht einmal für alle Verstöße gegen die Verpflichtungen in §§ 108 f ArbVG eine Verwaltungsstrafe vor, zudem sind auch die Strafen eher niedrig bemessen.[22]

2.3 Arbeitnehmer:innenmitwirkung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten (Euro-Betriebsrat)

Schon vor der Unterrichtungs- und AnhörungsRL kam es zur Verabschiedung der Richtlinie 1994/45/EG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (idF kurz Euro-BR-RL) und damit zur Etablierung eines Mitbestimmungsmodells im Unionsrecht.[23] Wie dann in der Unterrichtungs- und AnhörungsRL werden damit keine „echten" Mitbestimmungsrechte wie in der österreichischen oder deutschen Betriebsverfassung geschaffen, sondern lediglich Informations- und Beratungsrechte etabliert. Wegen der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme der Arbeitsbeziehungen war freilich schon das kein einfaches Unterfangen, sondern das Resultat jahrzehntelanger Anstrengungen.[24] Der Euro-BR-RL liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass Mitbestimmung in transnational operierenden Unternehmen bzw Unternehmensgruppen eine koordinierte Gesetzgebung auf Unionsebene erfordert, um zumindest sicherzustellen, dass die in solchen Organisationen tätigen Arbeitnehmer:innen angemessen informiert und konsultiert werden, wenn Entscheidungen, die sich auf sie auswirken, außerhalb des Mitgliedstaates getroffen werden, in dem sie beschäftigt werden.[25] Neben den Informations- und Anhörungsrechten ist in der Euro-BR-RL breiter Raum dem Verfahren betreffend die Errichtung gewidmet und den Sozialpartner:innen auf Unternehmensebene ein weiter Spielraum eingeräumt –

---

[21] So *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 109 Rz 4; grds dazu *Brameshuber*, Information and consultation rights, in *ter Haar/Kun* (Hrsg), EU Collective Labour Law (2021) 239 (251).

[22] So auch *Schindler*, DRdA 2003, 523 (525) der von „Bagatellstrafen" spricht; ähnlich *Schneller*, in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 109 Rz 4.

[23] *Hennecken*, Informations und Konsultationsrechte, Mitbestimmung, sozialer Dialog und Kollektivvereinbarung, in *Schlachter/Henning* (Hrsg), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (2016) § 21 Rz 46.

[24] Dazu *Gagawczuk* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR – Einleitung V. Teil Europäische Betriebsverfassung 2330 ff; *Hennecken* in *Schlachter/Henning*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht § 21 Rz 46 jeweils mzN.

[25] So ErwG 12 Euro-BR-RL.

neben einem Abbruch der Verhandlungen besteht die Möglichkeit eines Euro-BR kraft Vereinbarung und auch die Schaffung eines anderen Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer:innen. Als Rückfallslösung ist ein Euro-BR kraft Gesetzes vorgesehen. Dadurch wird die Verhandlungsposition der Arbeitnehmer:innen gestärkt, da bei einem Scheitern dann die gesetzlich vorgesehene Mitwirkungsordnung eingreift.

Umgesetzt wurde die Euro-BR-RL durch die Einführung eines überaus umfangreichen V. Teiles (Europäische Betriebsverfassung) in das ArbVG durch BGBl 1996/601.[26] Eine wesentliche Überarbeitung erfolgte durch die Novelle BGBl I 2010/101, die die Neufassung der Euro-BR-RL 2009/38/EG umsetzte und diese in einem gewissen Sinne „nachschärfte". Es fällt auf, dass die österreichische Gesetzgebung stark an den Richtlinien orientiert ist, wo Spielräume bestehen, sind diese im Wesentlichen zur Konkretisierung genutzt worden.[27]

Ein besonders interessanter Aspekt der Euro-BR-RL ist hervorzuheben und zwar die Kostentragungspflicht. Nach Art 5 Abs 6 sind die Kosten für die Verhandlungen über die Errichtung von der zentralen Leitung zu tragen, damit das besondere Verhandlungsgremium seine Aufgaben in angemessener Weise erfüllen kann. Ebenso gehen die Verwaltungsausgaben des Euro-BR zu Lasten der zentralen Leitung, worunter insb Dolmetschkosten sowie Aufenthalts- und Reisekosten fallen (Abs 6 Subsidiäre Vorschriften nach Art 7). In beiden Fällen besteht für die Mitgliedstaaten insoweit ein Spielraum, als diese unter Wahrung des Grundsatzes der Sicherstellung der Wahrnehmbarkeit der Aufgaben in angemessener Weise Regeln für die Finanzierung festlegen können und diese insb auf die der Kosten für einen Sachverständigen begrenzen können. Die österreichische Gesetzgebung hat diese Bestimmung mit §§ 186, 197 ArbVG umgesetzt und unterscheidet hier zwischen Sacherfordernissen und Verwaltungsausgaben. Es sind dabei die Kosten für „*jedenfalls einen Sachverständigen*" zu ersetzen. In der Literatur wird dazu vertreten, dass die Formulierung „jedenfalls" dahingehend auszulegen ist, dass damit die Übernahme der Kosten auch für mehrere Sachverständige – soweit die Expertise notwendig ist – gemeint ist[28] bzw für einen Sachverständigen pro Sachgebiet.[29] Der OGH[30] hat erst jüngst klargestellt, dass es sich dabei um Sachverständige nach Wahl des jeweiligen Belegschaftsorgans handelt. Weder aus den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung

[26] Dazu *Köck*, Zur neuen „Europäischen Betriebsverfassung" im Arbeitsverfassungsgesetz, in FS Tomandl (1998) 213; *Gruber*, Das neue Europäische Betriebsverfassungsrecht, ecolex 1995, 40; *Winkler*, Ein neuerlicher Versuch der europarechtlichen Regelung der Betriebsverfassung in internationalen Unternehmen, ZAS 1994, 109; *Ritzberger-Moser*, Umsetzung der RL über den Europäischen Betriebsrat durch die ArbVG-Novelle BGBl 1996/601, DRdA 1997, 68.

[27] *Gagawczuk* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR – Einleitung V. Teil 2340 f.

[28] *Ritzberger-Moser* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm[3] (2018) § 186 ArbVG Rz 5; *Köck* in FS Tomandl 213 (228).

[29] *Mayr* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 186 Rz 11.

[30] Dazu jüngst OGH 29.8.2023, 8 ObA 28/23k, ASoK 2023, 427.

noch aus der in der Euro-BR-RL lässt sich ableiten, dass bei Beiziehung von Sachverständigen nur die Gratisinformation durch Interessenvertretungen eines bestimmten Mitgliedstaates in Anspruch genommen werden darf. Ebenso wurde festgehalten, dass bei Erforderlichkeit auch Subsachverständige herangezogen werden können.[31]

2.4 Mitbestimmung von Arbeitnehmer:innen in europäischen Unternehmensformen

Ähnlich dem Euro-BR, der die Mitbestimmung der Beschäftigten in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen regelt, ist auch für schon in ihrem Wesen transnational unmittelbar aus dem Unionsrecht erfließende Unternehmensformen der Europäischen Gesellschaft (Societas Europea – SE, Europäische Genossenschaft – SCE) eine Mitwirkung von Belegschaftsvertreter:innen in Form der Unterrichtung und Anhörung vorgesehen.

Die Verordnung 2157/2001/EG über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)[32] (in der Folge SE-VO) und in deren Ausführung das SEG[33] führte EU-weit eine neue Gesellschaftsform, die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – SE), ein. Ziel ist es, grenzüberschreitend tätigen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, eine Unternehmensverfassung nach dem Gemeinschaftsrecht zu wählen, anstatt in jedem Mitgliedstaat Tochtergesellschaften gründen zu müssen, für die dann jeweils unterschiedliche nationale Bestimmungen gelten.[34] Art 1 Abs 4 SE-VO sieht vor, dass die Beteiligung der Arbeitnehmer:innen in der SE durch die RL 2001/86/EG geregelt wird. In deren Umsetzung wurde dem ArbVG ein neuer VI. Teil (§§ 208–253 ArbVG) eingefügt, der die Beteiligung der Arbeitnehmer:innen in der SE regelt. Das Ziel dieser Bestimmungen ist die Schaffung eines Rechts auf Beteiligung der Beschäftigten in der SE, insb auf Anhörung und Mitbestimmung.

Dafür sind hinsichtlich der Unterrichtung und Anhörung – ähnlich der Europäischen Belegschaftsvertretung in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (dazu oben Pkt 2.3) – unterschiedliche Organe und Verfahren vorgesehen. Die Regelungen sind dabei zweigeteilt: Ein Bereich betrifft die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer:innen, der zweite die – im Entstehungsstadium stark umstrittene – Unternehmensmitbestimmung, worunter die Arbeitnehmer:innenmitwirkung in Aufsichtsrat bzw Verwaltungsrat verstanden wird. Zur Aushandlung einer Regelung beider Fragenkomplexe ist ein besonderes Ver-

---

31 So auch schon *Ritzberger-Moser* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 186 ArbVG Rz 5; *Naderhirn/Ritzberger-Moser/Mandl* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 186 Rz 5 (Stand 1.4.2020, rdb.at).

32 ABl 2001 L 294 S 1.

33 Bundesgesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE) – (SE-Gesetz – SEG), BGBl I 2004/67.

34 *Gruber-Risak* in *Gruber-Risak/Mazal* (Hrsg), Das Arbeitsrecht[42] (2023) Kap III Rz 132a.

handlungsgremium zu errichten. Die RL und in deren Umsetzung das ArbVG bevorzugen eine auf Vereinbarung basierende Lösung, bieten jedoch – sollte eine solche Regelung nicht binnen sechs Monaten ab Konstituierung des besonderen Verhandlungsgremiums zu Stande gekommen sein – eine subsidiäre Auffangregelung (SE-Betriebsrat kraft Gesetzes, Mitbestimmung kraft Gesetzes) an.

Die Verordnung 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft und in deren Ausführung das SCE-Gesetz[35] führt als neue Unternehmensform für länderübergreifend agierende Genossenschaften die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea – SCE) ein. Ziel ist es, auch Genossenschaften ähnlich der SE einen rechtlichen Rahmen zu bieten, der die Entwicklung länderübergreifender Aktivitäten fördert. Die Beteiligung der Arbeitnehmer:innen in der SCE ist dabei durch die RL 2003/72/EG zu regeln.[36] In deren Umsetzung wurde in das ArbVG erneut ein weiterer, nunmehr VII. Teil (§§ 254–257 ArbVG) eingeführt, der die Beteiligung der Arbeitnehmer:innen in dieser Unternehmensform regelt und dabei im Wesentlichen auf die Regelungen über die Arbeitnehmer:innenmitbestimmung in der SE verweist (§ 257 ArbVG).

Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten sollte die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EU erleichtern und regelte auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer:innen im Fall derartiger grenzüberschreitender Verschmelzungen. Diese Richtlinie ging später in der RL (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts[37] auf, die im Titel II Bestimmungen zur Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften enthält, wo in Art 133 die Mitbestimmung der Arbeitnehmer:innen geregelt ist. Die Umsetzung erfolgte durch die Einführung eines VIII. Teils (§§ 258–262) in das ArbVG, der mit eigenen Modifikationen auf die Normen über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE verweist, soweit sich diese auf das Recht auf Mitbestimmung beziehen (§ 260 ArbVG).[38]

Damit ist das ArbVG durch die Richtlinienumsetzung massiv angewachsen, wenngleich die neueren Mitbestimmungsregelungen im Wesentlichen der für die SE konzipierten Mitwirkungsordnung folgen.

---

35 Gesetz über das Statut der Europäischen Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea – SCE) – (SCE-Gesetz – SCEG), BGBl I 2006/104. Siehe dazu *Dellinger*, Was bringt das neue GenRÄG 2006, ecolex 2006, 570; *Zawischa*, Die Europäische Genossenschaft (SCE), in FS P. Doralt (2004) 729.

36 Art 1 Abs 6 SEC-VO.

37 Zuletzt erneut geändert durch die Richtlinie (EU) 2019/2121.

38 Siehe *Eckert*/*Schimka*, Die Arbeitnehmermitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem EU-VerschG, wbl 2008, 201; *Kaufmann*, Arbeitnehmermitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, RdW 2008/113, 150; krit hinsichtlich der überschießenden Umsetzung *Kovács*, Die Auswirkungen grenzüberschreitender Verschmelzungen auf die AN-Mitbestimmung (Teil I), ZAS 2019, 22; und Teil II, ZAS 2019, 165.

2.5 Rechte von Belegschaftsvertreter:innen in anderen Richtlinien

Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG

Die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG sieht in Art 2 ein Verfahren zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer:innenvertreter:innen und danach in Art 3 ein Massenentlassungsverfahren vor der zuständigen Behörde vor. Dabei hat die Konsultation „rechtzeitig" (Art 2 Abs 1) zu erfolgen und es sind insb Informationen mit einem Mindestinhalt schriftlich zu erteilen (Art 2 Abs 3 lit b). Davon ist der zuständigen Behörde eine Abschrift zu übermitteln.[39] Wird dann in der Folge das Verfahren vor dieser Behörde eingeleitet, so sind die Arbeitnehmer:innenvertreter:innen von diesem Umstand ebenso zu informieren (Art 3 Abs 2).

Die MassenentlassungsRL ist in Österreich in zwei Gesetzen umgesetzt: Das ArbVG befasst sich in § 108 mit der Information des Betriebsrats, das Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG) in § 45a mit der Information der zuständigen Behörde (dem Arbeitsmarktservice – AMS). Obwohl das Verfahren in zwei Schritte aufgeteilt ist, zuerst die Information des Betriebsrates und dann die Information des AMS, sieht es eine Information des letzteren zum Zeitpunkt der Information des Betriebsrates nicht vor. Es verpflichtet Arbeitgeber:innen lediglich, dem Betriebsrat eine Kopie der Unterrichtung der Behörde zu übermitteln (§ 45a Abs 4 AMFG und auch, gegenüber dem AMS einen Nachweis zu erbringen, dass die Anhörung des Betriebsrats stattgefunden hat (§ 45 Abs 3 AMFG). Darüber hinaus besteht keine Verpflichtung der Arbeitgeber:innen, die Behörde zu einem früheren Zeitpunkt zu informieren, insb zu dem Zeitpunkt, zu dem der Betriebsrat nach § 109 Abs 1a ArbVG schriftlich über die zentralen Aspekte der geplanten Massenentlassung in Kenntnis gesetzt wird. Damit hat Österreich die Bestimmung in Art 2 Abs 3 Unterabs 2 MassenentlassungsRL nicht ordnungsgemäß umgesetzt;[40] damit fehlt es auch an einer angemessenen Sanktion bei einem Verstoß.[41] Dies betrifft auch die umgekehrte Informationspflicht an den Betriebsrat betreffend die Anzeige beim AMS.[42]

Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG

Die BetriebsübergangsRL sieht in Art 7 Pflichten zur Information und Konsultation rechtzeitig vor Vollzug des Übergangs vor. Diese betreffen den (geplanten) Zeitpunkt, den Grund, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Arbeitnehmer:innen und die hinsichtlich dieser geplanten Maßnahmen vor.

Als im Zuge der Vorbereitung des EU-Beitritts die vorherige BetriebsübergangsRL 98/50/EG in das österreichische Recht umgesetzt wurde, wurde in § 108 ArbVG

---

[39] Zu den Rechtswirkungen der Unterlassung dieser Mitteilung EuGH C-134/22 – G-GmbH, HSI-Report 2023/3, 5 (*Schmitz*) = ZAS 2023/62, 245.

[40] So *Gruber-Risak,* HSI-Report 2023/3, 12; *Prankl*, Die Behördeninformation vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige dient nicht dem Individualschutz, ZAS 2023/56, 307 (310).

[41] Dazu *Prankl*, ZAS 2023/56, 307 (310).

[42] Dazu *Prankl*, ZAS 2023/56, 307 (311).

über die wirtschaftlichen Informations-, Interventions- und Beratungsrechte ein Abs 2a eingefügt.[43] Dieser wurde als Unterfall und letztlich als Konkretisierung der in Abs 1 vorgesehenen allgemeinen Rechte gesehen (arg „insbesondere").[44] Durch die Novelle BGBl I 2010/101 wurde dann eine Klarstellung betreffend die Rechtzeitigkeit und der inhaltlichen Ausgestaltung vorgenommen um die Mitwirkungsrechte effektiver zu gestalten, „*da nur eine rechtzeitige und vollständige Information des Betriebsrates die Einbindung der Arbeitnehmer und damit eine sachgerechte Lösung ermöglicht*".[45] Interessant ist dabei, dass dies nur für das Mitwirkungsrecht betreffend den Betriebsübergang erfolgte (und dann auch für die Betriebsänderungen in § 109 ArbVG), nicht aber für die allgemeinen Tatbestände der Abs 1 und 2 des § 108 ArbVG (dazu oben Pkt 2.1).

3. Grundtendenzen der unionsrechtlichen Weiterentwicklung des ArbVG: Weiterentwicklung oder Fremdkörper?

3.1 Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Dimension

Dem Territorialprinzip entsprechend ist das ArbVG nur auf in Österreich liegende Betriebe anzuwenden.[46] Nur in wenigen Konstellationen kommt es zu einer Ausstrahlung ins Ausland, wie insb im Falle von im Ausland tätigen, aber in inländische Betriebe organisiatorisch eingegliederten Arbeitnehmer:innen.[47] Nicht möglich ist jedenfalls eine Schaffung transnationaler Vertretungsorgane und Mitwirkungsmöglichkeiten mittels nationalem Recht. Dazu bedarf es gesetzgeberischer Aktivitäten auf EU-Ebene, die entweder in unmittelbar anwendbare Regelungen in Form von Verordnungen resultieren oder in Richtlinien. Zweitere erscheinen in diesem Zusammenhang ganz besonders geeignet, da sie eine Einpassung der unionsrechtlichen Mitwirkungsregelungen in die nationalen Systeme der Arbeitsbeziehungen ermöglichen, die durchaus divers sind. In diesem Sinne hat das Unionsrecht vor allem eine adäquate Reaktion auf grenzüberschreitende Sachverhalte ermöglicht. Das betrifft in erster Linie die Mitwirkung in grenzüberschreitend tätigen Unternehmen bzw Unternehmensgruppen in der Euro-BR-RL sowie die Arbeitnehmer:innenmitwirkung in den Europäischen Gesellschaftsformen der SE und der SCE sowie bei transnationalen Verschmelzungen. Damit wurde das ArbVG um eine internationale Dimension erweitert, wenngleich sich die dabei vorgesehenen Mitwirkungsrechte auf eine Information und Beratung beschränken (dazu gleich unter Pkt 3.3).

---

43 BGBl 1993/460.
44 ErlRV 1078 BlgNR XVIII. GP 15.
45 So ErlRV 901 BlgNR XXIV. GP 6.
46 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, Zell-Komm³ § 33 ArbVG Rz 4.
47 OGH 9 ObA 88/97z, DRdA 1998, 183 (*Hoyer*).

3.2 Konzentration auf Mitwirkung an unternehmerischen Entscheidungen

In inhaltlicher Hinsicht zeigt sich, dass es bei der im EU-Recht vorgesehenen Arbeitnehmer:innenmitwirkung in erster Linie um eine Mitwirkung an unternehmerischen Entscheidungen geht, die zudem im Vergleich zum Mitwirkungsmodell des ArbVG in ihrer Intensität äußerst schwach ausgestaltet ist (dazu sogleich). Eine Mitwirkung an individuellen Entscheidungen (zB Versetzung, Beendigung), wie sie das ArbVG kennt, ist hingegen nicht vorgesehen. Auch die mit Massenkündigungen und Betriebsübergängen im Zusammenhang stehenden Mitwirkungsrechte betreffen wirtschaftliche Entscheidungen von einiger Tragweite, die im österreichischen System als Mitwirkung bei Betriebsänderungen einzuordnen sind und nicht bei personellen Maßnahmen.

3.3 Geringere Intensität der Mitwirkungsrechte

Das ArbVG kennt eine Vielgestalt an Mitwirkungsrechten, die unterschiedlich stark in die Entscheidungsfreiheit der Arbeitgeber:innen bzw der Betriebsinhaber:innen eingreifen. In ihrer Intensität reichen sie von Auskunfts- und Informationsrechten über Überwachungs- und Beratungsrechte bis hin zu echten Mitentscheidungsrechten. Letztere können wiederum in imparitätische und paritätische Mitentscheidungsrechte sowie Einspruchs- und Zustimmungsrechte eingeteilt werden.[48] Das Unionsrecht kennt eine solche Diversität freilich nicht, sondern beschränkt sich auf ein Recht auf Unterrichtung und Konsultation. Es besteht damit nur ein Recht der Vertretungsorgane, informiert und gehört zu werden; eine Berücksichtigung der Arbeitnehmer:innensicht oder auch nur eine Begründungspflicht für ablehnende Entscheidungen resultiert daraus nicht.[49] Im Ergebnis ist damit kein relevanter Einfluss auf Arbeitgeber:innenentscheidungen verbunden.[50]

3.4 Dialog- vs Mitbestimmungsmodell

Die soeben angesprochene geringere Mitwirkungsintensität liegt nicht zuletzt an der unterschiedlichen Ausrichtung der Einbindung der Belegschaftsvertreter:innen in betriebliche Entscheidungen. Insb Art 27 GRC und der Unterrichtungs- und AnhörungsRL liegt die Überzeugung zu Grunde, dass von „*einem Dialog zwischen Arbeit-*

---

48 Dazu bspw *Gruber-Risak* in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht[42] (2023) Rz 159 ff; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I[11] (2020) 155; *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht[4] (2021) 737.

49 Ähnlich *Zachert*, Die Arbeitnehmergrundrechte in einer Europäischen Grundrechtscharta, NZA 2001, 1041 (1043); *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar[2] Art 27 Rz 14.

50 *Mosler*, Menschenbild und soziales Ideal im europäischen Arbeitsrecht, in GS Rebhahn (2019) 349 (359), der darauf hinweist, dass dies seine Ursache auch darin hat, dass einzelne Mitgliedstaaten keine weiteregehenden kollektiven Rechte auf betrieblicher Ebene in ihrem nationalem Recht kannten und eine Erweiterung auf EU-Ebene verhindert haben.

nehmer:innen und Unternehmer:innen Besseres zu erwarten ist, als von einer Konfrontation".[51] In diesem Sinne soll die Information und Anhörung einerseits verhindern, dass die Sichtweise der Arbeitenden nicht ausreichend berücksichtigt wird und damit uninformierte unternehmerische Entscheidungen getroffen werden.[52] Andererseits soll natürlich die Stellung der Arbeitnehmer:innen gestärkt werden, die so informiert auf die Entscheidungen der Arbeitgeber:innen Einfluss nehmen können.[53]

Dazu im Gegensatz steht das Mitbestimmungsmodell des ArbVG, das stärker von einem Interessengegensatz ausgeht, der durch die Betriebsverfassung ausgeglichen werden soll. *Strasser*[54] weist zutreffend darauf hin, dass „*alles in allem* (..) *der Interessengegensatz dem Verhältnis AN und AG im Betrieb das Gepräge*" gibt und dass „*alles in allem genommen*, (…) *diese Interessenkonstellation durch die herrschende Sozial- und Rechtsordnung, im Besonderen durch das geltende Vermögensrecht (im Vordergrund steht dabei das Eigentumsrecht und das Arbeitsvertragsrecht) bewirkt*" wird. Erkennt man diese Situation an und zieht zusätzlich in Betracht, dass sich die Arbeitenden in einer schwächeren Verhandlungsposition befinden, dann ist es nachvollziehbar, dass der Interessenausgleich nicht nur in einem Dialog, sondern vor allem durch gesetzlich eingeräumte Mitbestimmungsrechte erfolgen muss.

3.5 Erhöhung des Detaillierungsgrades der Informationen und des Informationszeitpunktes

Da sohin der Prozess der Information und Konsultation im Fokus steht, verwundert es nicht, dass dieser stärker determiniert ist, als im österreichischen Betriebsverfassungsrecht und in dieser Hinsicht Änderungsbedarf bestand. Damit wurde die Mitwirkungsintensität und Tiefe sowie Genauigkeit der wirtschaftlichen Informations-, Interventions- und Beratungsrechte vor allem durch unionsrechtliche Entwicklungen deutlich verstärkt.[55]

3.6 Sanktionierung von Verstößen

Die Konzentration der unionsrechtlichen Arbeitnehmer:innenmitwirkung auf Information und Konsultation führt auch dazu, dass der Sanktionierung von Verletzungen der einschlägigen Verpflichtungen mehr Gewicht zukommt. So verlangt insb Art 8 Abs 2 Unterrichtungs- und AnhörungsRL angemessene Sanktionen, die im Fall eines Verstoßes greifen; sie müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein. Die Strafbestimmungen des ArbVG in § 160 ArbVG sieht nicht einmal für alle Verstöße gegen die Verpflichtungen in §§ 108 f ArbVG eine Verwaltungsstrafe vor,

---

[51] *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar[2] Art 27 Rz 1 ff; *Lang* in *Stern/Sachs*, GRCh § 27 Rz 6.

[52] Ähnlich *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar[2] Art 27 Rz 13.

[53] *Jarass*, EU-Grundrechte[2] (2019) § 29 Rz 4.

[54] *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 39 Rz 2 (Stand 1.6.2004, rdb.at).

[55] *Schneller* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 108 Rz 6.

zudem sind auch die Strafen mit bis zu € 2.180,– eher niedrig bemessen und wurden zuletzt durch BGBl 1993/460 erhöht.[56] Anders sieht dies bei den Strafdrohungen im Zusammenhang mit dem Euro-BR in § 207 ArbVG (bis zu € 20.000,– bzw bis zu € 40.000,– im Wiederholungsfall) aus. Bei der Sanktionierung von Verstößen im Zusammenhang mit der Beteiligung der Arbeitnehmer:innen in der SE kommt wieder das geringere Strafmaß von € 2.180,– zur Anwendung (§ 253 ArbVG). Jedenfalls sollten die Strafen wieder erhöht werden, eine Vereinheitlichung des Strafausmaßes wäre hier zu erwägen.

3.7 Kostentragung der Amtstätigkeit

Bei den Kosten des Betriebsrats besteht im ArbVG eine Zweiteilung: Während die Sachmittel von den Betriebsinhaber:innen beizustellen sind (§ 72 ArbVG), sind die Kosten der Geschäftsführung aus dem Betriebsratsfonds zu finanzieren (§ 73 ArbVG).[57] Die unionsrechtlichen Mitwirkungsregelungen folgen einer gänzlich anderen Konzeption, hier sind nämlich die Verwaltungsausgaben von den Betriebsinhaber:innen zu ersetzen (Art 5 Abs 6; Subsidiäre Vorschriften Abs 6 Euro-BR-RL). Damit bestehen derzeit im ArbVG zwei unterschiedliche Kostentragungskonzepte, je nachdem welcher Vertretungskörper betroffen ist. Das ist nicht unbedingt eine befriedigende Situation. Es ist daher mE zu erwägen, im Sinne einer Vereinheitlichung die angemessenen Geschäftsführungskosten nach § 72 ArbVG zu verlagern.

4. Ergebnis

Das Unionsrecht hat die österreichische Betriebsverfassung vor allem in seiner internationalen Dimension weiterentwickelt und Möglichkeiten der Mitwirkung der Belegschaft bei grenzüberschreitenden Unternehmensstrukturen geschaffen. Dass die europäische Mitbestimmungsordnung sich dabei in ihrer Intensität massiv von der des ArbVG unterscheidet verwundert ob der Diversität der Systeme der Arbeitsbeziehungen in Europa wenig. Die Konzentration auf die Unterrichtung und Beratung führt freilich dazu, dass die Bestimmungen zur Dichte und dem Zeitpunkt der Information konkreter gefasst wurden. Hinsichtlich den im ArbVG bislang eher weniger beachteten Themen der Kostentragung durch die Arbeitgeber:innen und dem Sanktionssystem ist es denkbar, dass das Unionsrecht Anstöße zu einer Überarbeitung bieten kann und damit diese beiden Mitbestimmungsordnungen näher aneinander heranführt.

---

[56] Mit dem 1. Euro-Umstellungsgesetz BGBl I 2001/98 erfolgte lediglich eine Umrechnung der Maximalstrafe in Höhe von € 30.000,– auf den derzeit gültigen Eurobetrag.

[57] Dazu *Gruber-Risak* in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht[42] Kap III Rz 77.

Die Betriebsverfassung – Ein Blick über die Grenze

Walter Gagawczuk

1. Einleitung 563
   1.1 Verschiedene Modelle der Arbeitnehmervertretung in Europa 563
   1.2 Arbeitnehmervertretung in Österreich und Deutschland 564
2. Einzelne Unterschiede zwischen Österreich und Deutschland bei der Betriebsratswahl und beim Organisationsrecht 564
   2.1 Die vereinfachte Betriebsratswahl 564
   2.2 Sachmittel, Kosten der Geschäftsführung und Sachverständige 566
   2.3 Ausbildung und Freistellung 567
3. Einzelne Unterschiede zwischen Österreich und Deutschland bei der Mitbestimmung 569
   3.1 Personalplanung und Einstellung von Mitarbeiter:innen 569
   3.2 Kündigung 571
   3.3 Sozialplan 573
4. Fazit 574

1. Einleitung

1.1 Verschiedene Modelle der Arbeitnehmervertretung in Europa

Die betriebliche Interessenvertretung nach dem ArbVG erfolgt durch die Betriebsräte bzw durch die unmittelbar oder mittelbar von den AN im Betrieb gewählten Organen der Arbeitnehmerschaft gemäß § 40 leg cit.[1] Mitglieder des Betriebsrats können grundsätzlich nur AN des Betriebes sein. Die Ausnahme gemäß § 53 Abs 4 ArbVG, wonach unter gewissen Voraussetzungen auch Gewerkschaftsvertreter:innen in den Betriebsrat gewählt werden können, kommt in der Praxis nur selten zur Anwendung.

Die betriebliche Interessenvertretung erfolgt also in der Privatwirtschaft in Österreich durch den Betriebsrat. Nichtsdestotrotz gibt es meist einen regelmäßigen Kontakt und eine starke Verbindung zwischen Betriebsrat und der jeweiligen Fachgewerkschaft und letztere unterstützt die Betriebsräte im Bedarfsfall gemeinsam mit der gesetzlichen Interessenvertretung, insbesondere durch Schulungen, Beratungen und gegebenenfalls Rechtsschutz. Dieses Prinzip der formellen Eigenständigkeit der betrieblichen Interessenvertretung von der Gewerkschaft ist eher eine Ausnahme in der EU. Nur Deutschland und die Niederlande haben ein ähnliches System. In den anderen Mitgliedstaaten erfolgt die betriebliche Interessenvertretung durch die

[1] Im Folgenden wird zwecks Vereinfachung nur mehr der Betriebsrat und werden nicht mehr alle Organe der Arbeitnehmervertretungen (Zentralbetriebsrat, Konzernvertretung etc) nach dem ArbVG erwähnt.

Gewerkschaften allein (zB Schweden) oder die Gewerkschaft hat eine bestimmte Anzahl von Sitzen im Betriebsrat bzw hat starken Einfluss auf die Wahl der Mitglieder des Betriebsrats (zB Italien, Frankreich) oder es existieren beide Interessenvertretungen nebeneinander und stehen manchmal auch in einem Verhältnis der Konkurrenz zueinander (zB Bulgarien).

1.2 Arbeitnehmervertretung in Österreich und Deutschland

Eine betriebliche Interessenvertretung ähnlichen Typs wie Österreich haben also nur Deutschland und die Niederlande, wobei es zur Rechtslage in Deutschland sehr viele Ähnlichkeiten gibt. Dies beginnt bereits beim Begriff des Betriebes und der Betriebsratswahl. Aber auch bei der Organisation und den Aufgaben gibt es starke Ähnlichkeiten, auch wenn die Terminologie sich manchmal unterscheidet. So etwa wird der Zentralbetriebsrat in Deutschland als Gesamtbetriebsrat bezeichnet. Die Gemeinsamkeiten sind jedoch nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen. Vielmehr wurden einzelne Themen ausgewählt, wo die Rechtlage wesentliche Unterschiede zwischen Deutschland und Österreich aufweist, die rechtspolitisch interessante Anregungen sein können.

2. Einzelne Unterschiede zwischen Österreich und Deutschland bei der Betriebsratswahl und beim Organisationsrecht

2.1 Die vereinfachte Betriebsratswahl

Je nach Größe und Art des Betriebes sowie Anzahl der Wahlvorschläge sind Betriebsratswahlen mehr oder weniger kompliziert. Da mehrere Fristen, wie insbesondere solche für die Einberufung von Versammlungen, für mögliche Einsprüche gegen die Wählerliste, für die Einreichung von Wahlvorschlägen und iZm der Ausstellung von Wahlkarten einzuhalten sind, benötigen Betriebsratswahlen idR auch mehrere Wochen. Um den Ablauf für Kleinbetriebe möglichst gering und kurz zu halten, gibt es daher sowohl in Österreich als auch in Deutschland Sonderbestimmungen für ein vereinfachtes Wahlverfahren.

Österreich

Ein vereinfachtes Wahlverfahren ist in Österreich in Betrieben, in denen bis zu zwei Betriebsratsmitglieder zu wählen sind, also in Betrieben mit höchstens 19 AN, vorgesehen. Zum normalen Wahlverfahren gibt es drei wesentliche Unterschiede: Der Wahlvorstand besteht nicht aus drei, sondern nur aus einer Person, Wahlvorschläge können, müssen aber nicht eingereicht werden und die Betriebsratsmitglieder und die Ersatzmitglieder werden durch die Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt. Die Ermittlung des Wahlergebnisses erfolgt also nicht nach den Grundsätzen des Verhältniswahlrechts, sondern nach dem Mehrheitswahlrecht. Wurden mindestens zwei Wahlvorschläge eingereicht, so gilt jener Wahlvorschlag als gewählt, der die

Mehrzahl der abgegebenen Stimmen auf sich vereint. Wurde nur ein Wahlvorschlag eingereicht, so benötigt dieser die absolute Mehrheit der Stimmen und wurde kein Wahlvorschlag eingereicht, so können Stimmen für jede:n passiv wahlberechtigte:n AN abgegeben werden und es ist für jedes Betriebsratsmitglied und für jedes Ersatzmitglied ein gesonderter Wahlgang durchzuführen.[2]

Deutschland

Die Grundidee des vereinfachten Verfahrens in Deutschland ist die Durchführung der Wahl im Rahmen sogenannter Wahlversammlungen. Die Wahl selbst läuft aber ähnlich ab, wie bei der normalen Betriebsratswahl, also persönlich, einzeln und unbeobachtet hinter Sichtschutz. Der Unterschied liegt darin, dass die Wahlberechtigten bei der Versammlung in einem Raum zusammen sind und dort direkt, aber nacheinander den Wahlakt in einer Wahlkabine vornehmen. Gibt kein:e AN die Stimme mittels Briefwahl ab, dann kann die Auszählung der Stimmen und die Bekanntgabe des Ergebnisses sofort in der Wahlversammlung erfolgen.

In der Regel ist nur eine Wahlversammlung erforderlich. In diesem Fall wird der Wahlvorstand vom bereits bestehenden Betriebsrat rechtzeitig bestellt und Wahlvorschläge können bis eine Woche vor der Wahlversammlung gemacht werden. Wird zum ersten Mal ein Betriebsrat gewählt, dann sind idR zwei Versammlungen erforderlich. Bei der ersten wird ein Wahlvorstand gewählt und eine Woche später findet die zweite Versammlung statt, bei der die eigentliche Betriebsratswahl stattfindet.

Vorgesehen ist das vereinfachte Wahlverfahren in Betrieben mit idR fünf bis 100 wahlberechtigten AN, wobei der Betriebsrat in Betrieben von fünf bis 20 AN aus einer Person besteht, in Betrieben von 21 bis 50 AN aus drei und in Betrieben mit 51 bis 100 AN aus fünf Personen. Darüber hinaus kann die Anwendung des vereinfachten Wahlverfahrens in Betrieben mit idR 101 bis 200 AN (sieben Betriebsratsmitglieder) zwischen Wahlvorstand und AG vereinbart werden.[3]

Anmerkung

Der größte Unterschied liegt zweifellos im Anwendungsbereich. Während in Österreich das vereinfachte Verfahren nur in Betrieben bis 19 AN vorgesehen ist, wird es in Deutschland in Betrieben bis 100 AN jedenfalls und in Betrieben mit 101 bis 200 AN bei entsprechender Vereinbarung angewandt. Rechtspolitisch wäre es daher durchaus diskussionswürdig, auch in Österreich den Anwendungsbereich zumindest auf Betriebe bis 50 AN zu erweitern. Andererseits ist die Möglichkeit, nach deutschem Recht den Anwendungsbereich durch eine Vereinbarung zwischen Wahlvorstand und AG zu erweitern, kritikwürdig. Die sachliche Rechtfertigung dafür,

[2] § 58 ArbVG, § 36 Betriebsrats-Wahlordnung.

[3] § 14a, § 17a BetrVG, §§ 28 ff Wahlordnung BetrVG. Der Anwendungsbereich wurde erst vor kurzem durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz 2021 von 50 auf 100 (obligatorisch) bzw von 100 auf 200 (bei Vereinbarung) erweitert.

dass der/die AG das Wahlverfahren für die Arbeitnehmervertretung mitbestimmen soll, ist nämlich gering.

Im Übrigen ist die Art der Vereinfachung des Wahlverfahrens in beiden Ländern prinzipiell unterschiedlich. Welches dieser beiden Verfahren besser ist, also eine möglichst starke Vereinfachung bei Gewährleistung der notwendigen Sicherheit bietet, wird von Betrieb zu Betrieb bzw von Belegschaft zu Belegschaft unterschiedlich sein und nur im Einzelfall beurteilt werden können.

2.2 Sachmittel, Kosten der Geschäftsführung und Sachverständige

Österreich

In Österreich wird zwischen Sachmitteln wie insbesondere Räumlichkeiten, Kanzlei und Geschäftserfordernissen einerseits und den sonstigen Kosten der Geschäftsführung des Betriebsrats wie insbesondere Fahrtspesen andererseits unterschieden. Erstere sind von dem/der AG zur Verfügung zu stellen und letztere werden regelmäßig über die Betriebsratsumlage bzw aus dem Betriebsratsfonds finanziert.[4] Sollten Beratung (rechtliche oder welcher Art auch immer) oder Rechtschutz erforderlich sein, so erfolgen diese vorrangig direkt durch die Fachgewerkschaften oder erforderlichenfalls durch Anwält:innen, die von den Gewerkschaften beauftragt werden, in Ausnahmefällen durch die gesetzliche Interessenvertretung. In seltenen Fällen erfolgt die Finanzierung über den Betriebsratsfonds.

Deutschland

Auch in Deutschland hat der/die AG die Sachmittel bereitzustellen und darüber hinaus die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten zu tragen.[5] Reisekosten uä werden also von dem/der AG gezahlt. Ein Betriebsratsfonds oder ähnliches existiert nicht.[6] Darüber hinaus hat der Betriebsrat auch das Recht, Sachverständige – insbesondere für juristische, aber auch sonstige Fragen, wie etwa betriebswirtschaftliche oder EDV-spezifische – auf Kosten des/der AG beizuziehen. Voraussetzung ist, dass mit dem/der AG eine Vereinbarung über die Hinzuziehung getroffen wird.[7] Wenn diese verweigert wird, kann der Betriebsrat eine Entscheidung des Arbeitsgerichtes erwirken, welche die Zustimmung des/der AG ersetzt.[8] Keine Vereinbarung mit dem/der AG ist erforderlich bei der Zuziehung von Sachverständigen iZm Betriebsänderungen in Unternehmen mit mehr als 300 AN[9] und wenn der

[4] §§ 72 ff ArbVG.

[5] § 40 BetrVG.

[6] Siehe dazu Näheres in *Karacz*, Senkung der Unternehmenskosten durch Einführung eines Betriebsratsfonds in Deutschland, ZESAR 2009, 273.

[7] § 80 Abs 3 BetrVG; zum Recht einen Sachverständigen beizuziehen siehe auch die ähnliche Rechtslage im Rahmen der Europäischen Betriebsverfassung (etwa Art 5 Abs 4 und Anhang I Abs 5 und 6 EBR-Richtlinie).

[8] Näheres dazu siehe etwa *Buschmann* in *Däubler/Klebe/Wedde* (Hrsg), BetrVG[18] § 80 Rn 154 ff.

[9] § 111 Satz 2 BetrVG.

Betriebsrat die Einführung oder Anwendung künstlicher Intelligenz für die Durchführung seiner Aufgaben beurteilen muss, gilt die Hinzuziehung eines Sachverständigen ex lege als erforderlich.[10]

Anmerkung

Die gänzliche Kostentragung durch den/die AG wie in Deutschland hat aus AN-Sicht zweifellos Vorteile. Andererseits hat der/die AG dadurch auch Einblick, in welchem Umfang der Betriebsrat Sachverständige bzw Beratung in Anspruch nimmt. Weiters wird die Kostenübernahme durch den/die AG trotz Anspruch auf Kostentragung in der Praxis in kleineren Unternehmen nicht immer bzw tendenziell schwer durchsetzbar sein.

Der Umstand, dass – so wie in Österreich – der Betriebsrat bei der Inanspruchnahme von Beratung und Rechtschutz stärker auf die Gewerkschaft angewiesen ist, hat auch strategische Vorteile. Eine gute Zusammenarbeit der betrieblichen und der überbetrieblichen Interessenvertretung sichert mittel- und langfristig eine starke Vertretung der AN, die bei Bedarf geeint an einem Strang zieht.

2.3 Ausbildung und Freistellung

Österreich

Die Ausbildung für Betriebsratsmitglieder erfolgt in der Praxis fast ausschließlich über Schulungs- und Bildungsveranstaltungen der Fachgewerkschaften, des ÖGB und der gesetzlichen Interessenvertretung. Für die Teilnahme an diesen Kursen werden Betriebsratsmitgliedern, die Gewerkschaftsmitglieder sind, grundsätzlich keine Kosten verrechnet. Die Freistellung für die Zeit der Veranstaltung und die Kosten für die Entgeltfortzahlung sind grundsätzlich von dem/der AG zu gewähren bzw zu bezahlen und erstrecken sich auf drei Wochen und drei Arbeitstage bzw in Ausnahmefällen bei Vorliegen eines Interesses an einer besonderen Ausbildung auf fünf Wochen pro Funktionsperiode.[11]

Für die Zeit der Erfüllung ihrer Betriebsratstätigkeit innerhalb der Arbeitszeit haben Betriebsratsmitglieder Anspruch auf Freistellung unter Fortzahlung des Entgelts. Ein Anspruch auf (gänzliche) Freistellung mit Entgeltfortzahlung besteht für ein Mitglied der Körperschaft in Betrieben mit mehr als 150 AN. In Betrieben mit mehr als 700 AN besteht der Anspruch auf Freistellung von zwei Mitgliedern, in Betrieben mit mehr als 3.000 AN ein solcher für drei und ein weiteres für je weitere 3.000 AN.[12] Teilfreistellungen im Sinne der Teilung einer gänzlichen Freistellung unter zwei oder mehreren Mitgliedern sind gesetzlich nicht vorgesehen.

---

[10] § 80 Abs 3 BetrVG.

[11] § 118 ArbVG; in Betrieben mit weniger als 20 AN besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

[12] §§ 116, 117 ArbVG.

Deutschland

Bei Schulungsmaßnahmen des Betriebsrats wird in Deutschland zwischen der Vermittlung von Grundwissen und darüberhinausgehenden erforderlichen Schulungen (Spezialschulungen) unterschieden. Grundlagenschulungen müssen von dem/der AG zugestanden werden. Ein darüberhinausgehendes Spezialwissen wird nur dann als erforderlich angesehen, wenn das Betriebsratsmitglied dieses Wissen unter Berücksichtigung der konkreten Situation des Betriebs und des Wissenstandes alsbald oder zumindest in absehbarer Zeit benötigt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann sind die Entgeltfortzahlung und die Kosten für die Teilnahme an der Schulungsteilnahme von dem/der AG zu ersetzen.[13] Der Anspruch besteht auch für Ersatzmitglieder, wenn sie häufig und für längere Zeit Betriebsratsmitglieder vertreten.[14]

Daneben hat jedes Betriebsratsmitglied während seiner Amtszeit einen Anspruch auf Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen, die von der obersten Arbeitsbehörde des Landes als geeignet anerkannt wurden. Dieser Anspruch ist begrenzt mit drei Wochen bzw bei AN, die erstmals das Amt eines Betriebsratsmitglieds übernehmen, mit vier Wochen.[15] In diesem Fall besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, jedoch nach überwiegender Ansicht kein Anspruch auf Kostenübernahme.[16]

Wie in Österreich haben die Betriebsratsmitglieder für die Zeit der Erfüllung ihrer Betriebsratstätigkeit innerhalb der Arbeitszeit einen Anspruch auf Freistellung ohne Minderung des Arbeitsentgelts. Darüber hinaus haben sie zum Ausgleich für die Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, einen Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts.[17]

Ein Anspruch auf (gänzliche) Freistellung mit Entgeltfortzahlung besteht für ein Mitglied der Körperschaft in Betrieben mit mehr als 200 AN. In Betrieben mit mehr als 500 AN besteht der Anspruch auf Freistellung von zwei Mitgliedern, ab 901 AN von drei Mitgliedern, ab 1.501 AN von vier Mitgliedern, ab 2.001 AN von fünf Mitgliedern, danach steigt die Anzahl pro 1.000 AN um ein Mitglied und in Betrieben ab 10.000 AN ein weiteres Mitglied für je angefangene 2.000 AN.[18] Freistellungen können auch in Form von Teilfreistellungen erfolgen.

---

[13] § 37 Abs 6 und § 40 BetrVG; Näheres etwa *Wedde* in *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG[18] § 37 Rn 112 ff und § 40 Rn 81 ff.

[14] BAG 19.9.2001, 7 ABR 32/00.

[15] § 37 Abs 7 BetrVG.

[16] *Wedde* in *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG[18] § 37 Rn 190.

[17] § 37 Abs 2 und 3 BetrVG. Näheres zur unterschiedlichen Rechtslage und historischen Entwicklung in Österreich und Deutschland siehe *Köck*, Betriebsratstätigkeit und Arbeitspflicht (1992) 9–47.

[18] § 38 BetrVG.

Anmerkung

Der Umstand, dass in Deutschland neben den Kosten für die Entgeltfortzahlung auch die Kosten der Schulung selbst idR von dem/der AG zu tragen sind, ist aus AN-Sicht prima facie vorteilhaft. Andererseits wird es dadurch in der Praxis oft schwerer sein, den Besuch von Kursen, die über die Grundschulung hinausgehen, in kleinen und mittleren Unternehmen durchzusetzen.

Der fehlende Ausgleich für die Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit in Österreich veranlasst viele – insbesondere Frauen mit Betreuungspflichten –, von einer Kandidatur bei einer Betriebsratswahl Abstand zu nehmen. Die Rechtslage in Deutschland würde dies verhindern oder zumindest entschärfen.

Bei der Freistellung des ersten Mitglieds liegt der Schwellenwert in Deutschland zwar mit 200 AN etwas höher als in Österreich, dafür steigt der Anspruch auf weitere Freistellungen in Deutschland danach wesentlich schneller. So zB gibt es in Deutschland für einen Betrieb mit 2.500 AN einen Anspruch auf Freistellung für fünf Mitglieder und in Österreich nur für zwei.

Die Inanspruchnahme der Freistellungen ist in Deutschland flexibler geregelt. Eine Teilfreistellung ist nämlich im Gesetz vorgesehen. In Österreich ist dies nur in Form eines rechtlich unverbindlichen Gentleperson's Agreements zwischen Betriebsrat und Betriebsinhaber:in möglich.

3. Einzelne Unterschiede zwischen Österreich und Deutschland bei der Mitbestimmung

3.1 Personalplanung und Einstellung von Mitarbeiter:innen

Österreich

Der Betriebsrat ist über den künftigen Bedarf an AN und die im Zusammenhang damit in Aussicht genommenen personellen Maßnahmen rechtzeitig zu unterrichten.[19] Sobald die Zahl der aufzunehmenden AN, deren geplante Verwendung und die in Aussicht genommenen Arbeitsplätze bekannt sind, ist der Betriebsrat zu informieren und dieser kann darüber eine Beratung verlangen. Jede erfolgte Einstellung ist dem Betriebsrat unter Angaben über die vorgesehene Verwendung und Einstufung des/der AN, den Lohn oder das Gehalt sowie eine allfällige vereinbarte Probezeit oder Befristung unverzüglich mitzuteilen.[20]

Spezielle Informationsrechte und Beratungsrechte bestehen bei der Aufnahme der Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften. Diesbezüglich kann auch eine

[19] § 98 ArbVG.

[20] § 99 Abs 2 bis 4 ArbVG.

Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden, die erforderlichenfalls auch über die Schlichtungsstelle erzwingbar ist.[21]

Deutschland

Der Betriebsrat ist über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die daraus sich ergebenden personellen Maßnahmen einschließlich der geplanten Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum/zur AG stehen, und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.[22]

Der Betriebsrat kann verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, vor ihrer Besetzung im Betrieb ausgeschrieben werden.[23] Gibt es Auswahlrichtlinien für Einstellungen, dann bedürfen diese der Zustimmung des Betriebsrats. Gibt es keine Auswahlrichtlinien, dann kann der Betriebsrat in Betrieben mit mehr als 500 AN diese verlangen und gegebenenfalls über die Einigungsstelle erzwingen.[24]

Darüber hinaus ist der Betriebsrat in Unternehmen mit idR mehr als 20 wahlberechtigten AN vor jeder Einstellung zu unterrichten und es sind ihm die Bewerbungsunterlagen vorzulegen sowie Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben. Der/Die AG hat außerdem die Zustimmung des Betriebsrats über die Einstellung einzuholen. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, so hat er dies dem/der AG unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche mitzuteilen. Gründe für die Verweigerung der Zustimmung wie etwa die Gefahr der Kündigung bereits beschäftigter AN oder der Verstoß gegen Auswahlrichtlinien oder eine erforderliche Stellenausschreibung sind im Gesetz angeführt. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, kann der/die AG eine Entscheidung des Gerichtes einholen.[25] In dringenden Fällen kann der/die AG die Einstellung auch ohne Zustimmung des Betriebsrats durchführen. Sehr wohl ist der Betriebsrat unverzüglich darüber zu informieren und wenn dieser die Dringlichkeit bestreitet, dann muss der/die AG innerhalb von drei Tagen das Gericht anrufen, um die vorläufige Einstellung aufrecht erhalten zu können.[26]

Anmerkung

Die Rechte des Betriebsrats bei der Einstellung von AN sind in Deutschland klar stärker als in Österreich. Insbesondere ist grundsätzlich die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich. Er kann auch eine vorherige Stellenausschreibung im Betrieb verlangen und in größeren Betrieben kann er Auswahlrichtlinien für die Einstellung

[21] § 99 Abs 4, § 97 Abs 1 Z 1a und Abs 2 ArbVG.
[22] § 92 Abs 1 BetrVG.
[23] § 93 BetrVG.
[24] § 95 Abs 1 und 2 BetrVG; klargestellt wurde in Abs 2a durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, dass diese Mitbestimmungsrechte bei den Auswahlrichtlinien auch dann gelten, wenn dabei künstliche Intelligenz zum Einsatz kommt.
[25] § 99 Abs 4 BetrVG.
[26] § 100 BetrVG.

von AN erzwingen. Im Vergleich dazu sind die Möglichkeiten der Arbeitnehmervertreter:innen in Österreich bescheiden.

3.2 Kündigung

Österreich

Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung eines/einer AN zu verständigen. Innerhalb einer Woche kann der Betriebsrat dazu Stellung nehmen.[27] Eine Kündigung ohne Verständigung des Betriebsrats ist rechtsunwirksam.

Für den Betriebsrat gibt es drei Möglichkeiten, auf die Verständigung von der Kündigungsabsicht zu reagieren: Er kann ausdrücklich widersprechen, er kann ausdrücklich zustimmen oder er kann schlicht untätig bleiben bzw erklären, keine Stellungnahme abgeben zu wollen. Erfolgt die Zustimmung zur Kündigung, so hat dies zur Konsequenz, dass der/die AN die Kündigung nicht mehr wegen Sozialwidrigkeit anfechten kann (sogenanntes Sperrrecht des Betriebsrats).[28] Dies bedeutet nicht bloß, dass kein Sozialvergleich mehr stattfindet, sondern dass die Anfechtung dann nur mehr wegen eines unzulässigen Motivs wie etwa Kündigungen wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit, Kündigung im Zusammenhang mit der Gründung eines Betriebsrats oder wegen der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis[29] oder gestützt auf eine Bekämpfung der Kündigung außerhalb des ArbVG, wie etwa eine Kündigungsanfechtung wegen eines Diskriminierungstatbestandes nach dem Gleichbehandlungsgesetz, möglich ist. Erfolgt ein ausdrücklicher Widerspruch, dann hat dies zur Folge, dass im Zuge einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit auch ein Sozialvergleich durchgeführt werden kann.[30]

Bleibt der Betriebsrat innerhalb der Woche nach der Verständigung untätig oder erklärt er, keine Stellungnahme abzugeben, oder erfolgt eine Stellungnahme, aus der nicht eindeutig eine Zustimmung oder ein ausdrücklicher Widerspruch entnommen werden kann, so wird dies als „keine Stellungnahme" gewertet. In diesem Fall kann der Betriebsrat die danach erfolgte Kündigung nicht anfechten. Das Anfechtungsrecht des AN bleibt jedoch bestehen. Erfolgt eine Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit, findet aber kein Sozialvergleich statt.[31]

Hat der Betriebsrat der Kündigung ausdrücklich widersprochen, dann kann er gemäß § 105 Abs 4 ArbVG auf Verlangen des gekündigten AN binnen einer Woche nach Verständigung vom Ausspruch der Kündigung diese beim Gericht anfechten. Bei Widerspruch kommt das Anfechtungsrecht also primär dem Betriebsrat zu. Hat

---

27 § 105 Abs 1 ArbVG.

28 § 105 Abs 6 ArbVG.

29 § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG.

30 Beim Sozialvergleich wird verglichen, ob der/die vom AG für die Kündigung vorgesehene AN stärker betroffen wäre, als andere AN des Betriebes aus der gleichen Tätigkeitssparte.

31 § 105 Abs 4 Satz 4 zweiter Halbsatz ArbVG.

der Betriebsrat dem Verlangen des/der AN nicht stattgegeben, dann geht das Anfechtungsrecht auf den/die AN selbst über.

Deutschland

Auch in Deutschland ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Dieser hat die Möglichkeit, binnen einer Woche Bedenken dagegen schriftlich mitzuteilen und eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Wesentlich höher als in Österreich sind die Anforderungen an den Inhalt der Verständigung. Der/Die AG hat dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Der maßgebliche Sachverhalt ist dabei so genau und umfassend zu beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild zu machen. Die Kündigung kann auch nur mehr auf die dem Betriebsrat mitgeteilten Gründe gestützt werden.[32]

Der Betriebsrat hat zwei Möglichkeiten, innerhalb einer Woche auf die Information des/der AG über die geplante (ordentliche) Kündigung zu reagieren: Schriftliche Mitteilung von Bedenken unter Angabe von Gründen und Widerspruch.[33] Äußert sich der Betriebsrat nicht innerhalb der Frist, so gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Es gibt weiters noch die Möglichkeit, die Zustimmung zur Kündigung (ausdrücklich) zu erklären oder darauf hinzuweisen, dass keine Stellungnahme erfolgt. Natürlich kann der Betriebsrat auch weitere Informationen und/oder Unterlagen anfordern. Die Mitbestimmung des Betriebsrats führt – so wie in Österreich – nicht dazu, dass der/die AG in seiner/ihrer Kündigungsfreiheit beschränkt wird. Unabhängig von der Reaktion ist eine danach ausgesprochene Kündigung wirksam. Der Widerspruch des Betriebsrats kann aber uU eine Weiterbeschäftigungspflicht auslösen. Die Äußerung von schriftlichen Bedenken und die ausdrückliche Zustimmung haben keine unmittelbaren Rechtswirkungen. Die mittelbare Wirkung ergibt sich daraus, dass der/die AG den Ablauf der Frist von einer Woche nicht abwarten muss, da eine das Anhörungsverfahren abschließende Erklärung bzw Stellungnahme vorliegt. Dies gilt auch, wenn der Betriebsrat ausdrücklich erklärt, sich nicht äußern zu wollen.

Unter Umständen kann der Betriebsrat eine Weiterbeschäftigung des/der AN trotz Kündigung erwirken. Grundvoraussetzung dafür ist, dass der Betriebsrat der Kündigung innerhalb der Frist von einer Woche schriftlich und unter Angabe von Gründen widerspricht, er sich auf mindestens einen der im Gesetz genannten fünf Widerspruchsgründe bezieht und er konkrete Tatsachen aufzeigt, aus denen sich die Widerspruchsgründe ergeben. Weiters ist dann erforderlich, dass der/die AN nach (dennoch) erfolgter Kündigung eine Kündigungsschutzklage einbringt und spätestens am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist die Weiterbeschäftigung

[32] *Bachner/Deinert* in *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG[18] § 102 Rn 49 und 126 ff.
[33] § 102 BetrVG.

verlangt.[34] Widerspruchsgründe sind ua die nicht oder nicht ausreichende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Sozialauswahl oder die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz und beziehen sich vorrangig auf betriebsbedingte Kündigungen. UU kann das Gericht den/die AG auf Antrag von der Weiterbeschäftigung entbinden, insbesondere wenn die Weiterbeschäftigung zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des/der AG führen würde oder der Widerspruch offensichtlich unbegründet war.[35]

In Deutschland erfolgt die Anfechtung durch den AN.[36] Der Betriebsrat ist nicht Partei des Verfahrens.

Anmerkung

Obwohl die Mitbestimmung des Betriebsrats bei einer Kündigung eines/einer AN in Österreich und Deutschland prinzipielle Ähnlichkeiten aufweist, gibt es wesentliche Unterschiede. Insbesondere hat der/die AG in Deutschland dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung genau und umfassend anzugeben. Die Kündigung kann dann in Folge auch nur mehr auf die dem Betriebsrat mitgeteilten Gründe gestützt werden. Derartige Vorgaben fehlen in Österreich. Ein Widerspruch des Betriebsrats gegen die Kündigung hat unterschiedliche Auswirkungen. In Österreich eröffnet dies dem Betriebsrat selbst die Möglichkeit, die Kündigung des/der AN bei Gericht anzufechten. In Deutschland kann durch den Widerspruch unter Umständen eine (unmittelbare) Weiterbeschäftigung des/der AN erreicht werden. Alleine dadurch sind im Vergleich zu Österreich die Möglichkeiten der Einflussnahme auf eine Kündigung durch den Betriebsrat als wesentlich höher zu bewerten.

3.3 Sozialplan

Österreich

Bei einer Betriebsänderung, die wesentliche Nachteile für alle oder erhebliche Teile der Arbeitnehmer:innenschaft mit sich bringt, kann eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden, um die Folgen der Betriebsänderung für die Betroffenen zu verhindern, zu beseitigen oder zu mildern. Kommt es zu keiner Einigung, so kann – unter der Voraussetzung, dass in dem Betrieb dauernd mindestens 20 AN beschäftigt sind – die Schlichtungsstelle angerufen werden.[37] Unklar ist, was unter „erhebliche Teile der Arbeitnehmerschaft" zu verstehen ist. Als Richtschnur kann eine Bandbreite von ca 10 % bis zu einem Drittel der Belegschaft herangezogen werden. Innerhalb dieser Bandbreite wird relevant sein, um welche Nachteile es sich handelt (Kündigung, Versetzung oder andere). Auch die absolute Anzahl wird wohl zu be-

[34] BAG 11.5.2000, 2 AZR 54/99.
[35] § 102 Abs 5 Satz 2 BetrVG.
[36] § 4 Abs 1 Satz 1 KSchG.
[37] § 109 Abs 3 ArbVG.

rücksichtigen sein. Handelt es sich um Kündigungen bei einem Großbetrieb, dann wird der Prozentsatz mit weniger als 10 % zu veranschlagen sein.

Deutschland

Im deutschen Betriebsverfassungsgesetz ist der Sozialplan in § 112 ähnlich geregelt, wobei die Einigungsstelle der Schlichtungsstelle in Österreich entspricht.

Daneben gibt es noch den sogenannten Interessenausgleich. Diese schriftliche Vereinbarung zwischen AG und Betriebsrat regelt die nähere Durchführung der Betriebsänderung an sich, also die Frage, um welche Betriebsänderung es geht, sowie das „wann" und „wie". Die Auswirkungen auf die Arbeitsplätze sowie die Regelung von Auswahlrichtlinien für die Auswahl der von den Kündigungen betroffenen AN sind dabei wesentliche Punkte. Teil des Interessenausgleiches kann auch eine Liste der Namen der zu kündigenden AN sein.

Für die Erzwingbarkeit des Sozialplans im Falle eines Personalabbaus gibt es verschiedene Schwellenwerte.[38] Diese reichen von 20 %, jedoch mindestens 6 AN in Betrieben bis 60 AN bis zu 10 % mit in der Regel 600 AN oder mehr. Neu gegründete Unternehmen müssen in den ersten vier Jahren ihres Bestehens keinen Sozialplan abschließen.

Anmerkung

Der Interessenausgleich bietet dem Betriebsrat in Deutschland die Möglichkeit, breiter und früher Verhandlungen mit dem/der AG über die Auswirkungen der Betriebsänderung auf die AN zu führen. Die Möglichkeit, dabei bereits konkrete Namen anzuführen, verlangt vom Betriebsrat jedoch auch viel Verantwortung und kann die Mitglieder des Betriebsrats uU in unangenehme Situationen bringen.

Die Anführung konkreter Schwellenwerte im deutschen Gesetz bringt einerseits mehr Klarheit für die Beteiligen, andererseits jedoch bleibt kein Spielraum für Grenzfälle.

4. Fazit

Der Beitrag erörtert im Wesentlichen die Unterschiede einzelner Themen der Betriebsverfassung zwischen Österreich und Deutschland und inwiefern daraus rechtspolitisch interessante Anregungen gewonnen werden können. So etwa ist der Anwendungsbereich für das vereinfachte Wahlverfahren bei der Betriebsratswahl in Deutschland wesentlich größer. Es wäre also durchaus diskussionswürdig, ob nicht auch in Österreich der Anwendungsbereich für das vereinfachte Wahlverfahren erweitert werden soll. Die Kostentragung für Geschäftsführung, Beratung und Schulung des Betriebsrats liegt in Deutschland wesentlich stärker bei dem/der AG. Dies ist ambivalent zu sehen. Betriebsräte sind dadurch unabhängiger von den Gewerkschaf-

[38] § 112a BetrVG.

ten. Dies trägt aber mittel- und langfristig die Gefahr in sich, dass sich die geringere Verschränkung betrieblicher und überbetrieblicher Interessenvertretung strategisch nachteilig auswirkt.

Wesentlich stärker sind die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in Deutschland bei der Einstellung von Mitarbeiter:innen und bei der Kündigung. Durch einen Widerspruch des Betriebsrats gegen die Kündigung kann in Deutschland uU sogar eine unmittelbare Weiterbeschäftigung des/der AN erreicht werden.

Mitbestimmung im europäischen Vergleich

Unterschiede, Gemeinsamkeiten und Harmonisierung

Manfred Walser

1. Einführung 577
2. Mitbestimmung und Mitwirkung in Europa 578
   2.1 Ausgangspunkt 578
   2.2 Verbreitung 580
   2.3 Harmonisierung innerhalb der EU 581
3. Vergleich der Modelle 582
   3.1 Rechtsgrundlage 583
   3.2 Formen der Arbeitnehmervertretung und Rolle der Gewerkschaften 584
   3.3 Schwellenwerte und Vertretungstypen 585
   3.4 Gegenstände 587
4. Wert der Mitbestimmung und Fazit 588

1. Einführung

Am 6.11.2023 hat der deutsche Arbeitsminister *Hubertus Heil* vier europäischen Amtskolleginnen und Amtskollegen, den Kommissar für Beschäftigung und soziale Rechte *Nicolas Schmitt* sowie eine Reihe Praktiker und Wissenschaftler aus ganz Europa eingeladen, um über die Zukunft des sozialen Europas zu beraten.[1] Einigkeit bestand darin, dass eine verstärkte Demokratisierung der Betriebe einen wesentlichen Baustein in dieser Strategie bilden muss – nicht nur im Interesse der Arbeitnehmer, sondern der Gesellschaft als Ganzes. Im Anschluss an eine entsprechende Entschließung des Europäischen Parlaments[2] befand insofern auch der Europäische Wirtschaft- und Sozialausschuss (EWSA): „*Eine demokratische Arbeitswelt ist konstitutiv für die Fortentwicklung des europäischen Sozialmodells in einem nachhaltigen und wettbewerbsfähigen Umfeld*."[3] Hinzu kommt, dass positive Erfahrungen eigener Handlungsfähigkeit im Betrieb Menschen sogar weniger anfällig für rechtsradikale und autoritäre Einstellungen machen.[4]

---

1 „Social Europe Conference" im Konferenzzentrum des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales in Berlin.

2 Entschließung des EP vom 16.12.2021 zu Demokratie am Arbeitsplatz (2021/2005(INI)), P9 TA (2023)0028.

3 Stellungnahme des EWSA zum Thema „Demokratie am Arbeitsplatz" vom 29.6.2023, Nr 1.1. und 1.2., ABl 2023 C 228/43.

4 Jüngst etwa in Bezug auf Ostdeutschland *Kiess et al,* Arbeitswelt und Demokratie in Ostdeutschland (2023) 48; allgemein aber auch schon *Frega/Herzog/Neuhäuser,* Workplace democracy – The recent debate, Philosophy Compass 2019, 1 (8).

Angesichts dieser Wertschätzung der Mitbestimmung auf europäischer Ebene bietet der 50. Geburtstag einer so fortgeschrittenen Kodifikation der Mitbestimmung, wie der des österreichischen ArbVG, eine willkommene Gelegenheit, die Mitbestimmung im Kontext der europäischen Vielfalt zu betrachten. Denn die Bandbreite von Demokratie am Arbeitsplatz ist enorm und reicht vom Streikrecht über finanzielle Teilhabe, Kollektivverhandlungen, Unterrichtung und Anhörungsrechte, Gesundheitsschutz bis hin zum Ko-Management und sogar arbeitnehmergeführten Unternehmen.[5]

Der Fokus des vorliegenden Beitrags liegt auf der betrieblichen Mitbestimmung, während die Mitbestimmung auf der Unternehmensebene allenfalls gestreift wird, auch wenn die Abgrenzung zwischen diesen beiden Ebenen nicht immer exakt möglich ist.[6] Denn Entscheidungen auf betrieblicher Ebene stehen häufig in einer Wechselwirkung zu wirtschaftlichen Entscheidungen auf Unternehmensebene.[7] Insofern wird berechtigter Weise eingewandt, dass der tatsächliche Arbeitnehmereinfluss nicht aus einer isolierten Betrachtung einzelner Rechtsinstitute abgeleitet werden kann.[8] Vielmehr müsste die jeweilige (Arbeits-)Rechtsordnung als Ganzes in den Blick genommen werden. Das ist freilich im vorliegenden Rahmen nicht zu leisten. Dennoch sollen im Folgenden zumindest Muster identifiziert werden, die nicht nur die Heterogenität der Regelungsmodelle illustrieren, sondern die auch bei Harmonisierungsbemühungen auf europäischer Ebene zu berücksichtigen sind.

2. Mitbestimmung und Mitwirkung in Europa

2.1 Ausgangspunkt

Die eingangs beschriebene Debatte um eine Stärkung der Mitbestimmung ist keineswegs neu, aber auch nicht unumstritten. Von wirtschaftsliberaler Seite wird die Mitbestimmung zT als träge, unflexibel und teuer bewertet[9] und auch faktisch steht sie in vielen Staaten unter Druck (genauer unter 2.2). Dabei wird ihr Wert durchaus auf beiden Seiten der Sozialpartnerschaft anerkannt.[10] Im Kern sichert sie die Beteiligung der Arbeitnehmer an betrieblichen und ggf unternehmerischen Entscheidungen.

---

5 Vgl *Spiegelaere et al* in *ETUI* (Hrsg), Benchmarking working Europe 2019 (2019) 67 ff.

6 Vgl etwa *Schmierler,* Mitbestimmungsmodelle in den EU-Mitgliedstaaten (2012) 5.

7 Etwa *Thannisch,* Perspektiven der Mitbestimmung in Europa, WISO direkt 2016, 1.

8 In diese Richtung auch schon *Weiss,* Arbeitnehmermitwirkung in Europa, NZA 2003, 177 f; *Windbichler,* Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen – Eine Zwischenbilanz, AG 2004, 190 (192); außerdem *Biagi/Tiraboschi* in *Blanpain* (Hrsg), Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies[11] (2014) 585 ff.

9 Vgl exemplarisch die Kritik der deutschen Arbeitgeberverbände *BDA/BDI,* Mitbestimmung modernisieren – Bericht der Kommission Mitbestimmung (2004) 48 ff; Nachweise zur Debatte in Österreich etwa bei *Cerny,* 40 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz, DRdA 2014, 477 (485 f).

10 Exemplarisch *Bertelsmann Stiftung/Hans Böckler Stiftung* (Fn 10) 2 f.

Dukes/Streeck sprechen in diesem Kontext von einer „occupational community", in der ein Kollektiv von Arbeitnehmern handelt, das in der Beschäftigung eine gemeinsame Position teilt und sich in Solidarität nach gemeinsamen sozialen Normen richtet. „Labour constitutions" umfassten dabei die soziale Organisation formeller wie auch informeller Beziehungen unter den Arbeitnehmern sowie deren Beziehung zum Arbeitgeber.[11]

Betrachtet man die formellen Beziehungen, zeigt sich, dass Formen der Arbeitnehmermitbestimmung in betrieblichen Angelegenheiten in den EU-Staaten deutlich verbreiteter als die Unternehmensmitbestimmung sind.[12] Manche Staaten kennen – insbesondere in Privatunternehmen – gar keine Unternehmensmitbestimmung. In anderen werden die Interessen auf beiden Ebenen einheitlich wahrgenommen, bspw in Frankreich durch sog Unternehmensausschüsse (Comité d´enterprise) oder auch in Italien.[13] In Österreich und Deutschland wird wiederum (relativ) strikt zwischen beiden Ebenen unterschieden.[14]

Abgegrenzt werden können die betriebliche und die Unternehmensmitbestimmung dahingehend, dass erstere primär den kollektiven und individuellen Schutz von Arbeitnehmern in konkret umschriebenen, insbesondere arbeitsorganisatorischen, Angelegenheiten einschließlich Fragen der Entlohnung und bei personellen Maßnahmen wie Versetzung, Einstellung oder Kündigung, im Fokus hat.[15] Die Unternehmensmitbestimmung kann dagegen bspw in Anlehnung an Art 2 lit k der SE-Richtlinie[16] iS einer Einflussnahme der Arbeitnehmervertretung auf die Angelegenheiten einer Gesellschaft durch die Beteiligung an deren Organen verstanden werden.[17]

Während letztere durch das liberale Verständnis der Niederlassungsfreiheit durch den EuGH stark beeinflusst ist, weil Gesellschaften frei bestimmen können, in welchem EU-Mitgliedstaat sie sich registrieren lassen, gilt dies nicht im gleichen Maß für die betriebliche Mitbestimmung.[18] Denn für diese kommt es regelmäßig nicht auf

---

11 *Dukes/Streeck,* Democracy at work (2023) 111 f.

12 Vgl etwa *Roth,* Works Council, Max-EuP 2012, Stichwort: Works Council, unter 1.

13 Dazu umfassend *Körner,* Formen der Arbeitnehmermitwirkung (1999); neueren Datums etwa in Bezug zum Europäischen Betriebsrat *Herdecke,* Der Europäische Betriebsrat und das comité d'entreprise européen (2017); für manche Funktionen ist allerdings die gewerkschaftliche Betätigung eingeschränkt, vgl *Conchon,* Die Mitsprache der Arbeitnehmer in der Corporate Governance (2015) 28, auch zu Einschränkungen in Polen.

14 Vgl etwa *Niedenhoff,* Mitbestimmung im europäischen Vergleich, IW-Trends 2005, 1 (2 f).

15 Vgl etwa *Windbichler,* AG 2004, 190 (191); zur Abgrenzung auch *Rebhahn,* Das Kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, NZA 2001, 763 (770).

16 Richtlinie 2001/86/EG vom 8.10.2001, ABl 2001, L 294/22.

17 Dazu auch *Windbichler,* AG 2004, 190, 192.

18 Vgl nur EuGH 09.03.1999, C-212/97, Slg 1999, I-1459 (*Centros*); EuGH 05.11.2002, C-208/00, Slg 2002 I-9919 (*Überseering*); EuGH 30.09.2003, C-167/01, Slg 2003 I-10155 (*Inspire Art*); vgl zur arbeitsrechtlichen Dimension der Unternehmensmitbestimmung etwa EuGH 18.07.2017, C-566/15, Rn 38 (*Erzberger*); dazu bspw *Seyboth,* Mitbestimmung als Teil des demokratischen

den formalen Ort der Niederlassung an, sondern auf den Betrieb, in dem die Arbeitsleistung erfolgt, der seinerseits aber gar keine Rechtspersönlichkeit besitzt.[19] Kollisionsrechtlich geht dabei das deutsche Bundesarbeitsgericht davon aus, dass die Betriebsverfassung unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut selbstständig anzuknüpfen ist.[20] Nach hM soll hier das Territorialitätsprinzip zum Tragen kommen.[21]

Insofern ist es in der Debatte um die Mitbestimmung zu kurz gegriffen, wenn die Corporate Governance vorrangig mit Blick auf die Unternehmensmitbestimmung diskutiert wird.[22] So verzahnt etwa das deutsche Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) trotz der Trennung des Betriebsverfassungsrechts vom Recht der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland die betriebliche Ebene mit der Unternehmensebene, indem in Unternehmen mit mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern ein Wirtschaftsausschuss zu bilden ist, mit dem der Unternehmer über wirtschaftliche Angelegenheiten zu beraten hat und der wiederum den Betriebsrat zu unterrichten hat (§ 106 Abs 1 BetrVG).

2.2 Verbreitung

Wie bunt die europäische Mitbestimmungslandschaft ist, lässt sich auch in Zahlen ablesen. Die Unterschiede zwischen den Staaten aber auch innerhalb der Staaten zwischen unterschiedlichen Unternehmenstypen und -größen sind dabei enorm. Laut dem „European Company Survey 2019" von Eurofound[23] bestanden damals in rund drei Viertel der großen Unternehmen Arbeitnehmervertretungen, in ungefähr der Hälfte der mittleren, aber nur in etwas weniger als einem Viertel der kleinen Unternehmen.[24] Während insgesamt in rund 56 % der rumänischen und 55 % der finnischen Niederlassungen solche Strukturen bestanden, lag der Wert in Griechenland

Prinzips in Europa, AuR 2012, 339 ff; zur Abgrenzung nach Rechtsgebieten auch *Habersack* in *Habersack/Henssler* (Hrsg), Mitbestimmungsrecht[4] (2018) Einl zu MitbestG Rn 50.

19 Vgl etwa für Österreich *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 29 Rz 6, 11 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); für Deutschland *Däubler* in *Däubler/Klebe/Wedde* (Hrsg), BetrVG[18] (2022) Einl Rn 262.

20 BAG 09.11.1977, 5 AZR 132/76, NJW 1978, 1124.

21 IdS auch der OGH 22.01.2020, 9 ObA 89/19g, Rn 3; dazu *Auer-Mayer,* Digitalisierung und Betriebsverfassung, DRdA 2022, 138 (139); ausführlich mN zur Rechtsfrage etwa *Deinert,* Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung (2021) 9 ff; aber *Deinert,* Internationales Arbeitsrecht (2013) § 17 Rn 18 ff; zur Streitfrage, ob das auch bei einheitlichem ausländischem Arbeitsvertragsstatut gelten soll: *Gamillscheg,* Betrieb und Unternehmen – Zwei Grundbegriffe des Arbeitsrechts, AuR 1989, 33, 35; *Däubler* in *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG[18] Einl Rn 236; zu Fällen virtueller Betriebsorganisation: *Auer-Mayer,* DRdA 2022, 138 (139); zur eingriffsrechtlichen Dimension des Betriebsverfassungsrechts außerdem *Däubler* in *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG[18] Einl Rn 234.

22 Etwa *Windbichler,* AG 2004, 190 (191).

23 Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen.

24 *Eurofound,* Workplace practices unlocking employee potential (2020) 111; auch zu den nachfolgenden Zahlen.

bei nur 2 % und in Lettland bei 4 %.[25] Insgesamt existierten nur in 29 % der Niederlassungen in der EU solche Vertretungsstrukturen. Bemerkenswert ist dabei, dass sich Österreich 2019 über alle Unternehmen hinweg lediglich im oberen europäischen Mittelfeld und Deutschland sogar im unteren Drittel befanden.[26]

Allerdings ist – wie bereits angedeutet – zu beachten, dass diese Zahlen zwar etwas über die institutionalisierte Interessenvertretung aussagen, sich daraus aber nicht unmittelbar der tatsächliche Arbeitnehmereinfluss ableiten lässt. Deutlicher wird dieser durch den von Eurofound ermittelten Industrial Relations Index, der die Demokratie in den Arbeitsbeziehungen aufgrund von Faktoren wie Autonomie, Vertretung und Teilhabe vergleicht. Im Zeitraum 2013–2017 standen dabei Schweden, die Niederlande und Österreich an der Spitze, Deutschland lag innerhalb der EU auf Platz 8, das Schlusslicht bildeten Lettland, Litauen und Polen.[27]

2.3 Harmonisierung innerhalb der EU

Die Heterogenität der Mitbestimmung in Europa wurde bislang auch durch das EU-Recht nicht beseitigt, sondern allenfalls an einzelnen Stellen und sehr vorsichtig harmonisiert.[28] Dabei ist in Art 27 GRCh die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Unternehmen als Grundrecht gewährleistet. Dieses Recht wirkt allerdings nur dann, wenn „*nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten*" ein solches vorgesehen ist.[29] Da die unionsrechtliche Regulierung der Mitbestimmung an anderer Stelle in diesem Buch behandelt wird, soll hier nur ein kurzer Abriss gegeben werden und die Mitbestimmung in Europäischen Gesellschaftsformen sowie Europäischen Betriebsräten[30] ganz ausgespart bleiben.

Einen allgemeinen Rahmen gibt seit 2002 die sogenannte Anhörungsrichtlinie 2002/14/EG[31] vor, nachdem bereits zuvor schon bereichsspezifisch Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in der Massenentlassungsrichtlinie von 1975,[32] der Betriebsübergangsrichtlinie von 1977[33] und der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie von 1989[34]

---

25 Im Vergleich zur Vorgängerstudie sind die Zahlen dabei deutlich zurückgegangen, vgl *Eurofound,* Third European Company Survey (2015) 98.

26 Bei den großen Unternehmen schnitten beide Staaten etwas besser ab, vgl *Eurofound,* Workplace practices unlocking employee potential 111.

27 *Eurofound,* Measuring varieties of industrial relations in Europe: A quantitative analysis (2018) 27.

28 Für einen Überblick etwa *Kocher,* Europäisches Arbeitsrecht[2] (2020) 218 f.

29 Zur Einschränkung EuGH 15.01.2014, C-176/12, Rn 45 ff (*AMS*); vgl auch *Müller-Bonnani/Witschen* in *Preis/Sagan* (Hrsg), Europäisches Arbeitsrecht[2] (2019) § 17 Rn 17.201.

30 Richtlinie 94/45/EG vom 22.09.1994, ABl 1994, L 254/64 (heute Richtlinie 2009/38/EG).

31 Richtlinie 2002/14/EG vom 11.03.2002, ABl 2002, L 80/29.

32 Richtlinie 75/129/EWG vom 17.02.1975, ABl 1975, L 48/29 (heute Richtlinie 98/59/EG).

33 Richtlinie 77/187/EWG vom 14.02.1977, ABl 1977, L61/26 (heute Richtlinie 2001/23/EG).

34 Richtlinie 89/391/EWG vom 12.06.1989, ABl 1989, L 183/1.

vorgesehen waren. Die Anhörungsrichtlinie soll einen allgemeinen Mindeststandard für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer schaffen (Ewg 18 der Richtlinie).[35] Dass sie damit den „Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung"[36] darstellt, ist wohl zu hoch gegriffen. Mit dem EWSA kann man aber zumindest von einem „*robuste[n] System der Beteiligung von Arbeitnehmern am Arbeitsplatz*" sprechen.[37] Insofern ist nicht zu verkennen, dass die Richtlinie in einer ganzen Reihe von Staaten erheblichen Einfluss hatte.[38] Im Vereinigten Königreich, in Irland, Lettland, Malta und Polen bspw bestanden vor ihrer Umsetzung noch keine generellen Vorgaben für institutionelle Arbeitnehmervertretungen.[39]

Zwar ist (weitgehend) unumstritten, dass aufgrund der Richtlinie die Existenz einer Arbeitnehmervertretung nicht im Belieben des Arbeitgebers stehen darf,[40] gleichzeitig besteht aber auch kein Errichtungszwang für Betriebsvertretungen.[41] Umstritten ist dagegen, ob die Anhörungs- und Informationspflichten auch in Betrieben ohne institutionalisierte Arbeitnehmervertretung greifen. *Däubler* bringt dafür überzeugend vor, dass die Richtlinie keinen Anhaltspunkt für ein Unterbleiben enthält. Immerhin betreffe die Richtlinie die Anhörung „der Arbeitnehmer".[42] Auf einzelne andere Aspekte der Richtlinie wird sogleich noch eingegangen.

3. Vergleich der Modelle

Trotz aller Heterogenität lassen sich einige gemeinsame Linien identifizieren. Diese können am besten anhand von vier Themenkomplexen beschrieben werden, die in leicht abgewandelter Form an eine Unterscheidung von *Niedenhoff*[43] angelehnt sind:

---

35 Zu den Hintergründen ihrer Einführung etwa *Weber* in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht[5] (2024) Art 1 RL 2002/14/EG Rn 1.

36 So etwa *Reichold* Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung, NZA 2003, 289 ff.

37 Stellungnahme des EWSA, Nr. 1.1., ABl 2023 C 228/43.

38 Eine ausführliche Übersicht über die Umsetzungsmaßnahmen ist etwa zu finden bei *Ales,* Directive 2002/14/EC establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community (2007), passim; vgl außerdem *Jagodzinski/Kluge,* Worker interest representation in Europe – Towards a better understanding of the pieces of a still unfinished jigsaw (2007).

39 Vgl *Ales,* Directive 2002/14/EC 9.

40 EuGH 08.06.1994, C-383/92, Slg 1994, I-2479, Rn 21 (*Kommission/Vereinigtes Königreich*); dazu auch *Weiss,* NZA 2003, 177 (178 f).

41 Vgl exemplarisch *Reichold,* NZA 2003, 289 (294); einschränkend *Däubler* in *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG[18] Einl Rn 256.

42 *Däubler* in *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG[18] Einl Rn 256; dazu auch *Lobinger,* Das individualrechtliche Fundament des Rechts der Betriebsänderung, ZfA 2006, 173 (215 ff); aA insbesondere mit Verweis auf Ewg 16 der Richtlinie EuArbRK-*Weber,* Art 2 RL 2002/14/EG Rn 18; *Bonin,* Die Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer und ihre Umsetzung in das Betriebsverfassungsrecht, AuR 2004, 321 (323); *Thüsing,* Europäisches Arbeitsrecht[3] (2017) § 10 Rn 80; zumindest für die Bildung einer ad hoc Vertretung bei Eilbedürftigkeit *Reichold,* NZA 2003, 289 (295).

43 *Niedenhoff,* IW-Trends 2005, 1 (4).

1. Schon die Rechtsgrundlage, aufgrund derer eine Mitwirkung der Arbeitnehmer ermöglicht wird, unterscheidet sich zwischen den Staaten. Die Mehrheit sieht eine gesetzliche Regelung vor, in anderen Staaten sind Kollektivverträge bestimmend und vereinzelt wird auf eine freiwillige Vereinbarung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern gesetzt.
2. Teilweise hängt damit zusammen, dass sich drei verschiedene Grundtypen von Mitwirkungsmodellen ausmachen lassen: eine reine Belegschaftsvertretung, eine gemischte Vertretung oder eine rein gewerkschaftliche Vertretung.
3. Wesentliche Unterschiede bestehen auch bei den Schwellenwerten, die erfüllt sein müssen, um überhaupt eine Arbeitnehmervertretung zu errichten.
4. Schließlich bestehen Unterschiede bei den erfassten Gegenständen sowie der Art der Mitwirkung in Form von Beteiligungsrechten, Vetorechten oder sogar Initiativrechten.

3.1 Rechtsgrundlage

Häufig werden die Kodifikationen nach dem Ersten Weltkrieg insb in Österreich[44] und Deutschland[45] als Ausgangspunkt für die Arbeitnehmermitbestimmung definiert. Auch wenn dies den Errungenschaften der Arbeiterbewegung im 19. Jhd nicht gerecht wird, stellen sie auf jeden Fall bedeutende Meilensteine dar.[46] Heutzutage bestehen umfassende gesetzliche Regeln für Betriebsräte oder funktional-äquivalente Arbeitnehmervertretungen etwa in Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Luxemburg, den Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, der Schweiz und Spanien sowie einigen osteuropäischen Staaten.[47] Dagegen finden sich etwa in Irland und England nur sehr rudimentäre Regelungen, die vor allem (auch nach dem Brexit) durch europarechtliche Vorgaben geprägt sind.[48] Schließlich existiert in Dänemark und Schweden gar kein gesetzlicher Rahmen, vielmehr werden die Mitwirkungsstrukturen durch Kollektivverträge errichtet.[49] Selbst die unionsrechtlichen Vorgaben (dazu unter 2.3) werden dort durch die Sozialpartner in nationales Recht umgesetzt.[50]

---

44 Betriebsrätegesetz vom 15.5.1919, StGBl 1919/283; ausführlich auch zur Vorgeschichte *Cerny* in *Däubler/Kittner* (Hrsg), Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] (2022) 659 ff.

45 Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920, RGBl 1920/147.

46 Vgl *Kittner* in *Däubler/Kittner*, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] 151 f, der auf abweichende Formen der Arbeitnehmervertretung in Frankreich, Großbritannien und den USA verweist.

47 *Roth,* Max-EuP 2012, unter 3.

48 *Collins/Atkinson,* Worker voice and algorithmic management in post-Brexit Britain, Transfer: European Review of Labour and Research 2023, 37 (53 f).

49 *Roth*, Mitbestimmung, Max-EuP 2009, unter 3.

50 *Ales*, Directive 2002/14/EC 5.

3.2 Formen der Arbeitnehmervertretung und Rolle der Gewerkschaften

Der wohl wesentlichste Systemunterschied zwischen den einzelnen Rechtsordnungen besteht in der Zusammensetzung der Arbeitnehmervertretungen und insbesondere der Rolle, welche die Gewerkschaften dabei spielen. Unterschieden werden kann zwischen einerseits Staaten, in denen die Repräsentation eingleisig (single channel) durch Gewerkschaftsvertreter dominiert, andererseits Dual-channel-Systemen, die wiederum in solche unterteilt werden können, in denen die Vertretung weitgehend unabhängig von der Gewerkschaft erfolgt und solche, in denen eine Kombination von Modellen besteht.[51] Einen wesentlichen Einflussfaktor stellt hierbei die Form der industriellen Beziehungen in den jeweiligen Staaten dar.[52] So kann zwischen Staaten unterschieden werden, in denen der soziale Dialog eher kooperativ und vertrauensvoll erfolgt, wie etwa im sozialpartnerschaftlichen Modell Österreichs und Deutschlands.[53] Das andere Extrem sind konfliktorientierte Modelle, etwa in Griechenland, Italien oder Zypern. In diesen Staaten ist das Vorhandensein einer Arbeitnehmervertretung im Unternehmen seltener. Dazwischen existieren unterschiedliche Mischformen.[54] Das kooperative Modell herrscht jedoch mittlerweile vor.[55]

In empirischer Hinsicht weist der „Company Survey" von Eurofound aus dem Jahr 2019 für die meisten befragten Niederlassungen nur eine Form der Arbeitnehmervertretung aus (65 %).[56] Am häufigsten wird eine solche mit 23 % durch Betriebsräte gebildet,[57] die wiederum meistens nur mit Arbeitnehmern besetzt sind. Es existieren aber auch paritätische Modelle (vgl unten unter 3.3). In weiteren 19 % besteht eine andere Form nicht-gewerkschaftlicher Interessenvertretung.[58] Aber selbst in diesen Staaten sind Betriebsräte und Gewerkschaften regelmäßig nicht völlig voneinander abgeschottet. Als Beispiel sei etwa Deutschland[59] genannt: Die Rolle der Gewerkschaften im Betrieb ist dort nicht nur praktisch, sondern auch normativ anerkannt – etwa bei der Wahl (§§ 14 Abs 3, 16 Abs 2, 19 Abs 2 S 1 BetrVG), aber auch

---

51 Vgl grundlegend *Barnard,* EU Employment Law[4] (2012) 657 ff; zur Praxis *Eurofound,* Workplace practices unlocking employee potential 112.

52 *Eurofound,* Third European Company Survey 109.

53 Vgl auch *Weiss,* NZA 2003, 177 (184).

54 *Eurofound,* Third European Company Survey 109.

55 *Weiss,* NZA 2003, 177 (184); spricht sogar davon, dass es sich „durchgesetzt" habe; zur Verbreitung *Eurofound,* Third European Company Survey 111.

56 *Eurofound,* Workplace practices unlocking employee potential 112.

57 *Weiss,* NZA 2003, 177; *Eurofound,* Workplace practices unlocking employee potential 112; eine Verallgemeinerung auf den deutschen Sprachraum scheint aber angesichts der abweichenden Gestaltung durch Personalkommissionen in der Schweiz zu weit, anders aber *Runggaldier,* Europäischer Betriebsrat, HWP-EuP 2009, unter 1.

58 *Eurofound,* Workplace practices unlocking employee potential 112.

59 Vgl außerdem für Luxemburg Art L 415-5 Abs 3 UAbs 3 Arbeitsgesetzbuch: In Unternehmen mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern kann ein Betriebsratssitz durch die Gewerkschaft besetzt werden.

durch Teilnahme (§§ 31 BetrVG, 43 Abs 4, 46 Abs 1 BetrVG) und Einflussnahme (§§ 2 Abs 2, 23 Abs 1 bzw Abs 3 BetrVG). Außerdem können dort die Tarifvertragsparteien betriebliche und betriebsverfassungsrechtlichen Normen schaffen (§ 1 Abs 1 Tarifvertragsgesetz). Dabei zeigt sich, dass gewerkschaftlich angebundene Betriebsräte die Interessenvertretung effektiver wahrnehmen.[60] In ebenfalls 19 % der Niederlassungen in Europa besteht vorrangig eine gewerkschaftliche Vertretung. Genannt werden insbesondere Zypern, Tschechien, Griechenland, Malta, Portugal und die nordischen Staaten, va Finnland[61] und Schweden.[62]

In knapp einem Viertel der Unternehmen ließen sich zwei unterschiedliche Formen von Vertretungen nachweisen, am häufigsten Vertreter von Gewerkschaften und andere Vertreter bzw gewerkschaftliche Vertreter und Betriebsrat. In etwas mehr als jeder zehnten Niederlassung gab es sogar mehr als zwei Formen der Arbeitnehmervertretung. Diese finden sich vor allem Frankreich und Irland.[63]

3.3 Schwellenwerte und Vertretungstypen

Zu den Unterschieden bei den Voraussetzungen für die Errichtung von Betriebsräten gehört die Mindestgröße von Betrieben oder Unternehmen.[64] Gemäß Art 3 der Anhörungsrichtlinie gelten die Richtlinienvorgaben ab 50 Arbeitnehmern, wenn sich die Mitgliedstaaten für den Bezugspunkt Unternehmen entscheiden, oder ab 20 Arbeitnehmern, wenn es auf den Betrieb ankommt.[65]

Während für einen Betriebsrat in Belgien 100 Arbeitnehmer erforderlich sind, der dort paritätisch besetzt ist, sind es in Österreich (§ 40 Abs 1 ArbVG) oder Deutschland (§ 1 Abs 1 BetrVG) nur fünf. Die Richtlinienvorgaben werden in Belgien dadurch erfüllt, dass in betriebsratslosen Betrieben Gewerkschaftsdelegationen einen Teil der Aufgaben übernehmen und diese vom Arbeitgeber ab einer Mindestzahl zwischen 20 und 50 Arbeitnehmern anzuerkennen sind. Die Delegationen sind dort praktisch das wichtigste Organ für Verhandlungen mit dem Arbeitgeber, da nur Gewerkschaften Kandidaten für die Betriebsratswahlen aufstellen können.[66]

---

60 Dazu *Behruzi/Brinkmann/Paulitz,* Corona-Krise – Stresstest für die Mitbestimmung, WSI Mitt 2021, 296 (304).

61 Zum dortigen auf „Vertrauensleuten" basierenden System etwa *Leppä/Henne* in *Henssler/Braun* (Hrsg), Arbeitsrecht in Europa[3] (2011) Rn 169 ff.

62 *Eurofound,* Workplace practices unlocking employee potential 112; zudem nennt *Ales,* Directive 2002/14/EC 9 hier auch Italien.

63 *Eurofound,* Workplace practices unlocking employee potential 112; dazu auch *Weiss,* NZA 2003, 177, der allerdings auch noch weitere Staaten nennt.

64 Zur Umsetzung der Bezugsgrößen Betrieb oder Unternehmen *Ales ,* Directive 2002/14/EC 6 f.

65 Zur Berechnung: EuGH 15.01.2014, C-176/12, Rn 34 (*AMS*).

66 *Matray/Hübinger* in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa[3] Rn 150 ff, auch zu weiteren Gremien; vgl außerdem *Roth,* Max-EuP 2012, unter 3; Mitbestimmungsportal: Belgien, abrufbar unter https://www.mitbestimmung.de/html/mitbestimmung-in-europa-166.html (12.12.2023).

Unterschiedliche Schwellenwerte sind innerhalb einer Rechtsordnung durchaus üblich. So sind auch in Deutschland die Arbeitnehmer erst bei mehr als 20 Arbeitnehmern im Unternehmen über wirtschaftliche Angelegenheiten, Betriebsänderungen etc zu unterrichten (§§ 110 Abs 2, 111 BetrVG), andere Pflichten greifen dort erst bei mehr als 50, 100, 200, 500 oder gar 1.000 Arbeitnehmern. In der Schweiz kann ab einer Betriebsgröße von 50 Arbeitnehmern eine Arbeitnehmervertretung errichtet werden, wenn 20 % der Belegschaft dies verlangt – in Betrieben ab 500 Arbeitnehmern reicht die Forderung von 100 Arbeitnehmern aus (Art 3, 5 Mitwirkungsgesetz). In Frankreich sind für ein Comité d´enterprise 50 Arbeitnehmer erforderlich, eine Personalvertretung (Délégués du personnel), die insbesondere für individuelle und kollektive Beschwerden der Belegschaft sowie die Kommunikation mit dem Arbeitsinspektor verantwortlich ist, ist bereits ab elf Arbeitnehmern zu bilden. Es handelt sich dabei um zwei getrennte Gremien, die nebeneinander bestehen können und dann durch dieselben Personen gebildet werden. Ab 50 Arbeitnehmern existiert zudem noch ein Arbeitsschutzausschuss (Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) und ab 50 Arbeitnehmern kann jede repräsentative Gewerkschaft einen oder mehrere Gewerkschaftsvertreter (délégué syndical) benennen, die ebenfalls bestimmte Aufgaben gegenüber der Unternehmensleitung wahrnehmen können.[67] In den Niederlanden ist der Arbeitgeber bei mehr als 50 Arbeitnehmern (auf Grundlage eines Kollektivvertrags ggf. sogar weniger) sogar verpflichtet, einen Unternehmensrat (ondernemigsraad) einzurichten (Art 2 Abs 1 Wet op de ondernemingsraden), der wiederum für bestimmte Aufgaben Kommissionen einsetzen kann, denen auch Belegschaftsangehörige angehören können, die nicht im Rat sitzen (vgl Art 15 Wet op de ondernemingsraden).[68] In Griechenland hängt der Schwellenwert vom Vorhandensein einer Gewerkschaft ab. Mit Gewerkschaft kann ein Betriebsrat (συμβούλιο εργαζομένων, symvoulio ergazomenon) ab 50 Arbeitnehmern, sofern nicht ein Kollektivvertrag einen niedrigeren Wert vorsieht, ohne Gewerkschaft ab 20 Arbeitnehmern gebildet werden.[69] In Spanien können ab einer Betriebsgröße von elf Arbeitnehmern (bei mehrheitlichem Wunsch der Arbeitnehmer ab sechs) Belegschaftsvertreter (Delegados de Personal) gewählt werden, ab 50 Arbeitnehmern Betriebsräte (Comités de Empresa), wobei beide Gremien inhaltlich dieselben Aufgaben haben. Daneben existieren noch zwei unterschiedliche Formen gewerkschaftlicher Vertretungen, einerseits Gewerkschaftsgruppen, andererseits gewerkschaftliche Vertrauensleute ab einer Größe von 250 Arbeitnehmern, die ihrerseits wiederum das Recht auf einen Sitz im Betriebsrat haben.[70]

Dieser kurze Überblick über ausgewählte Rechtsordnungen zeigt auf, dass in Staaten mit einem ausdifferenzierten System der Mitbestimmung meist unterschied-

---

67 *Welter/Caron* in *Henssler/Braun,* Arbeitsrecht in Europa[3] Rn 216, 237, 240, 250, 262.

68 Ausf *van Drongelen/Jellinghaus*, Wet op de ondernemingsraden[5] (2023) Kap. 7.2.

69 *Kerameos/Kerameus* in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa[3] Rn 128.

70 *Calle/Prehm* in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa[3] Rn 164 ff.

liche Schwellenwerte einerseits für die Errichtung bestimmter Gremien anderseits aber auch für das Auslösen bestimmter Mitbestimmungstatbestände bestehen. Dies gilt auch für die Frage, welche Rolle Gewerkschaften im Betrieb spielen. Die rote Linie nach unten bildet die Anhörungsrichtlinie, deren harmonisierende Wirkung hier sichtbar wird.

3.4 Gegenstände

Im Kern geht es bei der Demokratisierung der Betriebe um die Frage der Machtverteilung.[71] *Heller* unterscheidet etwa fünf Abstufungen, die er als Einfluss-Macht-Kontinuum bezeichnet: Von keinerlei Mitbestimmung auf der ersten Stufe reicht sie über Informationsrechte auf der zweiten, Konsultationsrechte auf der dritten bis hin zu einer gemeinsamen Entscheidungsfindung auf der vierten oder gar Selbstverwaltung auf der fünften Stufe.[72]

Die Anhörungsrichtlinie steht auf der zweiten bis dritten Stufe, da ihr Art 4 Abs 2 vorgibt, dass die Arbeitnehmervertretungen jedenfalls über bestimmte Entwicklungen des Unternehmens oder Betriebs zu unterrichten sind. Außerdem sind sie zur Beschäftigungssituation, Beschäftigungsstruktur und Entwicklung der Beschäftigung sowie bei wesentlichen Veränderungen zu unterrichten und anzuhören.[73]

Auch die Mehrheit der Rechtsordnungen beschränkt sich auf Informations- und Anhörungsrechte. Echte Mitbestimmungsrechte iS eines Veto- oder eines Zustimmungsrechts[74] bestehen dagegen vor allem in Österreich und Deutschland, teilweise auch in den Niederlanden.[75] In Ungarn und Slowenien existieren ebenfalls echte Beteiligungsrechte.[76] In der Schweiz – um ein Gegenbeispiel zu nennen – beschränken sich die Kompetenzen der Arbeitnehmervertretung weitgehend auf eine Konsultation bei Betriebsübergang, Massenentlassungen und auf Fragen der Arbeitssicherheit.[77] In anderen Staaten wird für die Durchsetzung der Arbeitnehmerinteressen eher auf Arbeitskampf denn auf gerichtlich durchsetzbare Ansprüche gesetzt, weshalb in solchen Staaten das Streikrecht nicht auf Gewerkschaften beschränkt ist – zu nennen sind etwa Frankreich, Italien, Spanien oder Portugal.[78]

---

71 Dazu auch *Risak* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* (Hrsg), Rechtswissenschaft und Rechtskunde (2014) 129 (135).

72 *Heller,* Research on five styles of mangagerial decision-making, International Studies of Management & Organization 1972, 85 ff; dazu auch *Conchon/Waddington,* Praxis der Mitbestimmung in Europa 2.

73 Zum Begriff – gefordert ist eine echte Konsultation –, EuGH 08.06.1994, C-383/92, Slg 1994, I-2479, Rn 36 (*Kommission/Vereinigtes Königreich*).

74 Vgl etwa *Niedenhoff,* IW-Trends 2005, 1, 2 f.

75 *Däubler* in *Däubler/Kittner,* Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] 608.

76 *Lesch/Funk,* Arbeitsbeziehungen in Mittel- und Osteuropa, IW-Trends 2004, 1 (7).

77 Vgl *Gadient* in *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa[3] Rn 263.

78 *Däubler* in *Däubler/Kittner,* Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung[2] 608.

Weitgehend einheitlich müssen Arbeitnehmervertretungen entsprechend Art 7 Anhörungsrichtlinie durch den Arbeitgeber mit den erforderlichen Ressourcen ausgestattet werden und genießen besonderen arbeitsrechtlichen Schutz, bspw Kündigungsschutz aber auch Freistellung, um deren Unabhängigkeit sicherzustellen.[79]

4. Wert der Mitbestimmung und Fazit

2.000 Wissenschaftler aus über 700 Universitäten rund um die Welt haben im Zuge der Coronakrise bereits im Mai 2020 gefordert, dass Arbeit weiter demokratisiert, dekommodifiziert und nachhaltig gestaltet werden müsse. Es reiche dabei nicht aus, bei Lohngerechtigkeit stehen zu bleiben, vielmehr müssten die Vertretungsorgane der Arbeitnehmer gegenüber den Unternehmensleitungen gestärkt werden.[80] Es ist kein Zufall, dass ein solcher Aufruf inmitten einer der größten weltweiten Krisen der vergangenen Jahrzehnte erfolgte. Denn – so etwa der EWSA – „*insbesondere in Zeiten des Wandels und der Krise*" fördere „*die Einbeziehung der Arbeitnehmer und der Zivilgesellschaft auf der Grundlage einer lebendigen Kultur des gegenseitigen Vertrauens die bessere Umsetzung und Akzeptanz struktureller und organisatorischer Veränderungen*".[81]

Dies gilt aber selbstverständlich auch für den Alltag. Denn auch wenn Mitbestimmungsrechte primär Machtverteilung, Teilhabe und den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel haben, zeigt sich gleichzeitig ein deutlicher Zusammenhang mit dem Unternehmenserfolg. So stärken sie das Verhältnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, verbessern die Arbeitszufriedenheit und wirken motivierend. Damit verbessern sich auch Produktivität, Effizienz und Problemlösungsfähigkeit im Unternehmen.[82] Es ist also keineswegs so, dass Arbeitgebern hier lediglich Altruismus abverlangt würde.[83] Bspw sind kollektive Regelungen bei Themen wie dem Gesundheitsschutz, der Einführung von Home Office oder Kurzarbeit[84] idR sowohl für die

[79] Vgl *Roth,* Max-EuP 2012, unter 4.

[80] Der weltweit in Tageszeitungen veröffentlichte Aufruf und die Teilnehmer sind einsehbar unter https://democratizingwork.org/ (12.12.2023).

[81] Stellungnahme des EWSA ABl 2023 C 228/43 Nr. 1.1., 1.2., 3.2.; vergleichbar auch der Befund bei *Parker* in *ETUI/ETUC* (Hrsg), Benchmarking Working Europe 2023 (2023) 143 (146).

[82] *Parker* in *ETUI/ETUC,* Benchmarking Working Europe 2023, 143 (146); *Keller/Werner,* Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) – Empirische Befunde und (un-)erwartete Konsequenze, WSI Mitt 2009, 416; vergleichbar auch die Ergebnisse in *Eurofound,* Third European Company Survey 84 ff; vgl außerdem mwN *Gonzalez,* Workers' direct participation at the workplace and job quality in Europe, Journal of European Social Policy 2010, 160; kritisch allerdings, insbesondere in Bezug auf den Effizienzgedanken, bspw *Kraft/Brüggelambert,* Empirie statt Ideologie, Essener Unikate 1999, 52 (63 f).

[83] Ebenso die Einschätzung einer paritätisch besetzten Kommission: *Bertelsmann Stiftung/Hans Böckler Stiftung* (Fn 10) 2 f.

[84] Dazu etwa für Deutschland § 87 Abs 1 Nr 3 Alt 1 BetrVG, vgl zum Instrument der Kurzarbeit im Zuge der Pandemie *Fischinger* Reaktion des Arbeitsrechts auf pandemiebedingte Störungen, SR 2022, 37 (48 f).

Arbeitnehmer- als auch die Arbeitgeberseite vorzugswürdig.[85] In Österreich wurde etwa für das Home Office im Zuge der Pandemie eigens ein neuer Betriebsvereinbarungstatbestand in § 97 Abs 1 Z 27 ArbVG geschaffen.[86]

In den 1970er-Jahren bestand zT noch der Wunsch, die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in Europa weitgehend zu harmonisieren.[87] Dies wurde – mit guten Gründen – bislang nicht eingelöst. Dafür sind die Systeme der kollektiven Arbeitsbeziehungen und deren gewachsene Tradition in Europa zu verschieden. Das heißt allerdings nicht, dass der Europäische Gesetzgeber nicht in der Pflicht wäre, durch eine weitergehende Definition von Mindeststandards seinen Beitrag zur Stärkung der Arbeitnehmermitbestimmung im Fokus zu behalten – unter Achtung der nationalen Besonderheiten. Auf dass auch und gerade dem ArbVG noch viele erfolgreiche Jahre beschieden sind!

[85] Dazu *Behruzi/Brinkmann/Paulitz,* WSI Mitt 2021, 296 (299).

[86] BGBl I 2021/61; dazu *Kozak,* Arbeitsrecht und Pandemie in Österreich – Ein Überblick, SR 2022, 65, 70; vgl außerdem *Auer-Mayer,* DRdA 2022, 138 f.

[87] Dazu *Weiss,* NZA 2003, 177, 184.

Das Internationale Betriebsverfassungsrecht im digitalen Transformationsprozess –

Ist das Territorialitätsprinzip noch zeitgemäß oder braucht es in der grenzüberschreitenden virtuellen Arbeitswelt neue Ansätze für die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen?

Diana Niksova

1. Einleitung 592
2. Ausgangspunkt: Territorialitäts- und Ausstrahlungsprinzip 594
   2.1 Kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen nach dem Territorialitätsprinzip? 594
   2.2 Kritik am Territorialitäts- und Ausstrahlungsprinzip 596
3. Andere Ansätze in der Literatur zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen 597
   3.1 Ansätze in der deutschen Literatur 597
   3.2 Ansätze in der österreichischen Literatur 598
   3.3 Eigener Ansatz 599
4. Exkurs: Besonderheiten bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung der §§ 105 Abs 3–7 und 107 ArbVG 601
5. Fazit 602

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass das bislang von der Judikatur vertretene Territorialitätsprinzip zur Klärung kollisionsrechtlicher Fragen der Betriebsverfassung ungeeignet ist und dogmatisch nicht begründet werden kann. Wenngleich sowohl in der deutschen[1] als auch in der österreichischen[2] Literatur bereits seit Jahrzehnten mit überzeugenden Argumenten heftige Kritik am Territorialitätsprinzip geübt wird und zahlreiche neue Ansätze für die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen entwickelt worden sind, hat sich die Judikatur in Österreich bislang

[1] ZB *Birk,* Mitbestimmung und Kollisionsrecht, RIW/AWD 1975, 589 ff; *Birk*, Geltung des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes in inländischen Betrieben ausländischer Unternehmen, SAE 1978, 236 ff; *Gamillscheg,* Internationales Arbeitsrecht (1959) 121; *Deinert,* Internationales Arbeitsrecht (2013) § 17 Rz 18; *Deinert,* Für ein welt- und zukunftsoffenes IPR der Betriebsverfassung, in FS Marhold (2020) 457 ff.

[2] ZB *Kirschbaum,* Handbuch zum internationalen Betriebsverfassungsrecht (1994) 71 ff; *Niksova*, Grenzüberschreitender Betriebsübergang (2014) 221 ff; *Ludvik,* Der internationale Betrieb (2021) 1 ff.

dennoch nicht zu einer Abkehr von diesem „Allerweltsbegriff",[3] der keine allseitige Kollisionsnorm ist, sondern lediglich Sachverhalte der österreichischen Rechtsordnung zuweist oder nicht, und keine sachgerechten Lösungen im Internationalen Betriebsverfassungsrecht bietet, überzeugen lassen. Spätestens jetzt aber – mitten im digitalen Transformationsprozess des Betriebsverfassungsrechts, der zu einer Zunahme an grenzüberschreitenden virtuellen Betrieben führt – ist es an der Zeit, dem Territorialitätsprinzip den Rücken zuzukehren und aus dem geltenden Recht eine neue Kollisionsnorm für betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen abzuleiten, die nicht nur methodisch korrekt hergeleitet werden kann, sondern – wie sich zeigen wird – zusätzlich auch für die digitalisierte Arbeitswelt sachgerechte Lösungen bietet. Noch besser wäre es freilich, wenn der Gesetzgeber selbst tätig wird und das 50. Jubiläum des ArbVG dazu nutzen würde, um im Betriebsverfassungsrecht eine neue Kollisionsnorm für betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen zu normieren und damit für alle Beteiligten Rechtssicherheit zu schaffen. Denn wie *Simon Deakin* bereits 2015 zu Recht betont hat: „*If technology can evolve, so can the law*".[4]

1. Einleitung

Die Digitalisierung der Arbeitswelt schreitet mit großen Schritten voran – eine Entwicklung, die sich mit Sicherheit nicht mehr aufhalten lassen wird. Im Gegenteil: Auch in Zukunft ist mit einem starken Aufwärtstrend an virtuellem Arbeiten zu rechnen, bei dem AN nicht mehr physisch an einem Betriebsstandort zusammenarbeiten, sondern über moderne Informations- und Kommunikationstechnologien untereinander und mit ihrem AG vernetzt sind. Häufig können AN ihre Arbeitsleistung von überall aus – und daher auch grenzüberschreitend – erbringen; sie benötigen dazu nicht mehr als einen Laptop und einen Internetzugang. So können AN etwa von ihrem ausländischen Homeoffice aus Arbeitsleistungen erbringen oder Plattformarbeiter digital für einen AG tätig werden, der seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Das dislozierte Arbeiten führt daher zugleich zu einer starken Zunahme an grenzüberschreitenden Sachverhalten und damit zu neuen komplexen kollisionsrechtlichen Fragen, für die der Gesetzgeber häufig noch keine sachgerechten Lösungen entwickelt hat. Dies betrifft nicht nur das anwendbare Individualarbeitsrecht (Art 8 Rom I-VO)[5] und das anwendbare Sozialversicherungsrecht

[3] *Prager*, Grenzen der deutschen Mitbestimmung (inklusive Betriebsverfassung) im deutsch-schweizerischen Unternehmensrecht (1979) 19.

[4] *Deakin*, Luddism in the Age of Uber, abrufbar unter https://www.socialeurope.eu/luddism-in-the-age-of-uber (abgerufen am 21.2.2024).

[5] Zu diesen Fragen s ausführlich *Niksova*, Die Arbeitswelt im digitalen Wandel: Ausländisches Homeoffice und virtuelle Entsendungen aus arbeitsrechtlicher Perspektive, ZAS 2023, 83 ff mwN.

(Art 11–16 VO 883/2004/EG).[6] Auch vor dem Internationalen Betriebsverfassungsrecht macht diese Entwicklung nicht halt.

So sind heutzutage grenzüberschreitende virtuelle Betriebe keine Seltenheit mehr. Ursprünglich hatte der österreichische Gesetzgeber im Betriebsverfassungsrecht zwar wohl physische Betriebe vor Augen und definierte diese in § 34 ArbVG als eine „*Arbeitsstätte, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb der eine physische und juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen und immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht*". In der Zwischenzeit finden sich aber in der Praxis häufig auch Arbeitsorganisationen ohne physischen Betriebsstandort, in denen der Betriebsinhaber und die Belegschaft über moderne Informations- und Kommunikationstechnologien miteinander vernetzt sind und virtuell eng zusammenarbeiten, um einen gemeinsamen Betriebszweck zu erreichen. Man denke etwa an einen – der Einfachheit halber vorerst rein inländischen – Sachverhalt, in dem in Österreich zwei AN digital vom Homeoffice in Innsbruck aus, zwei AN digital aus Salzburg und drei AN digital aus Wien eng zusammenarbeiten, um einen gemeinsamen Betriebszweck zu erreichen, wobei die Leitung auch virtuell von Wien aus tätig ist und den AN Weisungen erteilt. Obgleich in diesem Fall kein physisches Gebäude oder keine Arbeitsstätte im räumlichen Sinn in Österreich vorhanden ist, also ein physischer Kern des Betriebs fehlt, ist in einer solchen Konstellation mE dennoch der Betriebsbegriff iSd § 34 ArbVG erfüllt, sofern es sich um eine Ressourcengemeinschaft handelt, die virtuell eng zusammenarbeitet (etwa jeden Tag gemeinsame virtuelle Besprechungen abhält) und einen gemeinsamen Betriebszweck verfolgt.[7] Die einzelnen Wesenselemente des Betriebsbegriffs – Einheit des Betriebsinhabers, des Betriebszwecks und der Organisation – müssten zwar in solchen Konstellationen wohl ungleich strenger geprüft werden als bei einem klassischen physischen Betrieb im räumlichen Sinne. Liegen sie aber vor, ist der Betriebsbegriff iSd § 34 ArbVG mE zu bejahen.

Erstreckt sich nun aber ein solcher virtueller Betrieb über die nationalen Staatsgrenzen hinaus, stellt sich die wohl noch deutlich schwierigere kollisionsrechtliche

[6] S dazu ausführlich *Niksova,* Zusammenspiel von Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht auf europäischer Ebene (Habilitationsschrift 2022) 328 ff mwN (wird demnächst bei Manz publiziert; die angegebenen Seiten in diesem Beitrag beziehen sich auf die noch nicht publizierte Fassung).

[7] So im Ergebnis auch *Mosler,* Kollektivrechtliche Herausforderungen und rechtspolitische Optionen bei Crowdworking, in *Reichel/Pfeil/Urnik* (Hrsg), Crowdinvesting und Crowdworking (2018) 165 (171 f); *Gruber-Risak,* Cyberwork, in *Reichel/Pfeil/Urnik* (Hrsg), Die Arbeit ist immer und überall (2020) 71 (86 f); *Deinert,* Herausforderungen der Internationalisierung der Arbeitswelt, DRdA 2022, 153 (155). AA *Felten,* der die Grenzen des Betriebsbegriffs des § 34 ArbVG dort zieht, wo der physische Betrieb als solcher nicht existiert: *Felten,* Digitale Transformation im Arbeits- und Sozialrecht, in *Felten/Kofler/Mayrhofer/Perner/Tumpel* (Hrsg), Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht (2019) 391 (402). Diese Frage ausdrücklich offenlassend *Auer-Mayer,* Digitalisierung und Betriebsverfassung, DRdA 2022, 139 (140).

Frage, das Betriebsverfassungsrecht welchen Staates zur Anwendung kommt. Dabei gehörte die kollisionsrechtliche Anknüpfung von betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen bereits vor dem Zeitalter der digitalisierten Arbeitswelt zu den kompliziertesten Fragen des Arbeitskollisionsrechts überhaupt. So hat *Gamillscheg* das Internationale Betriebsverfassungsrecht bereits im Jahr 1959 zu Recht als die wohl zweifelhafteste Frage des gesamten Arbeitsverweisungsrechts bezeichnet.[8] Das ist mE auch heute immer noch gültig, wobei die neuen Entwicklungen anlässlich des virtuellen grenzüberschreitenden Arbeitens die Frage nach der kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen noch deutlich erschweren. Der vorliegende Beitrag unternimmt dennoch den Versuch, eine allseitige Kollisionsnorm für Betriebsverfassungsnormen zu entwickeln, der auch für die digitalisierte Arbeitswelt sachgerechte Lösungen bieten soll. Angemerkt sei jedoch, dass sich die vorliegenden Ausführungen nur auf solche Betriebsverfassungsnormen beziehen, die kollisionsrechtlich nach dem Betriebsverfassungsstatut zu beurteilen sind. Das gilt insb nicht für die §§ 105 Abs 3–7 und 107 ArbVG, die mE für kollisionsrechtliche Zwecke nicht betriebsverfassungsrechtlich, sondern nach dem Arbeitsvertragsstatut und damit gem Art 8 Rom I-VO anzuknüpfen sind (zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung der Bestimmungen über den allgemeinen Kündigungsschutz s unten Exkurs Punkt 4).

2. Ausgangspunkt: Territorialitäts- und Ausstrahlungsprinzip

2.1 Kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen nach dem Territorialitätsprinzip?

Der OGH[9] und zahlreiche Meinungen in der Literatur[10] haben bislang Betriebsverfassungsnormen kollisionsrechtlich nach dem Territorialitätsprinzip angeknüpft. Dieses besagt, dass die österreichischen Betriebsverfassungsnormen nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Betrieb im Inland, also in Österreich, liegt. Für im Ausland gelegene Betriebe gelten demnach die österreichischen Betriebsverfassungsnormen nicht.[11] MaW: Das österreichische Betriebsverfassungsrecht endet aufgrund des Territorialitätsprinzips an der österreichischen Staatsgrenze.

Eine Ausnahme stellt allerdings das Ausstrahlungsprinzip dar. Demnach kommt das österreichische Betriebsverfassungsrecht auch dann zur Anwendung, wenn der

---

8 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht 366.

9 OGH 26.3.1997, 9 ObA 88/97z, DRdA 1998, 183 (*Hoyer*); OGH 29.3.1995, 9 ObA 12/95, RdW 1996, 68 (*Rebhahn*).

10 *Rebhahn,* Österreichisches Arbeitsrecht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, in FS Strasser (1983) 59 (75); *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 33 Rz 17 (Stand 1.6.2003, rdb.at); *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht § 33 Rz 2 (arbvg.oegbverlag.at, Stand 1.7.2023); *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm[3] (2018) § 33 ArbVG Rz 4.

11 ZB OGH 9 ObA 88/97z, DRdA 1998, 183 (*Hoyer*); OGH 9 ObA 12/95, RdW 1996, 68 (*Rebhahn*).

AN in einem unselbständigen ausländischen Betriebsteil eines in Österreich gelegenen Betriebs arbeitet, der trotz der örtlichen Entfernung organisatorisch zum inländischen Betrieb gehört.[12] Entscheidend ist dabei, dass der AN trotz seiner Auslandstätigkeit als Teil der betrieblichen Organisation angesehen werden kann. Der OGH berücksichtigt dabei auch die Kommunikationsmöglichkeiten, durch die eine Kontaktaufnahme mit den AN, die im Ausland tätig sind, erleichtert werden kann.[13] Für *Rebhahn* ist entscheidend, dass der AN im Ausland nicht in einen ausländischen Betrieb eingegliedert ist oder nur in einem unselbständigen Betriebsteil eines österreichischen Betriebs arbeitet.[14] Im Schrifttum wurde aber bereits herausgearbeitet, dass an der Ausstrahlung des inländischen Betriebs auf unselbständige Betriebsteile im Ausland problematisch ist, dass mangels eines autonomen Betriebsbegriffs ein nach österreichischem Recht als „unselbständig" zu qualifizierender Betriebsteil nach der ausländischen Rechtsordnung möglicherweise bereits einen eigenständigen Betrieb darstellen kann. Entscheidend ist dann, in welchem Staat geklagt wird und welches materielle Recht zur Anwendung kommt.[15]

Auch im deutschen Recht hat sich in der Judikatur das Territorialitätsprinzip durchgesetzt. Die Ausstrahlung wird vom BAG bejaht, wenn während der Auslandstätigkeit eine betriebsverfassungsrechtlich relevante Bindung des AN an den Betrieb im Inland weiterhin besteht.[16] Da sich der Schutz der Betriebsverfassung kollektiv auf die gesamte Belegschaft bezieht, ist für den einzelnen AN die Zugehörigkeit zu dieser Belegschaft erforderlich, damit er vom Schutz der Betriebsverfassung Gebrauch machen kann.[17] Gehört ein AN der Belegschaft eines ins Ausland ausstrahlenden Inlandsbetriebs an, wird der Schutz, den ihm die inländische Betriebsverfassung bietet, weiterhin gewährleistet, selbst wenn er vorübergehend im Ausland tätig wird und wenn die Auslandstätigkeit im Interesse des AG liegt.[18] Dagegen verneint das BAG das Ausstrahlungsprinzip aber dann, wenn ein AN ausschließlich für Auslandseinsätze eingestellt wird, zumal in einem solchen Fall keine faktische Bindung an den

---

12 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 33 Rz 17; *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, ArbVR § 33 Rz 1.

13 OGH 9 ObA 88/97z, DRdA 1998, 183 (*Hoyer*); OGH 2.6.2009, 9 ObA 54/09w, DRdA 2009, 533; zur Ausstrahlung s auch jüngst OGH 9 ObA 26/23y, DRdA 3/2024, in Druck (zust *Gruber-Risak/Lutz*) = DRdA-infas 2023, 300 (*Chlestil*): In dieser E hat der Gerichtshof entschieden, dass Auslandsdienststellen der Österreichischen Gesellschaft für Entwicklungszusammenarbeit gemeinsam mit der Zentrale in Österreich einen einzigen, einheitlichen Betrieb iSd § 34 ArbVG bilden.

14 *Rebhahn* in FS Strasser 59 (85).

15 *Niksova,* Grenzüberschreitender Betriebsübergang 226 mwN; *Niksova* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 80 Rz 136 mwN (14. Lfg, 2017).

16 S dazu zB BAG 21.10.1980, 6 AZR 640/79, AP Nr 17 Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht (*Beitzke*).

17 *Jaeger,* Der Auslandsbezug des Betriebsverfassungsgesetzes (1983) 111.

18 *Jaletzke,* International operierende Unternehmen und deutsche Betriebsverfassung (1987) 129.

Betrieb im Inland gegeben sei.[19] Damit vertritt das BAG einen strengeren Ansatz als der OGH.[20]

2.2 Kritik am Territorialitäts- und Ausstrahlungsprinzip

In der deutschen Literatur werden das Territorialitäts- und das Ausstrahlungsprinzip bereits seit vielen Jahrzehnten heftig kritisiert. Aber auch in Österreich finden sich zunehmend immer mehr Autor:innen,[21] die diese Prinzipien aus guten Gründen ablehnen und nach neuen Ansätzen für die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen suchen. So wurde im Schriftum zu Recht gegen das Territorialitätsprinzip vorgebracht, dass es sich bei den betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen um privatrechtliche Bestimmungen handelt, weshalb die Frage des Internationalen Betriebsverfassungsrechts eine Frage des Internationales Privatrechts ist und betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen kollisionsrechtlich nicht wie öffentliches Recht behandelt werden sollen.[22] Zudem lässt sich das Territorialitätsprinzip dogmatisch nicht begründen. Es lässt sich methodisch weder aus der Rom I- noch aus der Rom II-VO noch aus dem ArbVG ableiten. Auf unionsrechtlicher Ebene kommen nämlich für die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen weder die Rom I- noch die Rom II-VO zur Anwendung, zumal beide Verordnungen für betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten nicht anwendbar sind. Auch im ArbVG lässt sich keine Kollisionsnorm für Betriebsverfassungsbestimmungen finden und auch aus dem IPRG kann – wie unten noch zu zeigen sein wird – das Territorialitätsprinzip nicht abgeleitet werden. Vielmehr regelt das Territorialitätsprinzip nur den Geltungs-, nicht aber den Anwendungsbereich von betriebsverfassungsrechtlichen Normen. Während der räumliche Geltungsbereich eines Gesetzes das Territorium bestimmt, für das das Gesetz erlassen worden ist, geht es beim räumlichen Anwendungsbereich um die Frage, ob auf einen bestimmten Sachverhalt das entsprechende Gesetz Anwendung findet, auch wenn er Berührungspunkte außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes aufweist.[23] Aus diesem Grund ist das Territorialitätsprinzip zur Lösung von kollisionsrechtlichen Fragen des Betriebsverfassungsrechts ungeeignet. Es handelt sich dabei auch nicht um eine allseitige Kollisionsnorm, sondern weist es vielmehr Sachverhalte der öster-

[19] BAG 30.4.1987, 2 AZR 192/86, AP Nr 15 zu § 12 SchwbG (*Gamillscheg*); BAG 21.10.1980, 6 AZR 640/79, AP Nr 17 Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht (*Beitzke*).

[20] *Deinert,* DRdA 2022, 153 ff.

[21] ZB *Niksova*, Grenzüberschreitender Betriebsübergang 221 ff; *Ludvik,* Der internationale Betrieb 1 ff.

[22] ZB *Agel-Pahlke,* Der internationale Geltungsbereich des betriebsverfassungsgesetzes (1988) 32 f; *Kölpien,* Die Ausstrahlung des Betriebsverfassungsgesetzes (1987) 10; *Jaeger,* Der Auslandsbezug des Betriebsverfassungsgesetzes 60.

[23] *Niksova,* Grenzüberschreitender Betriebsübergang 229 f mwN; *Niksova,* Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen von grenzüberschreitenden Standortverlagerungen, ecolex 2014, 358 ff mwN; *Niksova* in *Tomandl*, ArbVG § 80 Rz 135 mwN.

reichischen Rechtsordnung zu oder nicht. *Kirschbaum* spricht in diesem Zusammenhang von der Behauptung einer erwünschten Rechtsfolge;[24] andere Autor:innen bezeichnen das Territorialitätsprinzip als einen ungenauen und „verschwommenen"[25] „Allerweltsbegriff",[26] der zur Klärung kollisionsrechtlicher Fragen der Betriebsverfassung unbrauchbar sei.[27] *Ludvik* nennt es eine „*dogmatische Blackbox*", deren Funktionsweise nicht aufgedeckt worden sei.[28]

Aus diesen Gründen überrascht es nicht, dass in der deutschen und österreichischen Literatur bereits mehrfach unterschiedliche neue Ansätze für die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen entwickelt worden sind, auf die näher einzugehen ist.

3. Andere Ansätze in der Literatur zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen

3.1 Ansätze in der deutschen Literatur

Im deutschen Schriftum, das sich bereits seit vielen Jahrzehnten intensiv mit dem Internationalen Betriebsverfassungsrecht befasst, wird ein ganzer Strauß unterschiedlicher dogmatischer Ansätze für die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen vertreten. Dieser reicht von der Zulässigkeit einer Rechtswahl durch die Belegschaft,[29] über eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der AN bzw des Betriebsinhabers[30] sowie das Abstellen auf das Arbeitsvertragsstatut[31] oder auf den Sitz des Betriebs.[32] Während mE – wie ich bereits an anderer Stelle ausführlich begründet habe[33] – eine Rechtswahl durch die Belegschaft, die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der AN oder des Betriebsinhabers sowie das Abstellen auf das Arbeitsvertragsstatut jedenfalls abzulehnen sind, ist auch zum Sitz des Betriebs zu betonen, dass diese Anknüpfung letztlich zum gleichen Ergebnis führt wie das Territorialitätsprinzip und damit auch keine neuen Erkenntnisse bietet.

---

[24] *Kirschbaum,* Handbuch zum internationalen Betriebsverfassungsrecht 84.

[25] *Birk,* SAE 1978, 236 (241).

[26] *Prager,* Grenzen der deutschen Mitbestimmung 19.

[27] *Richardi,* Mitbestimmung und Auslandsbeschäftigung, IPRax 1983, 217 (218).

[28] *Ludvik,* Der internationale Betrieb 457.

[29] *Staudacher,* Internationale Betriebsverfassung (1974) 149 ff.

[30] S zur Kritik daran *Ludvik,* Der internationale Betrieb 313 mwN.

[31] *Gamillscheg,* Internationales Arbeitsrecht 121 ff; *Schnorr von Carolsfeld,* RdA 1958, 201 ff.

[32] *Birk,* Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz, in FS Schnorr von Carolsfeld (1972) 61 (70); *Birk,* SAE 1978, 236 (241); *Jaletzke,* International operierende Unternehmen und deutsche Betriebsverfassung 80 ff; *Schlüpers-Oehmen,* Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit (1984) 81 ff; *Jaeger,* Der Auslandsbezug des Betriebsverfassungsgesetzes 60 ff; *Lorenz,* SAE 1979, 221 (224).

[33] *Niksova,* Grenzüberschreitender Betriebsübergang 231 ff mwN. Zur Kritik an diesen Ansätzen s auch *Ludvik*, Der internationale Betrieb 292 ff.

3.2 Ansätze in der österreichischen Literatur

Im österreichischen Recht haben sich bislang insb *Kirschbaum*[34] und *Ludvik*[35] mit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen befasst. Die Autor:innen haben zunächst treffend herausgearbeitet, dass dogmatisch auf das nationale IPRG zurückzugreifen ist, zumal weder die Rom I- noch die Rom II-VO noch das ArbVG selbst Kollisionsnormen für betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen enthalten. Da auch das IPRG keine ausdrückliche Sonderbestimmung für Betriebsverfassungsnormen normiert, ist auf die allg Regel des § 1 Abs 1 IPRG abzustellen. Nach dieser Bestimmung sind Sachverhalte mit Auslandsberührung in privatrechtlicher Hinsicht nach der Rechtsordnung zu beurteilen, zu der die stärkste Beziehung besteht.[36] Die entscheidende Frage ist daher, zu welchem Staat Betriebsverfassungsnormen die stärkste Beziehung aufweisen.

Kirschbaum hat in ihrer Untersuchung den Sitz der Produktions- oder Dienstleistungseinheit als Anknüpfungspunkt für Betriebsverfassungsnormen herausgearbeitet. Dabei meidet sie bewusst den Betriebsbegriff, weil nicht alle Staaten ein einheitliches Betriebsverfassungsrecht haben und die Anknüpfung an den Sitz des Betriebs folglich scheitern würde, wenn ein Staat – anders als Österreich – etwa nicht zwischen Betrieb und Unternehmen unterscheidet. Aus diesem Grund hat sie einen Anknüpfungspunkt gewählt, der auch im internationalen Kontext Geltung haben kann. Eine Produktions- oder Dienstleistungseinheit sei *Kirschbaum* zufolge weiter zu verstehen als der nationale Betriebsbegriff iSd § 34 ArbVG.[37]

Einen anderen Ansatz schlägt *Ludvik* vor. Er sieht die stärkste Beziehung iSd § 1 Abs 1 IPRG zu dem Staat, in dem die Mehrheit der AN ihren gewöhnlichen Arbeitsort hat und betont: „*Wenn schon im Individualarbeitsrecht zuerst auf den Arbeitsorganisationsmittelpunkt des einzelnen Arbeitnehmers abgestellt wird, dann läge es nahe, dass bei einer kollektiven Betrachtung der kollektive Mittelpunkt für die kollektiven Rechte einschlägig ist.*“[38] Durch den übereinstimmenden gewöhnlichen Arbeitsort lasse sich der Schwerpunkt der Arbeitsaktivitäten einer Arbeitsorganisation festmachen, zumal der „kollektive Arbeitsort“ der Belegschaft „der räumliche Ausdruck der Wertschöpfungsquelle“ sei.[39] Sei die Belegschaft über mehrere Staaten verteilt, sei die einfache Mehrheit ausschlaggebend. Subsidiär soll in Fällen, in denen dieser primäre Anknüpfungspunkt zu keinen sachgerechten Lösungen führe – etwa wenn sich die einfache Mehrheit an AN nicht feststellen lasse, der gewöhnliche Arbeitsort der AN nicht feststellbar sei oder starke Schwankungen gegeben seien –, auf den Staat

[34] *Kirschbaum,* Handbuch zum internationalen Betriebsverfassungsrecht (1994).
[35] *Ludvik,* Der internationale Betrieb (2021).
[36] *Kirschbaum,* Handbuch zum internationalen Betriebsverfassungsrecht 83 ff; *Niksova,* Grenzüberschreitender Betriebsübergang 239 ff; *Ludvik,* Der internationale Betrieb 305 ff.
[37] *Kirschbaum,* Handbuch zum internationalen Betriebsverfassungsrecht 103 ff.
[38] *Ludvik,* Der internationale Betrieb 433.
[39] *Ludvik,* Der internationale Betrieb 433 f.

abgestellt werden, in dem der Verwaltungssitz des verfügungsberechtigten Betriebsinhabers liege. In diesen Fällen komme der Leitungsfunktion eine wichtigere Rolle zu als dem gewöhnlichen Arbeitsort der AN.[40]

Aus *Ludviks* Untersuchung geht anschaulich hervor, dass es bei der Frage, zu welcher Rechtsordnung die stärkste Beziehung iSd § 1 Abs 1 IPRG besteht, letztlich um die Entscheidung geht, ob eher auf die Arbeitsaktivitäten der Arbeitsorganisation und damit – wie er selbst vertritt – auf den gewöhnlichen Arbeitsort der AN oder eher auf die Steuerungsfunktion abzustellen ist, also von welchem Staat aus die organisatorische Einheit gesteuert wird.

3.3 Eigener Ansatz

Ich selbst habe mich bereits im Jahr 2014 mit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen befasst und in grenzüberschreitenden Einheiten, bei denen die AN und Betriebsmittel auf unterschiedliche Staaten verteilt sind, auf den Sitz der Organisationsverwaltung der Produktions- oder Dienstleistungseinheit abgestellt, also im Ergebnis der Steuerungsfunktion Vorrang eingeräumt.[41] Wenngleich *Ludviks* Ansatz, der primär auf den gewöhnlichen Arbeitsort der AN abstellt, zwar dogmatisch gut begründet und im Ergebnis auch gut vertretbar ist, ist es mE gerade in rein virtuellen Betrieben sachgerechter, auf den Sitz der Organisationsverwaltung und nicht auf den gewöhnlichen Arbeitsort der AN abzustellen. Denn in rein digitalen Betrieben ohne physischen Betriebsstandort, wenn es also keinen physischen Kern der organisatorischen Einheit gibt und der gesamte Betrieb disloziert ist, ist der gewöhnliche Arbeitsort der AN mE weniger ausschlaggebend als die Frage, von welchem Staat aus die AN gesteuert werden. Die einzelnen AN sind mit ihren Laptops mobil und können verteilt über alle Staaten von überall aus tätig werden, sie benötigen dazu nur einen Internetzugang. Wo sich die einzelnen AN mit ihren Laptops physisch befinden, ist dann aber für die Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen weniger relevant als die Frage, von welchem Staat aus diese Ressourcengemeinschaft, die virtuell vernetzt ist und einen gemeinsamen Betriebszweck verfolgt, gesteuert wird. Zu diesem Staat besteht mE die stärkste Verbindung, sodass das Betriebsverfassungsrecht dieses Staates zur Anwendung kommt.[42] Zudem ist zu beachten, dass die Betriebsverfassung auch kein „*Anhängsel des Individualarbeitsrechts*" ist und sich nicht ausschließlich aus der Summe der einzelnen Arbeitsverhältnisse erklären lässt,[43] was auch gegen *Ludviks* Ansatz spricht. Während *Ludvik* daher im Ergebnis in einem Sachverhalt, in dem 20 AN verteilt über Deutschland

---

40 *Ludvik,* Der internationale Betrieb 433 ff.

41 *Niksova,* Grenzüberschreitender Betriebsübergang 223 ff mwN; s auch *Niksova* in *Tomandl*, ArbVG § 80 Rz 137.

42 Auch *Deinert* stellt auf die Leitungsfunktion ab; *Deinert,* DRdA 2022, 153 (155 f).

43 *Birk* in FS Schnorr von Carolsfeld 61 ff; *Birk,* SAE 1978, 236 ff; *Birk,* RIW 1975, 589 ff.

(etwa vom Homeoffice aus, aber ohne physischen Betriebsstandort in Deutschland), 10 AN verteilt über Österreich und 10 AN verteilt über Frankreich virtuell eng zusammenarbeiten und einen gemeinsamen Betriebszweck verfolgen, wobei alle AN gemeinsam digital von Österreich aus gesteuert werden, das deutsche Betriebsverfassungsrecht anwenden würde, kommt mE in diesem Fall das österreichische Betriebsverfassungsrecht zur Anwendung. Obgleich in Deutschland zahlenmäßig mehr AN beschäftigt sind, besteht die stärkste Beziehung iSd § 1 Abs 1 IPRG zu Österreich und nicht zu Deutschland.

Zwar ist zuzugeben, dass beim Abstellen auf den Sitz der Organisationsverwaltung die Gefahr der Umgehung des ArbVG besteht, indem dieser Sitz ins Ausland verlagert wird. Doch ist gerade in grenzüberschreitenden virtuellen Betrieben eine solche Umgehung auch dann möglich, wenn auf den gewöhnlichen Arbeitsort der AN abgestellt würde, zumal der Betriebsinhaber bewusst AN mit einem gewöhnlichen Arbeitsort in einem bestimmten Staat auswählen könnte, um die Betriebsverfassung eines bestimmten anderen Staates zu vermeiden. Bei digital arbeitenden AN spielt es für den AG häufig keine Rolle, in welchem Staat sich der AN mit seinem Laptop befindet und Daten in den Computer eintippt.

Zudem kann zwar auch beim Abstellen auf die organisatorische Steuerungsfunktion nicht zur Gänze verhindert werden, dass etwa im oben genannten Fall österreichische Gerichte für alle 40 AN die österreichische Betriebsverfassung anwenden würden, Deutschland aber etwa schon argumentieren würde, dass die 20 AN in Deutschland selbst einen eigenen Betrieb in Deutschland bilden und daher auf die deutschen AN die deutsche Betriebsverfassung zur Anwendung kommt. Mangels eines unionsrechtlich-autonomen Betriebsbegriffs lassen sich solche Normenhäufungen auch weiterhin nicht zur Gänze verhindern. Durch die kollisionsrechtliche Anknüpfung an den Sitz der Organisationsverwaltung ist die Gefahr solcher Normenhäufungen aber mE dennoch geringer[44] als beim Abstellen auf die Anzahl der AN.

Im Ergebnis ist daher in grenzüberschreitenden Einrichtungen, bei denen die AN und die Betriebsmittel über mehrere Staaten verteilt sind, kollisionsrechtlich auf den Sitz der Organisationsverwaltung abzustellen und nicht auf den gewöhnlichen Arbeitsort der AN. Klargestellt sei, dass nicht Sachverhalte gemeint sind, in denen die gesamte Arbeitsstätte mit allen AN und Betriebsmitteln physisch im Inland liegt und sich nur der Verwaltungssitz des Betriebsinhabers im Ausland befindet, sondern in denen die Einrichtung selbst, also die AN und die Betriebsmittel, über mehrere Staaten verteilt sind und zwar nicht bloß in einem geringfügigen Ausmaß.

[44] Siehe dazu *Niksova,* Grenzüberschreitender Betriebsübergang 244 f.

4. Exkurs: Besonderheiten bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung der §§ 105 Abs 3–7 und 107 ArbVG

Wie bereits oben erläutert wurde, beziehen sich die bisherigen Ausführungen nicht auf alle Betriebsverfassungsnormen, sondern nur diejenigen, die kollisionsrechtlich nach dem Betriebsverfassungsstatut anzuknüpfen sind. Dies ist gerade für die §§ 105 und 107 ArbVG – mit Ausnahme von § 105 Abs 1 und 2 ArbVG – nicht der Fall. Denn wie ich bereits an mehreren anderen Stellen ausgeführt habe,[45] ist der allgemeine Kündigungsschutz mE trotz der systematischen Verankerung im Betriebsverfassungsrecht kollisionsrechtlich nicht nach dem Betriebsverfassungsstatut, sondern nach dem Arbeitsvertragsstatut und damit gem Art 8 Rom I-VO anzuknüpfen. Dies lässt sich insb mit einer autonom-rechtsvergleichenden Auslegung des Begriffs „Individualarbeitsverträge" iSd Art 8 Rom I-VO begründen sowie mit einer parallelen Auslegung der Begriffe iSd Art 20–23 Brüssel Ia-VO und Art 8 Rom I-VO, um einen Gleichlauf von ius und forum zu erreichen.[46]

Diese Ansicht scheint sich in der Zwischenzeit auch in der Judikatur durchgesetzt zu haben. Zwar ging der OGH in der älteren Jud ursprünglich davon aus, dass für die Kündigungsschutzbestimmungen des ArbVG das Territorialitätsprinzip gilt und ein Betrieb in Österreich vorausgesetzt wird.[47] In den Entscheidungen 9 ObA 65/11s und 8 ObA 34/14d hat der OGH jedoch ausdrücklich von seiner ursprünglichen Judikatur, wonach der Kündigungsschutz nach dem Territorialitätsprinzip anzuknüpfen sei, Abstand genommen; auch die aktuellste Entscheidung 9 ObA 89/19g ist mE nicht so zu deuten, dass der OGH wieder zum Territorialitätsprinzip zurückgekehrt wäre.[48]

In den OGH-Entscheidungen zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Kündigungsschutzbestimmungen ging es häufig um Sachverhalte, in denen einzelne AN für große internationale Unternehmen oder Konzerne in Österreich tätig waren, ohne aber in Österreich in einen BR-pflichtigen Betrieb mit mind fünf AN eingegliedert zu sein.[49] Die wohl schwierigste Frage im Falle der Kündigung eines solchen AN ist aber – bejaht man gem Art 8 Rom I-VO die Anwendung des österreichischen Rechts und damit auch der §§ 105 Abs 3–7 und 107 ArbVG – die daran anschließen-

---

45 *Niksova,* Anwendung des österreichischen allgemeinen Kündigungsschutzes bei im Ausland gelegenem Betrieb?, JAS 2020, 311 ff mwN; *Niksova,* Grenzüberschreitender Betriebsübergang 122 ff mwN; *Niksova,* Kündigungsschutz und Kollisionsrecht – eine harmonische Beziehung?, in *Kozak* (Hrsg), Die Tücken des Bestandschutzes (2017) 51 ff mwN; *Niksova,* Kollisionsrechtliche Anknüpfung der Bestimmungen über den allgemeinen Kündigungsschutz, ZAS 2013, 18 ff mwN.

46 Siehe dazu *Niksova,* JAS 2020, 311 (318 mwN).

47 OGH 9 ObA 12/95.

48 *Niksova,* JAS 2020, 311 (319).

49 ZB OGH 9 ObA 65/11s, RdW 2012, 97 (*Laimer/Huger*); 8 ObA 34/14d, ZAS 2015, 229 (*Kozak*) = DRdA 2015, 334 (*Burger*); 9 ObA 54/13a, IPRax 2016, 173 und 181 (*Temming*); 9 ObA 101/17v, DRdA 2018, 437 (*Weiß*); 9 ObA 89/19g, JAS 2020, 311 (*Niksova*) = DRdA 2020, 569 (*Mathy*).

de Frage, ob sich auch solche AN auf die Kündigungsschutzbestimmungen des ArbVG berufen können, die ihre Arbeitsleistung in Österreich erbringen und deren Arbeitsverträge österreichischem Recht unterliegen, die aber in Österreich keinem BR-pflichtigen Betrieb angehören, sondern einem im Ausland gelegenen Betrieb mit mind fünf AN zuzuordnen sind. Diese materiell-rechtliche Frage, nämlich ob der – in diesem Fall – physische BR-pflichtige Betrieb mit mind fünf AN im Inland liegen muss oder ob es ausreicht, wenn der AN einem ausländischen physischen Betrieb zuzuordnen ist, konnte der OGH bislang ungeklärt lassen.[50] Selbst wenn in diesem Zusammenhang auf sachrechtlicher Ebene ein physischer BR-pflichtiger Betrieb im Inland verlangt werden sollte,[51] darf diese Frage keinesfalls mit der in Punkt 3. diskutierten Frage der kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Betriebsverfassungsnormen in rein virtuellen Betrieben verwechselt werden und steht mit dem in Punkt 3. vertretenen Ergebnis daher nicht in Widerspruch. Während nämlich in den Entscheidungen zum allgemeinen Kündigungsschutz nur im Ausland ein physischer BR-pflichtiger Betrieb vorlag, ein solcher aber im Inland gerade nicht gegeben war, geht es bei der in Punkt 3. erörterten Frage darum, unter welchen Voraussetzungen rein virtuelle Einheiten die stärkste Beziehung zu Österreich aufweisen und damit für kollisionsrechtliche Zwecke rechtlich in Österreich zu verorten sind, sodass das österreichische Betriebsverfassungsrecht zur Anwendung kommt, obgleich einige AN ihre Arbeitsleistungen digital im Ausland erbringen. Für beide Gretchenfragen darf mit Spannung erwartet werden, wie sich die Judikatur in Zukunft dazu positionieren wird.

5. Fazit

Es kann nur wiederholt darauf hingewiesen werden, dass das Territorialitätsprinzip keine dogmatische Grundlage enthält und nicht in der Lage ist, internationale Sachverhalte des Betriebsverfassungsrechts zu lösen. Dies war schon vor dem Zeitalter der Digitalisierung der Arbeitswelt der Fall; grenzüberschreitende virtuelle Sachverhalte lassen sich jedoch mit diesem Prinzip noch deutlich weniger bewältigen. Es bleibt zu hoffen, dass die Judikatur spätestens jetzt, anlässlich des digitalen Transformationsprozesses der Arbeitswelt, nochmals die dogmatische Herleitung des Territorialitätsprinzips hinterfragt und im Ergebnis aus § 1 Abs 1 IPRG eine andere kollisionsrechtliche Anknüpfung für Betriebsverfassungsnormen ableitet. Noch erfreulicher wäre es freilich, wenn aus Rechtssicherheitsgründen der Gesetzgeber anlässlich des 50. Jubiläums des ArbVG den Betriebsbegriff iSd § 34 ArbVG im Hinblick auf digitale Sachverhalte überdenken und für betriebsverfassungsrechtliche Normen ausdrücklich eine neue Kollisionsnorm schaffen würde. Dabei sollte zugleich klargestellt werden, dass der allgemeine Kündigungsschutz – mit Ausnahme von § 105

[50] S zB OGH 9 ObA 89/19g.

[51] S dazu *Niksova,* JAS 2020, 311 (320 ff).

Abs 1 und 2 ArbVG – für kollisionsrechtliche Zwecke nicht betriebsverfassungsrechtlich, sondern nach dem Arbeitsvertragsstatut und damit gem Art 8 Rom I-VO anzuknüpfen ist, um jegliche Missverständnisse zu vermeiden.