

Herausgeber:

Werner Doralt

Gert Iro

Gunter Mayr

Christian Nowotny

Ulrich Runggaldier

Wirtschaftsrecht

Nicolas Raschauer:

**Grenzüberschreitende Rechtsaufsicht über
EWR-Finanzdienstleistungsunternehmen
nach MiFID und WAG 2007**

Stephan Hawel:

Rechtzeitigkeit von Banküberweisungen

Arbeitsrecht

Lisa Kulmer:

**Vorzeitige Beendigung der Altersteilzeit
im Blockzeitmodell**

Nora Aburumieh/Susanne Wurzer:

**Entsendung in das besondere Verhandlungs-
gremium bei SE-Gründung bzw EU-Verschmelzung**

Steuerrecht

Steuerreform 2009:

G. Mayr: **StRefG 2009 – Familienpaket und Spendenabzug**

O. Herzog/A. Rainer: **StRefG 2009 – Der neue ESt-Tarif**

G. Mayr: **StRefG 2009 – Gewinnfreibetrag neu**

A. Bodis/F-R. Pampel: **KBG 2009 – Vorzeitige Abschreibung**

Schwerpunkt
Steuerreform 2009



LexisNexis®

■ RdW 2009/175, 214

Entsendung von Arbeitnehmern in das besondere Verhandlungsgremium bei SE-Gründung bzw Verschmelzung nach dem EU-VerschG¹⁾

Bei der Entsendung von Arbeitnehmern in das „Besondere Verhandlungsgremium“ anlässlich der Gründung einer SE oder einer Verschmelzung nach dem EU-VerschG stellen sich in der Praxis Fragen nach der richtigen Vorgehensweise bei betriebsratslosen Betrieben. Der nachstehende Beitrag gibt einen Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen und erläutert die Auswirkungen des Fehlens einer Arbeitnehmervertretung sowohl im Hinblick auf die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Arbeitnehmer zur Bildung eines Besonderen Verhandlungsgremiums aufzufordern, als auch im Hinblick auf die Beurteilung der Entsendebefugnis der Arbeitnehmer.

RA Dr. Nora Aburumieh
RA Mag. Susanne Wurzer, LL.M.
Wien

1. Einleitung

Das SE-Recht ist ebenso wie das EU-Verschmelzungsrecht von der Idee geprägt, in der aus der Umstrukturierung hervorgehenden Gesellschaft ein System der Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen zu etablieren, das durch die Leitungsorgane und die Arbeitnehmer(vertreter) ausverhandelt wurde. Das Verhandlungsmandat aufseiten der Arbeitnehmer hat das „Besondere Verhandlungsgremium“ (im Folgenden auch „BVG“) inne, welches die Interessen der Arbeitnehmer vertritt. In der Beratungspraxis stellt die Bildung des BVG und die Entsendung von Mitgliedern in das BVG einen wichtigen Themenbereich dar. Dabei stellt sich die Frage des Schicksals von betriebsratslosen Betrieben, bei denen de lege lata keine Entsendungsbefugnis in das BVG besteht.

2. Allgemeines zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE bzw bei EU-Verschmelzung

2.1. Maßgebliche Rechtsgrundlagen

Europarechtliche Rechtsgrundlage zur Arbeitnehmerbeteiligung in einer Europäischen Gesellschaft („SE“) ist die Richtlinie 2001/86/EG vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer. Die Richtlinienbestimmungen wurden in Österreich im VI. Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes („ArbVG“), beginnend mit § 208 ArbVG, umgesetzt. Das EU-Verschmelzungsrecht wird auf europäischer Ebene durch die Richtlinie 2005/56/EG vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten gestaltet, deren Artikel 16 sich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer widmet. Die Umsetzung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Verschmelzungsrichtlinie erfolgte im VIII. Teil des ArbVG, beginnend mit § 258 ArbVG und – wie auch von der Richtlinie vorgegeben – unter Rückverweis auf einen Großteil der SE-rechtlichen Bestimmungen.

Die Regelungen des ArbVG kommen gemäß § 208 ArbVG grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn die SE bzw die

aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz in Österreich hat. Bei „Hinausverschmelzungen“ sind aus österreichischer Sicht (dh für österreichische Gesellschaften und Betriebe) nur die in § 209 ArbVG taxativ aufgezählten Bestimmungen anzuwenden.²⁾ § 209 ArbVG umfasst insbesondere die inhaltlichen Anforderungen der den Entsendungsprozess in das BVG einleitenden Informationserteilung an die Arbeitnehmer (§ 215 Abs 3 ArbVG) sowie die Regelungen zur Entsendung der österreichischen Mitglieder in das BVG (§§ 217, 218 ArbVG). Die nachstehenden Überlegungen gelten daher zum Großteil sowohl für den Fall der „Export-“ als auch „Importgründung“ einer SE sowie einer „Export-“ und „Importverschmelzung“ nach dem EU-VerschG.³⁾

2.2. Grundsätzliches Regelungskonzept: Verhandlungslösung

Bei der Gründung einer SE stellt sich ebenso wie bei der Verschmelzung über die Grenze nach dem EU-VerschG die Frage der Gewährleistung der Aufrechterhaltung von Arbeitnehmerbeteiligungsmechanismen in den an den Umstrukturierungsvorgängen beteiligten oder von diesen betroffenen Gesellschaften und Betrieben.⁴⁾ Das SE- bzw EU-Verschmelzungsrecht (Letzteres nur unter den Voraussetzungen gem § 258 ArbVG) forciert dabei eine Verhandlungslösung, dh es sind die Leitungsorgane der an der SE-Gründung bzw EU-Verschmelzung beteiligten Gesellschaften angehalten, mit den Arbeitnehmern (vertreten durch das BVG) ein System der Arbeitnehmerbeteiligung aus-

2) Die Aufzählung in § 209 ArbVG ist auch für Exportverschmelzungen nach dem EU-VerschG maßgeblich, siehe 214 BlgNR 23. GP 7 (zu § 260). Gesetzlich nicht klar geregelt ist dabei aber die Frage, ob alle im VIII. Teil des ArbVG enthaltenen Bestimmungen, dh die vom SE-Recht abweichenden Bestimmungen, im Falle einer Exportverschmelzung unanwendbar sind. Dies würde die Formulierung in § 258 Abs 1 ArbVG prima facie nahelegen („Die Bestimmungen dieses Teils gelten für Unternehmen, die... aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften hervorgehen ... und ihren Sitz im Inland haben oder haben werden...“). UE könnte auch bei einzelnen anderen Bestimmungen (etwa § 261 Abs 3 bis 7 ArbVG) Bedarf bestehen, diese auch bei Exportverschmelzungen anzuwenden.

3) Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-VerschG), BGBl 2007/72.

4) Vgl 3. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/86/EG.

1) Wir danken Regina Hauser für die wertvolle Mithilfe bei der Gestaltung dieses Beitrags.

zuverhandeln. Ziel ist dabei der Abschluss einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer.⁵⁾

Für die Ausverhandlung der Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer steht grundsätzlich eine Frist von 6 Monaten zur Verfügung.⁶⁾ Umgekehrt muss bei einer SE-Gründung diese 6-Monats-Frist – sofern die Verhandlungen nicht früher ein Ergebnis bringen oder das BVG mit qualifizierter Mehrheit gemäß § 227 ArbVG beschließt, keine Verhandlungen zu führen bzw eröffnete Verhandlungen abzuberechnen – auch tatsächlich für Verhandlungen mit der Arbeitnehmerschaft genutzt werden, dies ist im SE-Recht grundsätzlich Eintragungsvoraussetzung. Lediglich im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nach dem EU-VerschG können die zuständigen Leitungs- und Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften (ohne Einbeziehung der Arbeitnehmer!) gemäß § 261 Abs 1 ArbVG beschließen, von vornherein keine Verhandlungen mit den Arbeitnehmer(vertreter)n zu führen,⁷⁾ dh bei einer EU-Verschmelzung kann es im Vergleich zum SE-Recht zu einer (mindestens) 6-monatigen Zeitersparnis kommen, weil kein Zwang zur Ausverhandlung einer Mitbestimmungsvereinbarung besteht. Scheitern die Verhandlungen oder werden – bei der EU-Verschmelzung – aufgrund eines Beschlusses der Leitungsorgane gem § 261 Abs 1 ArbVG überhaupt keine Verhandlungen geführt, gelangen die gesetzlichen Auffangregelungen zur Anwendung.⁸⁾ Je nachdem richtet sich daher die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE bzw bei grenzüberschreitender Verschmelzung nach einer individuell ausgestalteten Vereinbarung⁹⁾ oder nach dem Gesetz. Werden jedoch die Verhandlungen durch das BVG selbst gem § 227 ArbVG abgebrochen oder erst gar nicht aufgenommen, gilt keine Auffangregelung.¹⁰⁾

3. Einleitung des Verfahrens zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums

Die Vorbereitungsphase zu den Verhandlungen mit den Arbeitnehmer(vertreter)n wird durch eine entsprechende Aufforderung der zuständigen Leitungs- oder Verwaltungsorgane an die Arbeitnehmerschaft, ein BVG zu bilden, eingeleitet (§ 215 Abs 1 ArbVG, vgl auch Art 3 Abs 1 der RL 2001/86/EG).

Die Aufforderung zur Errichtung des BVG hat gemäß § 215 Abs 1 ArbVG¹¹⁾ schriftlich von den Unternehmensleitungen der an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften an die Vertreter der Arbeitnehmer oder an die Arbeitnehmer selbst zu erfolgen. Die Adressaten dieser Aufforderung sind die (Vertreter der) Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften sowie die der betroffenen Tochtergesellschaften und die der betroffenen Betriebe.¹²⁾ Der Aufforderung gemäß § 215 Abs 1 ArbVG sind die Informationen gemäß § 215 Abs 3 ArbVG anzuschließen.¹³⁾

Sind keine Arbeitnehmervertreter vorhanden, ist die Aufforderung gemäß § 215 Abs 1 ArbVG – nach Maßgabe des jeweils anzuwendenden nationalen Rechts – auch an die Arbeitnehmer direkt zu richten. Es stellt sich nunmehr die Frage, wann die Arbeitnehmer direkt zur Bildung des BVG aufzufordern sind und die begleitenden Informationen erhalten müssen; der Hinweis in § 215 Abs 1 ArbVG „nach Maßgabe des jeweils anzuwendenden Rechts“ lässt dabei Fragen offen. Klarer formuliert ist demgegenüber etwa die deutsche Parallelbestimmung, wonach bei Nichtbestehen einer Arbeitnehmervertretung die Information gegenüber den Arbeitnehmern zu erfolgen hat.¹⁴⁾

Nach der österreichischen Diktion ist unklar, ob in betriebsratslosen Betrieben die Information direkt an die Arbeitnehmer zu erteilen ist. Diese Frage ist uE mit Blick auf den Zweck der Aufforderung und Informationserteilung gem § 215 Abs 1 und 3 ArbVG zu lösen: Die Aufforderung und Information gemäß § 215 Abs 1 und 3 ArbVG stellt den „Startschuss“ für die Bildung des BVG dar. Eine derartige Mitteilung an die Arbeitnehmer macht uE aber nur dann Sinn, wenn es den Arbeitnehmern überhaupt möglich ist, am Entscheidungsverfahren für das besondere Verhandlungsgremium auch ohne Arbeitnehmervertretung teilzunehmen.

Der Zweck einer direkten Mitteilung an die Arbeitnehmer ist jedenfalls dann gewährleistet, wenn entweder (i) nach der

5) Während im SE-Recht die Beteiligung der Arbeitnehmer das Recht auf Unterrichtung, das Recht auf Anhörung und das Recht auf Mitbestimmung umfasst (siehe § 212 Abs 1 ArbVG), umfasst der VIII. Teil des ArbVG im Falle der EU-Verschmelzung gemäß § 260 Abs 1 ArbVG nur das Recht auf Mitbestimmung (dh die Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft), vgl dazu Zeiler/Laimer in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen § 260 ArbVG Rz 1.

6) Diese Frist kann bis auf ein Jahr verlängert werden, siehe § 226 ArbVG.

7) Vgl Eckert/Schimka, Die Arbeitnehmermitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem EU-VerschG, wbl 2008, 201 (207); Zeiler/Laimer in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen § 261 Rz 1 ff.

8) Gahleitner, Mitbestimmung in Europa – Der Lange Weg zu einem SE-Betriebsrat, RdA 2005, 550 (555); vgl auch Zeiler/Laimer in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen § 260 ArbVG Rz 5. Laut Gahleitner (RdA 2005, 550 [552]) kommt die gesetzliche Auffangregelung auch dann zur Anwendung, wenn das mitbestimmungsrechtliche Vorverfahren nicht eingehalten wurde.

9) Es ist sowohl eine Ausdehnung als auch eine Einschränkung der in der Auffangregelung vorgesehenen Mitwirkungsrechte in dieser Vereinbarung möglich, vgl dazu Gahleitner, RdA 2005, 550 (554). Bei Gründung einer SE durch Umwandlung ist dabei der Mindeststandard gem § 230 Abs 3 ArbVG zu beachten; insofern ist die Gestaltungsfreiheit eingegrenzt.

10) Vgl zur SE Gahleitner, RdA 2005, 550 (555). Bei EU-Verschmelzung gilt gem § 260 Abs 3 ArbVG dann grundsätzlich § 110 ArbVG.

11) § 215 Abs 1 ArbVG ist nur anzuwenden, wenn der Sitz der SE bzw der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft in Österreich liegt, siehe noch unten Exkurs zu Kapitel 3.

12) Vgl § 215 Abs 1 ArbVG. Eine Begriffsdefinition der betroffenen Tochtergesellschaften und Betriebe findet sich in § 210 ArbVG. Ausgehend von der Definition der beteiligten Gesellschaften, das sind die unmittelbar an der Gründung der SE beteiligten Unternehmen, definiert § 210 ArbVG die betroffene Tochtergesellschaft (unter Rückverweis auf § 176 ArbVG) als eine Tochtergesellschaft einer beteiligten Gesellschaft, die bei der Gründung der SE zu deren Tochter werden soll, und einen betroffenen Betrieb als einen Betrieb einer beteiligten Gesellschaft, der bei der Gründung der SE zu deren Betrieb werden soll. Nicht erfasst vom Adressatenkreis sind Konzernobergesellschaften (Gesellschaften, die sich in der Beteiligungshierarchie über den beteiligten Gesellschaften befinden) und uE „Seitenstränge“, dh Schwesterngesellschaften (vgl auch Gahleitner, RdA 2005, 550 [552]) samt Töchtern; über den Begriff der Tochtergesellschaften sind aber auch deren Tochtergesellschaften (dh Enkelgesellschaften) erfasst (vgl Gahleitner, RdA 2005, 550 [552]). Unklar ist, ob auch außereuropäische Gesellschaften bzw Betriebe von der Informationspflicht erfasst sind; dagegen spricht, dass diesen Gesellschaften bzw Betrieben keine Entscheidungsbefugnis in das BVG zukommt.

13) Die Informationen gemäß § 215 Abs 3 Z 2 (insb Identität und Struktur der beteiligten Gesellschaften, deren Tochtergesellschaften und Betriebe sowie der betroffenen Tochtergesellschaften und Betriebe) sind uE nicht bloß auf europäische Gesellschaften und Betriebe zu beschränken, da über die Konzernverhältnisse genau zu informieren ist, vgl Mayr in Cerny/Mayr, Arbeitsverfassungsrecht § 215 Erl 8, vgl auch Gahleitner, RdA 2005, 550 (552). Diese Information kann insbesondere dann von Interesse sein, wenn die Vereinbarung auch auf außereuropäische Unternehmen oder Betriebe erstreckt werden soll (vgl § 21 Abs 1 Z 1 des deutschen SEBG; § 230 ArbVG erwähnt zwar die Möglichkeit der Einbeziehung von Betrieben oder Tochtergesellschaften aus Drittstaaten nicht, eine Einbeziehung solcher Betriebe und Tochtergesellschaften soll aber auch nach österreichischem Recht zulässig sein, vgl Mayr in Cerny/Mayr, Arbeitsverfassungsrecht § 230 Erl 3.)

14) § 4 Abs 2 SEBG („Besteht keine Arbeitnehmervertretung, erfolgt die Information gegenüber den Arbeitnehmern.“).

jeweiligen nationalen Rechtsordnung Arbeitnehmervertretungen von Gesetzes wegen überhaupt nicht vorgesehen sind und daher den Arbeitnehmern direkt eine Entsendungsmöglichkeit bzw ein Verhandlungsmandat im BVG gewährt wird oder (ii) die jeweilige nationale Rechtsordnung den Arbeitnehmern auch bei Unterlassung der Organisation in einer gesetzlichen Arbeitnehmervertretung eine solche Entsendungsmöglichkeit bietet;¹⁵⁾ weiters ist (iii) eine direkte Mitteilung im Hinblick auf das Entsendungsverfahren dann sinnvoll, wenn die Arbeitnehmer zwar im Zeitpunkt des Zuganges der Mitteilung unvertreten sind und ohne Vertretung nicht am Entsendungsverfahren teilnehmen können, sie aber grundsätzlich die Möglichkeit zur Bestellung von Vertretern und somit zur Teilnahme am Entsendungsverfahren haben. Demnach sind in Österreich die Arbeitnehmer in einem betriebsratspflichtigen, aber betriebsratslosen Betrieb mit 5 oder mehr Arbeitnehmern (iSv §§ 36, 49 ArbVG) jedenfalls zu informieren,¹⁶⁾ weil die Arbeitnehmer hier die Möglichkeit haben, die Einrichtung eines Betriebsrats zu organisieren und so an der Entsendung in das BVG teilzunehmen.

Demgegenüber stellt sich beim österreichischen System die Frage, ob in einem Betrieb mit unter 5 Arbeitnehmern, dh einem Betrieb, in dem keine Arbeitnehmervertretung etabliert werden kann und daher auch keine Entsendebefugnis in das BVG besteht (siehe unten Punkt 4.2), die Arbeitnehmer überhaupt zu informieren sind. UE sind in einem derartigen Fall die Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zu informieren. Erst dann, allenfalls im Zuge der bereits laufenden Verhandlungen des BVG mit den Leitungsorganen, wenn die 5-Personen-Schwelle gemäß § 40 ArbVG dauernd überschritten wird, sind die Arbeitnehmer zu informieren. Gemäß § 216 Abs 5 ArbVG ist nämlich das BVG entsprechend neu zusammenzusetzen, wenn während der Tätigkeitsdauer des besonderen Verhandlungsgremiums solche Änderungen in der Struktur oder Arbeitnehmerzahl der beteiligten Gesellschaften, der betroffenen Tochtergesellschaften und der betroffenen Betriebe eintreten, dass sich die Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums ändern würde. § 216 Abs 5 ArbVG ist uE jedenfalls anwendbar, wenn einerseits die maßgebliche Schwelle für die Einrichtung eines Betriebsrats erreicht wird (dh Sprung von bisher weniger als 5 Arbeitnehmern auf mindestens 5 Arbeitnehmer), andererseits, wenn in Betrieben mit mehr als 5 Arbeitnehmern nunmehr tatsächlich ein Betriebsrat errichtet wird. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass § 216 Abs 5 ArbVG nach dem Wortlaut nur während der Tätigkeitsdauer des BVG, nicht jedoch in der Konstituierungsphase des BVG anzuwenden ist; zu überlegen ist, ob hier nicht eine echte Regelungslücke vorliegt, sodass diese Bestimmung analog auch schon in der Konstituierungsphase anwendbar wäre.

Exkurs: Zum maßgeblichen Recht bei Exportverschmelzung

Die Regelung über die Aufforderung zur Errichtung des besonderen Verhandlungsgremiums (§ 215 Abs 1 ArbVG) ist nicht in der Aufzählung von § 209 ArbVG enthalten und daher bei der Gründung einer SE mit Sitz im Ausland bzw einer Exportverschmelzung nicht anzuwenden.¹⁷⁾ Das bedeutet insbeson-

dere, dass sich der Adressatenkreis der Aufforderung in diesen Fällen uE nicht nach österreichischem Recht richtet, sondern nach dem Recht des Landes, in dem sich der Sitz der SE bzw der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft befinden wird (Sitzstaatsprinzip). Entsprechend den obigen Ausführungen kann es daher dazu kommen, dass auch Arbeitnehmer in betriebsratslosen bzw arbeitnehmervertretungsfreien Betrieben ohne Entsendungsbefugnis bzw ohne jegliche Mitwirkungsmöglichkeit im Entsendungsverfahren zu informieren sind. UE kann dieses Ergebnis in der Praxis hinderlich sein. UE sollte sich daher der Adressatenkreis auch bei Exportgründung bzw -verschmelzung nach dem jeweiligen nationalen Recht des Staates, in dem die entsprechende Information im Hinblick auf eine Entsendemöglichkeit in das BVG erteilt wird, richten, um derartige Widersprüche zwischen den involvierten Rechtsordnungen zu vermeiden.

4. Entsendung in das BVG

4.1. Grundsätzliches Regelungskonzept

Nach erfolgter Errichtungsaufforderung an die Arbeitnehmer(vertreter) sind die Arbeitnehmer(vertreter) der beteiligten und betroffenen Gesellschaften und Betriebe angehalten, ihre Mitglieder in das BVG zu entsenden.

Maßgebliche Rechtsgrundlage für die Entsendung der österreichischen Mitglieder in das besondere Verhandlungsgremium sind die §§ 217, 218 ArbVG. Dabei ist nach dem Regelungsgefüge zwischen (i) den Regelungen hinsichtlich der erforderlichen Eigenschaft der zu entsendenden Mitglieder (siehe § 217 ArbVG) und (ii) der Befugnis zur Entsendung dieser Mitglieder (siehe § 218 ArbVG) zu unterscheiden.

Zum Mitglied im besonderen Verhandlungsgremium kann grundsätzlich nur ein Betriebsratsmitglied ernannt werden. Statt einem Betriebsratsmitglied kann auch ein Funktionär oder Arbeitnehmer der zuständigen freiwilligen Berufsvereinigung der Arbeitnehmer (zB ÖGB-Funktionäre)¹⁸⁾, auch wenn diese(r) kein Mitglied im Betriebsrat des beteiligten oder betroffenen Unternehmens ist, in das BVG ernannt werden (§ 217 ArbVG Abs 1 ArbVG).¹⁹⁾ Sowohl Arbeitnehmer des beteiligten oder betroffenen Unternehmens als auch Funktionäre einer gesetzlichen Interessenvertretung (zB der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte), die jeweils nicht gleichzeitig auch einer der beiden vorgenannten Gruppen (Betriebsratsmitglied, Funktionär oder Arbeitnehmer der freiwilligen Berufsvereinigung) angehören, sind von der Entsendung in das BVG demgegenüber ausgeschlossen.

Die Entsendung der in das BVG zu entsendenden österreichischen Mitglieder hat dabei über Beschluss des nach § 218 ArbVG zur Entsendung berechtigten Organs der Arbeitnehmerschaft zu erfolgen. Als entsendungsberechtigtes Organ ist in § 218 ArbVG das (jeweils höchste vorhandene) Organ der Arbeitnehmerschaft vorgesehen; beginnend mit der Konzernvertretung über den Zentralbetriebsrat und den Betriebsausschuss absteigend bis zum Betriebsrat.

15) Wie zB in Deutschland, wo nicht von einer Arbeitnehmervertretung vertretene Arbeitnehmer direkt die Mitglieder des BVG wählen können, vgl § 8 Abs 7 SEBG.

16) Vgl auch Mayr in Cerny/Mayr, ArbVG § 215 Erl 4.

17) Demgegenüber ist für den Inhalt der den österreichischen Arbeitnehmer(vertreter)n gemeinsam mit der Aufforderung zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums zu übermittelnden Informationen immer österreichisches Recht anwendbar, wenn derartige

Informationen an österreichische Adressaten gerichtet werden. Die maßgebliche Rechtsnorm – § 215 Abs 3 ArbVG – ist nämlich gemäß § 209 ArbVG auch dann anzuwenden, wenn die SE bzw die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz im Ausland hat.

18) Vgl dazu Mayr in Cerny/Mayr, ArbVG § 217 Erl 1; vgl dazu auch Gahleitner, RdA 2005, 550 (554).

19) Gahleitner in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar § 217 ArbVG Rz 2.

4.2. Keine Entsendungsbefugnis bei Fehlen einer Arbeitnehmervertretung

Wie ist aber vorzugehen, wenn keine Arbeitnehmervertretung, zB in einer betroffenen Tochtergesellschaft, vorhanden ist?

Gemäß Art 3 Abs 2 (b) der RL 2001/86 mögen die Mitgliedstaaten – unbeschadet der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten betreffend Schwellen für die Einrichtung eines Vertretungsorgans – sicherstellen, dass Arbeitnehmer von Unternehmen oder Betrieben, bei denen unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer keine Arbeitnehmervertreter vorhanden sind, ihrerseits selbst Vertreter in das besondere Verhandlungsgremium wählen oder bestellen dürfen. Arbeitnehmervertreter sind laut Begriffsdefinition der Richtlinie²⁰⁾ die nach den Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehenen Vertreter der Arbeitnehmer. Nach österreichischem Recht erfüllt diese Anforderungen jedenfalls nur der Betriebsrat (bzw sonstige im ArbVG zB auf Konzernebene vorgesehene Vertretungsorgane, wie zB ein Zentralbetriebsrat).

Der österreichische Gesetzgeber hat keine zusätzliche Möglichkeit zur direkten Ernennung von Mitgliedern in das BVG durch Arbeitnehmer vorgesehen;²¹⁾ in betriebsratslosen Betrieben – sei es, dass die Arbeitnehmer bisher ihrer Selbstorganisationsverpflichtung²²⁾ in einem Betrieb mit zumindest 5 Arbeitnehmern (iSv § 36 ArbVG) nicht nachgekommen sind, sei es, dass der Betrieb unter 5 Arbeitnehmer hat – besteht daher nach dem österreichischen Konzept keine direkte Mitwirkungsbefugnis der Arbeitnehmer.

Fraglich ist, ob die österreichische Regelung richtlinienkonform ist. Dies ist uE – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – für beide oben erwähnten Fälle (betriebsratsloser Betrieb mit 5 oder mehr Arbeitnehmern, Betrieb unter 5 Arbeitnehmern) zu bejahen.

4.2.1. Variante 1: Betriebsratsloser Betrieb mit 5 oder mehr Arbeitnehmern

In dieser Konstellation liegt es ausschließlich an der Belegschaft, einen Betriebsrat zu bilden oder nicht.²³⁾ Es fehlen daher im Betrieb die Arbeitnehmervertreter nicht „unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer“²⁴⁾; vielmehr ist die Belegschaft ihrer Selbstorganisationsverpflichtung nicht nachgekommen. Die bestehende Rechtslage, wonach den Arbeitnehmern in diesem Fall keine Entsendungsbefugnis zukommt, ist daher uE richtlinienkonform.²⁵⁾ Diese Ansicht findet auch in den Materialien zur Novellierung des ArbVG im Zuge der Umsetzung der RL 2005/56/EG Deckung,²⁶⁾ wo der österreichische Gesetzgeber den zum SE-Recht bestehenden Zustand gleichsam bekräftigt („Die in Umsetzung dieser Richtlinienbestimmungen ergangenen §§ 217, 218 ArbVG sehen für Arbeitnehmer in Betrieben ohne Betriebsrat keine Möglichkeit zur Entsendung in das besondere Verhandlungsgremium vor. Dementsprechend

wird auch bei Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG für Arbeitnehmer in Betrieben ohne Betriebsrat keine Möglichkeit der Entsendung in das besondere Verhandlungsgremium vorgesehen.“)

Außerdem steht es in diesem Fall den Arbeitnehmern frei, etwa nach Erhalt einer Aufforderung gem § 215 ArbVG sich in einem Betriebsrat zu organisieren (siehe schon oben Punkt 3), und damit die Voraussetzung zur Entsendung in das BVG zu schaffen.

4.2.2. Variante 2: Betrieb unter 5 Arbeitnehmern

Ist das Erfordernis von § 40 ArbVG nicht erfüllt, dh hat der Betrieb weniger als 5 Arbeitnehmer (iSv § 36 ArbVG), besteht nach dem österreichischen Konzept keine gesetzlich geregelte Möglichkeit zur Bildung eines Betriebsrats und damit zur Entsendung von Vertretern in das BVG.

In der Richtlinie 2001/86/EG wird uE auf diesen Zustand nicht Rücksicht genommen. Gemäß Art 3 Abs 2 (b) der RL 2001/86 sehen die Mitgliedstaaten nämlich vor, dass die Arbeitnehmer der Unternehmen oder Betriebe, in denen unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer keine Arbeitnehmervertretung vorhanden ist, selbst Mitglieder für das BVG wählen und bestellen dürfen, dies aber (bloß) *unbeschadet*²⁷⁾ der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften betreffend Schwellen für die Einrichtung eines Vertretungsorgans. Dies bedeutet uE, dass die bestehenden Systemgrundsätze zur Vertretung der Arbeitnehmer und dahin gehende Schwellenwerte der jeweiligen Rechtsordnung durch diese Bestimmung nicht geändert werden sollen, sondern weiterhin beachtlich bleiben sollen. Sieht das Gesetz daher eine Arbeitnehmervertretung erst ab einem bestimmten Schwellenwert vor, so ist dieser Fall nicht als Verhinderung der Errichtung einer Arbeitnehmervertretung iSv Art 3 Abs 2 (b) der RL 2001/86 („unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer“) zu verstehen.²⁸⁾

Weiters stellt § 217 Abs 2 ArbVG sicher, dass „unvertretene“ Arbeitnehmer, dh Arbeitnehmer, die selbst kein nationales Vertretungsorgan gewählt haben, von den Mitgliedern des besonderen Verhandlungsgremiums mitvertreten werden.²⁹⁾ Gemäß den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage entspricht diese Regelung den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers.³⁰⁾ Es ist daher sichergestellt, dass alle in Österreich beschäftigten Arbeitnehmer im BVG zumindest „mit“-vertreten werden. Diese Repräsentationsobliegenheit bezieht sich jedenfalls auf die Arbeitnehmer des eigenen Landes; dementsprechend werden in Unternehmen mit mehreren Betrieben auch Arbeitnehmer betriebsratsloser (und damit nicht entsendungsberechtigter) Betriebe durch ein anderes österreichisches Mitglied im BVG mitvertreten.

20) RL 2001/86/EG Art. 2 (e).

21) Vgl demgegenüber bspw die Rechtslage in Deutschland, siehe dazu schon oben FN 15.

22) Die Verpflichtung zur Einrichtung der Organe trifft die Belegschaft und nicht den Arbeitgeber, vgl Löschnigg in Strasser/Jarbornegg/Resch, ArbVG § 40 Rz 21.

23) Siehe schon FN 22.

24) Vgl Art 3 Abs 2 (b) der RL 2001/86.

25) Vgl dazu auch Röpke, Europäische (Aktien-)Gesellschaft (SE) und Arbeitnehmerbeteiligung, RdA 2002, 177; Gahleitner in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar § 217 ArbVG Rz 5.

26) 214 BlgNR 23. GP 9 (zu § 260 ArbVG).

27) Vgl auch die englische Fassung der RL 2001/86: „Without prejudice to national legislation ... laying down thresholds for the establishing of a representative body, ...“.

28) Zu Recht kritisch Gahleitner in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar § 217 ArbVG Rz 5: „Fraglich ist nun, welche Fälle vorstellbar sind, in denen unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer keine Arbeitnehmervertreter gewählt wurden.“

29) Vgl Gahleitner in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar § 217 ArbVG Rz 5.

30) Vgl 475 BlgNR 22. GP 10 (zu § 217 ArbVG): „Hinsichtlich der Teilnahme von nicht betriebsratspflichtigen Betrieben an der Errichtung des besonderen Verhandlungsgremiums vertritt die Europäische Kommission die Auffassung, dass es zulässig ist, diese Betriebe an der Errichtung des besonderen Verhandlungsgremiums nicht zu beteiligen, sofern die Arbeitnehmer dieser Betriebe im besonderen Verhandlungsgremium vertreten sind. Dies wird durch die vorgeschlagene Regelung gewährleistet.“

Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung findet sich jedoch für den Fall, dass kein österreichischer Betrieb eine Arbeitnehmervertretung eingerichtet hat oder nur ein einziger nationaler, jedoch betriebsratsloser Betrieb besteht. Fraglich ist, ob diesfalls die „Repräsentationsobliegenheit“ auch grenzüberschreitend (= Arbeitnehmervertreter anderer Mitgliedstaaten vertreten die österreichischen Arbeitnehmer mit) einzuhalten ist, und damit, ob § 217 Abs 2 ArbVG auf „grenzüberschreitende Vertretungsfälle“ auszudehnen ist.³¹⁾ Dagegen spricht aber uE der eigentliche Wortlaut des Gesetzes; außerdem erscheint es zweifelhaft, ob die österreichische Rechtsordnung insofern eine Bindung für die anderen im BVG vertretenen ausländischen Arbeitnehmer(vertreter) schaffen kann.

5. Exkurs: Keine Möglichkeit der Entsendung von Arbeitnehmern in das besondere Verhandlungsgremium durch ein privatrechtlich gebildetes „Organ“

Nach den Bestimmungen des ArbVG ist die Arbeitnehmerschaft nur durch ihre Organe handlungsfähig. In Betrieben, in denen dauernd mindestens 5 stimmberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind, sind deshalb Organe zu bilden bzw zu wählen.

In § 40 ArbVG sind die Organe der Arbeitnehmerschaft aufgezählt. Darunter fallen die Betriebsversammlung, die Gruppenversammlung der Arbeiter und Angestellten, die Wahlvorstände für die Betriebsratswahl, die Betriebsräte der Arbeiter und Angestellten sowie der Betriebsausschuss. Die Bildung weiterer Organe, etwa auf Grundlage einer Geschäftsordnung des Betriebsrates (vgl § 70 ArbVG) oder die Ernennung von „Vertrauensleuten“ bzw. „Abteilungsbetriebsräten“ ist gesetzlich nicht vorgesehen und aufgrund des absolut zwingenden Charakters der Organisationsnormen des ArbVG unwirksam.³²⁾ Wenn die Arbeitnehmerschaft der gesetzlichen Anordnung, Organe zu bilden, nicht Folge leistet, stehen ihr zwar die kollektiven Rechte zu, diese können aber nicht ausgeübt werden.³³⁾

31) In diesem Sinn uE *Gahleitner in Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar § 217 ArbVG Rz 5 („... solche Arbeitnehmer, die selbst kein nationales Vertretungsorgan gewählt haben,...“).

32) Vgl *Kuderna*, Über die rechtliche Problematik der Vertretung der Arbeitnehmerschaft in Betrieben auf Grund privatautonomer Gestaltung, RdA 2000, 103.

33) Vgl *Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht II³ § 40 ArbVG Erl 5.

Daraus folgt, dass Vertretungshandlungen, die durch ein im ArbVG nicht vorgesehenes „Organ“ (um ein Organ im rechtlichen Sinn könnte es sich hierbei aufgrund der fehlenden gesetzlichen Vertretungsbefugnis gar nicht handeln) getätigt werden, die Arbeitnehmerschaft weder verpflichten noch berechtigen können. Im konkreten Fall bedeutet dies uE, dass eine Entsendung von Arbeitnehmern in das BVG durch „Vertrauensleute“ rechtlich unwirksam ist.

Zu überlegen ist, ob eine Kompetenz der Betriebsversammlung zur Entsendung bestehen könnte. Die Betriebsversammlung ist gemäß § 40 Abs 2 ArbVG ein Organ der Arbeitnehmerschaft und setzt sich aus sämtlichen Mitarbeitern des Betriebes zusammen. Auch hier regelt das ArbVG die Aufgaben und Befugnisse der Betriebsversammlung jedoch abschließend. Die Bestimmungen über die Befugnisse der Belegschaftsversammlungen haben jedenfalls absolut zwingende Wirkung und können weder durch einen Kollektivvertrag oder eine Betriebsvereinbarung noch durch den Beschluss eines Organs der Arbeitnehmer geändert werden.³⁴⁾ Die Betriebsversammlung kann daher die Befugnisse des Betriebsrates gemäß §§ 217, 218 ArbVG nicht wirksam ausüben.

Eine Entsendung der österreichischen Mitglieder in das BVG durch „privatrechtliche Organe“, seien es „Vertrauensleute“, „Abteilungsbetriebsräte“ oder sonstige im ArbVG nicht vorgesehene Organisationen, oder durch die Betriebsversammlung entspricht daher nicht den gesetzlichen Vorgaben. Daher steht diesen Organisationseinheiten keine Entsendungsbefugnis in das BVG zu.

6. Zusammenfassung

Das österreichische Recht bietet eine Mitwirkung im BVG und damit eine – direkte – Mitwirkung an der Verhandlung einer Arbeitnehmerbeteiligungsvereinbarung bloß solchen Betrieben und Gesellschaften, in welchen ein Betriebsrat (Zentralbetriebsrat, Konzernvertretung) besteht. Betriebe, in welchen keine derartige Arbeitnehmervertretung besteht, sind allenfalls auf eine bloße „Mitvertretung“ durch andere Mitglieder des BVG angewiesen; eine Entsendung durch ein „privatrechtlich“ gebildetes „Organ“ ist uE nicht zulässig.

34) Vgl *Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht II³ § 42 ArbVG Erl 2.



Die Autorin:

Dr. Nora Aburumieh ist Rechtsanwältin bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wien. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Gesellschaftsrecht sowie im Bereich internationaler Umstrukturierungen.

Mag. Susanne Wurzer ist Rechtsanwältin bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wien. Ihre Schwerpunkte liegen im Arbeitsrecht sowie im Bereich internationaler Schiedsverfahren.

