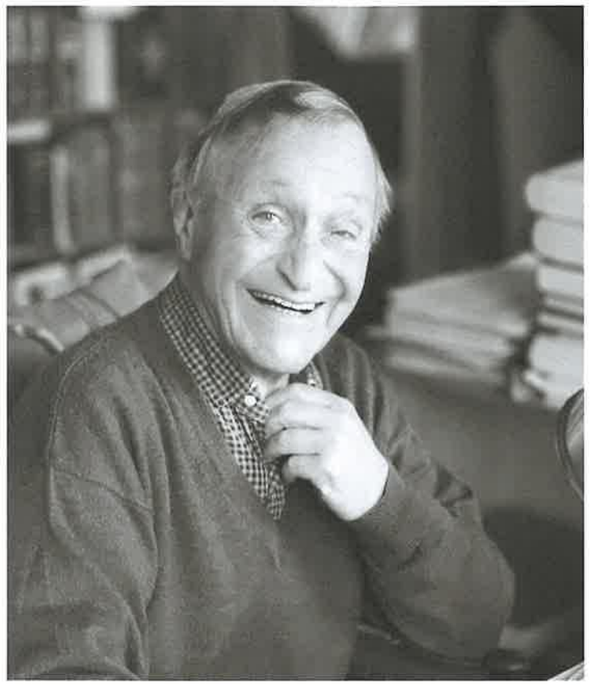

Gedenkschrift Hans-Georg Koppensteiner

HERAUSGEGEBEN VON

Univ.-Prof. Dr. Martin Auer
o. Univ.-Prof. Dr. Friedrich Harrer
Univ.-Ass. (post doc) Dr. Manuel Steiner

LexisNexis®

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Autor:innenverzeichnis IX

Kartelle und Konzerne *(Eveline Artmann)* 1

Kaduzierung wegen Einlagenrückgewähr? *(Martin Auer)* 19

Wider die zwingende Vererblichkeit von GmbH-Anteilen: eine Analyse Koppensteiners Kritik an der hM *(Andreas Baumgartner)* 29

Satzungsdurchbrechende Beschlüsse in der GmbH *(Walter Bayer)* 51

Kann eine juristische Person Prozessvertreter gemäß § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG sein? *(Lukas Fantur)* 61

Der Konzern im Corporate Governance Kodex *(Holger Fleischer/ Christian Hallensleben)* 69

Stimmabgabe und Beschluss *(Johannes W. Flume)* 85

Fit & Proper nach CRD VI *(Michael Gruber)* 101

Hans-Georg Koppensteiner und Hugo von Hofmannsthal *(Friedrich Harrer)* 113

Grenzen der privatautonomen Gestaltung von Streitbeilegungsmechanismen bei Personengesellschaften *(Christian Hausmaninger/Johannes Sobotka)* 121

Die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung im faktischen Unterordnungskonzern, ihre Funktion und organisationsrechtliche Stabilisierung *(Peter Hommelhoff)* 135

EU-Subventionen statt staatlicher Beihilfen: Beihilfepolitik im Wandel globaler Herausforderungen *(Thomas Jaeger)* 149

Die vergessene Abschlussprüfung in der GmbH *(Susanne Kalss)* 175

Abgestimmtes Verhalten bei der Beteiligungspublizität und im Übernahmerecht, vor dem Hintergrund von EuGH C-864/24 *(Martin Karollus)* 191

Das Initiativrecht der Hauptversammlung für Vorbereitungsmaßnahmen des Vorstands *(Jens Koch)* 209

Aktuelle Entwicklungen im Einstweiligen Rechtsschutz – Konstitutionalisierung, Internationalisierung und Effektuierung *(Georg Kodek)* 221

Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund *(Georg Nowotny)* 231

Gedanken zur Reichweite der Business Judgement Rule *(Friedrich Rüffler)* 249

Rechtsfragen der Entsendung von Aufsichtsrats-Belegschaftsvertretern im Konzern *(Georg Schima)* 263

Konzern-Klimahaftung auch in Österreich? Eine Rezeption von OLG Hamm 28. 5. 2025, 5 U 15/17 *(Marcus Sonnberger)* 285

Die Heilung nichtiger Satzungsbestandteile bei der AG und GmbH *(Manuel Steiner)* **299**

Geschäftsanteilsabtretung im Ausland – das missverstandene „IPR 2.0" der Substitution *(Chris Thomale)* **317**

Dogmatische und praktische Überlegungen zur relativen Marktmacht im österreichischen Kartellrecht *(Peter Thyri)* **339**

Außenhaftung von Organen bei Kapitalgesellschaften – Ein Beitrag zu den Anforderungen an ein Doppelhandeln von Gesellschaft und Geschäftsleiter *(Julia Told)* **347**

Personalunion und Insichgeschäfte im GmbH-Konzern – eine Skizze *(Alexandru Silaghi/Ulrich Torggler)* **367**

Eingriff in das Sonderrecht auf Geschäftsführung *(Michael Umfahrer)* **385**

„Tapetenwechsel" in der Rechtsprechung des BGH zum urheberrechtlichen Schutz von Fototapeten und daraus resultierende Grundsatzfragen *(Patrick Warto)* **399**

Schriftenverzeichnis von Hans-Georg Koppensteiner (2016–2025) **415**

Das Streben nach Klarheit und Lesbarkeit veranlasst uns dazu, im Text auf die gleichberechtigte Nennung aller Geschlechter zu verzichten. Sämtliche personenbezogene Hauptwörter beziehen sich gleichermaßen auf die Entsprechungen anderer Geschlechter.

Rechtsfragen der Entsendung von Aufsichtsrats-Belegschaftsvertretern im Konzern

Georg Schima

Gliederung **Seite**

I. Einleitung ... **263**
II. Konzernbegriff im Gesellschaftsrecht (§ 15 AktG/§ 115 GmbHG) und im Arbeitsverfassungsrecht ... **264**
A. Zum Begriff der „*einheitlichen Leitung*" und seiner Auslegung ... 265
B. Zum Konzernbegriff im Arbeitsverfassungsrecht ... 266
C. Konzernvermutung(skette) und deren Widerlegung ... 268
D. Beherrschte Unternehmen – „aufsichtsratspflichtige" GmbHs iSd § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG ... 270
E. Zum Arbeitnehmerbegriff in § 29 Abs 1 Z 2 GmbHG iVm § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG ... 271
1. Betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff (§ 36 AngG) ... 271
2. Ermittlung der Arbeitnehmerzahl bei der Arbeitskräfteüberlassung ... 272
a. Arbeitnehmerbegriff des § 36 AngG und Leiharbeitnehmer ... 272
b. Mindestdauer der Überlassung als Voraussetzung für die Zuordnung (auch) zum Beschäftiger? ... 273
c. Zuordnung von Leiharbeitnehmern zum Überlasserbetrieb ... 275
d. Ansicht des OGH zur Zuordnung von Leiharbeitnehmern ... 275
e. Abgrenzung der BR-Zuordnung in Zweifelsfällen ... 276
f. Relevanz des Auslandsbezugs bei der Arbeitskräfteüberlassung ... 277
III. Konzernvertretung – Errichtung und Auflösung ... **278**
A. Errichtung/Konstituierung der Konzernvertretung ... 278
B. Beendigung der Konzernvertretung ... 279
C. Das „vereinfachte Konstituierungs-Verfahren" nach § 88b Abs 7 ArbVG ... 281
D. Das „schriftliche Verfahren" nach § 88a Abs 5 ArbVG (iVm § 88b Abs 7 ArbVG) ... 282
E. Neuentsendung aller Arbeitnehmervertreter bei Neukonstituierung der Konzernvertretung ... 283

I. Einleitung

Hans-Georg Koppensteiner war der Großmeister des Gesellschafts- und Wettbewerbsrechts. Sein GmbHG-Kommentar – wenngleich in der dritten Auflage 2007 nicht mehr ganz taufrisch – ist ein Referenzwerk, das durch seine klare und knappe, aber enorm meinungsträchtige Sprache besticht und gehaltvoller ist als manch deutlich umfangreicheres Werk. Seine Kommentierung des deutschen Aktienkonzernrechts in der dritten Auflage des Kölner Kommentars hat Maßstäbe für Generationen gesetzt, und für die Neuauflage des dreibändigen Standardwerks zum Wettbewerbsrecht, die durch Widrigkeiten und vor allem durch das unerwartete und viel zu frühe Ableben von Thomas Eilmansberger ins Stocken geraten war,

verfasste er mit deutlich über 80 Jahren den die Grundlagen und das knorrige Markenrecht umfassenden, fast siebenhundertseitigen ersten Teil des Großwerkes in Alleinregie. Der über diese zwei schon riesigen Rechtsgebiete deutlich hinausreichenden Expertise und der unbändigen wissenschaftlichen Neugier von *Hans-Georg Koppensteiner* ist es geschuldet, dass dieser auch gelegentlich Ausflüge in andere Rechtsgebiete unternahm. Zu diesen gehört das Betriebs- bzw Arbeitsverfassungsrecht, wobei der Jubilar auch hier an Themen anknüpfte, die seine wissenschaftlichen Hauptschwerpunkte berührten. So verwundert es nicht, dass *Hans-Georg Koppensteiner* in den letzten fünfzehn Jahren seines Lebens und wissenschaftlichen Schaffens sich auch mit Fragen der Entsendung von Belegschaftsvertretern in den Aufsichtsrat insb im Zusammenhang mit Konzernsachverhalten befasste. Zu erwähnen sind insb die Arbeit aus 2010 in der Festschrift für *Martin Binder* „Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten im Recht der GmbH"[1] und der ein Jahr später erschienene Aufsatz „Zum ‚Konzern'begriff im Arbeitsrecht"[2]. Im erstgenannten Beitrag sägt *Koppensteiner* am Ast des Territorialitätsprinzips, das nach ganz hA – die der OGH erst jüngst wieder hervorstrich – das Betriebsverfassungsrecht prägt und es dieser Meinung zufolge verbietet, dass Arbeitnehmer ausländischer Konzerngesellschaften an der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat einer inländischen Konzernobergesellschaft teilnehmen. Darauf näher einzugehen, ist aus Raumgründen nicht möglich und soll einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben. Der Konzernbegriff des ArbVG wird hingegen im folgenden Beitrag sehr wohl näher behandelt.

II. Konzernbegriff im Gesellschaftsrecht (§ 15 AktG/§ 115 GmbHG) und im Arbeitsverfassungsrecht

Die meisten begrifflichen Merkmale des Konzerns nach § 15 AktG/§ 115 GmbHG iS einer Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken sind so weit klar. Hingegen nicht evident und teilweise umstritten ist der Begriff der einheitlichen Leitung. Nach überwiegender Auffassung ist hierfür ausschlaggebend, dass die Aktivitäten verschiedener rechtlich selbstständiger Unternehmensträger durch entsprechende Einflussnahme auf deren Geschäftsführung planmäßig so koordiniert werden, dass sie **der möglichen Leitungsstruktur eines Einheitsunternehmens entsprechen**. Demnach muss sich einheitliche Leitung auf das Ganze der beteiligten Unternehmen erstrecken. Nach der mE zutreffenden Ansicht von *Koppensteiner* gibt es aber keinen „Konzern im Konzern" **im Gesellschaftsrecht**, weil die einheitliche Leitung insofern unteilbar ist.[3] Für das Arbeitsrecht gilt uU anderes, weil der Gesetzgeber in § 88a Abs 10 ArbVG zumindest die Bildung einer Teilkonzernvertretung ermöglicht und deshalb von der Möglichkeit der Existenz von „Teilkonzernen" ausgeht.[4]

1 *Koppensteiner*, Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten im Recht der GmbH, FS M. Binder (2010) 769.
2 *Koppensteiner*, Zum „Konzern"begriff im Arbeitsrecht, DRdA 2017, 163.
3 *Koppensteiner*, Zum „Konzern"begriff im Arbeitsrecht, DRdA 2017, 163; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 115 Rz 16.
4 Vgl zu den verschiedenen Deutungsmöglichkeiten *Koppensteiner*, DRdA 2017, 163 (167 f).

A. Zum Begriff der „*einheitlichen Leitung*" und seiner Auslegung

Gem § 15 AktG und § 115 GmbHG bilden rechtlich selbstständige Unternehmen, die zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind, einen Konzern. In beiden für das Gesellschaftsrecht zentralen Bestimmungen ist das zentrale Merkmal eines Konzerns die „*einheitliche Leitung*".[5]

Der Gesetzgeber hat dieses Tatbestandsmerkmal nicht näher definiert, sodass dessen Abgrenzung im Einzelnen strittig ist.[6] Der enge Konzernbegriff geht von dem Vorverständnis des Konzerns als wirtschaftlicher Einheit aus und bejaht dementsprechend das Vorliegen eines Konzerns im Rechtssinne nur, wenn die Konzernspitze für die zentralen unternehmerischen Bereiche in ihrer Gesamtheit eine einheitliche Planung aufstellt und diese bei den Konzerngliedern ohne Rücksicht auf deren rechtliche Selbstständigkeit durchsetzt. Unter zentralen unternehmerischen Bereichen in diesem Sinne versteht man primär das Personalwesen und **das Finanzwesen**. Damit es sich um einen Konzern handelt, muss daher für die verbundenen Unternehmen einheitlich festgelegt werden, wie die Führungsstellen zu besetzen **und** wie die finanziellen Ressourcen zum Konzernerfolg (Mittelaufbringung und Mittelverwendung) auf die Konzernunternehmen aufzuteilen sind.[7] Mit anderen Worten herrscht hier ein zentrales Cash-Management.[8]

Die in Österreich herrschende Lehre und Rsp geht von einem weiten Konzernbegriff aus.[9] Zur Begründung eines Konzerns ist es daher nicht erforderlich, dass sich die Konzernleitung auf nahezu alle zentralen unternehmerischen Bereiche des Unternehmensverbunds erstreckt, indem sämtliche wirtschaftlichen Prozesse einheitlich geplant und ohne Rücksicht auf die rechtliche Selbstständigkeit der beteiligten Konzernunternehmen durchgesetzt werden.[10] Um diesen Konzernbegriff zu erfüllen, reicht es aus, wenn einheitliche Koordination und Planung der anderen zentralen Unternehmensbereiche wie Einkauf, Organisation oder Verkauf gegeben sind, so lange diese Vereinheitlichung auf das Gesamtunternehmen rückwirkt.[11] Es genügt, dass eine grundsätzliche Abstimmung der Geschäftspolitik und -führung zwischen den einzelnen Konzerngliedern stattfindet.[12]

Das Gesamtbild ist entscheidend.[13] Unabhängig davon, ob man von einem weiten oder einem engen Konzernbegriff ausgeht, ist eine einheitliche Leitung jedenfalls bei einer einheitlichen Finanzplanung gegeben, weil damit im Ergebnis sämtliche Konzernaktivitäten determiniert werden.[14] Die Einführung eines konzernweiten Cash-Pooling indiziert ein Konzernverhältnis, lässt aber noch keinen unwiderleglichen Rückschluss auf eine gemeinsame

5 *Drobnik/Torggler*, Der Konzernbegriff und seine Verwandten – Ein Überblick, GesRZ 2018, 334 (335); *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht[12] § 16 Rz 12; *Diregger* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG[2] § 115 Rz 13.
6 *Diregger* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG[2] § 115 Rz 13.
7 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht[12] § 6 Rz 13.
8 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht[12] § 6 Rz 13.
9 *Diregger* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG[2] § 115 Rz 13.
10 *Diregger* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG[2] § 115 Rz 13.
11 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht[12] § 6 Rz 14.
12 *Diregger* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG[2] § 115 Rz 13.
13 *Doralt/Diregger*, MünchKommAktG[6], Österreichisches Konzernrecht Rz 21.
14 *Doralt/Diregger*, MünchKommAktG[6], Österreichisches Konzernrecht Rz 21; *Diregger* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG[2] § 115 Rz 13.

Finanzplanung zu.[15] Das Fehlen jedweder Steuerung im Finanzwesen ist mit der Annahme eines Konzerns mE jedoch unvereinbar.

Das zur Begründung eines Konzernverhältnisses erforderliche Ausmaß der Einflussnahme muss in Abhängigkeit vom jeweiligen Normzweck der konkreten Regelung sowie iS eines beweglichen Systems beurteilt werden.[16] **Die Leitung muss *tatsächlich ausgeübt werden*,** die bloße Möglichkeit reicht nicht aus.[17]

Das österreichische Recht kennt folglich keinen einheitlichen Konzernbegriff, sondern ist durch eine bunte Begriffsvielfalt geprägt. So erfasst die „einheitliche Leitung" im ursprünglichen Kontext des AktG und des GmbHG nach ganz hM sowohl den Unterordnungs- als auch den Gleichordnungskonzern. Im Kontext des § 244 Abs 1 UGB beschreibt derselbe Begriff dagegen nach hM nur Unterordnungsverhältnisse. Im Kontext des § 22 Abs 1 Z 2 PSG wiederum ist der Begriff „einheitliche Leitung" nach dem OGH trotz Verweises auf § 15 Abs 1 AktG deutlich weiter auszulegen. Dies veranschaulicht, wie sehr die Auslegung des Konzernbegriffs sowie der damit verwandten Begriffe von der Teleologie der Normen abhängt, die daran anknüpfen.[18]

B. Zum Konzernbegriff im Arbeitsverfassungsrecht

Nicht einmal im Bereich des Arbeitsverfassungsrechts gibt es einen einheitlichen Konzernbegriff: § 110 Abs 6 ArbVG knüpft daran an, dass eine AG, GmbH oder Genossenschaft andere AGs, aufsichtsratspflichtige Gesellschaften mit beschränkter Haftung, aufsichtsratspflichtige Genossenschaften, SEs oder europäische Genossenschaften einheitlich leitet, wobei auf § 15 Abs 1 (nicht Abs 2) AktG verwiesen wird, oder aufgrund einer *unmittelbaren* Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht. Bei Vorliegen einer einheitlichen Leitung genügt (wie auch sonst) eine indirekte Beteiligung. Abweichend vom gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff ist aber bei Beherrschung eine *unmittelbare* Beteiligung von mehr als 50 % am Kapital erforderlich. Der Begriff ist daher **enger als der gesellschaftsrechtliche Konzerntatbestand**, weil er einerseits nicht schon eine Beherrschungsmöglichkeit genügen lässt und überdies eine unmittelbare Beteiligung verlangt. Somit sind zB Enkelgesellschaften von der Mitbestimmung in der Konzernmutter ausgeschlossen[19] – es sei denn, diese werden einheitlich geleitet.

§ 88a ArbVG betreffend die Bildung einer Konzernvertretung enthält auch einen Konzernbegriff, der schon auf den ersten Blick von jenem in § 110 Abs 6 ArbVG abweicht. Eine Verbindung zwischen den beiden Begriffen wird dadurch hergestellt, dass bei Errichtung einer Konzernvertretung iSd § 88a ArbVG gemäß § 110 Abs 6b Satz 1 ArbVG die Kompetenz der Entsendung von Arbeitnehmervertretern nur von der Konzernvertretung ausgeübt werden kann (so auch § 113 Abs 5 Z 1 ArbVG).

15 *P. Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 15 Rz 43; *Diregger* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² § 115 Rz 13.
16 *Diregger* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG² § 115 Rz 13.
17 *Doralt/Diregger*, MünchKommAktG⁶, Österreichisches Konzernrecht Rz 21.
18 *Drobnik/U. Torggler*, Der Konzernbegriff und seine Verwandten – ein Überblick, GesRZ 2018, 334 (336 f) mwN.
19 *Haberer/Krejci* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Kap 1. Rz 1.151 (Stand 1. 7. 2016, rdb.at).

Anders als § 110 Abs 6 ArbVG knüpft § 88a ArbVG schlechthin an den gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff an.[20] Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung. Trotz dieser Anknüpfung deckt sich der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff aber nicht genau mit dem iZm der Bildung der Konzernvertretung relevanten Konzernbegriff: Bei der Prüfung, ob ein Konzern iSd § 88a ArbVG vorliegt, ist nicht streng auf den Konzernbegriff iSd Gesellschaftsrechts abzustellen, sondern eine **das Ziel der Mitbestimmungsrechte der Belegschaft berücksichtigende Auslegung** vorzunehmen.[21] Der Hinweis in § 88a ArbVG auf den Konzernbegriff des Gesellschaftsrechts ist daher unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes des ArbVG (dazu gleich unten) zu sehen.[22] Er ist nicht als Legaldefinition zu verstehen, die eine am Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer orientierte Auslegung beeinträchtigen soll.[23] Das bedeute aber keineswegs, dass sich der Konzernbegriff des § 88a ArbVG von jenem des Gesellschaftsrechts einfach verselbstständigen könnte – immerhin verweist § 88a Abs 1 ArbVG explizit auf § 15 AktG bzw § 115 GmbHG. Es muss jeweils besondere Gründe geben, warum bestimmte Elemente/Merkmale des Konzerns im Bereich des ArbVG im Allgemeinen oder des § 88a ArbVG im Besonderen einen anderen Inhalt haben sollen, als im Gesellschaftsrecht anerkannt ist.[24]

Anhaltspunkte dafür, dass „einheitliche Leitung" arbeitsverfassungsrechtlich etwas anderes bedeutet als im gesellschaftsrechtlichen Kontext, sind nicht ersichtlich.[25] Im Regelfall ausreichend, aber mE auch im Anwendungsbereich des ArbVG notwendig ist die zentrale Planung und Kontrolle der finanziellen Gestion des Unternehmensverbundes. Damit, dass der Gesetzgeber den Konzern im Konzern als Anwendungsbereich von § 88a ArbVG und damit wegen § 113 Abs 5 Z 1 iVm § 110 Abs 6b Satz 1 ArbVG auch im Anwendungsbereich von § 110 Abs 6 ArbVG anerkannt hat, ist eine gewisse Aussage über die Mindestanforderungen an die einheitliche Leitung nachgeordneter Gesellschaften getroffen. So ist es zB denkbar, dass sich die Konzernspitze die Koordination finanzieller Entscheidungen im Verbund vorbehält, andere Leitungsfunktionen wie die verbundweite Steuerung von Beschaffung, Produktion oder Absatz (sog Grundfunktionen) aber einer oder mehreren Tochtergesellschaften zuordnet. Ob und unter welchen Voraussetzungen auch eine verbundweite Personalpolitik genügt, ist zweifelhaft. Dabei handelt es sich nämlich um ein Instrument, das eingesetzt werden kann, um einheitliche Leitung zu realisieren oder auch nicht.[26]

Der Zweck von § 88a ArbVG ergibt sich nur zum Teil aus ihm selbst („*Vertretung der gemeinsamen Interessen der im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer*").[27] Im Übrigen kommt es nach *Koppensteiner* auf die Kompetenzen der Konzernvertretung an. Sie sind größtenteils in § 113 Abs 5 ArbVG aufgelistet, namentlich die in dessen Z 1 bis 4 Z 2 und 3 erfassten Befugnisse, die sonst dem BR zustehen, sofern die Interessen der Arbeitnehmerschaft von mehr als einem Konzernunternehmen betroffen sind. Z 3 verlangt zusätzlich, dass eine *„einheitliche Vorgangsweise, insbesondere durch Konzernrichtlinien erfolgt*", setzt also voraus, dass es

20 *Haberer/Krejci* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Kap 1. Rz 1.151 (Stand 1. 7. 2016, rdb.at).
21 *Haberer/Peschek* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, II. Kollektives Arbeitsrecht im Konzern Rz 18.6.
22 *Grießer*, Betriebsverfassungsrecht: Unternehmen und Konzern, ecolex 1994, 36 (36).
23 *Grießer*, Betriebsverfassungsrecht: Unternehmen und Konzern, ecolex 1994, 36 (36).
24 Vgl näher und überzeugend *Koppensteiner*, DRdA 2017, 163 (164 f).
25 *Koppensteiner*, DRdA 2017, 163 (165).
26 *Koppensteiner*, Zum „Konzern"begriff im Arbeitsrecht, DRdA 2017, 163 (166).
27 *Koppensteiner*, Zum „Konzern"begriff im Arbeitsrecht, DRdA 2017, 163 (166).

auch Konzerne ohne eine solche Vorgangsweise geben kann. Z 4 reagiert darauf, dass es während der Planungs- und Errichtungsphase einer Betriebsstätte noch kein anderes Organ der Belegschaft geben kann, das imstande wäre, die Befugnis nach § 89 Z 3 ArbVG wahrzunehmen. Hier von besonderem Interesse ist § 113 Abs 5 Z 1 ArbVG. Demnach ist es Sache der Konzernvertretung, Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat nach Maßgabe von § 110 Abs 6b ArbVG zu entsenden. Diese Bestimmung setzt einen Konzern nach § 110 Abs 6 und 6a ArbVG voraus. Das legt es nahe, die konzernkonstitutive Einheitlichkeit der Leitung bei § 88a ArbVG ebenso zu interpretieren wie im Kontext jener Vorschriften.[28]

C. Konzernvermutung(skette) und deren Widerlegung

Es gehört heute auch im österreichischen Konzernrecht, das – anders als das deutsche Aktienkonzernrecht – keine so expliziten Bestimmungen (vgl §§ 17 Abs 2, 18 Abs 1 Satz 3 dAktG) enthält, zum anerkannten Wissensstand, dass es beim Konzern folgende „Vermutungskette" gibt: Beherrschung führt zur *(widerleglichen)* Vermutung der Abhängigkeit, und Abhängigkeit löst die (widerlegliche) Konzernvermutung aus.[29]

Beherrschung wird – etwas vereinfacht – als Fähigkeit begriffen, in der nachgeordneten Gesellschaft insb durch (mehrheitliche) Besetzung der Organe – in der AG durch Besetzung des Aufsichtsrats auch auf den Vorstand – Einfluss auszuüben.[30] Negative Beherrschung, dh die Fähigkeit, Entscheidungen zu verhindern, genügt nicht.[31] Praktisch wichtigstes Beherrschungsmittel ist die (unmittelbare oder mittelbare) Mehrheitsbeteiligung. Hält ein Unternehmen die Mehrheit der Anteile eines anderen Unternehmens, so kann die Abhängigkeit des Beteiligungsunternehmens auch nach österreichischem Recht selbst ohne Existenz einer diesbezüglichen Gesetzesvorschrift wie § 17 Abs 2 dAktG widerleglich vermutet werden. Es handelt sich bei Abhängigkeit um die Wahrscheinlichkeit einflusskonformen Verhaltens, die in der AG idR vorliegt, wenn durch die Möglichkeit, den Aufsichtsrat mehrheitlich zu besetzen, auf den Vorstand Einfluss genommen werden kann. Wer bei Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung das Vorliegen eines abhängigen Unternehmens bestreitet, trägt dafür die Beweislast.[32] Bei abhängigen Unternehmen vermutet § 15 Abs 2 AktG *widerleglich*, dass sie einheitlich geleitet werden, dh einen Konzern bilden (Konzernvermutung).[33]

Zur Entkräftung der Vermutung müssen konkrete Umstände vorgetragen und bewiesen werden, aus denen sich ergibt, dass die für die einheitliche Leitung maßgebenden Kriterien nicht gegeben sind, dh die Konzernobergesellschaft (beim Unterordnungskonzern; nur dieser interessiert hier) nicht jenes Maß an tatsächlicher Einflussnahme ausübt, das für „einheitliche Leitung" erforderlich ist.[34] Die dargestellte Vermutungskette gilt auch im Arbeitsverfassungsrecht, denn sie beruht auf rechtstatsächlichen Gegebenheiten,[35] und auch dort sind die Vermutungen *widerleglich*.[36]

28 *Koppensteiner*, Zum „Konzern"begriff im Arbeitsrecht, DRdA 2017, 163 (166).
29 Vgl dazu ausführlich *G. Schima*, Das kartellrechtliche „Konzernprivileg" – Anmerkungen zur Postbus-Entscheidung des OGH, FS P. Doralt (2004) 559 (575 ff) mwN.
30 Vgl *G. Schima*, FS P. Doralt (2004) 559 (576).
31 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 115 Rz 9; *Auer* in *Artmann/Karollus*, AktG[6] § 15 Rz 15; *G. Schima*, FS P. Doralt (2004) 559 (576).
32 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 115 Rz 13; *Auer* in *Artmann/Karollus*, AktG[6] § 15 Rz 19; *G. Schima*, FS P. Doralt (2004) 559 (576).
33 *Auer* in *Artmann/Karollus*, AktG[6] § 15 Rz 4, 19; *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3] § 15 Rz 45; *G. Schima*, FS P. Doralt (2004) 559 (578).

Fraglich könnte sein, wer die Vermutung gegebenenfalls zu entkräften hat. *Koppensteiner* meint, dies sei Sache der Belegschaftsvertretung des herrschenden Unternehmens, weil die Aufsichtsratsentsendung nach § 110 Abs 6 ArbVG nicht zulasten des Arbeitgebers gehe, sondern zulasten der Belegschaftsvertretung des herrschenden Unternehmens.[37] Das trifft für § 110 Abs 6 ArbVG zwar grundsätzlich zu, greift aber schon dort mE zu kurz. Denn die Rechtsfolge der Einbeziehung von Unternehmen in den Kreis der nach § 110 Abs 6 ArbVG zu berücksichtigenden Konzernunternehmen, die aber die dort genannten gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllen (weil sie zB nicht einheitlich geleitet werden), kann dazu führen, dass nicht entsendbare Personen in den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft entsendet werden, was zur Unwirksamkeit des Vorganges mit der Konsequenz führt, dass die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat nicht wirksam erlangt wurde.[38] Das zu unterbinden, liegt aber auch klar im Interesse der Konzernobergesellschaft und ihrer Organe, denn die Mängelfreiheit bzw Wirksamkeit gefasster Aufsichtsratsbeschlüsse steht auf dem Spiel. Es kann also auch im Anwendungsbereich des § 110 Abs 6 ArbVG sehr wohl auch der Arbeitgeber und nicht bloß der Zentral-BR/BR des herrschenden Unternehmens in die Situation kommen, eine Konzernvermutung entkräften, also darlegen zu müssen, dass Unternehmen nicht einheitlich geleitet werden.

Im Anwendungsbereich von § 88a ArbVG ist das ohnehin der Fall, wenngleich auch hier der Interessengegensatz natürlich nicht notwendigerweise zwischen dem Arbeitgeber einerseits und den Belegschaftsorganen andererseits verläuft, sondern Mitgliedern des BR/Zentral-BR einzelner Konzernunternehmen durchaus daran gelegen sein kann, zu argumentieren, dass bestimmte andere Unternehmen nicht zum Konzern gehören, zumal die gesetzlichen Regeln über die Bildung der Konzernvertretung und die Gewichtung der einzelnen Konzernunternehmen überaus missglückt sind und kleine Unternehmen mit wenigen Mitarbeitern unangemessen gegenüber großen begünstigen.[39]

34 *G. Schima*, FS P. Doralt (2004) 559 (578).
35 *Koppensteiner*, DRdA 2017, 163 [164] weist darauf hin, dass die Kette grundsätzlich nur (aber dann immer) bei *arbeitnehmerbegünstigenden* Bestimmungen gelten sollte. Die Kategorisierung in arbeitnehmerbegünstigende und andere Bestimmungen fällt in diesem Zusammenhang aber schwer, denn gesamthaft gesehen sind die Vorschriften über die Arbeitnehmermitbestimmung im Konzern natürlich als Rechte der Belegschaft ausgestaltet; die konkrete Beantwortung der Frage, ob ein Konzernverhältnis vorliegt, kann aber naturgemäß vorteilhaft für eine Belegschaftsvertretung innerhalb der Unternehmensgruppe und nachteilig für eine andere sein (siehe im Text).
36 Überzeugend *Koppensteiner*, DRdA 2017, 163 (164, 166).
37 *Koppensteiner*, DRdA 2017, 163 (167).
38 Das folgt auch klar aus § 10 Abs 1 AR-VO, der bei Wegfall der Entsendbarkeit die Beendigung der AR-Mitgliedschaft eintreten lässt. Wenn die Entsendbarkeit nie vorlag, dann kann auch die AR-Mitgliedschaft nicht erlangt worden sein.
39 Vgl die Kritik daran bei *G. Schima*, Ausbau der Belegschaftsvertretung im Konzern durch die ArbVG-Novelle 1993, RdW 1993, 308 (309 f).

D. Beherrschte Unternehmen – „aufsichtsratspflichtige" GmbHs iSd § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG

Die nächste zu klärende Frage ist, ob Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die zwar einen Aufsichtsrat haben, ihn aber nach dem Gesetz nicht haben müssten, „aufsichtsratspflichtige" GmbHs iSd § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG sind. Eine Konzernentsendung kommt nämlich nur in Betracht, sofern die nachgeordneten Unternehmen die im Gesetz definierten Rechtsformen und Beschaffenheiten aufweisen, worunter auch die „aufsichtsratspflichtige" Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 110 Abs 6 Z 2 ArbVG) zu subsumieren ist. Nach § 29 Abs 1 Z 2 GmbHG ergibt sich eine Aufsichtsratspflicht vor allem bei einer durchschnittlichen Arbeitnehmerzahl von mehr als 300. Laut *Jabornegg* soll aber auch eine bloß gesellschaftsvertraglich festgelegte Aufsichtsratspflicht für die Verwirklichung der Voraussetzungen des § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG genügen.[40] Begründet wird dies nicht. Sofern keine gesetzliche Verpflichtung zur Bestellung eines Aufsichtsrats vorliegt, kann im Gesellschaftsvertrag die Bestellung eines solchen gemäß § 29 Abs 6 GmbHG vorgesehen werden („fakultativer Aufsichtsrat"). Unterschieden werden dabei zwei Arten, nämlich (i) der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, dass ein Aufsichtsrat bestellt werden **kann**, aber nicht bestellt werden muss, oder (ii), dass ein Aufsichtsrat bestellt werden **muss**. *Jabornegg* bezieht sich in der Kommentierung betreffend nachgeordnete Konzernunternehmen auf den gesellschaftsvertraglich zwingend vorgeschriebenen Aufsichtsrat[41] und stellt ihn dem gesetzlich zwingenden gleich, wohingegen ein bloß gesellschaftsvertraglich fakultativer Aufsichtsrat den Anforderungen des § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG nicht genüge. Es kommt in der Praxis durchaus vor, dass in Konzernen GmbHs existieren, die einen Aufsichtsrat haben, der wegen der unter 300 liegenden Arbeitnehmeranzahl nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, den aber der Gesellschaftsvertrag verlangt.

Unstrittig ist, dass das GmbH-Recht zwar sowohl obligatorische als auch fakultative Aufsichtsräte kennt, es für die Mitwirkung der Arbeitnehmer der Gesellschaft im Aufsichtsrat aber ohne Belang ist, welche rechtliche Grundlage für die Bestellung des Aufsichtsrates maßgebend ist.[42] Dh wenn ein Aufsichtsrat faktisch in der GmbH besteht, dann ist er bei Existenz eines BR mitbestimmt, denn die Mitbestimmung stellt unmittelbar auf den faktischen Bestand des Aufsichtsrates ab; nur im Rahmen der Konzernmitwirkung wird ausdrücklich auf „aufsichtsratspflichtige" GmbHs Bezug genommen.[43]

Schneller/Preiss erwähnen in ihrer Kommentierung zu § 110 ArbVG, dass gem § 29 Abs 2 Z 2 GmbHG (gemeint ist wohl § 29 Abs 1 Z 2 GmbHG) eine GmbH nur dann aufsichtsratspflichtig sei, wenn sie mehr als 300 Arbeitnehmer habe. Anderes gelte aber für die GmbH als Konzerntochter. Die Arbeitnehmeranzahl erhöht sich gem § 29 Abs 2 Z 1 GmbHG auf mehr als 500, wenn die GmbH selbst Konzerntochter einer aufsichtsratspflichtigen Kapitalgesellschaft ist. Das bedeutet also, dass die Aufsichtsratspflicht als Konzerntochter unter einer aufsichtsratspflichtigen Mutterkapitalgesellschaft erst ab über 500 Arbeitnehmern im

40 *Jabornegg* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (2006) § 110 ArbVG Rz 163.
41 *Jabornegg* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (2006) § 110 ArbVG Rz 26.
42 *Schneller/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsrecht III[6] (2020) § 110 Rz 108.
43 *Löschnigg*, Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat – organisationsrechtliche Probleme des § 110 ArbVG (1985) 53 f.

Jahresschnitt greift. Die gesellschaftsvertraglich festgelegte Aufsichtsratspflicht erwähnen die Autoren hier nicht und gehen anscheinend davon aus, dass diese für die Eigenschaft als „aufsichtsratspflichtige" GmbH nicht ausreicht. Im Fall des § 29 Abs 1 Z 3 GmbHG, der die Aufsichtsratspflicht der GmbH als Konzernmutter regelt, vertreten die genannten Autoren aber die Meinung, dass der GmbH-Konzernmutter neben allen Arbeitnehmern von Aktiengesellschaften, die jedenfalls einen Aufsichtsrat haben, auch die Arbeitnehmer von GmbHs mit gesellschaftsvertraglich verpflichtendem Aufsichtsrat zugerechnet werden.[44]

Den Gesetzesmaterialien ist für die gegenständliche Fragestellung nichts Einschlägiges zu entnehmen. Die Literatur behandelt den fakultativen Aufsichtsrat im Zusammenhang mit der konkreten Fragestellung nur spärlich. In den beiden zitierten Kommentaren werden, wie erörtert, anscheinend unterschiedliche Auffassungen vertreten.

ME sprechen der Wortlaut, aber auch der Sinnzusammenhang und die legistische Entstehungsgeschichte der Norm deutlich dafür, **dass nur GmbHs mit gesetzlich vorgeschriebenem Aufsichtsrat „aufsichtsratspflichtig" iSd § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG sind.** Der Gesetzgeber wollte offenbar nur Gesellschaften bestimmter Größe und Bedeutung einbeziehen. Dass die bloße Existenz eines Aufsichtsrats kein relevantes Kriterium sein kann, folgt schon daraus, dass erstens die Entsendung in den Aufsichtsrat der Konzernmutter ja nicht von den Belegschaftsvertretern im Aufsichtsrat, sondern vom Belegschaftsvertretungsorgan (BR oder Zentral-BR oder allenfalls Konzernvertretung) durchgeführt wird und zweitens bei GmbHs mit gesellschaftsvertraglich bloß fakultativem Aufsichtsrat, auch wenn er tatsächlich errichtet ist, niemand deren Einbeziehung gem § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG vertritt. Dies wäre eine Vergewaltigung des Gesetzeswortlautes. Aber auch GmbHs mit bloß gesellschaftsvertraglich zwingendem Aufsichtsrat fallen bei richtiger Betrachtung nicht darunter. Es sind letztlich dieselben Argumente, die dazu führen, dass die ganz hM den Arbeitnehmerbegriff des § 29 Abs 1 Z 2 GmbHG betriebsverfassungsrechtlich auslegt (dazu gleich im Folgenden): Das ArbVG 1974 wurde praktisch gleichzeitig mit der GmbHG-Novelle 1974 beschlossen, in der die AR-Pflicht von GmbHs mit mehr als 300 Arbeitnehmern eingeführt wurde. Es geht daher nur um die gesetzliche Pflicht, einen Aufsichtsrat zu bestellen, nicht um eine gesellschaftsvertraglich begründete Pflicht. Schließlich spricht für die hier vertretene Ansicht auch der Umstand, dass der Entsendemechanismus einheitlich und überprüfbar gestaltet sein soll, was einer willkürlichen Erweiterung durch Gesellschaftsverträge entgegensteht.

E. Zum Arbeitnehmerbegriff in § 29 Abs 1 Z 2 GmbHG iVm § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG

1. Betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff (§ 36 AngG)

Aufgrund des – eben erwähnten – engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen Erlassung des ArbVG und der GmbHG-Nov 1974, mit der die von der Arbeitnehmeranzahl abhängige Aufsichtsratspflicht eingeführt wurde, vertritt das Schrifttum so gut wie einhellig die Ansicht, dass als Arbeitnehmer alle Arbeiter und Angestellten der GmbH gelten, die Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG sind. Somit ist hinsichtlich der Arbeitnehmeranzahl

44 *Schneller/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsrecht III[6] (2020) § 110 Rz 112 unter Berufung auf *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I[2] Rz 4/25.

der **betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG** heranzuziehen und nicht jener des Arbeitsvertragsrechtes.[45] Demnach zählen zu den Arbeitnehmern generell nur im Inland Beschäftigte (es wird also grundsätzlich auf die faktische Beschäftigung abgestellt), Lehrlinge und Heimarbeiter. Außer Betracht bleiben Geschäftsführer und leitende Angestellte sowie freie Dienstnehmer.[46]

Dies bedeutet insb die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern, die der GmbH überlassen werden. Denn diese sind betriebsverfassungsrechtlich der Belegschaft zuzuordnen und zB auch für die BR-Wahl im Beschäftigerbetrieb wahlberechtigt. Möglicherweise kann es dadurch zu **Doppelzählungen** kommen, weil bei Zugrundelegung des Arbeitnehmerbegriffes nach § 36 ArbVG auch jene Arbeitnehmer zu zählen sind, bei denen die Gesellschaft Überlasser ist.[47]

Umso mehr gilt das für die arbeitsverfassungsrechtlichen Bestimmungen. So ist der Arbeitnehmerbegriff in § 110 ArbVG zweifellos der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nach § 36 ArbVG.[48] Es wäre auch unlogisch, wenn § 110 ArbVG ein anderer als der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG zugrunde läge, die hM aber bei einer gesellschaftsrechtlichen Norm wie § 29 Abs 1 Z 2 GmbHG aufgrund des engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen Erlassung des ArbVG und der GmbHG-Nov 1974 (zu Recht) auf den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff abstellt. Selbstredend gilt dies auch für die §§ 88a und 88b ArbVG. Es ist daher sowohl für die arbeitsverfassungsrechtlichen Bestimmungen (§§ 88a, 110 ArbVG, AR-VO) als auch für die nach § 29 GmbHG relevanten Arbeitnehmerzahlen der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG heranzuziehen.

2. Ermittlung der Arbeitnehmerzahl bei der Arbeitskräfteüberlassung

Zu prüfen bleibt, ob aus dem Ausland überlassene und ins Ausland überlassene Arbeitnehmer als Arbeitnehmer des Beschäftigers (in der ersten Fallkonstellation) und/oder des Überlassers (in der zweiten Fallkonstellation) gelten und ob bzw inwieweit sie daher bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen – zB im Rahmen des § 29 GmbHG oder auch für spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Zwecke (zB die Nennung von Arbeitnehmerzahlen nach § 16 AR-VO) – zu berücksichtigen sind oder nicht.

a. Arbeitnehmerbegriff des § 36 AngG und Leiharbeitnehmer

Arbeitnehmer iSd II. Teiles des ArbVG sind gemäß § 36 Abs 1 ArbVG alle im Rahmen eines Betriebes (im Inland) beschäftigten Personen, einschließlich Lehrlinge und Heimarbeiter,

45 *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 238 f; *Schneller/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsrecht III[6] (2020) § 110 Rz 111; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 29 Rz 13.

46 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[4] (2025) § 36 ArbVG Rz 1, 4; *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsrecht II[6] (2020) § 36 Rz 9, 25 ff. Die jüngst gesetzlich erfolgte Einbeziehung freier Dienstnehmer (iSd § 4 Abs 4 ASVG) in § 1 Abs 1 ArbVG hat daran nichts geändert, weil sie nur das Kollektivvertragsrecht des ArbVG (1. bis 3. Hauptstück des I. Teiles) betrifft.

47 Bei Arbeitnehmern im Beschäftigerbetrieb ist keine Mindestbeschäftigungsdauer (von sechs Monaten) erforderlich (OGH 29. 9. 2020, 9 ObA 65/20d).

48 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (2006) § 110 Rz 27.

ohne Unterschied des Alters. Dabei stellt § 36 Abs 1 ArbVG nicht bloß auf den Arbeitsvertrag, sondern auf die **faktische Beschäftigung** im Rahmen eines Betriebes ab.[49] Das AÜG kennt keine Regelungen darüber, welchem Betrieb überlassene Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich zuzuordnen sind. „*Im Betrieb beschäftigt*" ist laut *Tomandl*[50] im Sinne von „*dem Betrieb zugeordnet*" zu verstehen, wobei ausschlaggebend die organisatorische Einbindung der betreffenden Person in den Betrieb sei. Im Betrieb beschäftigt können demnach auch Arbeitskräfte sein, die ihre Arbeitsleistung im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung verrichten, also mit dem Inhaber des Betriebes, in dem sie arbeiten, keinen Arbeitsvertrag geschlossen haben. Leiharbeitnehmer sind nämlich auch nicht explizit aus dem Anwendungsbereich der Betriebsverfassung gemäß § 36 Abs 2 ArbVG ausgenommen. Leiharbeitnehmer haben einen Arbeitsvertrag nicht mit dem Beschäftiger, sondern mit dem Überlasser abgeschlossen. Wenn Arbeitnehmer von einem Betrieb an einen anderen **entliehen bzw überlassen** werden, kommt es darauf an, ob die Überlassung für eine **längere Zeit** gedacht ist. Der OGH postulierte in seiner ersten Entscheidung zur betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft überlassener Arbeitnehmer im Beschäftigerbetrieb, dass die Überlassung „*für längere Zeit gedacht*" sein müsse.[51] Vier Jahre nach diesem Erkenntnis relativierte der OGH diese Ansicht und sprach aus, dass die Überlassung für längere Zeit gedacht sein müsse **und** „*infolgedessen*" wesentliche Arbeitgeberfunktionen auf den Beschäftiger übergehen müssten, sodass die Interessen dieser Arbeitnehmer vom Beschäftiger-BR vertreten werden könnten.[52]

b. Mindestdauer der Überlassung als Voraussetzung für die Zuordnung (auch) zum Beschäftiger?

In der Literatur nach wie vor umstritten ist, ob eine gewisse zeitliche Dauer der Arbeitskräfteüberlassung überhaupt erforderlich ist, um den überlassenen Arbeitnehmer als beschäftigte Person des Beschäftigerbetriebes iSd § 36 ArbVG qualifizieren zu können: Teile der Literatur leiten aus der zitierten OGH-Entscheidung ab, dass die Zugehörigkeit im Beschäftigerbetrieb eine Überlassungsdauer von **mindestens sechs Monaten** voraussetze.[53] In diesem Zusammenhang vertreten manche Stimmen in der Literatur die Ansicht, der OGH habe hierfür die Sechsmonatsfrist des § 53 ArbVG betreffend das passive Wahlrecht als BR-Mitglied als zeitliche Untergrenze für die Belegschaftszugehörigkeit sinngemäß herangezogen.[54] Nur bei Vorliegen dieser längeren Zeitdauer (als Richtwert gilt also eine Dauer von sechs Monaten) zählen nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht die entliehenen Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich **auch** zu dem Betrieb, dem sie überlassen worden sind, dem Beschäftigerbetrieb. In allen anderen Fällen werden sie betriebsverfassungsrechtlich **nur** Arbeitnehmer

49 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[4] (2025) § 36 ArbVG Rz 9.

50 *Tomandl* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (2005) zu § 36 ArbVG Rz 10.

51 OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87, ARD 3921/10/87.

52 OGH 13. 2. 1991, 9 ObA 22/91, Arb 10.908 = ARD 4261/17/91 = DRdA 1991/42 (*Geppert*).

53 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[4] (2025) § 36 ArbVG Rz 8; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (2003) § 36 Rz 12.

54 Das BerG (OLG Linz 20. 11. 1990, 13 Ra 96/90-17) zu OGH 13. 2. 1991, 9 ObA 22/91 führt dazu aus, dass eine für sechs Monate vorgesehene oder schon so lange dauernde Beschäftigung „*schon deshalb ausreichend [sei], weil das Arbeitsverfassungsgesetz nicht einmal das passive Wahlrecht an eine längere Beschäftigungsdauer knüpfe*", worauf der OGH in seiner Begründung bestätigend verweist; vgl *Geppert*, Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme, DRdA 2011, 513.

des Überlasserbetriebes sein, vor allem dann, wenn alle Arbeitgeberfunktionen beim Überlasserbetrieb verbleiben.[55] Sollte ein Arbeitnehmer einem anderen Betrieb zum Zweck überlassen werden, dort eine Organstellung (Geschäftsführer) zu bekleiden, ohne in ein Arbeitsverhältnis zu treten, so bleibt er ohne Rücksicht auf die Dauer der Überlassung auch betriebsverfassungsrechtlich Arbeitnehmer des Überlasserbetriebes.[56] Nach *Gahleitner* bleiben überlassene Arbeitskräfte auch bei längerfristiger Überlassung in einen Beschäftigerbetrieb Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb, weil auch in so einem Fall eine Kündigung nur vom arbeitsvertraglichen Arbeitgeber ausgesprochen werden könne.[57] Sollte die Überlassung an einen Beschäftigerbetrieb längere Zeit andauern, so sind die überlassenen Arbeitskräfte darüber hinaus auch im Beschäftigerbetrieb als Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG anzusehen. Die Aufteilung der BR-Zuständigkeiten bei überlassenen Arbeitskräften nach den Kriterien „arbeitsvertragsbezogen" und „betriebsbezogen" führe dabei nicht immer zu eindeutigen Ergebnissen. So sei zB bei einer Versetzung innerhalb des Beschäftigerbetriebes ein Mitwirkungsrecht des BR des Beschäftigerbetriebes gemäß § 101 ArbVG zu bejahen.[58]

Zum anderen wird in der Literatur[59] aber auch die Meinung vertreten, dass sogar bei kurzfristiger Arbeitskräfteüberlassung die überlassenen Arbeitskräfte Arbeitnehmer des Beschäftigers iSd § 36 ArbVG sein könnten. Auf die Dauer der Beschäftigung komme es nicht an, ausschlaggebend sei vielmehr das Faktum der Beschäftigung.[60] Bei der Festlegung des Arbeitnehmerbegriffes stelle § 36 ArbVG nicht auf einen bestimmten Zeitraum oder eine gewisse Mindestdauer der tatsächlichen Beschäftigung ab. Relevant sei daher vor allem eine entsprechende Eingliederung in den Beschäftigerbetrieb bzw eine Anordnungsbefugnis des Beschäftigers. Es läge ein Wertungswiderspruch vor, würde man die Arbeitnehmereigenschaft bei einem kurzfristig beschäftigten, unmittelbar aufgenommenen Arbeitnehmer bejahen, die eines nur kurzfristig überlassenen Arbeitnehmers jedoch nicht, obwohl sich bei ihrem Einsatz identische betriebsbezogene Probleme stellten.[61]

In der Literatur besteht somit nach wie vor keine Einigkeit hinsichtlich der erforderlichen Dauer der Arbeitskräfteüberlassung für die Zurechnung des überlassenen Arbeitnehmers zum Beschäftigerbetrieb iSd § 36 ArbVG.

55 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (2003) § 36 Rz 12; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[4] (2025) § 36 ArbVG Rz 8; LGZ Graz 22. 12. 1964 Arb 8125; OGH 9 ObA 79/13b, Arb 13.114 = DRdA 2014/19, 235 (*Kreil*) = wbl 2013/258, 703 (*Grillberger*) = ZAS 2014/45, 281 (*Kühteubl*).

56 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (2003) § 36 ArbVG Rz 12. Dabei ging es freilich um eine spezielle Frage, nämlich primär darum, ob so ein Arbeitnehmer überhaupt aus der betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeit sämtlicher Belegschaftsorgane ausscheidet, weil der Arbeitnehmer als Geschäftsführer einer GmbH nicht Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG ist.

57 *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht II[6] (2020) § 36 ArbVG Rz 15; OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87, DRdA 1988, 54 = infas 1988, A 1 = ZAS 1988, 95 = RdW 1987, 379 = wbl 1987, 282.

58 *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht II[6] (2020) § 36 ArbVG Rz 16; vgl auch *Schneller*, Arbeitskräfteüberlassung: Mitbestimmung bei Versetzungen und anderen personellen Maßnahmen, ecolex 2006, 1018.

59 ZB *Tomandl* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (2005) zu § 36 ArbVG Rz 11; *Mazal*, Personalbereitstellung und Betriebsverfassung, RdW 1987, 375.

60 ZB *Geppert*, DRdA 2011, 513.

61 *Geppert*, Glosse zu 9 ObA 22/91, DRdA 1991/42; *Tomandl*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011/41, 249.

c. Zuordnung von Leiharbeitnehmern zum Überlasserbetrieb

Zu klären ist als nächstes, welche Konsequenzen die vom OGH vertretene „Funktionsteilung" zwischen BR des Überlasser- und des Beschäftigerbetriebes für die Berücksichtigung der Arbeitnehmerzahlen nach § 29 GmbHG (oder § 110 ArbVG) hat. Der OGH judizierte (zu Recht), dass für das Vorverfahren nach § 105 ArbVG immer der BR des Überlasserbetriebes zuständig sei, weil diese Zuständigkeit an den **Vertragsarbeitgeber** anknüpfe, und dies sei nun einmal der Überlasser.[62] Zu prüfen ist, ob man daraus schließen kann, dass überlassene Arbeitskräfte *immer auch beim Überlasser mitzuzählen* sind und ob es dadurch zu einer **doppelten Arbeitnehmereigenschaft** kommen kann.

In der Literatur dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass überlassene Arbeitskräfte selbst bei längerfristiger Überlassung an einen Beschäftigerbetrieb jedenfalls als Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb und **zusätzlich** im Beschäftigerbetrieb als Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG anzusehen sind[63]. Dabei wird nicht primär auf das Vorhandensein eines BR abgestellt, sondern sind vielmehr auch die arbeitsvertraglichen Arbeitgeberfunktionen relevant, beispielsweise im Zusammenhang mit Kündigungen. Auch nach *Schindler*[64] sind überlassene Arbeitnehmer „doppelt" Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG. Im Betrieb des Überlassers sei ihre Arbeitnehmereigenschaft selbstverständlich. Aber auch im Betrieb des Beschäftigers zählten sie zu dessen Arbeitnehmern iSd ArbVG, wenn sie in diesen eingegliedert seien, was typischerweise der Fall wäre. Sollte man der oben ausgeführten Ansicht des OGH folgen, wonach es entscheidend auf die Übertragung der Weisungsrechte vom Überlasser an den Beschäftiger ankomme, ergäbe sich laut *Tomandl* daraus ebenfalls, dass überlassene Arbeitnehmer grundsätzlich *auch* Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes seien, weil diese Übertragung zum notwendigen Inhalt des Überlassungsvertrages gehöre. Die Konsequenz der **doppelten Arbeitnehmereigenschaft** überlassener Arbeitnehmer führe dazu, dass sie der Betriebsbelegschaft sowohl des Überlasser- als auch des Beschäftigerbetriebes angehörten.[65]

d. Ansicht des OGH zur Zuordnung von Leiharbeitnehmern

Auch nach der Rsp[66] bleibt der überlassene Arbeitnehmer, selbst wenn er iSd § 36 ArbVG Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes ist, jedenfalls und unabhängig von der Dauer der Überlassung der Belegschaft des Überlasserbetriebes iSd § 36 ArbVG zugehörig. Waren überlassene Arbeitskräfte schon mehr als ein halbes Jahr unter entsprechender Eingliederung im Beschäftigerunternehmen tätig und sind außerdem bei ihnen weitere Arbeitgeberfunktionen (Urlaubsgenehmigungen, Erteilung von Weisungen, Eingliederung in die Arbeitszeitregelung des Beschäftigerbetriebes, Genehmigung von Zeitausgleich für Überstunden) auf das Beschäftigerunternehmen übertragen worden, sodass der BR des Beschäftigerunternehmens gegebenenfalls auch die Interessen dieser Arbeitnehmer gegenüber dem Betriebsinhaber in den betreffenden Belangen zu vertreten hat, so sind laut älterer Rsp diese Arbeitnehmer *auch* Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes gem § 36 ArbVG.[67] In einer jüngeren Entschei-

62 OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87.

63 *Gahleitner* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht II[6] (2020) § 36 ArbVG Rz 16.

64 *Schindler* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[4] (2025) § 3 AÜG Rz 15.

65 *Tomandl*, ZAS 2011/41, 249.

66 OGH 29. 9. 2020, 9 ObA 65/20d; OGH 13. 2. 1991, 9 ObA 22/91; OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87.

67 OGH 9 ObA 22/91, Arb 10.908; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[4] (2025) § 36 ArbVG Rz 8.

dung **schloss sich der OGH jener in der Literatur vertretenen Ansicht an, der zufolge überlassene Arbeitnehmer ohne Erfordernis einer Mindestbeschäftigungsdauer auch Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes nach § 36 ArbVG sind.**[68] Diese Entscheidung hatte unter anderem die (laut OGH fehlerhafte) Einschätzung der Vorinstanzen zum Gegenstand, wonach jene überlassenen Arbeitnehmer, die am Stichtag noch nicht sechs Monate bei der Klägerin beschäftigt gewesen waren, bei der Ermittlung der Anzahl der BR-Mitglieder nach § 50 ArbVG nicht zu berücksichtigen seien. Laut OGH seien diese überlassenen Arbeitnehmer jedenfalls in die Berechnung nach § 50 ArbVG miteinzubeziehen.

Daraus ergibt sich, dass überlassene Arbeitskräfte jedenfalls und unabhängig von der Dauer der Überlassung Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Überlasserbetrieb sind und zudem laut neuerer Rsp auch Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes nach § 36 ArbVG, ohne dass dafür eine Mindestbeschäftigungsdauer erforderlich ist. Sie müssen daher in dieser Weise – und somit uU doppelt – auch bei Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen iSd § 29 Abs 1 Z 2 GmbHG iVm § 110 Abs 6 Z 2 ArbVG berücksichtigt werden.

e. Abgrenzung der BR-Zuordnung in Zweifelsfällen

In Zweifelsfällen sind Überlegungen dahingehend anzustellen, ob die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer vom BR jenes Betriebes, dem sie überlassen worden sind, vertreten werden können. Unter den oben genannten Gesichtspunkten besteht die Möglichkeit, dass der entliehene Arbeitnehmer **in *beiden* Betrieben betriebsverfassungsrechtlich zur Belegschaft zählt**, dh überlassene Arbeitskräfte sowohl zur Belegschaft des Beschäftiger- als auch des Überlasserbetriebes gehören und in beiden bei entsprechend langer Beschäftigung das aktive und passive Wahlrecht zum BR erlangen.[69] Infolgedessen bezieht sich auch die Zuständigkeit der in beiden Betrieben errichteten BR auf sie.[70] Es ist davon auszugehen, dass eine Aufgabenteilung zwischen den beiden Betriebsräten besteht, obwohl weder das ArbVG noch das AÜG dazu eine Anordnung treffen. Ausschlaggebend wird daher vor allem die Art des jeweiligen Mitwirkungsrechts des BR sein. Grundsätzlich lässt sich aber sagen, dass sich eine Zuständigkeit des BR des Überlasserbetriebes vor allem dann begründen lässt, wenn sich die Mitwirkung auf Fragen bezieht, die nur im Verhältnis zwischen Überlasser und überlassenem Arbeitnehmer geregelt werden können, weil sie den Arbeitsvertrag betreffen (zB Kündigungen).[71] Geht es hingegen um Probleme im Rahmen der tatsächlichen Beschäftigung, wird man primär die Zuständigkeit des BR des Beschäftigerbetriebes begründen können.[72]

Laut neuerer Rsp ist bei Vorliegen einer zweifachen Belegschaftszugehörigkeit eines Arbeitnehmers im Einzelfall anhand des Zwecks des konkret auszuübenden Mitwirkungsrechtes und der Sachnähe des jeweiligen BR zu prüfen, ob der BR des Überlasserbetriebes (so zB

68 OGH 29. 9. 2020, 9 ObA 65/20d.
69 OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87 WBl 1987, 282 = SZ 60/145 = RdW 1987, 379 = ZAS 1988/9 S 95 (*Schnorr*); RIS-Justiz RS0029060.
70 OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87; *Tomandl*, ZAS 2011/41, 249.
71 OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87.
72 *Friedrich*, Mitbestimmung bei der Arbeitskräfteüberlassung bei personellen Maßnahmen – Zur Zuständigkeit des Betriebsrats des Beschäftigerbetriebes für überlassene Arbeitskräfte bei Versetzungen, ASoK 2007, 212.

beim Kündigungsschutz) oder jener des Beschäftigerbetriebes (zB bezüglich Mitwirkung bei Arbeitsplatzgestaltung beim Beschäftiger) zuständig ist.[73]

Wie oben bereits ausgeführt, ist eine strikte Trennung der BR-Zuständigkeiten bei überlassenen Arbeitskräften nach den Kriterien „arbeitsvertragsbezogen" und „betriebsbezogen" indes nicht immer zielführend. Daher ist aus meiner Sicht und iSd Rsp primär auf die Art des jeweiligen Mitwirkungsrechts des BR abzustellen.

f. Relevanz des Auslandsbezugs bei der Arbeitskräfteüberlassung

Zu thematisieren ist noch der Auslandsbezug. Die betriebsverfassungsrechtlichen Normen des ArbVG beruhen grundsätzlich auf dem Territorialitätsprinzip, dh dass ihnen nur Betriebe, Unternehmen und Konzerne unterliegen, die im Inland gelegen sind bzw die ihren Sitz im Inland haben.[74] Deshalb gilt für im Inland gelegene Betriebe ausländischer Unternehmen das österreichische Betriebsverfassungsrecht, nicht hingegen für unselbstständige Betriebsteile ausländischer Betriebe.[75] Auf im Ausland gelegene Betriebe österreichischer Unternehmen ist das österreichische Betriebsverfassungsrecht nicht anzuwenden, wohingegen von einem österreichischen Betrieb **ins** Ausland entsandte (überlassene) Arbeitnehmer sowie im Ausland gelegene unselbstständige Betriebsteile eines österreichischen Betriebes vom österreichischen Betriebsverfassungsrecht erfasst werden.[76] Voraussetzung dafür ist, dass sie nicht in einen ausländischen Betrieb eingegliedert sind und in einer so engen Beziehung zum österreichischen Betrieb stehen, dass sie als dem Betrieb noch zugehörig betrachtet werden können, dh dass sie ungeachtet ihrer außerhalb der Betriebsstätte verrichteten Tätigkeit noch als Glied der betrieblichen Organisation angesehen werden können.[77] So vertritt zB *Rebhahn*[78] die Ansicht, dass die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einem österreichischen Betrieb bei kurzfristiger Auslandsarbeit sowie in Entsendungsfällen jedenfalls dann erhalten bleibe, wenn der Dienstnehmer im Ausland in keinem Betrieb oder in einem bloß unselbstständigen Betriebsteil eines österreichischen Betriebes arbeite. Auch der OGH geht davon aus, dass für die Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 36 Abs 1 ArbVG erfüllt sind und ein Arbeitnehmer im Rahmen eines Betriebes beschäftigt ist, das Ausmaß der Eingliederung in den Betrieb den Ausschlag gibt.[79]

73 OGH 29. 9. 2020, 9 ObA 65/20d; vgl auch OGH 13. 2. 1991, 9 ObA 22/91; OGH 15. 7. 1987, 9 ObA 63/87.
74 *Risak*, Der Geltungsbereich der Betriebsverfassung in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2019) 9 Rz 11; OGH 22. 11. 1995, 9 ObA 183/95, DRdA 1996, 420; OGH 29. 3. 1995, 9 ObA 12/95, RdW 1996, 78; Kritik daran für den Bereich der (von der ganz hA verneinten) Teilnahme von Arbeitnehmern ausländischer Konzernunternehmen an der Entsendung von Belegschaftsvertretern in den Aufsichtsrat einer inländischen Konzernmutter übte *Koppensteiner* (Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten im Recht der GmbH, FS M. Binder [2010] 769).
75 Eine Folge dieser Rechtslage ist auch, dass die Entsendung von Belegschaftsvertretern in den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft nur bei einer inländischen Konzernspitze in Betracht kommt; bei Fehlen einer solchen stellt sich allenfalls die Frage, ob eine inländische Teilkonzernspitze existiert bzw überhaupt rechtlich anzuerkennen ist (vgl dazu *Koppensteiner*, Zum „Konzern"begriff im Arbeitsrecht, DRdA 2017, 163).
76 *Risak* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2019) 9 Rz 11.
77 OGH 24. 7. 2013, 9 ObA 79/13b; RIS-Justiz RS0107424.
78 *Rebhahn* in FS Strasser (1983) 59 (85).
79 OGH 26. 3. 1997, 9 ObA 88/97z.

Daraus folgt, dass ein von einer inländischen Konzerngesellschaft ins Ausland überlassener Arbeitnehmer nur dann nicht dem österreichischen Betriebsverfassungsrecht und damit § 36 ArbVG unterliegt, wenn der überlassene Arbeitnehmer im ausländischen Betrieb vollkommen integriert ist, weil der ausländische Betrieb aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht dem ArbVG unterliegt. Nur in diesem Fall wird mE auch eine Berücksichtigung der Arbeitnehmerzahl bei der Zählung nach § 29 GmbHG unterbleiben können und müssen. Anderenfalls sind solche ins Ausland überlassene Arbeitnehmer weiterhin bei der jeweiligen inländischen Konzerngesellschaft als Inhaberin des Überlasserbetriebes nach § 36 ArbVG mitzuberücksichtigen. Werden einer inländischen Konzerngesellschaft aus dem Ausland Arbeitnehmer überlassen, so unterliegen diese aufgrund des Territorialitätsprinzips und der Einbindung in den inländischen Betrieb dem österreichischen Betriebsverfassungsrecht und sind daher als Arbeitnehmer der österreichischen Beschäftiger-Gesellschaft iSd § 36 ArbVG zu werten.

III. Konzernvertretung – Errichtung und Auflösung

Abschließend soll ein paar praxisrelevanten Fragen rund um die Errichtung und Auflösung der Konzernvertretung (§ 88a ArbVG) nachgegangen werden.

A. Errichtung/Konstituierung der Konzernvertretung

Die Errichtung der Konzernvertretung bedarf der Zustimmung von mindestens zwei Drittel der Zentral-BR (Betriebsausschüsse, BR), die zusammen mehr als die Hälfte der im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer repräsentieren. Für das Errichtungsverfahren gemäß § 88a Abs 1 bis 5 ArbVG iVm § 48a BRWO ist ein mehrstufiges Verfahren vorgesehen, dessen wesentliche Schritte zum rechtswirksamen Zustandekommen der Konzernvertretung unten kurz beschrieben werden. Die Versammlung der Zentral-BR-Vorsitzenden im Konzern hat durch Beschluss festzustellen, ob diese Zustimmung erteilt wurde (§ 88a Abs 2 ArbVG). Die Versammlung der Zentral-BR-Vorsitzenden ist von „einem" (das Gesetz kennt da keine spezielle Regel, dh von *irgendeinem*) Zentral-BR-Vorsitzenden einzuberufen, der dann auch die Versammlung leitet (§ 88a Abs 3 ArbVG). Danach muss die Versammlung der Zentral-BR-Vorsitzenden die Zahl der Delegierten und Ersatzdelegierten mit Beschluss feststellen und bis zu einem vom Einberufer festgesetzten Termin die Delegierten und Ersatzdelegierten namentlich bekannt geben (§ 88a Abs 4 ArbVG iVm § 48a Abs 8 BRWO). In Unternehmen, wo – weil sie nur aus *einem* Betrieb iSd § 34 ArbVG bestehen – ein Zentral-BR nicht zu errichten ist, nimmt der BR (oder Betriebsausschuss) die Rechte des Zentral-BR iZm § 88a Abs 1 bis 7 ArbVG wahr (§ 88a Abs 8 ArbVG). Das gilt auch in Bezug auf die Versammlung der Zentral-BR-Vorsitzenden, der für die nicht zentralbetriebsratspflichtigen Unternehmen die jeweiligen BR-Vorsitzenden angehören.

- Eingeleitet wird das Verfahren durch einen Errichtungsvorschlag eines Vorsitzenden eines Zentral-BR, Betriebsausschusses oder BR (= „*Einberufer*"). Dieser Vorschlag ist formfrei und grundsätzlich beim Vorsitzenden jedes Zentral-BR (Betriebsausschusses, BR) zB in dessen Büro einzubringen. Aufgrund dieses Vorschlages beschließen sie darüber, ob sie der Errichtung der Konzernvertretung ihre Zustimmung geben oder nicht.[80]

80 *Naderhirn* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 88a Rz 17 (Stand 1. 3. 2018, rdb.at).

- Der Vorschlagseinbringer beruft dann die Versammlung der Vorsitzenden der Zentral-BR (Betriebsausschüsse, BR) im Konzern ein und bereitet auch die sonstigen, für die Beschlussfassung relevanten Informationen auf, so zB gemäß § 48a Abs 7 BRWO (i) die Zahl der Arbeitnehmer im Konzern, (ii) Zahl der Zentral-BR und an der Errichtung der Konzernvertretung teilnahmeberechtigter Betriebsausschüsse und BR im Konzern, (iii) Zahl der Zentral-BR (Betriebsausschüsse, BR), die der Errichtung der Konzernvertretung zugestimmt haben, (iv) Zahl der Arbeitnehmer, die jeweils von den Zentral-BR (Betriebsausschüssen, BR), die zugestimmt haben, vertreten sind.
- An der Errichtung der Konzernvertretung sollen alle teilnahmeberechtigten Organe beteiligt werden, auch die Vorsitzenden jener Zentral-BR (Betriebsausschüsse, BR), die der Errichtung der Konzernvertretung nicht zugestimmt haben.[81]
- Die Versammlung der Vorsitzenden hat bei Vorliegen der Voraussetzungen durch Beschluss festzustellen, dass die erforderlichen Zustimmungsbeschlüsse vorliegen und die Konzernvertretung errichtet ist (§ 88a Abs 2; § 48a Abs 7 Satz 1 BRWO). Ein Beschluss ist nur bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Errichtung der Konzernvertretung zu fassen, anderenfalls nicht.

Hat die Versammlung der Zentral-BR-Vorsitzenden den Feststellungsbeschluss gefasst, hat sie die Zahl der jeweiligen Delegierten und Ersatzdelegierten durch Beschluss festzustellen. Der Beschluss, dass die Konzernvertretung errichtet ist, und der Feststellungsbeschluss betreffend die Zahl der jeweiligen Delegierten und Ersatzdelegierten kann mE aus Gründen der Zweckmäßigkeit *in einer* Versammlung gefasst werden. Die Vorsitzenden der jeweiligen Zentral-BR (Betriebsausschüsse, BR) haben dem Einberufer bis zu einem festgesetzten Termin die Delegierten und Ersatzdelegierten unter Angabe von deren Familien- und Vornamen sowie der Geburtsdaten bekannt zu geben, weiters den Zentral-BR (teilnahmeberechtigte Betriebsausschüsse, BR), denen die Delegierten angehören. Diese Informationen sind schriftlich zu erteilen (vgl § 48a Abs 8 BRWO).

B. Beendigung der Konzernvertretung

Was die **Beendigung der Konzernvertretung** anbelangt, so kennt das Gesetz neben Gründen, die außerhalb der Ingerenz der Konzernvertretung oder jener Belegschaftsvertretungsorgane liegen (zB der Auflösung des Konzerns), die an der Errichtung der Konzernvertretung beteiligt sind, zwei Gründe der „Selbstauflösung": Nach § 88b Abs 5 Z 2 ArbVG endet die Tätigkeitsdauer der Konzernvertretung vorzeitig (mit dieser Formulierung ist nichts anderes als die Beendigung der rechtlichen Existenz des Organs Konzernvertretung gemeint) durch einen „Auflösungsbeschluss gemäß § 88a Abs 9 ArbVG". Und § 88a Abs 9 ArbVG sieht vor, dass für die Auflösung der Konzernvertretung § 88a Abs 1 bis 3 und Abs 5 ArbVG „sinngemäß" gelten. Das heißt, die an der Errichtung der Konzernvertretung beteiligten Zentral-

81 *Naderhirn* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 88a Rz 18 (Stand 1. 3. 2018, rdb.at): *„Den Vorschlagseinbringer trifft in der Folge (hat der Vorschlag eine Frist für die Beschlussfassung enthalten, nach Ablauf dieser, ansonsten nach Beschlussfassung aller ZentralBR/Betriebsausschüsse/BR) die Verpflichtung, die Versammlung der Vorsitzenden der Zentral-BR (Betriebsausschüsse, BR) im Konzern einzuberufen. Da an der Errichtung der KV alle teilnahmeberechtigten Organe beteiligt werden sollen und die jeweiligen Beschlüsse erst in dieser Versammlung gesammelt werden, sind auch die Vorsitzenden jener Zentral-BR (Betriebsausschüsse, BR) einzuladen, die der Errichtung der KV nicht zugestimmt haben."*

BR und/oder BR müssen – gleichsam retrograd – die entsprechenden Beschlüsse zur Auflösung fassen. Und es gibt noch einen weiteren „Selbstauflösungstatbestand", nämlich die mit zwei Drittel der (dh aller) Delegierten beschlossene Auflösung (= Beendigung der Tätigkeitsdauer) gem § 88b Abs 5 Z 4 ArbVG.

Es gibt bei der *Auflösung* der Konzernvertretung (anders als bei der Errichtung) keine gesetzliche Regelung über die Anfechtung solcher Beschlüsse. Daraus folgt, dass bei Mängeln, die nicht geringfügig und unerheblich sind, der Beschluss nichtig ist und diese Nichtigkeit jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, mittels Klage feststellen lassen kann. Diese Feststellung ist aber nicht konstitutiv; die Nichtigkeit tritt auch ohne Gerichtsurteil ein; für eine Klage besteht grundsätzlich keine Frist. Nach gewisser Zeit kann aber das rechtliche Interesse iSd § 228 ZPO verloren gehen.

Eine Nichteinhaltung des durch § 88a Abs 9 ArbVG vorgeschriebenen Verfahrens nach § 88a Abs 1 bis 3 bzw Abs 5 ArbVG macht die Auflösung mE grundsätzlich nichtig, weil keine geringfügigen, sondern gravierende Mängel vorliegen.

Die aktuell **bestehenden Aufsichtsratsmandate**, die im Rahmen der alten Konzernvertretung bestehen, **erlöschen mit der Auflösung der Konzernvertretung nicht**, weil sich aus §§ 8 und 9 AR-VO ergibt, wann die Mitgliedschaft beginnt und endet. Hierbei bildet aber das Erlöschen des entsendenden Organs keinen Beendigungsgrund, weil das Gesetz verhindern möchte, dass eine Art Vakanz entsteht. Daher bleiben die aktuellen Aufsichtsratsmandate so lange bestehen, bis eine neue, wirksame Entsendung in den Aufsichtsrat stattfindet.

Die in der Praxis schon vertretene Ansicht, es könne eine „Beendigung der Tätigkeitsdauer" der Konzernvertretung ohne deren Auflösung geben, ist nicht zutreffend. § 88b Abs 5 Z 1 bis 5 ArbVG zeigen genau das Gegenteil. Die „vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer" der Konzernvertretung ist das Synonym für die rechtliche Beendigung der Konzernvertretung. **Es gibt keine vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer der Konzernvertretung ohne Untergang von deren rechtlicher Existenz.** Die Errichtung des Organs ist rechtlich klar von der Konstituierung zu unterscheiden. Einer Konstituierung muss zwingend die Errichtung des Organs vorangehen, wie das zB auch bei einem Aufsichtsrat ganz selbstverständlich der Fall ist. Die Konzernvertretung kann sich nicht selbst errichten. Geschieht das dennoch, liegt eine Nicht-Wahl vor, also ein Mangel, der sogar noch gravierender als eine nichtige Wahl, aber rechtlich gleich zu behandeln ist. Jeder Rechtsgrundlage entbehrt die Vorstellung, man könne einen Beschluss über die Beendigung der Tätigkeitsdauer der Konzernvertretung (nach § 88b Abs 5 Z 4 ArbVG) fassen, ohne deren rechtliche Existenz zu beenden, und dann gleich mit der bloßen Neuverteilung des Vorsitzes und der Stellvertreterfunktionen fortfahren.

Die Formulierung „vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer" ist dabei als Oberbegriff für alle Beendigungstatbestände des § 88b Abs 5 ArbVG zu verstehen, und all diese fünf Tatbestände haben gemeinsam, dass sie zum rechtlichen Erlöschen des Organs Konzernvertretung führen. Ob die Unterscheidung zwischen den Tatbeständen des § 88b Abs 5 Z 2 und Z 4 ArbVG *rechtspolitisch* sinnvoll ist, kann man berechtigt diskutieren. Aber dass der Beschluss nach § 88b Abs 5 Z 4 ArbVG (anders als der „contrarius actus" der Errichtung, nämlich der Auflösungsbeschluss nach § 88a Abs 9 ArbVG) die rechtliche Existenz der Konzernvertretung nicht beendet (dh den Errichtungsbeschluss unangetastet lässt), kann man auf

der Grundlage der geltenden Gesetzeslage nicht wirklich vertreten. Denn man muss nur die Gegenprobe machen und prüfen, was rechtens ist, wenn nach dem Auflösungsbeschluss gem § 88b Abs 5 Z 4 ArbVG einfach – und dies gar über längere Zeit – nichts passiert. Die Vorstellung, dass noch nach Monaten oder gar Jahren der „faktischen Inexistenz" der Konzernvertretung diese durch bloße Neukonstituierung (und auch unabhängig von allenfalls in der Zwischenzeit stattgefundenen Neuwahlen in den für die Errichtung der Konzernvertretung zuständigen Belegschaftsvertretungen) „wiederbelebt" werden kann, verbietet sich von selbst. Das erlaubt nicht einmal § 48a Abs 10 BRWO, wenn man die Bestimmung *nicht* gesetzeskonform auslegt (arg *„unverzüglich"*) und das wird auch vom – sehr spärlichen – Schrifttum nicht so gesehen.

C. Das „vereinfachte Konstituierungs-Verfahren" nach § 88b Abs 7 ArbVG

Das Gesetz sieht in § 88b Abs 7 ArbVG für den Fall des **bevorstehenden *regulären* Ablaufes** der Tätigkeitsdauer der Konzernvertretung, die fünf Jahre beträgt, die Möglichkeit vor, dass die Konzernvertretung nicht neu errichtet werden muss, sondern sich in einem „vereinfachten Verfahren" bloß neu zu konstituieren hat. Dies gilt also für jene Fälle, in denen die Konzernvertretung einmal errichtet und tätig geworden ist, was impliziert, dass sie auch nicht rechtlich untergegangen sein darf. Nur in diesem Fall braucht die Konzernvertretung für spätere Funktionsperioden grundsätzlich nicht wieder neu errichtet zu werden.[82] Dieser schon nach dem Gesetzeswortlaut sich aufdrängende Rechtsstandpunkt wird durch die – den Willen des Gesetzgebers verkörpernden – Gesetzesmaterialien[83] zusätzlich gestützt, die ausdrücklich von einem regulären Auslaufen der Tätigkeitsdauer sprechen.

§ 48a Abs 10 BRWO sieht in diametralem Gegensatz dazu vor, dass § 88b Abs 7 ArbVG auch für den Fall der vorzeitigen Beendigung der Tätigkeitsdauer der Konzernvertretung gem § 88b Abs 5 Z 4 und Z 5 ArbVG gelte und in diesen Fällen die Einberufung der Versammlung „unverzüglich" zu erfolgen habe. **§ 48a Abs 10 BRWO ist mE deshalb klar gesetzwidrig**, weil – wie aufgezeigt – das Gesetz eindeutig und auch durch die Gesetzesmaterialien belegt das „vereinfachte Konstituierungsverfahren" nur für den Fall der regulären Beendigung der Tätigkeitsdauer der Konzernvertretung durch Ablauf der Mandatsperiode vorsieht.[84] Allgemein anerkannt ist aber, dass gesetzwidrige Verordnungen bis zu ihrer Aufhebung durch den VfGH **anzuwenden und gesetzeskonform auszulegen** sind.[85]

Dies führt dazu, dass bei jenem Teil von § 48a Abs 10 BRWO, der § 88b Abs 7 ArbVG – entgegen dem klaren und durch die Materialien zusätzlich gestützten Gesetzeswortlaut – auch auf den Beendigungsfall des § 88b Abs 5 Z 4 ArbVG für anwendbar erklärt, eine geset-

82 *Naderhirn* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 88b Rz 25.
83 Die Gesetzesmaterialien zum Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsverfassungsgesetz und das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz geändert wurden, ErläutRV 1078 BlgNR 18. GP 14.
84 Ob das eine besonders kluge und konsistente Regelung ist, steht auf einem anderen Blatt und ist eine rechtspolitische Frage.
85 Zur gesetzeskonformen Auslegung von Verordnungen vgl für alle VwGH Ra 2017/01/0401 zur RLV und § 31 Abs 2 Z 5 SPG oder OGH RIS-Justiz RS0105188 zu Pkt 33 der Krankenordnung und § 69 Abs 2 B-KUVG.

zeskonforme Auslegung geboten ist. Daraus ist mE zu folgern, dass das „vereinfachte Konstituierungsverfahren" des § 88b Abs 7 ArbVG bei einem Beschluss nach § 88b Abs 5 Z 4 ArbVG nur dann gewählt werden darf, wenn in diesem Beschluss nach § 88b Abs 5 Z 4 ArbVG eine **ausreichende Frist** für die Wirksamkeit der Auflösung (= vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer) gesetzt wird und die **Neukonstituierung vor Fristablauf** erfolgt, also zu einem Zeitpunkt, in dem die Konzernvertretung noch nicht rechtlich untergegangen ist. Im Falle gerichtlicher Klärung müsste freilich jene Partei, die den wirksamen Bestand einer Konzernvertretung bestreitet, überhaupt die Aufhebung des § 48a Abs 10 BRWO anstreben.

Sollte sich die Neukonstituierung nicht innerhalb der im Auflösungsbeschluss festgelegten Frist ausgehen, so tragen dieses „Risiko" die Proponenten der Auflösung der Neukonstituierung. In der Literatur vertritt *Naderhirn* die Ansicht, dass – für den Fall, dass der Vorsitzende seinen Verpflichtungen nach § 88b Abs 7 ArbVG nicht nachkommt – der Konzern nach Auslaufen der Funktionsperiode der bestehenden Konzernvertretung ohne Konzernvertretung sei und die Konzernvertretung daher nur mehr im Wege eines neuerlichen Errichtungsverfahrens gebildet werden könne. Dies habe auch für den Fall zu gelten, dass der Vorsitzende aus irgendeinem Grund den Beschluss nach § 88b Abs 7 ArbVG nicht rechtzeitig gefasst habe.[86] Wenn man nun davon ausgeht, dass die (wenngleich gesetzwidrige) VO-Bestimmung des § 48a Abs 10 BRWO den Anwendungsbereich des § 88b Abs 7 ArbVG auch auf die vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer der Konzernvertretung gemäß § 88b Abs 5 Z 4 ArbVG (Beschluss der KV) ausdehnt, ist diese – zutreffende – Ansicht auch auf den konkreten Fall übertragbar. Denn wenn diese Folge schon beim vom Gesetzgeber allein als Anwendungsfall des „vereinfachten Konstituierungsverfahrens" gemäß § 88b Abs 7 ArbVG anerkannten *regulären* Ablaufes der Amtsperiode eintritt, muss das umso mehr für einen vom Verordnungsgeber in gesetzwidriger Weise hinzugefügten Anwendungsfall gelten.

D. Das „schriftliche Verfahren" nach § 88a Abs 5 ArbVG (iVm § 88b Abs 7 ArbVG)

Die Errichtung und Beschickung der Konzernvertretung kann auch in einem schriftlichen Verfahren durchgeführt werden (§ 88a Abs 5 ArbVG). Im ArbVG finden sich dazu keine konkreten Bestimmungen, die Aufschluss darüber geben, wie dieses Verfahren genau abzulaufen hat und auch nicht, wer bestimmt, **ob** das Verfahren in schriftlicher Form abgewickelt werden darf. § 48c Abs 1 BRWO ordnet an, dass das schriftliche Verfahren *„von einem Vorsitzenden eines Zentralbetriebsrates (Betriebsausschusses, Betriebsrates im Folgenden: Einberufer) einzuleiten und durchzuführen"* ist. Nicht geklärt ist damit, ob der „Einberufer" allein und gegebenenfalls auch gegen den Willen aller anderen Beteiligten darüber entscheiden darf, *ob* im schriftlichen Verfahren vorgegangen wird. Dass ihm die Kompetenz zukommt, das Verfahren „einzuleiten und durchzuführen", beantwortet diese Frage nicht.

Aus einer Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) sowohl zu Vorschriften des ArbVG betreffend Umlaufbeschlüsse von BR (§ 68 Abs 4 ArbVG) als auch zu gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (zB § 34 GmbHG bzw § 92 Abs 3 AktG bzw § 30g Abs 3 GmbHG) ist mE abzuleiten, dass jeder einzelne Beteiligte (Zentral-BR bzw BR oder deren Vorsitzende) das Recht hat,

86 *Naderhirn* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 88a Rz 27 (Stand 1. 3. 2018, rdb.at).

dem schriftlichen Verfahren zu widersprechen. Im Falle eines Widerspruches darf dieses mE nicht durchgeführt werden, weil dadurch Rechte der Beteiligten gegenüber der Abhaltung von Versammlungen verkürzt werden.[87] Und genau das ist der Grund für die Existenz der oben zitierten gesetzlichen Bestimmungen.

E. Neuentsendung aller Arbeitnehmervertreter bei Neukonstituierung der Konzernvertretung

Nach § 9 AR-VO gibt es für die Beendigung der Mandate der gesamten Arbeitnehmervertreter-Bank im Aufsichtsrat bzw Arbeitnehmerkurie folgende Gründe: Demnach endet die Mitgliedschaft aller entsendeten Arbeitnehmervertreter, bei (i) Abberufung durch das entsendende Organ, weil alle nominierenden Listen die Abberufung ihrer Mitglieder verlangen (§ 9 Abs 1 Z 1 AR-VO); (ii) Abberufung durch das entsendende Organ, weil sich die Kapitalvertreteranzahl in einem relevanten Ausmaß verändert hat (§ 9 Abs 1 Z 2 iVm § 12 AR-VO); (iii) neuer Entsendung durch das neu gewählte und neu konstituierte entsendungsberechtigte Organ (§ 9 Abs 1 Z 3 AR-VO); (iv) neuer Entsendung durch ein anderes entsendungsberechtigtes Organ, weil das vorige entsendungsberechtigte Organ seine Funktionsperiode (vorzeitig) beendet hat und nicht mehr zu errichten ist (§ 9 Abs 2 AR-VO); oder wenn (v) es keine Listennominierung gab, sondern die Arbeitnehmervertreter durch Beschluss des zuständigen Organs der Belegschaft in den Aufsichtsrat entsandt wurden; dann kann das entsendende Organ durch Beschluss alle Aufsichtsratsmitglieder auf einmal abberufen.

Gem § 31c Abs 6 AR-VO gelten die §§ 8 bis 12 AR-VO für die Durchführung der Entsendung durch die Konzernvertretung, für die Aufsichtsratsmitgliedschaft und die Abberufung von Arbeitnehmervertretern sinngemäß. Daher ist in einer solchen Fallkonstellation grundsätzlich der gesetzliche Standardfall nach § 9 Abs 1 Z 3 AR-VO einschlägig, der bei einer **Entsendung durch das neu gewählte und neu konstituierte entsendungsberechtigte Organ das Erlöschen der Aufsichtsratsmitgliedschaft aller Arbeitnehmervertreter auf einmal vorsieht**. Nach dem Wortlaut der VO hat der neugewählte Zentral-BR (bzw die Konzernvertretung) daher gewissermaßen die Wahl, ob er die bestehende Arbeitnehmervertretung bzw Arbeitnehmerkurie gänzlich austauscht oder nicht (arg: *„wenn der neu konstituierte Zentralbetriebsrat (Betriebsrat, Betriebsausschuß) Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat entsendet"*). Denn erst mit dieser Entsendung neuer Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat endet auch die Mitgliedschaft aller bestehenden und bis dahin entsendeten Arbeitnehmervertreter. Nach der Neuwahl eines entsendungsberechtigten Organs können sich die Kräfteverhältnisse zwischen den Listenkurien ändern, oder es kann eine Listenkurie nicht mehr bzw neu aufscheinen. Das Nominierungsrecht der Listenkurien gemäß § 110 Abs 2 Satz 1 ArbVG kommt auch bei Neuwahl des entsendungsberechtigten Organs zum Tragen.[88] Fraglich ist, welcher Zeitraum dem neu konstituierten Organ für eine solche Neu-Entsendung zur Verfügung steht. Nach *Strasser*[89] (und ihn zitierend *Jabornegg*) besteht hier für den neugewählten

87 Geschieht das dennoch, ist das Ergebnis im Einklang mit den verwandten Bestimmungen im ArbVG bzw AktG und GmbHG die Nichtigkeit gefasster Beschlüsse.
88 *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 110 Rz 145.
89 *Strasser*, Das Erlöschen der Mitgliedschaft von Arbeitnehmer-Vertretern im Aufsichtsrat in FS Schnorr (1988) 325 (334–336).

Zentral-BR (bzw auch die Konzernvertretung) eine dreigeteilte Frist: (i) angemessene Zeit für den Zentral-BR (bzw die Konzernvertretung), um die Listenkurien zur Nominierung aufzufordern; (ii) Zeitabschnitt von drei Monaten; (iii) angemessene Zeit für den Zentral-BR (bzw die Konzernvertretung), um selbst die Arbeitnehmervertreter zu bestimmen und einen Entsendungsbeschluss zu fassen. Lässt der Zentral-BR (bzw auch die Konzernvertretung) diese Frist ungenützt verstreichen, muss abberufen und erneut entsendet werden.[90]

Wenn eine Konzernvertretung aufgelöst, eine neue gewählt wird und sich diese konstituiert, bedeutet dies somit nicht automatisch die gleichzeitige Beendigung der Mitgliedschaft der bestehenden Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, sondern diese erfolgt erst mit der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat durch die neue Konzernvertretung. Auch für die Konzernvertretung gilt, dass bei Neuwahl und Neukonstituierung nicht zwingend eine erneute Entsendung der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vorzunehmen ist. Die entsendeten bzw bestehenden Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat behalten also bis zur Neuentsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat durch eine neu gewählte und konstituierte Konzernvertretung ihr Mandat.

---

90 *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 110 Rz 145.