

Herausgegeben von
o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Franz Bydliniski
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt
Rechtsanwalt a. D.
em. o. Univ.-Prof. Dr. DDR. h. c. Walther Kastner
Bundesminister für Justiz a. D.
o. Univ.-Prof. Dr. Hans R. Klecatsky
Generalprokurator a. D. Hon.-Prof. Dr. Viktor Liebscher
o. Univ.-Prof. Dr. Siegbert Morscher, Mitglied des VfGH
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel
em. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Ignaz Seidl-Hohenveldern
a. Univ.-Prof. Dr. Georg Wilhelm
Schriftleitung: Hans R. Klecatsky und Peter Rummel
Springer-Verlag Wien/New York

Juristische Blätter

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

Heft 6 Juni 1989 111. Jahrgang

ISSN 0022-6912 JUBLA7 111 (6) 341-408 (1989)

Aufsätze

Univ.-Ass. RAA Dr. Georg Schima, Wien

Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung und ASGG*)

Eine kritische Stellungnahme zur Neuregelung des Verfahrens in betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten

- I. Einleitung, Problemstellung
- II. Rückblick
- III. Änderung durch das ASGG
- IV. Notwendigkeit einer Kongruenz von materiellrechtlicher und prozessualer Gestaltungsmacht?
 1. Zur besonderen Rechtsnatur des Betriebsverfassungsrechts und der aus ihm resultierenden Streitigkeiten
 - a) Öffentliches Recht und Privatrecht
 - b) Rechtsstreitigkeiten und Regelungsstreitigkeiten
 2. Amtswegigkeit oder Parteienherrschaft als sachadäquater Weg?
- V. Ausgewählte Probleme
 1. Kreis der Verfahrensbeteiligten
 - a) Materieller und formeller Parteibegriff
 - b) Nebenintervention
Exkurs: Sozialvergleich (§ 105 Abs 3 vorletzter Satz ArbVG) und (einfache) Nebenintervention
 - c) Prozessuale Rechtsstellung des Betriebsrats
 2. Wirkungen betriebsverfassungsrechtlicher Entscheidungen
 - a) Vorbemerkung
 - b) § 62 Abs 1 ASGG

- c) § 62 Abs 2 ASGG
 - aa) Anwendungsbereich
 - bb) Rechtskraftwirkung gegen jedermann?
 - cc) Rechtskrafterstreckung kraft Prozeßstandschaft?
 - dd) Rechtskrafterstreckung kraft Anschlages im Betrieb?

I. Einleitung, Problemstellung

Das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz¹⁾, welches am 1. 1. 1987 in Kraft trat, setzte den Schlußpunkt unter die mehr als zwei Jahrzehnte dauernden Bemühungen um eine Neuordnung und organisatorische Zusammenfassung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit²⁾. Die Langwierigkeit dieses Prozes-

¹⁾ BG v 7. 3. 1985 BGBl 1985/104; RV 7 BlgNR XVI. GP; AB 527 BlgNR XVI. GP.

²⁾ Gerechnet ab der Präsentation des Reformvorschlages des BMS 1963. Bezieht man einzelne Stellungnahmen im Schrifttum mit ein, so gelangt man zu einem wesentl. früheren Datum (vgl. *Lederer*, Sozialrecht [1929] 453 und FN 21). Darüber hinaus ist festzuhalten, daß die Interessenvertretungen der AN bereits seit ca 1950 die Reform als Anliegen an ihre Fahnen geheftet hatten (*Krejci*, Zum derzeitigen Stand der Diskussion über die Sozialgerichtsbarkeit, *VersRdSch* 1964, 137 mwN; vgl. auch den Bericht über die Tagung der Rechtsreferenten der AK in DRdA 1953 [Aug], 29).

*) Der Beitrag ist Herrn Univ.-Prof. DDR. *Fasching* gewidmet und beruht auf einem im Rahmen des von Prof. *Fasching* gemeinsam mit Prof. *Böhm* veranstalteten Seminars aus Zivilprozeßrecht bereits 1986 gehaltenen Referat. Für wertvolle Hinweise bin ich Herrn Univ.-Ass. Dr. *Andreas Konecny* dankbar.

ses erklärt sich wohl aus der Kodifikationsverhandlungen offenbar innewohnenden Zähigkeit, aus den zumindest anfangs recht unterschiedlichen Standpunkten in der wissenschaftlichen Diskussion³⁾ sowie aus der Tatsache, daß es nicht nur einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erzielen galt, sondern angesichts der mit der Reform verbundenen Änderung der Gerichtsorganisation auch die Anliegen der Vertretungen der juristischen Berufe in besonderer Weise Gehör finden mußten. Erwähnt werden muß ferner, daß der weitere Weg durch Schaffung bestimmter „Rahmenbedingungen“ in anderen Rechtsbereichen zu ebnen war, deren vielleicht notwendigste die Neuordnung des juristischen Studiums mit der Verankerung des Arbeits- und Sozialrechts als Pflichtfach bildete⁴⁾. Schließlich sollte das neue Gesetz auch verschiedentlich geäußerte verfassungsrechtliche Bedenken an der früheren Rechtslage ausräumen⁵⁾. Daß letztlich ein gesamtparlamentarischer Konsens dennoch nicht zustande kam, sei nur der Vollständigkeit halber vermerkt.

„Epochale“ Gesetzeswerke und insbesondere Kodifikationen müssen sich freilich in besonderer Weise der Kritik stellen; sind doch die bei ihrer Beurteilung anzulegenden Maßstäbe deutlich strengere als jene bei bloßen „Anlaßgesetzen“ oder solchen, die, weil sie nur einen kleinen Teilbereich von vergleichsweise untergeordneter Bedeutung regeln, nicht im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen. Vor allem müssen Kodifikationen stets daraufhin untersucht werden, ob die Wertungen, welche den Gesetzgeber veranlaßten, verschiedene Sachverhalte wegen gemeinsamer Anknüpfungspunkte einer einheitlichen Regelung zu unterwerfen, auch tatsächlich zutreffen und ob durch eine solche Zusammenfassung nicht Ungleiches gleich bzw. durch deren Unterbleiben Gleiches ungleich behandelt wurde. Letzteres generell zu ergründen, hat sich die im gegenständlichen Beitrag geübte Kritik allerdings nicht zum Ziel gesetzt. Sie ist keine umfassende und stellt auch in keiner Weise das mit dem ASGG verfolgte gesetzgeberische Grundanliegen der Vereinheitlichung des Rechtsschutzes auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts als solches in Frage; vielmehr konzentriert

³⁾ Als Bsp seien nur die interessanten und überaus kontroversiellen Diskussionsbeiträge auf dem 2. ÖJT zur Frage der Notwendigkeit und Erwünschtheit richterlicher Spezialisierung genannt (vgl. *Mayer-Maly*, Referat 29 ff.; *Walter*, Diskussionsbeitrag 40 f.; *Butschek*, Diskussionsbeitrag 50 f.; *Müller*, Diskussionsbeitrag 69 f.; *Heller*, Diskussionsbeitrag 62).

⁴⁾ BG v 2. 3. 1978 über das Studium der Rechtswissenschaften, BGBl 1978/140 (va § 5 Abs 2 Z 8) sowie die V des BMWF v 12. 3. 1979, BGBl 1979/148 (rechtswissenschaftl StudO).

⁵⁾ Insb *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 163; *Walter*, Die Stellung der Vorsitzenden der Arbeitsgerichte und ihrer Stellvertreter in verfassungsrechtlicher Sicht, DRdA 1962, 241 ff.; *Kuderna*, Die verfassungsrechtliche Stellung der in der Zivilgerichtsbarkeit tätigen Laienrichter, DRdA 1966, 149 ff (157).

sie sich auf einen ganz speziellen Problembereich: Durch das ASGG wurden ua jene Angelegenheiten, die früher den Gegenstand der rechtsprechenden Tätigkeit der Einigungsämter bildeten, den ordentlichen Gerichten zugewiesen, wobei in erster Instanz die Landes- und Kreisgerichte zuständig sind und im übrigen das Verfahren bis zum Obersten Gerichtshof geht. In Wien ist außerdem ein eigener Gerichtshof erster Instanz mit der Bezeichnung „Arbeits- und Sozialgericht Wien“ errichtet (vgl. § 2 Abs 2 ASGG). § 50 Abs 2 ASGG zählt zu den Arbeitsrechtssachen „Streitigkeiten über Rechte und Rechtsverhältnisse, die sich aus dem II. Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes oder aus gleichartigen bundesrechtlichen Bestimmungen ergeben.“

In der Folge soll nun der Frage nachgegangen werden, ob bzw. inwieweit die Überweisung der betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten von einer an das AVG gebundenen Verwaltungsbehörde an ein Gericht in der vom Gesetzgeber gewählten Form befriedigend ist und den Besonderheiten des Betriebsverfassungsrechts bzw. der daraus resultierenden Streitigkeiten gerecht wird. Bei der Behandlung der damit zusammenhängenden Fragen wird das Hauptaugenmerk den Problembereichen *Offizialmaxime / Dispositionsmaxime* einerseits und *Untersuchungsgrundsatz / Verhandlungsgrundsatz* andererseits (sowie deren prozessualen Ausdrucksformen) zu widmen sein, da sich Verwaltungsverfahren und Zivilprozeß gerade hierin in aller Regel grundlegend voneinander unterscheiden.

II. Rückblick

Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung wurden seit deren gesetzlicher Einführung durch das Betriebsrätegesetz 1919 von Verwaltungsbehörden, nämlich den knapp danach durch das „Gesetz über die Errichtung von Einigungsämtern und über kollektive Arbeitsverträge“ (EAG) errichteten Einigungsämtern (EÄ) entschieden⁶⁾. Maßgebend für die Herausnahme dieser Gruppe von Arbeitsstreitigkeiten aus der Zuständigkeit der Gerichte und Zuweisung an das EA war einerseits das damalige Mißtrauen der Gewerkschaften gegenüber den noch aus der Monarchie stammenden Gewerbegerichten und ihrer Judikatur⁷⁾ sowie andererseits die Einschätzung des Gesetzgebers, daß die rechtsprechende Tätigkeit der EÄ in engem Zusammenhang mit der schlichtenden stehe und diese wie jene mit der „Methode schlichtender Intervention“ besser ausgeübt werden könne als mit der „Methode des strengen Prozesses, der auf die Fällung eines Urteils abzielt.“⁸⁾ Gemäß § 10 EAG galt für das Verfahren das Gewerbegerichtsgesetz 1896⁹⁾, dessen § 22 wie-

⁶⁾ G v 18. 12. 1919 StGBI 1920/16.

⁷⁾ Vgl. *Pribram*, Die Sozialpolitik im neuen Österreich 665.

⁸⁾ RV zum EAG 401 Blg KonstNatVers; zitiert bei *Lederer* aaO 466.

⁹⁾ G v 27. 11. 1869 betreffend die Einführung von Gewerbegerichten und die Gerichtsbarkeit in Streitigkeiten aus dem gewerblichen Arbeits- und Lohnverhältnisse, RGBl 1896/218 idF StGBI 1919/38.

derum auf die für das bezirksgerichtliche Verfahren in Bagatellsachen anwendbaren Vorschriften der gleichzeitig in Kraft getretenen Zivilprozeßordnung¹⁰⁾ verwies. Es bestand somit die etwas ungewöhnliche Situation, daß über - zumindest nach heutigem Verständnis (vgl IV 1 a) - private Streitigkeiten eine Verwaltungsbehörde nach einer für Gerichte geltenden Verfahrensordnung entschied¹¹⁾. Diese besondere Konstellation führte dann auch dazu, daß die vom VwGH in der Folge mehrfach vertretene und schließlich gefestigte Rechtsmeinung, die Entscheidungen der EÄ im Rahmen ihrer rechtsprechenden Tätigkeit seien nach Art 131 B-VG nachprüfbar, vor allem bei den EÄ selbst durchaus auf Widerspruch stieß¹²⁾. Die auf dem Boden der damals jungen Verfassung einzig vertretbare Ansicht des VwGH lief nämlich - und das muß besonders betont werden - der Wertung des EAG-Gesetzgebers klar zuwider, die in dem Satz gipfelte: „Denn bei allen Streitigkeiten zwischen dem Betriebsrate und dem Unternehmer, die zur Anrufung einer über den Parteien stehenden Instanz Anlaß geben, ist es viel wichtiger, einen beiden Teilen genehmen Mittelweg (!) zu finden, als eine, wenn auch gerechte und dem Buchstaben des Gesetzes entsprechende (!) Entscheidung zu fällen, die bei jenem, der im Unrecht ist, den Stachel gekränkten Rechtsbewußtseins zurückläßt.“¹³⁾ Überaus interessant und für das weitere Verständnis bedeutsam ist der gerade wiedergegebene Standpunkt des Gesetzgebers von 1920 deshalb, weil ein derartiges, der Privatautonomie notwendigerweise viel Platz einräumendes Verständnis der Betriebsverfassung doch in ganz deutlichem Gegensatz zur heute allgemein vertretenen Position steht (siehe unten IV 1).

Mit der auf § 38 Abs 2 KollVG 1947 beruhenden EA-GO 1947¹⁴⁾ erfolgte eine grundsätzliche Ände-

¹⁰⁾ G v 1. 8. 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, RGBI 1895/113.

¹¹⁾ Das GewGG 1922 BGBl 1922/229 behielt diesen Zustand bei, erweiterte allerdings die Zuständigkeit der GewG in mehrfacher Hinsicht beträchtlich (vgl Lederer aaO 450).

¹²⁾ Vgl VwGH 18. 12. 1922 Arb 3115, wo es um eine Beschwerde gegen die durch das OEA ausgesprochene Erklärung eines KollV zur Satzung ging; insb VwGH 5. 1. 1925 Arb 3409, wo der VwGH seine Zuständigkeit zur Überprüfung einer EA-Entscheidung ausführlich begründete; vgl die Gegenschrift des EA-Vorsitzenden, welcher seine davon abweichende Ansicht darauf stützte, daß das EA im Rahmen seiner resp Tätigkeit nicht als Verwaltungsbehörde, sondern als *Gericht* entscheide. Diese Auffassung war damals auch durchaus verbreitet (vgl die bei Tezner, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens [1896] 88 ff referierte Literaturkontroverse).

¹³⁾ 401 Blg KonstNatVers (abgedruckt bei Lederer aaO 466).

¹⁴⁾ V des BMS v 31. 7. 1947 über die Geschäftsordnung der Einigungsämter und des Obereinigungsamtes, BGBl 1947/218. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, daß die EÄ in der NS-Zeit durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG 1934, in Österreich durch V 1938 eingeführt) überhaupt beseitigt und erst mit dem KollVG 1947 wiedererrichtet wurden (vgl Floretta-Strasser, BRG², 563).

– und im Hinblick auf das eben Gesagte auch Bereinigung – der Rechtslage, da deren § 21 Abs 7 bestimmte, daß auf das Einigungsamtsverfahren die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1925¹⁵⁾ anzuwenden seien. In der EA-GO 1962¹⁶⁾, welche in erster Linie erlassen wurde, weil ihre Vorgängerin mangels ausreichender gesetzlicher Deckung in der Stamfassung des § 38 Abs 2 KollVG Bedenken im Hinblick auf Art 18 Abs 2 B-VG begegnet war¹⁷⁾, tauchte diese Bestimmung nicht mehr auf, da mit der EGVG-Novelle 1959¹⁸⁾ der Art II EGVG völlig neu gefaßt worden war und seither in seinem Abs 2 lit A Z 9 bestimmt, daß sowohl das AVG 1950 als auch das VStG auf das Verfahren vor den EÄ (und OEÄ) anzuwenden sind.

Was die dem EA übertragenen Kompetenzen betrifft, so entschied gemäß § 13 BRG 1919 und § 9 Abs 1 EAG 1920 das örtlich zuständige EA Ursprünglich über alle Streitigkeiten, die aus der Errichtung oder Geschäftsführung des Betriebsrates zwischen den Beschäftigten eines Betriebes oder zwischen ihnen und dem Betriebsinhaber entstehen konnten¹⁹⁾. Tätig wurde das EA auf Antrag²⁰⁾ des Betriebsinhabers, eines im Betrieb Beschäftigten oder des Betriebsrates.

Mit der Erlassung des BRG 1947²¹⁾ und des KollVG 1947²²⁾ erfolgte ein beträchtlicher Ausbau des betriebsverfassungsrechtlichen Instrumentariums. Die §§ 18, 25 und 26 BRG 1947 übertrugen den EÄ die Entscheidung über Streitigkeiten, die sich aus folgenden Angelegenheiten ergeben konnten: besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz der BR-Mitglieder, allgemeiner Kündigungsschutz, Bestellung, Geschäftsführung und Abberufung der Organe der Betriebsvertretung, Festsetzung von leistungsbezogenen Löhnen bzw Entgelten, hinsichtlich derer eine kollektive Festsetzung nicht erfolgen konnte, Versetzung von DN und schließlich Einhebung oder Verwendung der Betriebsumlage²³⁾.

Das derzeit geltende ArbVG 1974 setzte die Entwicklung einer kontinuierlichen Erweiterung des Zuständigkeitenkatalogs und damit einer sich von den Anfängen immer mehr entfernenden, wenn auch durch die Gegebenheiten des modernen Wirtschaftslebens gebotenen *Verrechtlichung* der Betriebsverfassung konsequent fort.

¹⁵⁾ BGBl 1925/274.

¹⁶⁾ BGBl 1962/279.

¹⁷⁾ Borkowetz, KollVG², 290 f.

¹⁸⁾ BGBl 1959/92.

¹⁹⁾ Vgl im einzelnen Lederer aaO 466 f.

²⁰⁾ Vgl Lederer aaO 330. Rechtshistorisch interessant ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 7 Abs 1, 2. Satz EAG, wonach im Rahmen der schlichten Tätigkeit des EA der Vorsitzende „nach seinem Ermessen . . . insbesondere bei Arbeiterausständen oder Aussperrungen größeren Umfangs auch von Amts wegen einschreiten“ konnte. Hinsichtl der resp Tätigkeit gab es eine solche Ermächtigung allerdings nie.

²¹⁾ BGBl 1947/97.

²²⁾ BGBl 1947/76.

²³⁾ Vgl genauer Floretta-Strasser, BRG², 374 ff, 458 ff, 560 ff.

Gleichwohl wurden schon bald nach Inkrafttreten des BRG 1947 Stimmen laut, die eine Einbeziehung der rechtsprechenden Tätigkeit der EÄ in die Arbeitsgerichtsbarkeit forderten. Die erste konkretere dahingehende Äußerung stammte von *Strasser*, welcher im Jahre 1952 dieses Anliegen mit der großen Zuständigkeitszersplitterung, der durch die Einschaltung zweier verschiedener Höchstgerichte entstehenden Ausbildung einer divergierenden Spruchpraxis auf dem Gebiet des Arbeitsrechts sowie mit der Tatsache begründete, daß insb bei der Kündigungsanfechtung oft vom Zufall oder gar der einseitigen Bestimmung eines Teiles abhinge, ob das Arbeitsgericht oder das EA zuständig wäre²⁴⁾. Allerdings erfordere die Übertragung der diesbezüglichen Streitigkeiten eine Umformulierung der materiell-rechtlichen Tatbestände, um diese dem zivilprozessualen Zweiparteiensystem anzupassen²⁵⁾.

Später findet sich bei *Strasser* die Feststellung, bei einer Neuordnung des Betriebsverfassungsrechts (für die dieser eintrat) sollte für Rechtsstreitigkeiten (zum Unterschied von *Regelungsstreitigkeiten*) „allein das Arbeitsgericht eventuell in einem besonderen, den *Eigenheiten der betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten angepaßten* Verfahren (Hervorhebung vom Verf) entscheiden ...“²⁶⁾.

Am 2. ÖJT 1964 bildete die – unmittelbar (so glaubte man) – bevorstehende Neuordnung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit einen eigenen großen Themenkomplex. Weitgehende Einigkeit bestand bei den Teilnehmern dabei lediglich bezüglich der grundsätzlichen Notwendigkeit einer Neuordnung; deren konkrete Ausgestaltung freilich war Gegenstand durchaus kontrollierbarer Stellungnahmen²⁷⁾. Interessant erscheinen in diesem Zusammenhang die Ausführungen *Mayer-Malys*, welcher seine Skepsis gegenüber einer Zusammenfassung der Arbeits- mit der Sozialgerichtsbarkeit u.a. mit dem Hinweis auf die Unterschiede hinsichtlich der *Verfahrensgrundsätze* untermauerte. In Sozialversicherungssachen könne von der Dispositionsmaxime erheblich weiter abgegangen und könne auch die Rechtskraft weiter durchbrochen werden als bei den „stärker bipolar gestalteten“

Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen²⁸⁾. *Floretta* hielt diesen Bedenken wenig später entgegen, daß die Verschiedenheit der Verfahren einer Zusammenfassung der Entscheidungsorgane nicht entgegenstehe und die *Offizialmaxime* außerdem nicht nur bei den Sozialversicherungssachen, sondern auch bei den Einigungsamtssachen (!) notwendig sei, weil bei diesen betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten häufig die *Gesamtinteressen der Belegschaft* bei der materiell-rechtlichen Regelung den Ausschlag gäben²⁹⁾.

Der knapp nach der Abhaltung des 2. ÖJT versendete Gesetzesentwurf über die Sozialgerichtsbarkeit³⁰⁾ sah in seinem § 36 Abs 1 Z 2 lit b bis d vor, daß die Sozialgerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten aus dem besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz der Betriebsratsmitglieder, aus dem allgemeinen Kündigungsschutz sowie aus der Betriebsverfassung nach § 26 lit a und c BRG 1947 zuständig sein sollten. Verfahrensrechtliche, von der ZPO abweichende Sonderregelungen für Betriebsverfassungssachen fehlten allerdings, wenn man davon absieht, daß die genannten Verfahren (außer der Anfechtung einer Kündigung) nicht durch Klage, sondern durch *Antrag* eingeleitet und mit Beschluß entschieden werden sollten. Der Kreis der Antragsberechtigten und der in Frage kommenden Antragsgegner war im Entwurf genau fixiert.

In der Folge wurde das Reformvorhaben jedoch nicht zuletzt wegen Änderung der politischen Verhältnisse und Wechsel in der Person des Justizministers³¹⁾ – nicht weiter verfolgt und erst Jahre später wieder betrieben. 1981 war dann ein Vorentwurf zu einem Sozialgerichtsgesetz³²⁾ fertig, welcher den Gerichten in seinem § 45 die Entscheidung in den als „Kollektivistreitigkeiten“ bezeichneten Streitigkeiten übertrug, „welche sich aus dem II. Teil des ArbVG bzw den §§ 109 bis 195 des Landarbeitsgesetzes ergeben“.

Diese Regelung behielt die RV bei; sie wurde schließlich Gesetz, sieht man von der in erster Linie aus verfassungsrechtlichen Erwägungen erfolgten Streichung des Verweises auf landesgesetzliche Vorschriften³³⁾, die aufgrund des LAG ergangen sind, und der statt dessen vorgenommenen general-

²⁸⁾ *Mayer-Maly*, Referat 38.

²⁴⁾ *Strasser*, Einbau der Einigungsämter in die Arbeitsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1952, 514. Die große Zuständigkeitszersplitterung betonten ua auch *Strasser*, Sozialgerichte statt Arbeitsgerichte, DRdA 1964, 141 f; *Floretta*, Zur Frage einer einheitlichen Sozialgerichtsbarkeit, DRdA 1965, 319, und *Dirschmied*, Der Stand der Diskussion zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Sozialgerichtsbarkeit, DRdA 1968, 205 ff. Einen Einbau der rsp Tätigkeit der EÄ in die Sozialgerichtsbarkeit forderten auch *Bydlinski* (Einbau der rechtsprechenden Tätigkeit der EÄ in die Sozialgerichtsbarkeit, Vorträge zum Thema Reform der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit, Tagung des OLG Wien 1967, 15 ff), sowie bereits früher *Mayer-Maly* auf dem 2. ÖJT 1964 (Referat 36).

²⁵⁾ *Strasser*, ÖJZ 1952, 515.

²⁶⁾ *Strasser*, Zum Wesen der Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung, ÖJZ 1957, 371.

²⁷⁾ Siehe FN 3.

²⁹⁾ *Floretta*, Stellungnahme auf dem Österr Richtertag 1965, DRdA 1965, 332; weniger weitgehend *Helbling*, Gutachten 2. ÖJT 63, der die verfahrensrechtlichen Abweichungen von der ZPO „auf das unbedingt notwendige Maß“ beschränkt sehen wollte und für einen etwaigen Ausschluß des § 183 Abs 2 ZPO plädierte. Seine dafür gegebene Begründung, bei den Angelegenheiten der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit gehe es „nahezu ausschließlich um öffentliche Interessen“, welche „Elemente des Verhandlungsgrundsatzes als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen“, berücksichtigt allerdings nicht die überwiegend privatrechtliche Natur zumindest des Arbeitsrechts und schießt zweifellos über das Ziel hinaus.

³⁰⁾ Abgedruckt in DRdA 1965, 344 ff.

³¹⁾ Vgl *Klecatsky*, Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, Vorträge OLG-Tagung 1967, 115 ff, zitiert bei *Dirschmied*, DRdA 1968, 207.

³²⁾ Abgedruckt in DRdA 1981, 432 ff.

³³⁾ Justizausschußbericht 527 BlgNR XVI. GP 7.

klauselartigen Erweiterung des § 50 Abs 2 letzter Satzteil ASGG ab.

III. Änderung durch das ASGG

Nach der bis Ende 1986 geltenden Rechtslage wurden Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung vor den Einigungsämtern ausgetragen. Diese hatten gemäß Art II Abs 2 lit A Z 9 EGVG das AVG (und auch das VStG) anzuwenden, die Verwaltungsvollstreckung oblag gemäß § 1 Abs 1 Z 2 lit a VVG iVm § 22 Abs 4 EA-GO den Bezirksverwaltungsbehörden³⁴⁾.

Da es an einschlägigen Sonderregelungen im ArbVG und in der EA-GO fehlte (sah man von einigen bloß ergänzenden Bestimmungen in der EA-GO ab), waren grundsätzlich die entsprechenden Bestimmungen des AVG heranzuziehen und hier vor allem § 39 Abs 2 AVG, aus dem sich ergibt, daß im Verwaltungsverfahren die *Offizialmaxime* und der Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung herrschen³⁵⁾. Allerdings nimmt die Lehre eine Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Feststel-

lung des Sachverhaltes dergestalt an, daß derjenige, der einen Anspruch geltend mache, die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen habe³⁶⁾; dies entspricht auch der ständigen Rsp des VwGH³⁷⁾. Gleichwohl muß auch hier die Behörde feststellen, was zu beweisen ist, und die Beweiserbringung anordnen³⁸⁾. Gegen eine solche allgemeine Mitwirkungspflicht wenden sich mangels einer ausdrücklichen Regelung im AVG *Walter-Mayer*. Ihnen zufolge kann das Untätigbleiben der Parteien von der Behörde lediglich im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden³⁹⁾. Allerdings könne eine Vorschrift des materiellen (Verwaltungs-) Rechts ohne weiteres einer Partei die *Beweislast* auferlegen, wie dies zB § 105 Abs 3 Z 2, 2. Satz ArbVG tut⁴⁰⁾. Das ASGG vereinigte mit 1. 1. 1987 individualrechtliche und kollektivrechtliche Streitigkeiten aus dem Arbeitsrecht bei einer einheitlichen Behörde, nämlich bei *Gericht*. Verfahrensrechtliche Grundlage für alle im ASGG genannten arbeitsrechtliche Streitigkeiten ist seither die ZPO (und JN) samt jenen Bestimmungen des ASGG, welche als speziellere Normen den allgemeineren von ZPO und JN vorgehen⁴¹⁾.

Das für Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung bestimmte Verfahren ist daher vom *Dispositionsgrundsatz* getragen, was bedeutet, daß erstens seine Einleitung durch Klage erfolgt (diesbezüglich keine Änderung gegenüber der alten Rechtslage; auch das EA wurde nur auf Antrag und nicht von Amts wegen tätig), zweitens Kl und Bekl mit ihren Begehren (Klagebegehren bzw Urteilsgegenanträge) den Umfang der richterlichen Sachentscheidung bestimmen und es drittens grundsätzlich in das Belieben eben dieser Parteien gelegt ist, einerseits zu entscheiden, ob Rechtsmittel erhoben werden sollen - wobei der Rechtsmittelantrag gleichzeitig den Umfang richterlicher Überprüfung festlegt -, und andererseits durch Verfügung über den prozeßgegenständlichen Anspruch, nämlich Verzicht, Anerkenntnis und Vergleich sowie durch Verfügung über den streitigen Sachantrag (Klagsrücknahme, Rechtsmittelverzicht) eine vorzeitige Verfahrensbeendigung herbeizuführen⁴²⁾. Seinen deutlichsten

³⁴⁾ Die Vollstreckbarkeit von EA-Entscheidungen hat eine recht bewegte Geschichte. § 1 Z 10 EO bestimmt, daß Entscheidungen über privatrechtliche Ansprüche (um solche handelt es sich überwiegend, siehe IV. 1.), welche von Verwaltungsbehörden gefällt werden und einem die Exekution hemmenden Rechtszug nicht mehr unterworfen sind, Exekutionstitel iSd EO darstellen, falls die Exekution durch *gesetzliche* Bestimmungen den Gerichten überwiesen ist. Sowohl § 23 Abs 2 EA-GO 1947 als auch § 31 EA-GO 1962 enthielten die Bestimmung, daß Entscheidungen der EA Exekutionstitel iSd § 1 EO seien. Einer *gesetzlichen* Ermächtigung - wie sie wegen § 1 Z 10 EO zu fordern ist - entbehrten diese V allerdings (*Neumann-Lichtblau*, EO¹ I 86; aA VwGH 29. 5. 1953 Arb 5733, dem zufolge „nach dem allgemeinen legistischen Sprachgebrauch“ V als „gesetzliche Bestimmung“ zu verstehen sind, § 23 Abs 2 EA-GO 1947 daher nicht gegen Art 18 Abs 2 B-VG verstoße), und es wurde § 31 EA-GO 1962 vom VfGH (V 46/1972) aus diesem Grund auch aufgehoben. 1950 verdrängte dann § 3 Abs 2 VVG hinsichtl Geldleistungen § 1 Z 10 EO (vgl *Heller-Berger-Stix*, EO¹¹, 80). Da die EA aber, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht über Geldleistungen absprachen, erfolgte durch das VVG keine Bereinigung. In der EA-GO 1974 fand sich angesichts des Erk des VfGH eine auf § 1 EO verweisende Vorschrift nicht mehr. Ihr § 22 Abs 4 stellte vielmehr klar, daß die Vollstreckung der E des EA im rechtsprechenden Verfahren gem § 1 Abs 1 Z 2 lit a VVG den Bezirksverwaltungsbehörden oblag.

Noch viel unklarer war jedoch die Rechtslage hinsichtlich der Vollstreckbarkeit von vor dem EA abgeschlossenen *Vergleichen* (die schon kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 157 Abs 1 ArbVG iVm § 22 Abs 1 EA-GO 1974 ja prinzipiell zulässig sein mußten). § 1 Z 15 EO erkennt verwaltungsbehördlichen Vergleichen nur dann die Wirkung von Exekutionstiteln iSd EO zu, wenn ihnen „durch die bestehenden Vorschriften die Wirkung eines gerichtlichen Vergleiches beigelegt ist“. Eine derartige Vorschrift fehlte aber für die EA gänzlich, so daß Ansprüche aus solchen Vergleichen vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (gewesen) wären (vgl OGH SZ 19/218; *Neumann-Lichtblau* I¹, 93).

³⁵⁾ *Walter-Mayer*, *Verwaltungsverfahren*⁴ Rz 320 ff; *Mannlicher-Quell* I¹, 249; *Antoniolli-Koja*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 559 f.

³⁶⁾ *Herrnritt*, *Das Verwaltungsverfahren* (1932) 93; *Helbling*, *Komm zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen* I 255; vgl dazu auch FN 108.

³⁷⁾ ZB VwSlgNF 4977 A; 5007 A; 7400 A.

³⁸⁾ *Walter-Mayer*⁴ Rz 321.

³⁹⁾ *Walter-Mayer*⁴ Rz 321; aA *Oberndorfer*, *ÖZW* 1978, 97.

⁴⁰⁾ Andere Bsp bei *Walter-Mayer*⁴ Rz 324; vgl auch *Herrnritt* aaO 90, 93.

⁴¹⁾ Die Tatsache, daß das ASGG eine generelle Subsidiaritätsklausel, wie sie § 17 Abs 1 ArbGG mit seinem Verweis auf das bezirksgerichtliche Verfahren enthielt, vermissen läßt, kann vom legistischen Standpunkt her als etwas unbefriedigend empfunden werden, da die gewählte, teils positiv, teils negativ formulierte Enumerationsmethode (vgl zB §§ 39, 44, 45, 46, 47, 48, 59 ASGG) schwerfällig ist und stets die Gefahr unvollständiger, zu Analogieschlüssen herausfordernder Regelsetzung in sich birgt.

⁴²⁾ Vgl *Fasching*, *Lehrbuch* 305 f; *K. Wolff*, *Zivilprozeßrecht*², 267; *Petschek-Stagel*, *Zivilprozeß* 222; *Rosenberg-*

Ausdruck findet der Dispositionsgrundsatz in der Vorschrift des § 405 ZPO, derzufolge das Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was diese nicht beantragt hat⁴³⁾.

Hinsichtlich der Beibringung des Entscheidungstoffes hatte der Wechsel in der Behördenzuständigkeit zur Folge, daß nicht mehr die *Inquisitionsmaxime* gilt, sondern die diesbezügliche Verantwortung zwischen Parteien und Gericht folgendermaßen aufgeteilt ist:

Rechtssätze fallen, sowohl was den Nachweis ihrer grundsätzlichen Anwendbarkeit in concreto als auch was die Kenntnis ihres Inhaltes betrifft, in die Kompetenz des Gerichtes⁴⁴⁾. *Tatsachen und Beweise* dagegen müssen von den Parteien geliefert werden; diese trifft somit die *Behauptungs- und die Beweislast*⁴⁵⁾. Modifiziert sind diese Prinzipien allerdings dadurch, daß die Parteien gemäß § 178 ZPO unter der Verpflichtung stehen, die Tatsachen wahr und vollständig anzugeben, und das Gericht in Ausübung der materiellen Prozeßleitung die Parteien anzuleiten und die Wahrheit zu erforschen hat (§§ 182, 183 ZPO)⁴⁶⁾.

Außerdem kann das Gericht Beweise auch von Amts wegen aufnehmen, wobei allerdings umstrit-

Schwab, Zivilprozeßrecht¹⁴, 463 f; *Fasching*, Kommentar II 859, III 644 ff.

⁴³⁾ *Petschek-Stagel* 222; *Fasching* III 645 ff.

⁴⁴⁾ *Iura novit curia*; vgl. *Fasching*, Lehrbuch 401 ff; *Rosenberg-Schwab*¹⁴, 838 f; *Fasching* III 272 ff; *Petschek-Stagel* 226. Hinsichtlich der Ermittlung des normativen Teils von KollV (sowie anderer kollektivrechtlicher Normen) vertrat die Rsp seit langem konsequent den Standpunkt, die Partei müsse seine Geltung behaupten und seinen Inhalt beweisen (vgl. die Nachweise bei *Kuderna*, Die Auslegung kollektivrechtlicher Normen und Dienstordnungen sowie deren Ermittlung im Prozeß, DRdA 1975, 173 FN 89; zuletzt VwGH 25. 4. 1985 85/08/0003). Demgegenüber war die Lehre fast einhellig der -meE zutreffenden und, wie *Kuderna* aaO 174 betont, seit der durch das ArbVG in § 11 Abs 1 verankerten *Normwirkung* jedenfalls gebotenen - Auffassung, der normative Teil von KollV sei der Vorschrift des § 271 ZPO zu unterstellen, somit gleich wie ausländisches Recht, in- und ausländisches Wohnheitsrecht sowie „Privilegien und Statuten“ zu behandeln (vgl. *W. Kralik*, „Iura novit curia“ und das ausländische Recht, ZIRV 1962, 90; *Pernthaler*, Das Problem der verfassungsrechtlichen Einordnung des KV, ZAS 1966, 41; *Pollak*, System², 478 f; *Floretta-Strasser*, BRG², 236; *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht (1970) 178 f; *Schäffer*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, Gutachten 5. ÖJT 126 f; *Kinzel*, in: ArbVG Wirtschaftsverlag 96; *Kuderna*, DRdA 1975, 174 f; aA nur *Fasching* III 276, allerdings vor Inkrafttreten des § 11 Abs 1 ArbVG). Dies bedeutet, daß das Gericht dann, wenn sich aus dem Vorbringen der Parteien konkrete Anhaltspunkte für die Anwendung eines relevanten KollV ergaben, dessen Normen von Amts wegen anzuwenden hatte, sich dabei aber, falls ihm die Norm unbekannt war, der Hilfe des BMJ und, was idR wohl zweckmäßiger war, der Parteien bedienen konnte (*Kuderna* aaO 175). § 43 Abs 3 ASGG bedeutete schließlich die gesetzliche „Anerkennung“ der bis dahin hL (vgl. unten).

⁴⁵⁾ *Fasching* III 288 f; *Fasching*, Lehrbuch 417 ff; *Rosenberg-Schwab*¹⁴, 713 ff; *Petschek-Stagel* 224.

⁴⁶⁾ *Fasching*, Lehrbuch 417 f; *Fasching* II 846 ff, 855 ff, 870 ff; *Petschek-Stagel* 224.

ten ist, ob dies über von den Parteien gar nicht behauptete Tatsachen geschehen kann⁴⁷⁾; hinsichtlich des Urkunden- und Zeugenbeweises hat dies bei Widerspruch beider Parteien jedoch zu unterbleiben (§ 183 Abs 2 ZPO). An Geständnisse (= Außerstreitstellungen) ist das Gericht, sofern die betreffenden Tatsachen nicht notorisch unrichtig sind, freilich gebunden⁴⁸⁾.

Das ASGG enthält für Arbeitsrechtsstreitigkeiten nur spärliche Modifikationen der dargestellten Grundsätze, von denen eine, nämlich die Vorschrift des § 43 Abs 3 über die amtswegige Ermittlung kollektivrechtlicher Normen, in Wahrheit nur die schon bisher ganz überwiegend vertretene hL von der Anwendung des § 271 ZPO ausdrücklich „sanktioniert“⁴⁹⁾.

Erwähnt werden muß zunächst § 39 Abs 2 Z 1 ASGG, der die mehr formale, eher an den Rechtsfolgen orientierte richterliche Anleitungs- und Belehrungspflicht des § 432 ZPO sichtbar ausweitet. Der Richter hat nämlich nicht qualifiziert vertretene Parteien „über die bei derartigen Arbeits- und Sozialrechtssachen in Betracht kommenden *besonderen* Vorbringen und Beweisanbietungen zu belehren . . . und sie zur Vornahme der sich *anbietenden* (hervorgehoben vom Verf) Prozeßhandlungen anzuleiten“⁵⁰⁾.

Von Bedeutung ist außerdem die Vorschrift des § 62 ASGG, welcher in seinem Abs 1 eine *Rechtskrafterstreckung* auf „namentlich bestimmte Arbeitnehmer“, die von einer betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeit *betroffen*, jedoch nicht Partei sind, anordnet. Auf diese interessante Regelung und den anschließenden Abs 2, der für alle anderen Streitigkeiten nach § 50 Abs 2 ASGG die Bekanntmachung im Betrieb vorsieht, wird unten (V 2) näher einzugehen sein.

Abgesehen von § 53 Abs 2 (eine Feststellungs- oder Rechtsgestaltungsklage nach § 50 Abs 2 kann, wenn auf Beklagtenseite kein parteifähiges Gebilde in Betracht kommt, auch gegen die zuständige kollektivvertragsfähige Körperschaft der AG bzw AN gerichtet werden)⁵¹⁾ und § 58 (Kostensatz in be-

⁴⁷⁾ Die Zulässigkeit des sog Erkundungsbeweises bejahen grundsätzlich *Fasching* III 231 f; *Fasching*, Lehrbuch 312; *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht², 218; aM *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege 426; *Pollak*, System², 483 und die Judikatur (zB OGH JBI 1972, 478).

⁴⁸⁾ *Fasching*, Lehrbuch 407 f; *Fasching* III 239 ff.

⁴⁹⁾ Vgl FN 44.

⁵⁰⁾ Zweifelhaft könnte sein, ob diese *materielle* Belehrungspflicht die sich *in concreto* oder bloß die sich *in abstracto* anbietenden Prozeßhandlungen umfaßt. Der Wortlaut ist hier etwas unklar (arg „derartig“, aber „besonderen“). Im Hinblick darauf, daß die in Handhabung dieser Vorschrift ohnehin nur schwer einzuhaltende Grenze zur Parteilichkeit eindeutig überschritten wäre, wenn die Belehrung in eine „unmittelbare Formulierung der durch den konkreten SV bestimmten Vorbringen und Anträge“ mündet, wird man mit *Fasching*, Verfahrensrechtliche Probleme der RV über die Sozialgerichtsbarkeit, DRdA 1983, 235 das zweite anzunehmen haben (ebenso *Kuderna*, ASGG 191 ff).

⁵¹⁾ *Fasching*, DRdA 1983, 236 spricht von einer „Legitimationsfiktion“, welche einen der österr Rechtsordnung

etriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten nur im Verfahren vor dem OGH⁵²⁾, welche beide Sonderprobleme betreffen, läßt das ASGG spezielle Regelungen für das Verfahren in Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung überhaupt vermissen. Insbesondere existiert keine Bestimmung, die § 87 Abs 1 ASGG vergleichbar ist, welcher für die Sozialrechtssachen anordnet, daß das Gericht sämtliche notwendig erscheinenden Beweise von Amts wegen aufzunehmen hat und § 183 Abs 2 ZPO nicht gilt.

Diese Bestandsaufnahme ergibt somit für das Verfahren über die früher vom EA zu erledigenden Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung eine erhebliche Änderung der Rechtslage. Dies bedeutet freilich nicht, daß die Praxis nun völlig andere Wege zu beschreiten hat. Schon bisher vertrat der VwGH nämlich die Meinung, auch „die im Verwaltungsverfahren allgemein geltenden Grundsätze der materiellen Wahrheit führten insbesondere im Kündigungsanfechtungsverfahren (!) nicht dazu, daß das EA fehlendes Parteivorbringen zu supplieren und das Ermittlungsverfahren auf Umstände auszudehnen hätte, die vom Antragsteller nicht releviert wurden“⁵³⁾. Dieser erstmals 1959 vom VwGH aufgestellte Grundsatz gab zumindest zu Mißverständnissen Anlaß (wenn auch die damalige Entscheidung gerade in diesem Punkt absolut zutreffend war) und führte schließlich zur in dieser Allgemeinheit vom Gesetz nicht mehr gedeckten Praxis der EÄ⁵⁴⁾, daß das Verfahren vor dem EA „grundsätzlich (hervorgehoben vom Verf) nur in dem durch das Vorbringen der Parteien abgesteckten Rahmen zu halten ist“⁵⁵⁾. Entgegenzutreten ist namentlich der aus den Entscheidungen erkennba-

bislang weitgehend fremden Fall der *Prozeßstandschaft* für einen unbestimmten Personenkreis bedeute (ebenso *Fasching*, Lehrbuch 162).

⁵²⁾ *Schrank*, RdW 1985, 114 weist darauf hin, daß diese Bestimmung den früher bei den EÄ bestehenden Zustand beibehält.

⁵³⁾ VwGH 21. 5.1959 Arb 7271.

⁵⁴⁾ Vgl insb die E des EA Leoben Arb 9698, Arb 10.200, Arb 10.236, Arb 10.283, Arb 10.387.

⁵⁵⁾ Widersprüchlich dazu *Strasser* in ArbVG Handkomm 944 f, der zuerst zutreffend darauf hinweist, daß das EA wenn sich keine Partei auf sie berufe, und daß zB die BR wenn sich keine Partei auf sie berufe und daß zB die BREigenschaft eines AN von Amts wegen wahrzunehmen sei, der dann aber – offenbar zustimmend – die damit nicht zu vereinbarende Auffassung des VwGH (FN 53) referiert.

Natürlich muß der Grundsatz der Amtswegigkeit und der Erforschung der materiellen Wahrheit letztlich dort seine Grenze finden, wo dem Parteivorbringen nach *überhaupt* keine Anhaltspunkte, in eine bestimmte Richtung zu forschen, gegeben sind (so auch *Fasching*, Lehrbuch 314). Gerade die *Reichweite* dieser Nachforschungspflicht ist es aber, welche die Inquisitions- von der Verhandlungsmaxime iSd ZPO unterscheidet. Verwehrt man dem EA, so wie es der VwGH vertritt, fehlendes Parteivorbringen zu „supplieren“, so dürfte es eben auch nicht durch gezieltes Befragen der Parteien die Geltung einer entscheidungsrelevanten BV ermitteln und deren Normen anwenden. Berechtigung hatte die geschilderte Praxis der EÄ und des VwGH allein dann, wenn man sie in dem (aber offensichtlich nicht gemeinten) Sinn verstand, die Behörde

ren Rechtsmeinung, das eben Gesagte sei Konsequenz des Antragsprinzips, welches vor dem EA herrscht, weil diese auf eine Vermischung von Dispositions- und Verhandlungsmaxime hinausläuft.

Der VwGH sprach erst in jüngerer Zeit aus, daß die durch § 39 Abs 2 AVG verankerte *Offizialmaxime* auch dann gelte, wenn das Verfahren nur *auf Antrag* einzuleiten ist⁵⁶⁾.

Die Bezugnahme des VwGH in der zuerst genannten Entscheidung auf das Kündigungsanfechtungsverfahren, welches, so der VwGH an sich zutreffend, nicht „Verwaltung im materiellen Sinn“ zum Gegenstand habe⁵⁷⁾, ist – wie bereits bemerkt – insofern unglücklich, als man die Zuordnung des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes zu einer Verwaltungsbehörde in der Tat als systemwidrig und österr Spezifikum bezeichnen konnte, diese Materie aber eben nicht (oder kaum) die typischen Wesenszüge der sonst vom EA im Rahmen seiner rechtsprechenden Tätigkeit entschiedenen Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung aufweist⁵⁸⁾.

IV. Notwendigkeit einer Kongruenz von materiell-rechtlicher und prozessualer Dispositionsbezugnis?

Nach Klärung der Prämissen ist nunmehr der Frage nachzugehen, ob oder inwieweit das ASGG durch sein weitgehendes Beibehalten der für das zivilgerichtliche Verfahren geltenden Maximen den Besonderheiten des Betriebsverfassungsrechts in ausreichender Weise Rechnung getragen hat, ob die anzustrebende Harmonie zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht bestmöglich erreicht oder ob vielmehr ein neues Spannungsverhältnis geschaffen wurde⁵⁹⁾.

Trifft letzteres zu, so steht zu befürchten, daß die Praxis unter dem Zwang, vertretbare Entscheidungen fällen zu müssen, an Einzelfällen orientierte Wege praeter und auch contra legem beschreitet, so

sei inhaltlich an das *Begehren* iSd § 405 ZPO gebunden. Dies ist sie freilich (trotz des Fehlens einer derartigen Bestimmung) auch im Verwaltungsverfahren, wenn dieses nur auf Antrag einzuleiten ist. Andernfalls liegt ein *Zuständigkeitsmangel* vor (zum ähnlich gelagerten Fall, daß die Berufungsbehörde über einen gar nicht angefochtenen Teil der Entscheidung 1. Instanz entschieden hat, *Oberradorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 172, vgl auch 129).

⁵⁶⁾ VwGH 29. 6. 1982 Zl 81/11/0057; vgl auch *Walter-Mayer* Rz 320.

⁵⁷⁾ Vgl aber *Hellbling*, Gutachten 2. ÖJT 16 FN 25.

⁵⁸⁾ Gerade dies übersieht die RV (28), wenn als Rechtfertigung für die durch das ASGG erfolgende Einbeziehung der betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten in die Arbeitsgerichtsbarkeit darauf verwiesen wird, es gebe „eine Reihe von Angelegenheiten der rechtsprechenden Tätigkeit der EÄ . . ., die mit dem heutigen arbeitsgerichtlichen Verfahren eng zusammenhängen“, und als – zutreffendes, aber in seiner Natur eben die Ausnahme bildendes – Beispiel dann die Kündigungsanfechtung einerseits und die Klage des DN auf Lohnfortzahlung andererseits genannt wird.

⁵⁹⁾ Daß ein solches nach der bisher geltenden Rechtslage da und dort bestand, soll keineswegs geleugnet werden.

wie sie dies schon in der Vergangenheit gelegentlich tat⁶⁰⁾.

Während die EÄ nämlich früher in zu einseitiger Ausrichtung auf das Kündigungsanfechtungsverfahren bestrebt waren, die dort wohl zu Recht als nicht immer sachadäquat empfundene Official- und Inquisitionsmaxime interpretativ in Richtung vermehrter Parteiendisposition abzuschwächen⁶¹⁾, könnten die nunmehr zuständigen Gerichte umgekehrt versuchen, bei den anderen, „typischen“ Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung jetzt den Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz einschränkend zu interpretieren⁶²⁾.

1. Zur besonderen Natur des Betriebsverfassungsrechts und der aus ihm resultierenden Streitigkeiten

Soll die zuletzt gestellte Frage nach dem zweckmäßigsten Verhältnis von Betriebsverfassungsrecht und Verfahrensrecht beantwortet werden, so erscheint es geboten, die Rechtsnatur des ersteren einer näheren Prüfung zu unterziehen und dessen Eigenheiten herauszuarbeiten.

a) Öffentliches Recht und Privatrecht

Bezeichnend für die Stellung, welche dieses praktisch so bedeutsame, wenn auch in Österreich lange Zeit eher stiefmütterlich behandelte Rechtsgebiet einnimmt, ist die Tatsache, daß die Meinungen darüber, ob es dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen sei, in der Vergangenheit durchaus geteilt waren und auch heute noch keine völlige Einigkeit darüber besteht⁶³⁾.

⁶⁰⁾ Vgl FN 54 und 61.

⁶¹⁾ Als exemplarischer Fall einer derartigen – gegen das Gesetz verstoßenden – Vorgangsweise sei die von den EÄ teilweise vertretene Meinung genannt, ein Sozialvergleich iSd § 105 Abs 3 letzter Satz ArbVG hätte zu unterbleiben, wenn der BR der Kündigung zwar ausdrücklich widersprochen, aber gleichzeitig zu verstehen gegeben habe, daß er keinen Sozialvergleich wünsche. Begründet wurde dies damit, daß „der Sozialvergleich nach dem G überhaupt nur vom BR verlangt werden kann“ (EA Wr. Neustadt Re 38/79, DRdA 1979, 397). Auf die Unhaltbarkeit dieser Position hat schon B. Schwarz, DRdA 1979, 398 ff (399) mit der Begründung hingewiesen, der Sozialvergleich stelle keinen eigenen Anfechtungsgrund dar, sondern lediglich einen zusätzlichen (von Amts wegen) zu berücksichtigenden Gesichtspunkt. Jedenfalls sollte angesichts des diesbezüglich klaren Wortlautes des § 105 Abs 3 letzter Satz ArbVG unzweifelhaft sein, daß die Vornahme eines Sozialvergleichs nicht davon abhängen kann, ob der BR neben seinem ausdrücklichen Widerspruch gegen die Kündigung zusätzlich einen solchen beantragt oder ersucht, davon Abstand zu nehmen. Dies gilt unabhängig davon, ob im Verfahren Amtswegigkeit oder Parteiendisposition herrscht. Zu verfahrensrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit dem Sozialvergleich vgl Runggaldier, Der Sozialvergleich, in: Tomandl (Hrsg), Beendigung des Arbeitsvertrages 110 ff.

⁶²⁾ Daß letzteres bislang in der Praxis nicht zu beobachten war, liegt wohl auch daran, daß mehr Parteiendisposition für das Gericht idR weniger Verfahrensaufwand bedeutet.

⁶³⁾ Für die Zuordnung zum öffentlichen Recht vgl etwa Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht⁴, 331, 395; Sinzheimer,

Treffend schrieb denn auch Mayer-Maly 1970, als die Frage zumindest für Österreich grundsätzlich im letzteren Sinn entschieden war, daß gerade „im Bereich des Betriebsverfassungsrechtes die für das Arbeitsrecht kennzeichnende Verflechtung von öffentlichem und Privatrecht besonders deutlich (werde)“⁶⁴⁾.

In der BRD, wo die einschlägige Diskussion wesentlich intensiver geführt wurde, war es zur Zeit der Weimarer Republik hL und Judikatur des RG und des RAG, daß das Betriebsverfassungsrecht öffentlich-rechtlichen Charakter habe⁶⁵⁾. In neuerer Zeit wurde und wird diese Theorie in erster Linie noch von Dietz und Molitor vertreten⁶⁶⁾.

Als Argumente wurden angeführt, daß – so Dietz – es sich bei der Betriebsverfassung und den entsprechenden Beteiligungsrechten der Arbeitnehmerschaft um einen Teil der Wirtschafts- und damit der Staatsverfassung handle, weiters, daß man der Belegschaft ohne Rücksicht auf einen eigenen Willen, sondern bloß kraft Eintrittes als Arbeitnehmer in einen Betrieb angehöre und schließlich, daß zwischen Belegschaft und Betriebsrat ein Über- und Unterordnungsverhältnis bestehe, da letzterer durch den Abschluß von Betriebsvereinbarungen nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung und ohne Mitwirkung des einzelnen Arbeitnehmers wesentlich in dessen Rechtsstellung eingreifen könne⁶⁷⁾.

Demgegenüber vertritt die heute hL sowohl in der BRD als auch in Österreich den Standpunkt, das Betriebsverfassungsrecht gehöre zum Privatrecht⁶⁸⁾. Begründet wird dies in erster Linie damit,

Grundzüge des Arbeitsrechts², 228; Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb 70; derselbe, FS Herschel (1955) 105; Dietz, BetrVG⁴ Rz 15 ff zu § 1; Rufwurm I 14; für Zuordnung zum Privatrecht Kaskel-Dersch³, 286 f; Nikisch, Arbeitsrecht² III 20 ff; Neumann-Duesberg, Arbeitsrecht 81 ff; Hueck-Nipperdey, Grundriß⁴, 304 f; Nipperdey-Säcker in Hueck-Nipperdey² II/2, 1095 ff; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses 316 f; Weitnauer, Zivilrechtliche Grundstrukturen im Betriebsverfassungsrecht, FS Duden 705 ff; Dietz-Richardi, BetrVG⁶ I Rz 37 zu § 1; siehe auch FN 68; Henrich, Vom Wesen und dem sachlichen Gehalt des Sozialrechts, JBl 1951, 26; Floretta, Arbeitnehmerschutzrecht und Arbeitsvertragsrecht, DRdA 1953 (7. H.), 14 bei FN 10; Strasser, Die Betriebsvereinbarung 82 ff; Bydlinski, Dogmatische Fortschritte im österreichischen Betriebsverfassungsrecht, JBl 1962, 579; zuletzt in der BRD Konzen, Privatrechtssystem und Betriebsverfassung, FS E. Wolf 279 ff = ZfA 1985, 469 ff.

⁶⁴⁾ Mayer-Maly, Arbeitsrecht (1970) 209.

⁶⁵⁾ Vgl Silberschmidt, Die Weiterentwicklung des deutschen Arbeitsrechts, JW 1930, 3066; Kaskel-Dersch⁴, 331, 395; Molitor aaO 70; Sinzheimer, Grundzüge 228; zur Judikatur des RG und RAG vgl die Nachweise bei Dietz, BetrVG⁴ Rz 15 zu § 1.

⁶⁶⁾ Vgl Dietz, BetrVG⁴ Rz 15 ff zu § 1; Molitor, FS Herschel (1955) 105; vgl allerdings Molitor, Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, RdA 1951, 217; Kammann-Hess-Schlochauer, BetrVG Rz 9 ff zu § 1.

⁶⁷⁾ Dietz, BetrVG⁴ Rz 17 ff zu § 1.

⁶⁸⁾ Vgl Dietz-Richardi, BetrVG⁶ I Rz 37 zu § 1; Fitting-Auffahrt-Kaiser-Heither, BetrVG¹⁵ Rz 136 f zu § 1; Galperin-Löwisch, BetrVG Rz 136 ff vor § 1; Söllner, Ar-

daß zur Errichtung eines Betriebsrates (und damit zur Etablierung einer Betriebsverfassung) kein staatlich verordneter Zwang bestehe, weiters, daß die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte sowie die Normen aus Betriebsvereinbarungen nicht der staatlichen Kontrolle oder Aufsicht unterstünden⁶⁹⁾ sowie, daß im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts keine Hoheitsträger beteiligt seien und keine Beleihung Privater mit Hoheitsakten stattfinde⁷⁰⁾.

Eine Gewichtung der vorgetragenen Argumente bestätigt mE die hL vom „privatrechtlichen Gesamtbild“⁷¹⁾ des Betriebsverfassungsrechts.

Dort, wo der Staat die Einhaltung seiner Gesetze nicht (mehr) überwacht, sind nämlich – wie *Richardi* feststellt – die Grenzen zum Privatrecht überschritten⁷²⁾. Was den Eingriff in die Rechtsstellung des AN durch den Abschluß von BV anbelangt, so ist dazu zu sagen, daß letztere ja überwiegend dazu dienen, *arbeitsvertragliche* Belange zu regeln, so daß der – wenn auch sehr weitgehende – Eingriff eben in privatrechtliche Rechtsverhältnisse erfolgt⁷³⁾.

Letztlich ausschlaggebend für die privatrechtliche Natur des Betriebsverfassungsrechts ist aber wohl die Tatsache, daß von der Ausübung hoheitlicher Befugnisse dort regelmäßig nicht die Rede sein kann⁷⁴⁾. Gerade das wird ja von der in Österreich herrschenden Subjektionstheorie als entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht angesehen.

Anderes gilt lediglich dort, wo – wie beim allgemeinen Überwachungsrecht nach § 89 ArbVG – die Belegschaftsorgane auch als Hilfsorgane der staatlichen Arbeitsaufsicht fungieren⁷⁵⁾ und somit an der Vollziehung von Gesetzen mitwirken, sowie selbstverständlich bei den Strafbestimmungen des § 160 ArbVG⁷⁶⁾. Diese Ausnahmen vermögen frei-

lich am insgesamt privatrechtlichen Charakter des Betriebsverfassungsrechts nichts zu ändern.

Eine derartige Diagnose darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß es mehrere öffentlich-rechtliche *Strukturmerkmale* sind, welche dem Betriebsverfassungsrecht sein besonderes Gepräge geben⁷⁷⁾. Die Auffassung, welche zum Nachweis für den angeblich öffentlich-rechtlichen Charakter des Betriebsverfassungsrechts auf die spezielle Eigenart der Belegschaft als *Zwangsverband*⁷⁸⁾ hinweist, dessen Mitgliedschaft dem einzelnen AN ohne Berücksichtigung seines Willens aufzuzwingen werde, darf als wahren Kern für sich beanspruchen, daß derartige üblicherweise dem öffentlichen Recht eignet. Dem kann mE auch nicht entgegengehalten werden, daß die Zugehörigkeit zur Belegschaft durch *freiwilligen* Abschluß eines Arbeitsvertrages erfolge⁷⁹⁾, da der Eintritt in das System der Betriebsverfassung vom diesbezüglichen Willen ja nicht mitumfaßt ist. Ebenso könnte man etwa den (öffentlich-rechtlichen) Zwangscharakter der österr. Hochschülerschaft verneinen, weil es schließlich jedermann freistehe, ein Studium zu beginnen oder nicht⁸⁰⁾.

Weiters muß man sich darüber im klaren sein, daß die Wahrnehmung von Interessen durch gewählte, parlamentarisch-repräsentative Gebilde, wie es die Betriebsräte sind, gerade dem öffentlichen Recht wohlbekannt ist⁸¹⁾. Der öffentlich-rechtliche Einschlag ergibt sich außerdem aus dem beträchtlichen Anteil von Organisationsnormen und dem weithin zwingenden (und zwar zweiseitig zwingenden, dh die Anwendung eines „Günstigkeitsprinzips“ ausschließenden)⁸²⁾ Charakter des Betriebsverfassungsrechts.

Obwohl die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht einen nicht zu unterschätzenden Erkenntniswert besitzt und gerade bei der dogmatischen Einordnung des Betriebsverfassungsrechts wichtige Perspektiven eröffnete, scheint mir der für das weitere Verständnis meiner Ausführungen zentrale Aspekt doch auf einer etwas anderen Ebene zu liegen. Während das bürgerliche Recht als „klassischer“ Teil des Privatrechts zu einem Großteil die Ordnung von typischerweise als *Zweierbeziehung* zwischen Gläubiger und Schuldner hervortretenden Rechtsverhältnissen zum Gegenstand hat⁸³⁾, besteht das Betriebsverfassungs-

beitsrecht⁸⁾, 158 f; *Zöllner*, Arbeitsrecht³⁾, 402; *Richardi*, Kollektivgewalt 316 f; *Nipperdey-Säcker*⁷⁾ aaO 1095 ff; *Strasser* in ArbVG Handkomm 243 f; *Strasser*, Gedanken zum Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1961, 189; differenzierend *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht (1970) 209.

⁶⁹⁾ Für alle *Dietz-Richardi*, BetrVG⁶⁾ I Rz 37 ff zu § 1; *Konzen*, ZfA 1985, 470.

⁷⁰⁾ Vgl *Zöllner*³⁾ aaO 402; schon *Strasser*, Die Betriebsvereinbarung 84 f, betonte ganz zu Recht, daß die Ausstattung des BR mit Hoheitsbefugnissen, sodaß als „persona potentior“ dem Betriebsinhaber gegenüberträte, wegen Verletzung des Paritätsgrundsatzes auch rechts- und sozialpolitisch abzulehnen sei.

⁷¹⁾ So *Strasser* in ArbVG Handkomm 243.

⁷²⁾ *Dietz-Richardi*, BetrVG⁶⁾ I Rz zu § 1.

⁷³⁾ Vgl *Nipperdey-Säcker*⁷⁾ aaO 1099.

⁷⁴⁾ AA *Dietz*, BetrVG⁴⁾ Rz 18 zu § 1, der von einem Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen dem die Belegschaft repräsentierenden BR und dem einzelnen AN spricht.

⁷⁵⁾ Vgl *Strasser* in ArbVG Handkomm 472.

⁷⁶⁾ *Strasser* in ArbVG Handkomm 243. Präzisierend muß gesagt werden, daß nicht (bloß) die Strafbestimmungen als solche, sondern alle Normen, für deren Verletzung die Strafsanktion gilt, öffentlich-rechtlichen Charakter haben; so auch *Dietz-Richardi*, BetrVG⁶⁾ I Rz 37 zu § 1.

⁷⁷⁾ Ebenda.

⁷⁸⁾ Vgl *Dietz*, BetrVG⁴⁾ Rz 17 zu § 1.

⁷⁹⁾ So *Nipperdey-Säcker*⁷⁾ aaO 1099; ähnlich *Nikisch*²⁾ III 22; vgl aber zutreffend *Dietz-Richardi*, BetrVG⁶⁾ I Rz 36 zu § 1; nunmehr *Konzen*, ZfA 1985, 474.

⁸⁰⁾ „Austrifizierte“ Version eines Beispiels von *Richardi* in *Dietz-Richardi*, BetrVG⁶⁾ I Rz 36 zu § 1.

⁸¹⁾ *Söllner*, Arbeitsrecht⁸⁾, 159; vgl auch *Dietz-Richardi*, BetrVG⁶⁾ I Rz 14 zu § 1; *Weitnauer*, FS Duden 714.

⁸²⁾ *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht (1970) 209; den absolut zwingenden Charakter betont *Jabornegg*, Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, FS *Strasser* 367 ff.

⁸³⁾ In stärkster Ausprägung sind diese Merkmale im Schuldrecht enthalten, deutlich schwächer im Sachen- und Erbrecht, am geringsten im Familienrecht.

recht durchwegs aus Normen nicht vermögensrechtlicher Natur (eine Ausnahme bilden die Bestimmungen über den Betriebsratsfonds), welche die Beziehungen einer durch Organe (BR, Betriebsversammlung) repräsentierten *Personenmehrheit* (Belegschaft) zum Betriebsinhaber institutionalisieren, und weist insofern gewisse Ähnlichkeiten mit dem Gesellschaftsrecht und dem Insolvenzrecht auf. Daß bei der Gestaltung dieser Beziehungen der BR in aller Regel dem Betriebsinhaber gegenübertritt⁸⁴⁾, somit eine gewisse „Bipolarisierung“ zu erkennen ist, sollte über die kollektive Struktur nicht hinwegtäuschen, da der BR ja nicht eigene, sondern fremde, einer als solcher nicht rechtsfähigen Vielzahl von Individuen zustehende Rechte geltend macht⁸⁵⁾. Die Interessenwahrnehmung erfolgt, wie gesagt, durch parlamentarisch-repräsentative Organe und nicht individuell-privatautonom wie im bürgerlichen Recht⁸⁶⁾. Diese *Zurückdrängung der Privatautonomie* kennzeichnet das Arbeitsrecht in seiner Gesamtheit, beruht im Arbeitsvertragsrecht allerdings auf etwas anderen Überlegungen und Wertungen als im Betriebsverfassungsrecht⁸⁷⁾.

⁸⁴⁾ Freilich nicht immer; vgl die Darstellung der möglichen Konstellationen bei *Strasser in Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht*² II 354 f.

⁸⁵⁾ Die hL in Österreich (vgl *Floretta* in ArbVG Handkomm 252 f; SZ 43/89; aM zB *Klein*, Zur prozessualen Parteifähigkeit des Betriebsrates, DRdA 1969, 305 ff; *Mayer-Maly*, Arbeitsrecht, 1970, 210; vgl FN 159) sieht den BR als direkten Vertreter der Belegschaft, während die überwiegende Meinung in der BRD den BR als *Organ* begreift, das im *eigenen* Namen der Belegschaft zugewiesene Rechte ausübt (vgl *Dietz*, BetrVG⁴ Rz 23 zu § 1; *Fitting-Auffahrt-Kaiser-Heither*, BetrVG¹⁵ Rz 90 zu § 1; die Organstellung ablehnend *Dietz-Richardi*, BetrVG⁵ I Rz 14 ff, 17 zu § 1; vgl auch *Weitnauer*, FS Duden 709 f).

⁸⁶⁾ Anschaulich *Konzen*, ZfA 1985, 481; vgl *Coing*, Das Privatrecht und die Ordnung des Verbandswesens, FS Flume I 433 f, welcher die essentielle Bedeutung der Privatautonomie für das Privatrecht herausstreicht, aber gleichzeitig betont, es gebe kein Privatrecht und habe nie eines gegeben, welches „nicht auch zwingende, die Privatautonomie beschränkende, sie kanalisierende Regeln gekannt hätte.“

⁸⁷⁾ Während die Einschränkung privatautonom Handelns im Arbeitsvertragsrecht auf der Vorstellung von der wirtschaftlichen Übermacht des AG beruht, somit ausschließlich den Schutz des (einzelnen) AN gegenüber dem *Arbeitgeber* bezweckt, tritt im Betriebsverfassungsrecht als wesentlicher Gesichtspunkt der Schutz des (der) AN vor dem von ihm (ihnen) gewählten *Betriebsrat* hinzu. Der bereits angesprochene (vgl FN 78) Charakter der Betriebsverfassung als einer „fremdbestimmten Zwangsordnung“ (*Konzen*, ZfA 1985, 474), der sich die AN nicht mit Abschluß des Arbeitsverhältnisses unterwerfen, erfordert es, daß der BR mit Normwirkung ausgestattete Vereinbarungen grundsätzlich nur im Rahmen seiner gesetzlich festgelegten Zuständigkeit treffen kann (vgl §§ 96, 97 ArbVG; ein derartiger taxativer Kompetenzkatalog existiert im dt Betriebsverfassungsrecht allerdings nicht; dort bildet neben § 77 Abs 3 BetrVG nach hL die *funktionelle Zuständigkeit* der Betriebspartner die Grenze: vgl *Dietz-Richardi*, BetrVG⁵ I Rz 47 zu § 77). Allfällige Bedenken fallen freilich bei der AN rein *begünstigenden* Vertragswirkungen weg (*Konzen*, ZfA 1985, 488 f), sodaß für sich außerhalb der vom Gesetz bestimmten Zustän-

Gerade dem eben aufgezeigten Umstand kommt für die Beantwortung der Frage nach der zweckmäßigsten Ausgestaltung des Verfahrens besondere Bedeutung zu, was noch zu zeigen sein wird.

b) Rechtsstreitigkeiten und Regelungsstreitigkeiten

In der einschlägigen Diskussion wird die strikte Trennung der betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten in *Rechts-* und *Regelungsstreitigkeiten* betont⁸⁸⁾. Während erstere gemäß § 157 ArbVG dem EA (seit 1. 1. 1987 dem Gericht) überwiesen seien⁸⁹⁾, wären für letztere die ad hoc zu bildende Schlichtungsstelle (im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 97 Abs 1 Z 1 bis 6a iVm Abs 2 ArbVG), die Schlichtungskommission (§ 111 Abs 3, 4, 5 ArbVG) oder die staatliche Wirtschaftskommission (§ 112 ArbVG) zuständig.

Dieser oft erweckte Schein einer klaren Trennung und Trennbarkeit trägt allerdings bei näherem Hinsehen. Schon die Etikettierung als *Rechts-* und *Regelungsstreitigkeiten* erweist sich in manchen Fällen (zB bei rechtsgestaltenden Behördenakten) als höchst problematisch, zumal sie zwar stets konstatiert, aber kaum je auf ihren (Begriffs-)Inhalt untersucht wird. Sieht man es als maßgebliches Kriterium einer *Rechtsstreitigkeit* an, daß die von der entscheidenden Instanz anzuwendende Methode ausschließlich die der *Subsumtion* ist, dh der Unterstellung eines Sachverhaltes unter einen im Gesetz formulierten Tatbestand⁹⁰⁾, wohingegen im Fall der *Regelungsstreitigkeit* die Behörde nicht bloß *rechtsvollziehend*, sondern *rechtssetzend* tätig wird, so muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß die frühere sog „rechtsprechende“ Tätigkeit der EA, welche seit 1987 in die Kompetenz der Gerichte fällt, teilweise auch *Regelungsstreitigkeiten*, zumindest aber *Zwitterformen* beinhaltet und zwar nicht nur den von *Strasser* genannten Fall des § 157 Abs 2 Z 11 ArbVG.

Worin soll, um ein anschauliches Beispiel zu nehmen, etwa im Fall einer Streitigkeit nach § 101 ArbVG die subsumierende Tätigkeit des Gerichtes

digkeit bewegende „innerbetriebliche Absprachen“ oder sog „freie Betriebsvereinbarungen“ zivilrechtliche Konstruktionen wie zB der Vertrag zugunsten Dritter grundsätzlich offenstehen (strittig; vgl *Konzen*, ZfA 1985, 489; *Tomandl*, Die Rechtswirkungen „freier Betriebsvereinbarungen“, FS *Strasser* 583 ff mwN; *Birk*, Innerbetriebliche Absprachen – Typen und Rechtswirkungen, ZfA 1986, 73 ff, 102 ff; jüngst *Schauer*, Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 73 ff; aM *Mayer-Maly-Marhold*, Arbeitsrecht I 19).

⁸⁸⁾ Erstmals *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts (1927) 19, 148; *Böttcher*, Regelungsstreitigkeiten, FS *Lent* 89 ff; *Strasser* in ArbVG Handkomm 994 f; *Strasser*² II 352; *Schwarz-Löschnigg*, Arbeitsrecht², 477, 599.

⁸⁹⁾ *Strasser* in ArbVG Handkomm 995, 1006; *Strasser*² II 352 weist darauf hin, daß (lediglich) der Fall des § 157 Abs 2 Z 11 ArbVG (Festsetzung des Zeitpunktes einer Bildungs- oder erweiterten Bildungsfreistellung) systemwidrigerweise einen *Regelungsstreit* beinhaltet; dagegen *Kuderna*, ASGG 266, welcher auch § 157 Abs 2 Z 11 ArbVG als Fall einer reinen *Rechtsstreitigkeit* ansieht.

⁹⁰⁾ Vgl dazu für alle *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁴, 262 ff.

bestehen? Gemäß der genannten Bestimmung bedarf die mit einer Verschlechterung der Arbeits- und Entgeltbedingungen verbundene dauernde Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz der Zustimmung des BR. Diese kann durch Entscheidung des Gerichtes ersetzt werden. Das Gesetz selbst nannte bis vor kurzem aber keinerlei Maximen für die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung, sodaß sich Lehre und Rsp unter Rückgriff auf die in den §§ 38, 39 ArbVG verankerten allg Ziele und Aufgaben der Belegschaftsvertretung meist mit der Feststellung behelfen, der BR habe die „Interessen der Belegschaft“ zu berücksichtigen⁹¹⁾. Welcher Art diese Interessen gerade im Fall des § 101 ArbVG sind, wird allerdings nirgends verraten.

Offenbar schien dem Gesetzgeber dieser Zustand auch nicht ganz geheuer zu sein, da er durch die ArbVG-Nov 1986^{91a)} dem § 101 ArbVG folgenden Satz anfügte: „Das Gericht hat die Zustimmung zu erteilen, wenn die Versetzung sachlich gerechtfertigt ist.“ Daß *darin* eine brauchbare Konkretisierung zu erblicken ist, welche dem Gericht die subsumierende Tätigkeit erleichtert bzw erst ermöglicht, kann wohl nicht behauptet werden.

Zwar ist es dem Gericht verwehrt, in einer Entscheidung nach § 101 ArbVG einer *anderen* (nämlich für den AN weniger ungünstigen) Versetzung als der vom AG beantragten zuzustimmen (dieses Ergebnis könnte von den Parteien allenfalls im Wege eines Vergleiches erreicht werden), es darf somit nicht wie die Schlichtungsstelle im Fall des § 97 Abs 1 Z 1 bis 6a iVm § 97 Abs 2 ArbVG ein selbständiges Reglement treffen, doch liegt nach herrschender und richtiger Ansicht eine Regelungsstreitigkeit nicht nur im Fall der Aufstellung generell-abstrakter Normen, sondern auch dann vor, wenn die „Gestaltung einzelner Verhältnisse“ in Frage steht^{91b)}. Von einer Rechtsstreitigkeit im üblichen Sinn kann nicht gesprochen werden, weil nicht die Klärung (bzw Durchsetzung) subjektiver Rechte, sondern die Ermittlung eines *Interessenausgleiches* primärer Gegenstand des § 101 ArbVG ist⁹²⁾.

Dieses weitgehende Fehlen von Tatbestandsmerkmalen als Voraussetzung für Subsumtion kennzeichnet auch manche andere betriebsverfassungsrechtliche Vorschriften, welche Streitigkeiten zwischen Betriebsinhaber und BR regeln. Weitere Beispiele wären § 72 ArbVG betreffend die Beistellung von Sacherfordernissen an den BR bzw Wahl-

vorstand⁹³⁾ oder § 94 Abs 8 ArbVG (Anfechtung der Auflösung von Schulungs- oder Bildungseinrichtungen) bzw § 95 Abs 3 ArbVG (Anfechtung der Auflösung von Wohlfahrtseinrichtungen).

Daß die Austragung derartiger, eher in die außerstreitige Gerichtsbarkeit gehörender Konflikte nunmehr im Rahmen der streitigen Zivilgerichtsbarkeit erfolgen wird, erscheint problematisch, zumal dieser Wechsel der Verfahrensart ja von einer Verlängerung des Instanzenzuges auf drei (bisher eine plus VwGH-Beschwerde) begleitet ist. Zwar wird durch § 61 Abs 1 Z 5 ASGG, wonach Urteile erster Instanz in Betriebsverfassungssachen unabhängig von der Ergreifung eines Rechtsmittels vollstreckbar sind⁹⁴⁾, immerhin verhindert, daß zB die BR-Mitglieder zwei Jahre oder länger (bis zur OGH-Entscheidung) darauf warten müssen, daß ihr Obmann eine Sitzung einberuft (vgl § 67 Abs 3 ArbVG); dadurch wird aber andererseits in Fällen eines nicht rückgängig zu machenden Begehrens das Urteil höherer Instanz zu einem wertlosen Stück Papier⁹⁵⁾. Vernünftiger und weniger komplizierter wäre es gewesen, wenn man für solche (und ähnliche) Verfahren eine Zuständigkeit des OGH gar nicht (oder allenfalls unter ähnlichen Voraussetzungen wie nach § 16 AußStrG) vorgesehen hätte^{95a)}.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß im Betriebsverfassungsrecht natürlich auch eine ganze Reihe reiner *Rechtsstreitigkeiten* existiert, für welche die eben angestellten Überlegungen nicht gelten. Dies ist zB der Fall bei der Feststellung der Betriebseigenschaft (§ 34 ArbVG), der Gleichstellung von unselbständigen Betriebsteilen (§ 35 ArbVG), der Anfechtung der BR-Wahl (§ 59 ArbVG), der Streitigkeiten rund um § 96 ArbVG (zB vom Betriebsinhaber angestrebtes Feststellungsverfahren, daß die zu installierende EDV-Anlage nicht unter § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG fällt) sowie selbstverständlich bei der Anfechtung einer Kündigung nach § 105 ArbVG.

2. Amtswegigkeit oder Parteienherrschaft als sachadäquater Weg?

An die Analyse der Natur des Betriebsverfassungsrechts und der einschlägigen Streitigkeiten knüpfen sich im Rahmen des gestellten Themas zwei grundsätzlich voneinander getrennt zu verfolgende Fragen. Einerseits gilt es zu untersuchen,

⁹¹⁾ Vgl Strasser in ArbVG Handkomm 592; Arb 9034; OGH 4 Ob 79/85; die in dieser Entscheidung zum Ausdruck gebrachte Ansicht, der BR habe bei der Ausübung des Rechts nach § 101 ArbVG *nur* das Interesse der Belegschaft und (überhaupt) nicht jenes des von der Versetzung betroffenen AN zu wahren, ist aber auch nicht unproblematisch.

^{91a)} BGBl 1986/394.

^{91b)} Bötticher, FS Lent 90; ähnlich Nikisch¹ III 491.

⁹²⁾ Ein solches Verständnis reklamiert Körnich aaO 52 ganz allgemein für betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten; dagegen aber zutreffend Grunsky, ArbGG⁵ Rz 26 zu § 80.

⁹³⁾ Auch Körnich aaO 17 faßt den inhaltlich ähnlichen § 40 Abs 2 BetrVG als Regelungsstreit auf.

⁹⁴⁾ Zur nicht leicht handhabbaren Vorschrift des § 61 ASGG vgl Konecny, Wirkungen erstinstanzlicher Urteile in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gemäß § 61 ASGG, ZAS 1986, 155 ff.

⁹⁵⁾ Der Verfahrensausgang vor dem OGH hat allerdings Kostenfolgen (vgl § 58 Abs 1 ASGG).

^{95a)} Angemerkt muß freilich werden, daß von der lege lata bestehenden, gegenüber der ZPO wesentlich erleichterten Anrufbarkeit des OGH in Betriebsverfassungssachen offenbar kaum Gebrauch gemacht wird, was die These von der Inadäquanz des Rechtsschutzsystems der ZPO für derartige Streitigkeiten nur bestätigt.

welche Konsequenzen sich de lege lata in prozeßrechtlicher Hinsicht aus der gerade skizzierten Eigenart der betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten ergeben, und andererseits stellt sich die rechtspolitische Frage nach dem dafür passenden Verfahrensmodell sowie danach, ob das vom ASGG gewählte ein solches ist. Maßgeblicher Gesichtspunkt für die Beurteilung wird hierbei die nötige Balance zwischen Offizial- und Dispositionsmaxime einerseits sowie Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz andererseits sein. Der zweiten Frage sei zuerst nachgegangen.

Auszugehen ist davon, daß zwischen dem grundsätzlich berechtigten Anliegen nach Durchführung eines objektiv-korrekten Verfahrens sowie der Ermittlung einer vollständigen und richtigen Entscheidungsgrundlage und dem ebenso berechtigten Anliegen nach weitgehender Selbstbestimmung der Parteien bezüglich der von ihnen vor Gericht gebrachten Angelegenheiten (und einer möglichst raschen Entscheidung)⁹⁶⁾ ein Spannungsverhältnis herrscht, das zu bewältigen jeder Prozeßordnung aufgegeben ist. Schon daraus ergibt sich, daß keine der angeführten Maximen in reiner Form wirklich befriedigende Ergebnisse zu erzielen vermag⁹⁷⁾. Die zu wählenden Strukturen müssen vielmehr einen Kompromiß darstellen, wobei die Beantwortung der Frage, ob dieser näher dem einen oder dem anderen Pol angesiedelt sein soll, in einem modernen Rechtsstaat ausschließlich vom Charakter des die Entscheidungsgrundlage bildenden materiellen Rechts abhängen muß. Wird diese Position im Grundsatz akzeptiert, so ergeben sich für das Verfahren zur Entscheidung betriebsverfassungsrechtlicher Streitigkeiten folgende Prämissen: Begreift man, wie dies die hL tut, die Dispositionsmaxime als prozessuale Seite der Privatautonomie, welche durch deren Grenzen in ihrer Reichweite jedenfalls beschränkt wird⁹⁸⁾, so muß man angesichts der oben festgestellten Tatsache, daß privatautonomes Handeln im Betriebsverfassungsrecht nur in sehr engen Grenzen möglich erscheint, zu dem Ergebnis gelangen, daß auch der Parteiendisposition im Prozeß dort weitgehend der Boden entzogen sein muß.

Gerade diese Wechselwirkung zwischen Privatautonomie und Dispositionsmaxime macht freilich eine ausdrückliche Stellungnahme des Gesetzgebers in der Weise, daß zB bestimmte Verfügungsakte der Parteien über den Streitgegenstand unzulässig sind, entbehrlich. Eine derart verallgemeinernde Regelung wäre sogar abzulehnen, weil sonst ein Verzicht, Vergleich usw auch dann nicht vorgenommen werden könnte, wenn im Einzelfall die zugrundeliegenden Rechte disponibel sind⁹⁹⁾.

⁹⁶⁾ Vgl Röding, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens § 42; Lüke, Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 47 ff; Marx, Die Notwendigkeit und Tragweite der Untersuchungsmaxime in den Verwaltungsprozeßgesetzen 34 f.

⁹⁷⁾ Fasching, Lehrbuch 314.

⁹⁸⁾ Fasching, Lehrbuch 304; ebenso Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts², 18 ff.

⁹⁹⁾ Der durch die Nov 1979 in das dArbGG eingefügte § 83 a Abs 1, wonach die Beteiligten einen das Verfahren

Wesentlicher erscheint jedoch die Klärung der Frage, ob die von der ZPO unverändert ins ASGG übernommene Verteilung der Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen zwischen Gericht und Parteien für das Verfahren über betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten eine praktikable Lösung bedeutet oder ob nicht die stärkere Verwendung von Elementen des Untersuchungsgrundsatzes angebracht gewesen wäre.

Die Wertungen, welche den Gesetzgeber zu veranlassen pflegen, in einem bestimmten Verfahren ausschließlich (oder in erster Linie) das Gericht (die Verwaltungsbehörde) mit der Beibringung der Entscheidungsgrundlagen zu betrauen, können verschiedener Natur sein, werden aber häufig in zwei Gruppen eingeteilt¹⁰⁰⁾:

Erstens soll die Inquisitionsmaxime ein zwischen Bürger und Behörde bestehendes, sich insb in einem Informationsvorsprung letzterer manifestierendes *Machtgefälle* ausgleichen¹⁰¹⁾. Dieser, die Waffengleichheit anstrebende Gedanke spielt insb im Sozialversicherungsrecht eine große Rolle¹⁰²⁾ und war – wie den Materialien zu entnehmen ist – auch für den Gesetzgeber des ASGG dafür ausschlaggebend, daß er in § 87 Abs 1 (in der RV: § 78 Abs 1) für das *sozialgerichtliche* Verfahren die Geltung des § 183 Abs 2 ZPO ausdrücklich ausschloß und das Gericht verpflichtete, die Beweise von Amts wegen aufzunehmen¹⁰³⁾.

Zweitens soll die Verankerung des Untersuchungsgrundsatzes einem gegebenen *öffentlichen Interesse* an der objektiv-richtigen Durchführung des Verfahrens Rechnung tragen¹⁰⁴⁾.

Davon, daß gerade im Betriebsverfassungsrecht ein Informationsdefizit der Beteiligten gegenüber der Behörde bestünde, dem abzuwehren die amtswegige Klärung des Sachverhaltes dienen könnte, kann nun freilich nicht die Rede sein. Das Gegenteil, nämlich ein tendenzieller Informationsnot-

beendenden Vergleich zu schließen imstande sind, „so weit sie über den Gegenstand des Vergleiches verfügen können“, erscheint zumindest auf dem Boden der in ÖhL als „Fleißaufgabe“ des Gesetzgebers. In der BRD war die Zulässigkeit eines Vergleiches auch in solchen Angelegenheiten vor der Nov 1979 allerdings umstritten (vgl dazu Kitzelmann, Probleme des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens und Vorschläge zur Änderung einiger Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes, RdA 1976, 305).

Ob angesichts der oben festgestellten Tatsache, daß der Dispositionsgrundsatz nur die Fortwirkung der Privatautonomie auf prozessualen Gebiet verkörpert, noch von einem *Prozeßgrundsatz* gesprochen werden kann, darf hier auf sich beruhen.

¹⁰⁰⁾ Michael, Die Verteilung der objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß 40 f unterscheidet eine subjektive und eine objektive Komponente.

¹⁰¹⁾ Michael aaO 41; Marx aaO 10, 36 f.

¹⁰²⁾ Heinze, Das sozialgerichtliche Verfahren und die anderen Prozeßordnungen, SGB 1979, 193 f; Marx aaO 11, 36; vgl Bley, Sozialrecht⁵, 426, der von einem Grundsatz der „Klägerfreundlichkeit“ spricht.

¹⁰³⁾ EB RV 7 BlgNR XVI. GP 58.

¹⁰⁴⁾ Lüke, JuS 1961, 43; Fasching, Lehrbuch 313; Meyer-Ladewig, SGG² Rz 20 zu § 103; Grunsky, Grundlagen², 165.

stand der Behörde, dürfte vielmehr der Regelfall sein. Man denke nur an die insb in Großbetrieben zahlreichen BV und formlosen „innerbetrieblichen Absprachen“ bzw „freien“ BV, die sich mangels Registrierungspflicht (§ 30 Abs 3 ArbVG sieht lediglich Übermittlung an die gesetzlichen Interessenvertretungen vor) der Kenntnis einer Entscheidungsinstanz entziehen müssen, sofern sich nicht die Parteien darauf berufen. Insoweit unterscheidet sich das Betriebsverfassungsrecht grundlegend vom Sozialversicherungsrecht, wo die – bereits beängstigende – Unübersichtlichkeit primär dem Gesetzgeber anzulasten ist. Daß derselbe zumindest das prozessuale Risiko des Übersehens einer gesetzlichen Vorschrift dem Versicherten abnimmt (vgl § 82 Abs 2 bis 4 ASGG), erscheint angesichts dessen nur konsequent.

Dieses Ergebnis reicht allerdings nicht aus, die gesetzgeberische Entscheidung gegen den Untersuchungsgrundsatz gutzuheißen. Zu fragen ist nämlich, ob nicht ein „öffentliches Interesse“ am reibungslosen Funktionieren der Betriebsverfassung eine stärkere Verpflichtung des Gerichtes, von Amts wegen zu erheben, rechtfertigen könnte.

Ein Blick auf die österr Rechtsordnung zeigt, daß Verfahren mit besonderem öffentlichen (Schutz-) Interesse (wie zB Ehe- und Vaterschaftsfeststellungsverfahren) stark von der Inquisitionsmaxime beherrscht sind – und das mit gutem Grund¹⁰⁵⁾. Die gesetzgeberische Entscheidung bringt damit zum Ausdruck, daß mehr als nur Partei- bzw Beteiligteninteressen auf dem Spiel stehen¹⁰⁶⁾.

Wohl kann der Öffentlichkeit ein gewisses Interesse an einer funktionsfähigen Betriebsverfassung und damit an der Aufrechterhaltung des Friedens in den Betrieben nicht abgesprochen werden, doch ist dieses nicht entfernt zB mit der Interessenlage im Ehe- und Vaterschaftsfeststellungsverfahren vergleichbar¹⁰⁷⁾ und kann für sich jedenfalls nicht die Verankerung des Untersuchungsgrundsatzes rechtfertigen. In gleicher Weise könnte man dessen Einführung generell auch für privatrechtliche Vermögensstreitigkeiten mit der Begründung befürworten, die Wahrung des sozialen Friedens zwischen Gläubiger und Schuldner erfordere eine amtswegige Erforschung der zwischen diesen strittigen Tatsachen.

Zwei andere Argumente können mE aber für eine Abweichung von der ZPO in Richtung vermehrter Amtswegigkeit ins Treffen geführt werden: Das erste Argument liegt in der angesprochenen, weitgehend (zweiseitig) zwingenden Natur des Betriebsverfassungsrechts, welche materiellrechtlichen und nach allgemeinen Grundsätzen auch prozeßrechtlichen Verfügungen über das streitige Recht (den Streitgegenstand) wenig Spielraum läßt.

Wenn sich auch Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz begrifflich-logisch streng voneinander

unterscheiden lassen, sodaß im Verfahren kraft gesetzlicher Anordnung der eine ohne den andern gelten kann¹⁰⁸⁾, so besteht, zumindest *rechtspolitisch* betrachtet, zwischen den beiden doch ein enger Zusammenhang. Wer über sein Recht außergesetzlich verfügen kann, der sollte grundsätzlich auch für die nötigen Tatsachenbehauptungen zu sorgen haben, der sollte sein Recht auch im Verfahren „verspielen“ können¹⁰⁹⁾. Die Verhandlungsmaxime erweist sich somit als „interessengerechte prozessuale Parallele zur materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit“¹¹⁰⁾. Umgekehrt dürfen die Parteien dort, wo keine Verfügung über das Recht erlaubt ist, nicht in die Lage versetzt werden, das vom Gesetzgeber mißbilligte Ergebnis (idR den Rechtsverlust) durch entsprechenden Tatsachenvortrag doch zu erreichen¹¹¹⁾. Ein Beispiel: Räumt § 59 ArbVG jedem wahlberechtigten AN und jeder wahlwerbenden Gruppe das unverzichtbare und unübertragbare Recht auf Anfechtung der BR-Wahl ein, wenn wesentliche Bestimmungen des Wahlverfahrens oder leitende Grundsätze des Wahlrechts verletzt wurden und hierdurch das Wahlergebnis beeinflusst werden konnte, dann ist es nicht sachgerecht, wenn der gewählte BR als Bekl durch Eingeständnis der von der klagenden wahlwerbenden Gruppe vorgebrachten Behauptung, es seien keine Wahlzellen verwendet worden, dieser Anfechtung ohne Überprüfungsöglichkeit durch die Behörde zum Ziel verhelfen kann.

Genau diese letzte Überlegung spricht für eine verstärkte Berücksichtigung des Untersuchungsgrundsatzes in Betriebsverfassungssachen. Dort freilich, wo der zwingend-organisationsrechtliche Charakter des Betriebsverfassungsrechtes in den Hintergrund tritt, also in erster Linie beim Kündigungsanfechtungsverfahren, kann das Modell der ZPO gute Dienste leisten.

Das zweite Argument für eine Zurückdrängung des Verhandlungsgrundsatzes geht von ähnlichen Überlegungen aus. Gegenstand der Betriebsverfassung ist, wie erwähnt, idR die Regelung von Rechten und Rechtsverhältnissen, welche einer *Personenmehrheit* gemeinsam sind. Diese *Personenmehrheit* (Belegschaft) ist als solche allerdings rechts- und geschäftsunfähig und wird von gewählten Organen, den BR, repräsentiert. Das österr ArbVG kennt nur ganz ausnahmsweise individuelle (An-

¹⁰⁸⁾ Grunsky, Grundlagen², 167 und FN 6.

¹⁰⁹⁾ Grunsky, Grundlagen², 20, 166; ähnliche Überlegungen bei Runggaldier, Sozialvergleich 111; vgl auch Lang, Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArchiv 52 (1961) 75 f, 79 ff, 195, der bereits de lege lata für eine Gleichschaltung von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz plädiert. Daß in einem solchen Fall ein nach dem Untersuchungsgrundsatz verlangendes „öffentliches Interesse“ regelmäßig nicht bestehen dürfte, ist einsichtig.

¹¹⁰⁾ Grunsky, Grundlagen², 20 f; so schon Blomeyer, Zivilprozeßrecht (1963) § 14 II 2; vgl auch H. Schima, Verfahrensgegenstand und Verfahrensgestaltung, FS v Hippel 472.

¹¹¹⁾ Grunsky, Grundlagen², 164, 166.

¹⁰⁵⁾ Fasching, Lehrbuch 313.

¹⁰⁶⁾ Marx aaO 8.

¹⁰⁷⁾ Zu dieser vgl Fasching, Lehrbuch 1032, 1041, 1051 f.

trags- und Beteiligungs-)Rechte einzelner AN oder AN-Gruppen (vgl zB §§ 34 Abs 3, 35 Abs 3, 59 Abs 1). Das Agieren dieser Organe kann bei den einzelnen AN teilweise massive Vor-, aber auch Nachteile eintreten lassen, ohne daß sie vom Recht in die Lage versetzt werden, *unmittelbar* darauf zu reagieren¹¹²⁾. Die amtswegige Erforschung des „objektiv-wahren“ Sachverhaltes könnte angesichts dieser Konstellation die Aufgabe einer gerichtlichen Mißbrauchskontrolle erfüllen und wäre notwendiges Korrelat zur weitgehenden Repräsentationsbefugnis des BR.

Demgegenüber ist zu befürchten, daß die ausschließliche (oder überwiegende) Zuweisung der Sachverhaltsfeststellung an zwei vor Gericht auftretende Parteien in Streitigkeiten, in denen es uU um die Arbeitsplätze und damit Existenz Hunderter geht¹¹³⁾, den an ein sachgerechtes Verfahren in Angelegenheiten der Betriebsverfassung zu stellenden Ansprüchen nicht ganz gerecht zu werden vermag.

Konkret betrachtet, wäre als Mindestmaßnahme der Ausschluß des § 183 Abs 2 ZPO zu fordern¹¹⁴⁾, da diese auf den typischen Zweiparteienprozeß zugeschnittene Bestimmung dort Mißbrauchsmöglichkeiten eröffnet, wo (zumindest auf einer Seite) die Interessen von am Prozeß selbst nicht beteiligten Personen wahrgenommen werden sollen. Gleiches muß für die §§ 266, 267 ZPO betreffend die Bindung des Gerichts an ausdrücklich zugestandene Tatsachen gelten, weil durch Außerstreitstellung eines bestimmten Sachverhaltes dasselbe Ergebnis erzielt werden kann wie durch einvernehmliche Verhinderung einer bestimmten Beweisaufnahme.

Darüber hinaus würden es die geäußerten Überlegungen aber mE rechtfertigen, für den Kernbereich betriebsverfassungsrechtlicher Streitigkeiten, ähnlich wie in § 87 ASGG für das sozialgerichtliche Verfahren, den Grundsatz amtswegiger Wahrheitsfindung - mit dem im Interesse einer möglichst raschen Entscheidung gebotenen Abweichungen - einzuführen. Darin läge keineswegs - um ein Wort *Spielbüchlers* zu verwenden - eine „Zähmung der Räte“, sondern vielmehr das Bemühen des Gesetzgebers, im Interesse der Richtigkeitsgewähr eines Verfahrens, welches für einen größeren Personenkreis von rechtlichem und wirtschaftlichem Interesse ist, den Prozeßparteien nicht die alleinige Initiative zu überlassen¹¹⁵⁾.

Daß in diesem Fall die Parteien nicht ihrer *Mitwirkungspflicht* enthoben wären, kann keinem

¹¹²⁾ Die Enthebung durch die Betriebs(gruppen-)versammlung gem § 62 Z 3 ArbVG ist dafür kein taugliches, weil zu inflexibles Mittel. Anderes gilt freilich dann, wenn der einzelne AN die Verletzung eines ihm individuell zustehenden Rechts (zB Persönlichkeitsrecht) geltend machen kann. Dann handelt es sich aber idR nicht mehr um eine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit.

¹¹³⁾ Man denke zB an den Abschluß eines Sozialplans iSd §§ 97 Abs 1 Z 4 bzw 109 Abs 3 ArbVG.

¹¹⁴⁾ So bereits *Helbling*, Gutachten 2. ÖJT 63.

¹¹⁵⁾ Über das „Ob“ eines Verfahrens hätten ebenso wie über das „Worüber“ (§ 405 ZPO!) auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes die Parteien zu entscheiden.

Zweifel unterliegen. Diese sich aus der Natur des Verfahrens ergebende und demnach abgestufte Verpflichtung¹¹⁶⁾ begrenzt, wie erwähnt, den Untersuchungsgrundsatz insoweit, als idR der Parteienvortrag der Behörde die Basisinformation für eine Sachverhaltserforschung liefert und diese daher grundsätzlich nicht gehalten ist, allen denkbaren Möglichkeiten nachzugehen, insbesondere, wenn sich auch aus den Akten keine weiteren Anhaltspunkte ergeben¹¹⁷⁾.

Ein Vorbehalt ist hier allerdings anzubringen, will man nicht die Unterschiede zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz verwischen: Der Parteienvortrag bildet keineswegs die alleinige (und absolute) Grenze des Untersuchungsgrundsatzes. Die Behörde muß vielmehr selbst dann bestimmte Nachforschungen anstellen, wenn zwar nicht das Vorbringen des Kl (Bekl), wohl aber die *Lebenserfahrung* solche nahelegt. Ein Beispiel: Selbst wenn keine der Parteien ihre Geltung behauptet, hätte das Gericht zu erfragen, ob in einer für das Verfahren relevanten Angelegenheit eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen wurde, weil derartiges zumindest in größeren Betrieben nicht unwahrscheinlich ist¹¹⁸⁾. Es darf freilich nicht übersehen werden, daß schon eine Besinnung der Praxis auf die ihr von der ZPO gegebenen Möglichkeiten zur amtswegigen Wahrheitserforschung uU Abhilfe schaffen könnte¹¹⁹⁾.

Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes würde die Parteien lediglich von der sie sonst treffenden *Behauptungslast* sowie von der Verpflichtung befreien, die für ihre Behauptungen erforderlichen Beweismittel anzugeben („subjektive Beweislast“), sofern nicht die - in Betriebsverfassungssachen allerdings aufgrund des bestehenden Informationsvorsprunges der Beteiligten gegenüber dem Gericht und der privatrechtlichen Natur der Materie (siehe oben IV 1 a) eher *weit* auszuliegende - Mitwirkungspflicht eingreift; sie würde aber auf keinen Fall verhindern, daß die Nichterweislichkeit eines bestimmten Sachverhaltes (non liquet) letztlich zu

¹¹⁶⁾ § 83 Abs 1, 2. Satz dArbGG normiert für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren ausdrücklich, daß „die am Verfahren Beteiligten ... an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken“ (hätten); vgl dazu *Grunsky*, ArbGG³ Rz 3 f zu § 83; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 47 f.

¹¹⁷⁾ Vgl *Haueisen*, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten, NJW 1966, 764 f mwN; *Baltzer*, Prozeßgegenstand, Streitgegenstand und Klagebegehren im Steuerprozeß, NJW 1966, 1340; *denselben*, Grenzen der Sachaufklärung durch das Finanzgericht, NJW 1967, 1551; *Kopp*, VwGO⁷ Rz 11 ff zu § 86 mwN; *Meyer-Ladewig*, SGG² Rz 13 ff (16) zu § 103; *Lüke*, JuS 1961, 590 f; die drei letztgenannten Autoren sprechen in einem solchen Fall von einer „Verringerung der Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Gerichts“ (*Meyer-Ladewig, Kopp*) bzw von einer „Abschwächung der Untersuchungspflicht“ (*Lüke*).

¹¹⁸⁾ So schon zur alten Rechtslage *Strasser* in ArbVG Handkomm 944; ebenso Arb 5648.

¹¹⁹⁾ Vgl *Fasching*, Lehrbuch 315 und die dort zitierte Judikatur.

Lasten jener Partei geht, die dafür (materiell-rechtlich) beweispflichtig ist (sog „objektive Beweislast“)¹²⁰⁾.

Durchaus nicht übersehen werden soll in diesem Zusammenhang, daß die Tendenz in der BRD in letzter Zeit in Richtung vermehrter Parteiendisposition ging und geht. Dies erklärt sich allerdings aus der gegenüber Österreich völlig anderen Ausgangslage. Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung werden in der BRD nämlich seit 1953¹²¹⁾ im sog „Beschlußverfahren“ ausgetragen, welches als eigene, überwiegend von Officialmaxime und Untersuchungsgrundsatz beherrschte Verfahrensart dem Urteilsverfahren gegenübergestellt ist¹²²⁾. Wenn auch die Schaffung einer eigenen Verfahrensart für betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten in

der BRD rechtspolitisch umstritten ist¹²³⁾, so anerkennt doch die hL dort durchaus, daß die gravierenden Unterschiede zwischen Arbeitsvertragsrecht und Betriebsverfassungsrecht jedenfalls Unterschiede im betreffenden Verfahren erfordern¹²⁴⁾.

Durch die sog „Beschleunigungsnovelle“ 1979¹²⁵⁾ wurden die Dispositionsbefugnisse der Beteiligten insb im Beschlußverfahren zT erheblich erweitert (zB durch die Möglichkeit der Antragsrücknahme in allen Instanzen, der Antragsänderung auch noch im Beschwerdeverfahren sowie der durch § 83a dArbGG geschaffenen Möglichkeit, einen prozeßbedingenden Vergleich zu schließen, sofern die Parteien über den Gegenstand des Vergleiches verfügen können); am Gesamtbild des Beschlußverfahrens als einer am ehesten dem Außerstreitverfahren vergleichbaren Prozeßart¹²⁶⁾ vermochten aber auch diese durchaus nicht mit der hier vertretenen Auffassung in Widerspruch stehenden Novellierungen nichts zu ändern.

Nach alledem muß festgestellt werden, daß das vom Gesetzgeber des ASGG gewählte Modell für betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten *strukturell problematisch* und der Praxis Schwierigkeiten zu bereiten geeignet ist¹²⁷⁾. Im folgenden soll, von dieser Ansicht ausgehend, einigen ausgewählten Problemen nachgegangen werden. Den Schwerpunkt wird dabei neben einer kritischen Untersuchung des für betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten seit 1. 1. 1987 geltenden Parteiensystems der ZPO die Erörterung der Wirkungen betriebsverfassungsrechtlicher Urteile bilden.

(Schluß folgt!)

¹²⁰⁾ Fasching, Lehrbuch 417 ff (420); Grunsky, ArbGG⁵ Rz 7 zu § 83, vgl auch Rz 17 zu § 58; Meyer-Ladewig, SGG² Rz 19 zu § 103; Lent-Jauernig²¹ aaO 182; Prütting aaO 20, 24 ff, 47 f; unzutreffend Dietz-Nikisch, ArbGG Rz 34 zu § 83, welche aus der amtswegigen Erforschung des Sachverhalts folgern, es gäbe im Beschlußverfahren weder eine Behauptungs- noch eine Beweislast, in Rz 36 zu § 83 aber ganz offensichtlich die Existenz der objektiven Beweislast bejahen.

¹²¹⁾ Das Beschlußverfahren war schon im dArbGG 1926 verankert; unter der Herrschaft des Nationalsozialismus wurde es, wie das kollektive Arbeitsrecht im allgemeinen, beseitigt, durch das vom Kontrollrat erlassene ArbGG 1946 nicht übernommen und schließlich durch das ArbGG 1953 wieder eingeführt; vgl Kaufmann, Die neue Regelung der Arbeitsgerichtsbarkeit auf Grund des deutschen Arbeitsgerichtsgesetzes, DRdA 1954 (12./13. H.) 4 ff.

¹²²⁾ Hinsichtlich des Untersuchungsgrundsatzes war dies stets hM (vgl Dietz-Nikisch, ArbGG Rz 34 zu § 83) und ist seit der Nov 1979 auch ausdrücklich in § 83 Abs 1, 1. Satz dArbGG festgelegt; vgl Grunsky, ArbGG⁵ Rz 2 ff zu § 83; Körnich aaO 94 ff. Was die Officialmaxime betrifft, so ist dies keineswegs unbestritten. Fenn, Dispositions- oder Officialmaxime im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren, FS Schiedermaier 117 ff; derselbe, Effektiver Gestaltung des Beschlußverfahrens, FS 25 Jahre BAG 95 und ihm folgend Grunsky, ArbGG⁵ Rz 24 ff zu § 80 vertreten zB die Ansicht, das Beschlußverfahren sei weitgehend vom Dispositionsgrundsatz beherrscht, was sich insb darin äußere, daß es nur auf Antrag durchzuführen sei (ähnlich auch Auffahrt, Neuerungen im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren, FS G. Müller 5). Seit der Nov 1979 wird man – va im Hinblick auf den neueingefügten § 83 a dArbGG – dieser Ansicht uU zustimmen können. Die Streitfrage ist (zumindest für Österreich) in Anbetracht des aufgezeigten Verhältnisses von Privatautonomie und Dispositionsgrundsatz (vgl FN 99) allerdings mehr akademischer Natur.

¹²³⁾ Grunsky, ArbGG⁵ Rz 5 zu § 80 bezeichnet die Schaffung eines besonderen Beschlußverfahrens als „rechtspolitisch verfehlt“.

¹²⁴⁾ So auch Grunsky ebenda; vgl weiters Dietz-Nikisch, ArbGG Rz 1 ff vor § 80; G. Müller, Zur Arbeitsgerichtsbarkeit in der BRD, DRdA 1952 (Aug) 3; Körnich aaO 111 f.

¹²⁵⁾ Vgl dazu Auffahrt, FS G. Müller 3 ff; Stahlhacke, Das Gesetz zur Beschleunigung und Bereinigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, RdA 1979, 401 ff; Fenn, FS 25 Jahre BAG 91 ff.

¹²⁶⁾ Körnich aaO 31 ff; ähnlich Zöllner, Arbeitsrecht⁴, 502.

¹²⁷⁾ Wenn Machacek, Struktur und Funktionen einer zu schaffenden Sozialgerichtsbarkeit, FS Floretta 723 unter „Struktur“ einer Gerichtsbarkeit die „Grundsätze der Organisation und des Verfahrens“ versteht, so kann ihm daher nicht darin zugestimmt werden, daß den von den Verfassern (der RV) „gewählten Strukturen kaum widersprochen werden“ (könne) (Machacek aaO 732, vgl auch 736).