

Zustimmungsrechte des Betriebsrates nach dem „KVI“ rechtsunwirksam Eine Anmerkung zu OGH 15. 9. 1994, 8 Ob A 276/94

Von RA Dr. Georg Schima, Wien

1. Problemstellung

Mit Erk vom 15. 9. 1994, 8 Ob A 276/94¹⁾ hat der OGH verschiedene Bestimmungen des Kollektivvertrages für Angestellte der Versicherungsunternehmen, Innendienst (im folgenden „KVI“), wegen Überschreitens der kollektivvertraglichen Regelungsmacht als rechtsunwirksam qualifiziert.

Gemeinsam ist diesen Bestimmungen, daß sie dem Betriebsrat unter gewissen Voraussetzungen ein – mehr oder weniger abgestuftes und letztlich durch die Entscheidung eines „Schiedsmannes“ überspielbares – Zustimmungsrecht bei der Kündigung definitiver Angestellter einräumen.

Im Rahmen der nachstehenden Ausführungen soll die genannte E des OGH kritisch beleuchtet werden. Auch einige rechtspolitische Anmerkungen sind angebracht.

2. Die OGH-Entscheidung vom 15. September 1994

Das Höchstgericht hatte sich mit der auf Feststellung des aufrechten Bestandes des Dienstverhältnisses gerichteten Klage eines Innendienstangestellten einer Versicherungs-Aktiengesellschaft zu befassen, die damit begründet wurde, daß die beklagte Versicherungs-Aktiengesellschaft eine etwa fünf Monate dauernde, betriebsratslose Phase (der Betriebsrat war zurückgetreten) „genützt“ und das Dienstverhältnis des Klägers unter Berufung auf § 33 Abs 7 KVI, in eventu gem § 33 Abs 9 KVI, aufgekündigt hatte.

Nach § 33 Abs 7 KVI kann das Dienstverhältnis von Angestellten, die aufgrund ihres Lebensalters ohne Nachweis der Berufsunfähigkeit Anspruch auf eine Alterspension aus der gesetzlichen Sozialversicherung hätten, „von der Direktion im Einvernehmen mit dem Betriebsrat“ oder vom Angestellten zum Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gelöst werden²⁾.

Nach einer – auszugsweisen – Wiedergabe verschiedener Bestimmungen des KVI³⁾ setzte sich der OGH mit

dem von der beklagten Versicherungsgesellschaft in der Revision geltend gemachten Argument auseinander, die in § 33 Abs 7 und 9 KVI normierten Zustimmungsrechte des Betriebsrates seien eine unzulässige Erweiterung der im 2. Teil des ArbVG zwingend festgelegten Mitwirkungsrechte des Betriebsrates. Zunächst führte der OGH unter Bezugnahme auf seine E vom 17. Februar 1987⁴⁾ aus, daß gegen ein kollektivvertraglich verankertes Beratungsrecht des Betriebsrates vor Ausspruch einer Kündigung nichts einzuwenden sei, weil § 105 Abs 2 ArbVG ein solches Beratungsrecht selbst vorsehe und der Kollektivvertrag damit die gesetzliche Regelung wiederhole. Insoweit passe die Kritik von *Jabornegg*⁵⁾ an der zitierten E nicht auf den gegenständlichen Fall, weil sich diese Kritik auf § 106 ArbVG und die Beschränkung des Entlassungsrechtes des Arbeitgebers beziehe.

Nicht so gnädig verfuhr der OGH mit der Vorschrift des § 19 Abs 2 KVI, wonach in Fällen, in denen nach den Bestimmungen des KVI das Einvernehmen zwischen Direktion und Betriebsrat erforderlich ist und wo ein solches Einvernehmen nicht hergestellt werden kann, der Vorsitzende des Aufsichtsrates oder ein von ihm bestimmtes Mitglied des Aufsichtsrates, bei ausländischen Unternehmen ein am Sitz der inländischen Hauptniederlassung entscheidender Delegierter, der jedoch nicht der österreichischen Direktion des ausländischen Unternehmens angehören darf, endgültig entscheidet. Diese Regelung gilt auch für den Fall der Nichteinigung nach § 33 Abs 7 KVI; bloß § 33 Abs 9 KVI, auf den sich die beklIP im vorliegenden Fall hilfsweise stützte, kennt eine davon abweichende Konfliktregelung, nämlich die Entscheidung durch einen vom Präsidenten des Verbandes der Versicherungsunternehmen Österreichs und vom Obmann der Sektion Versicherung der Gewerkschaft der Privatangestellten des österreichischen Gewerkschaftsbundes gemeinsam bestellten Schiedsmann, der im Falle der Nichteinigung über seine Person auf Antrag einer der beiden Parteien vom Präsidenten des örtlich zuständigen Landesgerichtes für Zivilrechtssachen zu bestellen ist.

§ 19 Abs 2 KVI wurde vom OGH gleich aus zwei Gründen als nichtig beurteilt. Einerseits erblickte das Höchstgericht darin eine gem § 74 Abs 2 AktG „unzulässige Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes im Außenverhältnis gegenüber den Angestellten des Unternehmens“, und andererseits verstoße – so das Höchstgericht – die Bestimmung gegen absolut zwingendes Betriebsverfassungsrecht, weil eine Konfliktentschei-

¹⁾ Abgedruckt in diesem Heft und in *ecolex* 1994, 831 f m Anm v *Hainz*.

²⁾ Der Entfall einer Kündigungsfrist für die Dienstgeberkündigung wird aus der Sicht des Angestellten allerdings dadurch mehr als aufgewogen, daß dem Angestellten gem § 33 Abs 7, letzter Satz KVI neben der gesetzlichen eine weitere Abfertigung in der Höhe der auf die Kündigungsfrist entfallenden Bezüge gebührt. In der Vorschrift ist daher ein Privileg für den Mitarbeiter enthalten, weil dieser finanziell wie bei einer Kündigung mit Einhaltung einer Kündigungsfrist gestellt, zusätzlich aber von seiner Arbeitspflicht während der Kündigungsfrist entbunden wird. Die Bestimmung ist mE geradezu symptomatisch für den – diese wertende Bemerkung sei dem Verfasser gestattet – überzogenen „Versorgungsgrad“ des KVI, der sich für die Unternehmungen gerade im gemeinsamen Markt noch nachteilig auswirken dürfte.

³⁾ Es sind dies die §§ 4 Abs 1 und 2, § 17 Abs 4 und 5, § 19 Abs 1 bis 4, § 23 Abs 2 Z 4, § 33 Abs 4 bis 9, § 34 Abs 1 bis 3, § 35 Abs 1 bis 3.

⁴⁾ DRdA 1990, 117 ff m abl Anm v *Jabornegg*.

⁵⁾ DRdA 1990, 120 ff.

dung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden nicht als Regelung der gegenseitigen, aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und Arbeitnehmers iSd § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG angesehen werden könne und die Mitwirkungsrechte der Belegschaft als Bestandteil des Betriebsverfassungsrechts gesetzlich abschließend und absolut zwingend geregelt und schon dadurch grundsätzlich der Gestaltung durch Kollektivvertrag entzogen seien.⁹⁾ Auch die spezielle Schiedsmannregelung in § 33 Abs 9 KVI akzeptierte der OGH nicht, weil – so das Höchstgericht – zwar die Ausübung des Kündigungsrechtes des Dienstgebers nicht – wie in der E vom 17. 3. 1993⁷⁾ – nur an die Zustimmung des Betriebsrates gebunden sei, die Wirkung der in § 105 ArbVG vorgesehenen Stellungnahme des Betriebsrates durch die kollektivvertraglich vorgesehene Bindung des Arbeitgebers an den Spruch eines Schiedsmannes für den Fall der nicht ausdrücklichen Zustimmung des Betriebsrates aber „*erheblich verstärkt*“ und damit die zweiseitig zwingende Wirkung betriebsverfassungsrechtlicher Normen ignoriert werde.

Abschließend daran untersuchte der OGH – in gliederungsmaßig ein wenig verwirrender Weise –, ob die Schiedsmannregelung des § 33 Abs 9 KVI von der Regelungsbefugnis der Kollektivvertragsparteien umfaßt sei. Wenngleich die hL und Rsp Zwangsschlichtungsklauseln als zulässigen Inhalt von Kollektivverträgen betrachte, werde durch § 33 Abs 9 KVI nicht „*eine einvernehmliche Beilegung eines Streites über Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis*“ herbeigeführt, sondern vielmehr ein „*Konflikt zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über die Ausübung des Kündigungsrechtes*“ entschieden. Eine derartige Klausel könne nicht als Regelung der gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und Arbeitnehmers iSd § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG angesehen werden und sei auch nicht typischer Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages.

Abschließend ging der OGH der Frage nach der Reichweite der Nichtigkeit der angeführten Bestimmungen nach, wobei er ausdrücklich die zu § 33 Abs 7 und 9 angestellten Erwägungen auch auf die Kündigungsgründe in den §§ 34 und 35 KVI bezog. Ob es zur Total- oder zur Teilnichtigkeit komme, hänge vom hypothetischen Parteiwillen ab, der durch Vertragsauslegung zu ermitteln sei. Hierbei seien die Kündigungsbestimmungen des KVI „*als notwendiges Gegenstück zur grundsätzlichen Einschränkung des Kündigungsrechtes des Dienstgebers bezüglich definitiv Angestellter durch den KVI anzusehen*“. Es könne davon ausgegangen werden, daß die Arbeitgeberseite den kollektivvertraglichen Kündigungsschutz nur unter der Voraussetzung zugestanden habe, daß ihr die Kündigungsmöglichkeit in den ihr aus personenbezogenen oder betrieblichen Gründen als erforder-

lich erachteten Fällen gewahrt bliebe. Würde man die Grenzen der Nichtigkeit so weit ziehen, daß die im KVI bei definitiven Angestellten vorgesehenen Kündigungsmöglichkeiten völlig entfielen, wäre damit „*die Gültigkeit des kollektivvertraglichen Kündigungsschutzes insgesamt in Frage gestellt, da der Arbeitgeberseite nicht unterstellt werden kann, dem Definitivum auch ohne Einräumung dieser wesentlichen Kündigungsmöglichkeiten zugestimmt zu haben.*“

Aus Arbeitnehmersicht erschiene die Aufrechterhaltung des Definitivums unter Einräumung bestimmter Kündigungsgründe auch ohne Beibehaltung der Zustimmungsrechte der dem Betriebsrat, Aufsichtsratsvorsitzenden oder einem Schiedsmann durch Kollektivvertrag eingeräumten Mitwirkungsrechte noch immer als günstiger als der völlige Entfall des Definitivums.

3. Kritische Würdigung der Entscheidung

3.1. Vorhersehbarkeit der Entscheidung

Das gegenständliche Erkenntnis kam nicht überraschend⁸⁾, hinterläßt aber einen etwas zwiespältigen Eindruck, wobei die Kritik sich teilweise gegen die rechtsdogmatische Begründung richtet und teilweise rechtspolitischer Natur ist.

Nicht überraschend gekommen ist die E des OGH deshalb, weil zumindest ihr *Ergebnis* nach Vorliegen der E vom 17. März 1993⁹⁾ klar vorherzusehen war.¹⁰⁾ Nachdem der OGH schon davor – im Einklang mit dem Schrifttum – betriebsverfassungsrechtlichen Normen in Kollektivverträgen sehr kritisch gegenübergestanden war, lehnte er in der E vom 17. März 1993¹¹⁾ auch die in der Lehre teilweise vertretene, vermittelnde Auffassung¹²⁾ ab, wonach zwar grundsätzlich – außerhalb der §§ 2 Abs 2 Z 5 und 6 sowie § 29 ArbVG – betriebsverfassungsrechtliche Normen in Kollektivverträgen nicht enthalten sein könnten, dies jedoch hinsichtlich der Schaffung personeller Mitwirkungsrechte nicht gelte, sofern diese „*als Bedingung für die Wirksamkeit einer arbeitsvertraglichen Gestaltung*“¹³⁾ aufgefaßt werden könnten und primär darauf abzielten, dem einzelnen Arbeitnehmer einen individuellen arbeitsvertraglichen Anspruch zu verschaffen. Im Erk vom 17. März 1993

⁸⁾ Der Verfasser machte in einer am 6. 4. 1994, also etwa fünf Monate vor Fällung der OGH-E, beim OLG Wien eingebrachten Berufung die Teilnichtigkeit von Bestimmungen des § 34 KVI geltend.

⁹⁾ DRdA 1994, 38 ff mit Anm v Jabornegg = WBI 1993, 292 ff.

¹⁰⁾ Spätestens nach der E vom 15. 9. 1994 sollte sich daher auch bei allen Unterinstanzen herumgesprochen haben, daß der OGH die Einräumung jeglicher Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrates durch Kollektivvertrag als unwirksam qualifiziert. Zur Ehrenrettung zumindest der 1. Instanz im Verfahren 8 Ob A 276/94 muß freilich gesagt werden, daß im Zeitpunkt der Fällung des Urteiles des ASG Wien (22. 6. 1993) die E des OGH vom 17. 3. 1993 zwar schon ergangen, jedenfalls aber noch nicht veröffentlicht worden war.

¹¹⁾ DRdA 1994, 38 ff mAnm v Jabornegg = WBI 1993, 292 ff.

¹²⁾ Vgl zB Strasser, in ArbVG HandKomm 576 f; Firlei, Mitbestimmung durch Inhaltsnormen?, FS Floretta 469 ff, 479 ff.

¹³⁾ So Strasser, in ArbVG HandKomm 576.

⁹⁾ Diesbezüglich bezog sich der OGH insbesondere auf die Auffassung von Jabornegg (Absolut zwingendes Arbeitsverfassungsrecht, FS Strasser [1983], 367 ff, 379 f, 383 f und Grenzen kollektivvertraglicher Rechtsetzung und richterliche Kontrolle, JBI 1990, 205 ff, 210 f); weiters auf Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht II 62 f, sowie auf eigene Vorjudikatur (vgl OGH 17. 3. 1993, DRdA 1994, 38 ff mAnm v Jabornegg = WBI 1993, 292 ff).

⁷⁾ DRdA 1994, 38 ff = WBI 1993, 292 ff.

schloß sich der OGH vielmehr der insbesondere von Mayer-Maly/Marhold¹⁴⁾ und Jabornegg¹⁵⁾ vertretenen Ansicht an, wonach die Zulassung personeller Mitwirkungsbefugnisse in Kollektivverträgen den „Grundsatz umgehe“, daß die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung durch Kollektivvertrag nicht geändert werden könne.

Es war daher nur logisch konsequent, daß der OGH zum Ergebnis der Nichtigkeit jener im KVI zahlreich vorhandenen Bestimmungen gelangte, in denen dem Betriebsrat ein Zustimmungsrecht bei arbeitsvertraglichen Gestaltungen, zB bei der Anordnung von Überstunden oder dem Ausspruch der Kündigung¹⁶⁾, eingeräumt wird.¹⁷⁾

In der folgenden inhaltlichen Auseinandersetzung mit der E des OGH vom 15. September 1994 soll – schon aus Raumgründen – nicht nochmals erschöpfend die Frage aufgerollt werden, ob denn nicht doch – im Sinne Strassers und Firleis – personelle Mitwirkungsbefugnisse konstruktiv als Inhaltsnormen gedeutet werden könnten, oder ob die vom Höchstgericht – im Anschluß an Marhold und Jabornegg – vertretene These, dies sei eine unzulässige „Umgehung“ des Verbots betriebsverfassungsrechtlicher Normen in Kollektivverträgen, richtig ist.¹⁸⁾ Jener Auffassung, der sich der OGH nunmehr bereits zum zweitenmal angeschlossen hat, kann eine gewisse logisch-dogmatische Stringenz nicht abgesprochen werden; daß sie zu nicht sehr stimmigen und einem betriebsverfassungsrechtlichen Laien wohl unbegreiflichen Ergebnissen führt, soll unten (4.) im Rahmen rechtspolitischer Anmerkungen näher erläutert werden.

3.2. Kollektivvertragliche Beratungsrechte des Betriebsrates bei Kündigungen

Nicht ganz nachzuvollziehen ist zunächst, warum der OGH sich eingangs seiner rechtlichen Begründung mit der Frage der kollektivvertraglichen Verankerung bloßer Beratungsrechte befaßte und herauszuarbeiten versuchte, daß die Kritik Jaborneggs¹⁹⁾ auf den gegenständlichen Fall nicht passe, weil § 105 ArbVG – anders als § 106 ArbVG – ein Beratungsrecht des Betriebsrates ohnehin kenne. Nicht leicht begreiflich sind die diesbezüglichen Ausführungen in der E aus zwei Gründen: Einerseits hatte der OGH im Anlaßfall keinerlei Regelung (im KVI) zu prüfen, die dem Betriebsrat ein bloßes Beratungsrecht

einträumt, und andererseits – dies wiegt schwerer – sind die Ausführungen auch inhaltlich mE nicht zutreffend und harmonieren – wenn man sie wörtlich nimmt – im übrigen nicht mit dem restlichen Teil der Entscheidungsbegründung. Jabornegg²⁰⁾ wendete sich in seiner Kritik an der E des OGH vom 17. Februar 1987²¹⁾ ja dagegen, daß der OGH keine Einwände gegen ein kollektivvertraglich verankertes Beratungsrecht des Betriebsrates als *Bedingung für die Wirksamkeit einer Entlassung* äußerte. Insofern ist der Verweis des OGH auf § 105 ArbVG verfehlt, weil dessen Abs 2 dem Betriebsrat zwar auf sein Verlangen ein Beratungsrecht gibt, die *Wirksamkeit* der Kündigung aber unstrittigerweise nur von der *Verständigung* gem § 105 Abs 1 ArbVG abhängt. Liest man die Ausführungen des OGH im Zusammenhang mit der Verankerung kollektivvertraglicher Beratungsrechte des Betriebsrates isoliert, könnte man den Eindruck gewinnen, das Höchstgericht habe – wegen § 105 ArbVG – gegen ein kollektivvertragliches Beratungsrecht des Betriebsrates als *Wirksamkeitserfordernis* einer Kündigung nichts einzuwenden; dies steht aber mit den weiteren Ausführungen des OGH (dazu unten) in unlösbarem Widerspruch, weil der OGH zB § 33 Abs 9 KVI u.a. deshalb die Gültigkeit abspricht, weil dadurch „die Wirkung der im § 105 ArbVG vorgesehenen *Stellungnahme des Betriebsrates durch die Bindung des Arbeitgebers an den Spruch eines Schiedsmannes für den Fall der nicht ausdrücklichen Zustimmung des Betriebsrates erheblich verstärkt*“ werde.

3.3. § 19 KVI als Verstoß gegen § 74 Abs 2 AktG?

Noch problematischer sind freilich die Ausführungen des OGH betreffend die Unvereinbarkeit des § 19 Abs 2 KVI mit aktienrechtlichen Vorschriften. Richtig ist und noch kaum bezweifelt wurde, daß die Vertretungsmacht des Vorstandes einer AG – von speziellen aktienrechtlichen Vorschriften abgesehen – unbeschränkbar ist (§ 74 Abs 2 AktG).²²⁾ Wenn der OGH meint, bei den in § 19 Abs 2 KVI enthaltenen Entscheidungsbefugnissen des Aufsichtsratsvorsitzenden handle es sich „*nicht bloß um eine allenfalls mit § 95 Abs 5 AktG vereinbare Beschränkung der – nur das Innenverhältnis ... betreffenden Geschäftsführung des Vorstandes, ... sondern um eine gem § 74 Abs 2 AktG unzulässige Beschränkung der Vertretungsbefugnis*“, so ist dem folgendes entgegenzuhalten: Eine „*Vereinbarkeit*“ mit § 95 Abs 5 AktG könnte § 19 KVI bei der vom OGH angewendeten aktienrechtlichen Sichtweise nicht „retten“, weil die zitierte Gesetzesbestimmung keinerlei Raum für eine *durch Kollektivvertrag begründete* Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes bietet, sondern § 95

¹⁴⁾ Arbeitsrecht II 62.

¹⁵⁾ JBl 1990, 205 ff.

¹⁶⁾ Vgl die Hinweise von Hainz, *ecolex* 1994, 832.

¹⁷⁾ Auch der Kollektivvertrag für Angestellte der Versicherungsunternehmen, Außendienst (KVA), enthält solche als nichtig zu betrachtende Normen (vgl zB § 1 Abs 2 KVA, der hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des Kollektivvertrages zunächst das Einvernehmen zwischen Direktion und Betriebsrat verlangt und bei Nichteinigung den Vorsitzenden des Aufsichtsrates oder ein von diesem bestimmtes Aufsichtsratsmitglied entscheiden läßt; weiters § 7 KVA, wonach die von der Direktion schriftlich erteilte Zustimmung zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung des Angestellten nur im Einvernehmen mit dem Betriebsrat widerrufen werden kann).

¹⁸⁾ Gewisse Kritik an der These des OGH ist allerdings angebracht (vgl unten 3.4.)

¹⁹⁾ DRdA 1990, 120 ff.

²⁰⁾ DRdA 1990, 120 ff.

²¹⁾ RdW 1987, 300 = WBl 1987, 166 = Arb 10606 = DRdA 1990, 117 ff mit Anm v Jabornegg (vgl auch die Anm v Löffler, DRdA 1988, 65, der im Ergebnis dieselbe Kritik wie Jabornegg äußerte).

²²⁾ Der Verweis des OGH auf Strasser (in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ Rz 41 und 82 zu §§ 95 bis 97) ist allerdings nicht ganz präzise, weil der Autor in der zweitgenannten Rz darauf hinweist, daß die Bestimmung des § 97 AktG zwingend ist.

Abs 5, letzter Satz AktG eine Erweiterung des in § 95 Abs 5 Z 1 bis 10 AktG angeführten Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte und Maßnahmen ausschließlich der Satzung oder dem Aufsichtsrat – letzterem als ganzem und nicht bloß dem Vorsitzenden – vorbehält.

Abgesehen davon fehlt aber für die Behauptung, es handle sich bei § 19 Abs 2 iVm Abs 4²³⁾ um eine unzulässige Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes, ein schlüssiger Beweis. Abgesehen davon, daß eine den Vorstand an bestimmte Entscheidungen Dritter „bindende“²⁴⁾ Regelung – eben wegen § 74 Abs 2 AktG – zumindest im Zweifel als bloß die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis beschränkende Maßnahme gedeutet werden muß, dürfte sich der OGH durch die – in einem KollV in der Tat sehr ungewöhnliche – Übertragung von Befugnissen an den Aufsichtsratsvorsitzenden verwirren und ohne zwingenden Anlaß auf eine aktienrechtliche Begründungsebene leiten haben lassen.

Sieht man die Dinge so, wie der OGH dies in bezug auf § 19 Abs 2 und 4 KVI tut, dann müßten nämlich – abgesehen von den auf § 2 Abs 2 ArbVG gestützten Bedenken – rein aktienrechtliche Einwände auch gegen die Wirksamkeit des § 33 Abs 9 KVI ins Treffen geführt werden. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes kann in keinem Fall davon abhängen, ob der Vorstand an die Entscheidung eines anderen aktienrechtlichen Organs, zB des Aufsichtsrates oder seines Vorsitzenden, oder ob er an die Entscheidung eines außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten – so zB des in § 33 Abs 9 KVI vorgesehenen Schiedsmannes – gebunden ist. Auch § 33 Abs 9 KVI sieht – ähnlich wie § 19 Abs 4 KVI – vor, daß die Entscheidung des Schiedsmannes „endgültig“ iS von bindend ist. Man fragt sich, warum der OGH *diesbezüglich* „nur“ kollektivvertragsrechtliche, nicht aber aktienrechtliche Bedenken äußerte.

In Wahrheit liegt in keinem der beiden Fälle eine aktienrechtlich relevante, dh unwirksame Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes vor. Vielmehr zielt die kollektivvertragliche Schiedsmannregelung darauf ab, die Wirksamkeit der Ausübung eines – grundsätzlich dem Arbeitgeber vorbehaltenen – Gestaltungsrechtes (Kündigung) letztlich an die Entscheidung eines Dritten zu binden. Mit dem aktienrechtlichen Verbot einer Beschränkung der Vertretungsmacht hat dies nicht das geringste zu tun.

Sähe man dies anders, müßte man zahlreiche, in Kollektivverträgen enthaltene und auch nach Auffassung des OGH zweifellos den „klassischen“ Inhaltsnormen iSd § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG zuzuordnende Bestimmungen wegen § 74 Abs 2 AktG als unwirksam qualifizieren. Das beste Beispiel wäre der im KVI verankerte und vom OGH auch mit der E vom 15. 9. 1994 nicht in Frage gestellte, besondere Kündigungsschutz („Definitivum“). Auch dadurch wird letztlich die Vertretungsmacht des Vorstandes in dem Sinne „eingeschränkt“, daß eine Kündigung – außer bei Vorliegen bestimmter, wichtiger

Gründe – *überhaupt nicht* (und daher auch nicht mit Zustimmung zB des Aufsichtsratsvorsitzenden) wirksam ausgesprochen werden kann, wie dies bei „herkömmlichen“ Arbeitsverhältnissen der Fall ist.

Mit gutem Grund hat dies noch nie jemand so gesehen. Solche kollektivvertraglichen Bestimmungen sind in Anbetracht der Normwirkung des KV, mittels der sie unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis einwirken, nicht anders zu beurteilen als – ohne Zweifel ebenfalls nicht mit aktienrechtlichen Vorschriften kollidierende – vertragliche Kündigungsbeschränkungen, Formgebote etc. Daß der Vorstand grundsätzlich die Zustimmung eines anderen Gesellschaftsorgans – sei es des Aufsichtsrates, sei es der Hauptversammlung – als rechtsgeschäftliche Bedingung vereinbaren und sich derart *selbst* in seiner Geschäftsführung *beschränken* darf, ist unstrittig²⁵⁾. § 74 Abs 2 AktG steht dem nicht im Wege.

Resümierend kann daher gesagt werden, daß das „aktienrechtliche Intermezzo“ des OGH in der gegenständlichen E entbehrlich war.

3.4. Zustimmungsrecht des Betriebsrates und Inhaltsnorm

Die Ausführungen des OGH betreffend die Nichtigkeit der geprüften Bestimmungen wegen Überschreitung der kollektivvertraglichen Regelungsmacht liegen durchwegs auf der Linie der jüngeren Rsp und der wohl hL, wengleich bei der Verwendung der – auf *Strasser*²⁶⁾ zurückgehenden – Formel vom „*typischen Inhalt*“ des Arbeitsverhältnisses größte Vorsicht geboten ist, hat diese Formel die Judikatur doch teilweise schon zu mE unrichtigen Ergebnissen geführt.²⁷⁾ Eine Stellungnahme zur Zulässigkeit kollektivvertraglicher Zwangsschlichtungsklauseln wollte der OGH in der gegenständlichen E offensichtlich vermeiden und bediente sich der – vor allem in höchstgerichtlichen Erk so beliebten, etwas konfliktstheuen – Methode, auf die Unterschiede zwischen einer Zwangsschlichtungsklausel und der Schiedsmannregelung in § 33 Abs 9 bzw § 19 KVI hinzuweisen.²⁸⁾ Ob die Art der vom OGH vorgenommenen Abgrenzung überzeugt, ist mE freilich zweifelhaft. Daß es bei der gegenständlichen Klausel um einen „*Konflikt zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber*“ geht, ist nämlich ein eher vordergründiges Argument. Der Sache nach geht es um die – kollektivvertragliche – Verstärkung des Kündigungs-

²⁵⁾ Vgl *Schiemer*, AktG² Anm 3.1 zu § 103; *Strasser* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ Rz 41 zu §§ 95–97; *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 19 f mit Verweis auf mögliche Grenzen einer solchen Praxis der Knüpfung rechtsgeschäftlicher Wirkungen an die Zustimmung der Hauptversammlung.

²⁶⁾ Vgl HandKomm 27.

²⁷⁾ Vgl zB Die berechtigte Kritik von *Runggaldier*, Arbeitnehmerbeiträge zur Altersversorgung und Kollektivvertrag, RdW 1991, 361 ff, an der E des OGH v 28. 8. 1991, 9 Ob A 115/91 in RdW 1991, 366.

²⁸⁾ Immerhin klangen in der E des OGH vom 10. 5. 1983 (RRdA 1984, 334 ff Anm v *Binder* = ZAS 1984, 231 ff Anm v *Rummel*) bereits Bedenken gegen die normative Wirksamkeit von Zwangsschlichtungsklauseln an, denen der OGH damals bloß deshalb nicht nachging, weil er die konkrete Klausel schon wegen ihrer Unbestimmtheit als nichtig qualifizierte.

²³⁾ Die Bedeutung des Abs 4, wonach die vom Aufsichtsratsvorsitzenden getroffenen Entscheidungen sowohl für das Unternehmen als auch für den Angestellten „rechtsverbindlich“ sind, wird vom OGH besonders betont.

²⁴⁾ Vgl § 19 Abs 4 KVI.

schutzes, wengleich zuzugeben ist, daß auch unter diesem Aspekt Zwangsschlichtungsklauseln zweifellos einen anderen Anwendungsbereich haben. Damit führt der Weg unweigerlich wieder zur – vom OGH abgelehnten – These von *Strasser*²⁹⁾, daß Normen, die die Wirksamkeit arbeitgeberischer Maßnahmen, Gestaltungsrechte etc an eine Anhörung oder auch Zustimmung des Betriebsrates binden, eben nicht bloß eine betriebsverfassungsrechtliche, sondern auch eine arbeitsvertragliche Seite besitzen.³⁰⁾ Insofern ist die – an *Jabornegg* anknüpfende – These, die Anerkennung solcher Kollektivvertragsnormen sei eine „Umgehung des Grundsatzes“, daß Mitwirkungsbefugnisse durch Kollektivvertrag nicht geschaffen werden könnten, nicht wirklich überzeugend. Abgesehen davon, daß dieser „Grundsatz“ gesetzlich nicht ausdrücklich positiviert ist, sondern bloß aus § 2 Abs 2 ArbVG abgeleitet wird, hat der Gesetzgeber selbst mit § 105 ArbVG die bei der Dienstgeberkündigung herrschende Gemengelage von Arbeitsvertragsrecht und Betriebsverfassungsrecht geschaffen. Mitwirkungsrechte im Zusammenhang mit der Ausübung einer Kündigung (dies gilt zB ebenso für eine Versetzung oder für die Anordnung von Überstunden) besitzen daher immer – dies hat *Strasser* völlig richtig gesehen – einen *individualrechtlichen* Bezug und unterscheiden sich deutlich von Kollektivvertragsnormen, die dem Betriebsrat zB ein Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrecht bei der Errichtung und Verlegung von Betriebsstätten oder bei der Gestaltung von Wohlfahrtseinrichtungen einräumen. Diesen Unterschied hätte der OGH schon näher analysieren müssen und sich der Prüfung nicht unter Berufung auf ein eher schwammiges „Verbot“ der Schaffung von Mitwirkungsbefugnissen durch Kollektivvertrag entziehen dürfen. Dies gilt umso mehr, als die damit erzielten Ergebnisse sehr unbefriedigend sind (dazu unten 4.).

3.5. Die Teilnichtigkeitsprüfung des OGH

In der Begründung auch nur teilweise, dafür im Ergebnis völlig überzeugend sind die Ausführungen des Höchstgerichtes im Zusammenhang mit der Reichweite der Nichtigkeit der geprüften Normen des KVI.

Die zweite Instanz hatte derartige Überlegungen nicht angestellt, sondern ganz undifferenziert die Meinung vertreten, im Falle einer Annahme der Nichtigkeit der entsprechenden Kollektivvertragsbestimmungen sei die gegenständliche Kündigung „ohne Rechtsgrundlage und damit nicht rechtswirksam erfolgt“. Das OLG Wien hatte sich damit gleichzeitig einer näheren Prüfung der Frage entzogen, ob die relevanten kollektivvertraglichen Vorschriften wegen Überschreitung der kollektivvertraglichen Regelungsmacht als ungültig zu beurteilen wären.

Demgegenüber erkannte der OGH ganz zutreffend, daß so bei der Nichtigkeitsprüfung betreffend einen

synallagmatischen Vertrag³¹⁾ nicht vorgegangen werden kann.³²⁾

Die Richtigkeit des vom OGH erzielten Ergebnisses kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß die vom Höchstgericht angewendete Methode nicht ganz überzeugt und auch von der hL und Rsp abweicht, obwohl der OGH geradezu das Gegenteil suggeriert. Ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit vorliegt, hängt *grundsätzlich* gerade *nicht* vom hypothetischen Parteiwillen, also davon ab, ob die Parteien auch ohne verbotene Klauseln den Restvertrag geschlossen hätten, sondern davon, welchen *Schutzzweck* die Verbotsnorm verfolgt.³³⁾ Für seine offenbar gegenteilige Auffassung kann sich der OGH nicht auf *Apathy* berufen, weil dieser sehr wohl – im Einklang mit der hM – den Standpunkt vertritt, daß bei *teilweiser Unerlaubtheit* nicht nach dem hypothetischen Parteiwillen, sondern nach dem Zweck der Verbotsnorm zu beurteilen ist, ob der Vertrag teilweise gültig oder zur Gänze ungültig ist.³⁴⁾ Der OGH dürfte – wie ein anderer Verweis auf *Apathy*³⁵⁾ zeigt, von der Anwendung des in § 878, 2. Satz ABGB verankerten Grundsatzes ausgegangen sein. Diese Regel ist zwar an sich analogiefähig, jedoch nur auf jene anderen Fälle der Teilnichtigkeit anzuwenden, die nicht der teilweisen Unerlaubtheit zuzurechnen sind.³⁶⁾

Daß es sich bei der Ungültigkeit der vom OGH geprüften Bestimmungen des KVI um einen Fall der (teilweisen) *Unerlaubtheit* und nicht etwa um einen § 878, 2. Satz ABGB zuzurechnenden oder nach diesem Grundsatz zu beurteilenden Fall³⁷⁾ handelt, kann schwerlich bezweifelt werden, geht das Höchstgericht doch – jedenfalls im Vorerkenntnis vom 17. 3. 1993³⁸⁾ – von einem

²⁹⁾ Daß der KV ein solcher ist, dürfte unbestritten sein. Selbst wenn man ihn – was in der öffentlich-rechtlichen Lehre nach wie vor teilweise behauptet wird – (auch) als Verordnung qualifiziert und der VfGH über eine Gesetzwidrigkeit der gegenständlichen Vorschriften des KVI zu befinden gehabt hätte, wäre ohne Zweifel nicht so „grob“ vorgegangen worden, weil die Klärung des „Sitzes“ der Verfassungswidrigkeit bei der Verordnungs- und Gesetzesprüfung als gleichsam „öffentlich-rechtliches Pendant“ der Gesamt- und Teilnichtigkeitsprüfung im Zivilrecht ebenfalls eine sehr differenzierte – wenn auch nach anderen Kriterien erfolgende, so doch ebenfalls auf das Ziel einer Herauslösung bloß der zu beanstandenden Teile der Norm gerichtete – Betrachtung erfordert.

³⁰⁾ Streng genommen, stellte auch das OLG Wien – implizit – eine solche Prüfung an, weil eine „Gesamtnichtigkeit“ im extensiven Sinn vorliegendenfalls zur Aufhebung des *gesamten* KVI, damit auch der Bestimmungen über den besonderen Kündigungsschutz und letztlich zur *Wirksamkeit* der Kündigung hätte führen müssen.

³¹⁾ Unstrittig: vgl *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 169; vgl aber auch 167f; *Mayer-Maly*, *GedS Gschnitzer* 264; *Krejci* in *Rummel*, *ABGB*² I Rz 250 zu § 879 mwN insb zur Rsp; *Apathy* in *Schwimmann*, *ABGB* IV/1 Rz 26 zu § 879; *SZ* 42/49, 44/166, 47/8.

³²⁾ *Apathy* in *Schwimmann*, *ABGB* IV/1 Rz 26 zu § 879.

³³⁾ In *Schwimmann*, *ABGB* IV/1 Rz 3 zu § 878.

³⁴⁾ So ausdrücklich *Apathy* in *Schwimmann*, *ABGB* IV/1 Rz 3 zu § 878.

³⁵⁾ ZB Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen ein vertraglich vereinbartes Formgebot.

³⁶⁾ DRdA 1994, 38ff mit Anm v *Jabornegg* = *WBI* 1993, 292ff.

²⁹⁾ ArbVG HandKomm 576 f.

³⁰⁾ So schreibt etwa *Strasser* (ArbVG HandKomm 577): „Völlig unbedenklich ist es jedenfalls, wenn im Rahmen eines KollV an Stellungnahmen des BR, die er im Rahmen gesetzlich festgelegter personeller Mitwirkungsrechte abgibt, arbeitsvertragsrechtlich strengere Rechtsfolgen geknüpft werden, als es das ArbVG tut (zB wenn festgelegt wird, daß Kündigungen nur gültig sind, wenn der Betriebsrat zugestimmt hat).“

gesetzlichen „Verbot“ der Erweiterung von Mitwirkungsrechten durch Kollektivvertrag aus.

Nur dann, wenn der Verbotszweck weder für noch gegen die Restgültigkeit bzw die gänzliche Unwirksamkeit spricht, hängt es auch bei Unerlaubtheit in Anwendung des § 878, 2. Satz ABGB vom hypothetischen Parteiwillen ab, ob und inwieweit der Vertrag teilweise gültig bleibt.³⁹⁾ Gerade weil diese Konstellation hier vorliegt, sind die vom OGH in der Folge unternommenen Prüfungsschritte richtig. Das „Verbot“ der Erweiterung von Mitwirkungsbefugnissen der Belegschaft durch Kollektivvertrag, von dem – nach Auffassung des OGH – ein (wenn auch durch einen Schiedsmann überspielbares) Zustimmungsvorbehalt des Betriebsrates hinsichtlich der Arbeitgeberkündigung mitumfaßt ist, bezweckt mit Sicherheit nicht die Ungültigkeit von ohne Zustimmung des Betriebsrates ausgesprochenen Dienstgeberkündigungen, weil sonst ein unlösbarer Konflikt mit dem – außerhalb eines besonderen Bestandschutzes herrschenden – Grundsatz der Kündigungsfreiheit entstünde. Dies öffnet den Weg für die vom OGH ganz zutreffend angestellten Äquivalenzüberlegungen.⁴⁰⁾ Ausgangspunkt derselben muß diesbezüglich die – von der zweiten Instanz ignorierte – Tatsache sein, daß die Kündigungsschutzbestimmungen des KVI („Definitivum“) für die davon betroffenen Arbeitnehmer eine vehemente und nur in wenigen Branchen (zB Banken) vorzufindende Privilegierung gegenüber „gewöhnlichen“ Arbeitnehmern bedeuten und einen beamtenähnlichen Arbeitsplatzschutz bewirken, der zusätzlich mit für Beamte nicht existierenden Vorteilen (gesetzliche Abfertigung und großzügige Zusatzabfertigungen in vielen Fällen⁴¹⁾) kombiniert ist. Dieses „historische Zugeständnis“ der Arbeitgeberseite kann in der Tat nur in untrennbarem Zusammenhang mit den diversen Durchbrechungsmöglichkeiten im KVI gesehen und nicht unterstellt werden, daß die Arbeitgeberseite einen durch keinerlei personen- oder betriebsbedingte Ausnahmen gelockerten, besonderen Kündigungsschutz akzeptiert hätte. Ein völliger Entfall des Definitivums als Folge der Nichtigkeit stünde dabei eher zur Debatte als der Entfall jeglicher Kündigungsmöglichkeit bei definitiven Mitarbeitern. Daß dies jedoch nicht geboten ist, sondern der bloße Entfall des Zustimmungsvorbehalts der Belegschaftsvertretung – dem freilich auch § 19 KVI notwendigerweise zum Opfer fällt – zur adäquatesten und den hypothetischen Parteiwillen am besten berücksichtigenden Lösung führt, hat der OGH überzeugend herausgearbeitet.

4. Rechtspolitische Anmerkungen

Weder die vom OGH – vor allem anknüpfend an *Jabornegg* – vertretene These eines sehr extensiven Verbots der Erweiterung von Mitwirkungsbefugnissen durch

Kollektivvertrag noch die vermittelnde, von *Strasser* begründete Auffassung, konstruktiv als Inhaltsnormen deutbare Mitwirkungsbefugnisse der Belegschaftsvertretung seien durch § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG erfaßt, kann für sich beanspruchen, rechtsdogmatisch und teleologisch zwingend richtig zu sein. Für beide Theorien lassen sich gute Gründe vortragen.⁴²⁾

Betrachtet man die vom OGH erzielten Ergebnisse, an denen sich die Praxis künftig zu orientieren hat, in einem größeren Zusammenhang, dann sieht man mE freilich, daß diese Ergebnisse unbefriedigend und keinesfalls stimmig, ja für einen Laien geradezu unbegreiflich sind. So ist zwar ein durch Kollektivvertrag begründeter, besonderer Kündigungsschutz – wie er gerade im KVI enthalten ist – ohne jeden Zweifel wirksamer Bestandteil des normativen Teiles und eindeutig § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG zuzuordnen; ein differenzierter Kündigungsschutz, der dem Betriebsrat unter bestimmten Voraussetzungen Zustimmungs- oder Mitwirkungsbefugnisse gibt, sprengt jedoch den Rahmen der kollektivvertraglichen Regelungsmacht. Anders ausgedrückt: es steht dem KV zwar frei, anzuordnen, daß eine Kündigung zB nach Zurücklegung einer bestimmten Dienstdauer nur aus taxativ aufgezählten, wichtigen Gründen möglich ist; ordnet der KV hingegen an, daß bei Vorliegen bestimmter Gründe die Kündigung nur mit Zustimmung oder nach Anhörung des Betriebsrates zulässig und wirksam ist, verfällt die entsprechende Bestimmung der Nichtigkeit.

In einer Zeit, in der der Normunterworfenen von Gesetzesvorschriften geradezu „erdrückt“ wird⁴³⁾, fällt der Ruf nach dem Gesetzgeber eher schwer. Gleichwohl sollte einmal in Ruhe und abseits des Neuerungen im (kollektiven) Arbeitsrecht meist vorangehenden sozialpartnerschaftlichen „Hickhack“ überlegt werden, ob eine *behutsame* Neuabgrenzung und Ausweitung der kollektivvertraglichen Regelungsmacht nicht zweckmäßig wäre.⁴⁴⁾ An anders gearteten, ausländischen Modellen, bei denen der Gesetzgeber Anregungen beziehen könnte, mangelt es nicht. Dabei muß gar nicht an das italienische Kollektivvertragssystem angeknüpft werden, dem hinsichtlich der Regelungsmacht des Kollektivvertrages Inhaltsschranken weitestgehend fremd sind; auch das deutsche System bietet zwar nicht so weitgehende, aber doch deutlich stärkere Flexibilität als das österreichische.⁴⁵⁾ Daß im Falle der Führung einer derartigen Diskussion wohl zwangsläufig auch das Thema Erweiterung des Kollektivvertragsfähigkeit auf einzelne Arbeit-

³⁹⁾ So zutreffend *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB IV/1 Rz 26 zu § 879.

⁴⁰⁾ Vgl zu den sich bei der Herauslösung einzelner Bestimmungen vom KV stellenden Problemen jüngst *Runggaldier*, Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts (1995) 108, 139 ff.

⁴¹⁾ Vgl zB § 33 Abs 9, § 34 Abs 2 KVI.

⁴²⁾ Vgl auch *Firlei*, FS *Floretta* 481.

⁴³⁾ Allein im Jänner 1995 erschienen etwa 3000 Seiten (!) im Bundesgesetzblatt.

⁴⁴⁾ Zu hoffen, daß der Stimme des Verfassers dadurch mehr Gewicht verliehen wird, daß er als vergleichsweise „unverdächtiger“, weil nicht sozialpartnergebundener Anhänger einer möglichst weitgehenden, individuellen Privatautonomie gelten kann, wäre wohl vermessen.

⁴⁵⁾ Vgl die umfassende Untersuchung von *Runggaldier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung (1983) und die Rezension von *de Cristofaro*, ZAS 1984, 237ff.

geber zur Sprache käme, sollte eine solche Diskussion nicht abschneiden, sondern ganz im Gegenteil beleben.⁴⁶⁾

Bei dieser Gelegenheit könnten auch andere Ungeheimtheiten in § 2 Abs 2 ArbVG, wie zB die geradezu unsinnige Unterscheidung zwischen Inhalts- und Abschlußnormen⁴⁷⁾, beseitigt werden. Warum sollten in

⁴⁶⁾ Die derzeit in Österreich herrschende Situation ist diesbezüglich nämlich unbefriedigend: die Tatsache, daß ein einzelner Arbeitgeber – sieht man vom ORF kraft sondergesetzlicher Vorschrift ab – nicht kollektivvertragsfähig ist, hindert es nicht, daß bestimmte große Unternehmen (bzw Unternehmensgruppen) *materiell* sehr wohl in den Genuß von nur für sie geltenden „Firmenkollektivverträgen“ kommen und, weil die gesetzliche Arbeitgebervertretung dann meist nur formales Abschlußorgan ist, weitgehend auf den Inhalt dieses KV Einfluß nehmen können. Beispiele sind etwa Fluggesellschaften, die Austria Tabakwerke Aktiengesellschaft, vormals Österreichische Tabakregie, die Konsum Österreich reg.Gen.m.b.H. samt Konzern-

einem KollV nicht vertragliche Formvorschriften, wie zB ein generelles Schriftformerfordernis für Arbeitsverträge, enthalten sein?

Die Chance, daß in nächster Zeit auch nur ernsthafte Überlegungen über dieses Thema angestellt werden, dürfte freilich gering sein, weil dies dem aktuellen „Zeitgeist“ wohl widerspräche, treten in Österreich als Kollektivvertragsparteien idR doch „die Sozialpartner“ auf, die derzeit primär mit der Aufzeigung ihrer eigenen Existenzberechtigung beschäftigt sind.

unternehmen etc. Die generelle Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit auch für Arbeitgeber mit bestimmten Merkmalen wäre da der zweifellos ehrlichere und transparentere Weg.

⁴⁷⁾ *Sackl*, ZAS 1985, 110 ff in seiner Anm zu OGH 17. 4. 1984, ZAS 1985, 108 ff. Das Höchstgericht hat damals die Problematik dieser Unterscheidung gar nicht erkannt.