

Beendigung der Betriebsratsfreistellung bei Veräußerung von Betriebsteilen an konzernfremde Dritte

Dem Wortlaut des § 117 Abs 6 ArbVG zufolge dauert die Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes bei der rechtlichen Verselbständigung (zB im Zuge der Veräußerung) von Betriebsteilen ungeachtet des Absinkens der Belegschaft auf 150 Arbeitnehmer oder darunter selbst dann bis zur Beendigung der Mandatsdauer, wenn der verselbständigte (veräußerte) Betriebsteil nicht in einer konzernartigen Verbindung verbleibt.

Im Beitrag wird nachgewiesen, daß dafür aber ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers verantwortlich ist, der übersah, daß § 62b ArbVG, auf den § 117 Abs 6 ArbVG verweist, durch die ArbVG-Novelle 1993 geändert wurde, und seither das Bestehen einer konzernartigen Verbindung keine Anwendungsvoraussetzung mehr ist.

Für das Aufrechterhalten der Freistellung trotz Reduktion der Belegschaft ist über – in Berücksichtigung des Redaktionsversehens – zu fordern, daß der verselbständigte Betriebsteil in einer konzernartigen Verbindung mit dem Stammbetrieb steht.

RA Dr. Georg Schima
Wien

1. Problemstellung

Ein Fallbeispiel möge die im Rahmen dieser Darstellung behandelte Problematik erläutern: Ein Industrieunternehmen unterhält an einem bestimmten Standort einen im Bereich der Metallverarbeitung tätigen Betrieb, dem ua eine Schlosserei, Spenglerei und Elektrowerkstätte angeschlossen sind, die überwiegend unternehmensinterne Arbeiten besorgen. Weiters existiert am selben Standort eine große Fuhrparkverwaltung, die auch andere Betriebe des Unternehmens versorgt.

Die aufgezählten Arbeitsstätten werden als ein Betrieb iSd § 34 ArbVG geführt. Insgesamt sind am Standort rund 110 Angestellte und 190 Arbeiter beschäftigt. Es existiert sowohl ein Arbeiter- als auch ein Angestelltenbetriebsrat.

Das Industrieunternehmen verkauft die Schlosserei, Spenglerei und Elektrowerkstätte an ein anderes Unternehmen, welches in Hinkunft nicht nur mit der Verkäuferin eine Geschäftsverbindung etablieren, sondern allgemein am Markt auftreten will. Verkäuferin und Käuferin sind wirtschaftlich nicht miteinander verbunden. Der Fuhrpark wird an ein größeres – ebenfalls konzernfremdes – Transportunternehmen verkauft, welches die Fahrzeuge der Verkäuferin entgeltlich zur Benützung überläßt.

Durch den Verkauf reduziert sich die Anzahl der Angestellten nur geringfügig, jene der Arbeiter aber von 190 auf rund 120. Im Arbeiterbetriebsrat war bislang dessen Vorsitzender gem § 117 ArbVG freigestellt. Das besagte Industrieunternehmen möchte diese Freistellung nunmehr wegen

Unterschreitens der Grenze von 150 Arbeitnehmern beendet wissen und fordert den Arbeiterbetriebsratsvorsitzenden zum Wiederantritt seiner früheren Tätigkeit auf. Der Betriebsratsvorsitzende lehnt dies ab und beruft sich darauf, daß „nach den gesetzlichen Bestimmungen“ seine Freistellung jedenfalls bis zum Ablauf der – noch zweieinhalb Jahre dauernden – Mandatsperiode aufrecht bleibe.

2. Schicksal der Freistellung bei Wegfall der Voraussetzungen und bei Umstrukturierungen

2.1. Gesetzliche Regelung

Gem § 117 Abs 1 ArbVG ist auf Antrag des Betriebsrates in Betrieben mit mehr als 150 Arbeitnehmern ein Mitglied des Betriebsrates von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Entgelts freizustellen.

§ 117 Abs 2 ArbVG ordnet an, daß in Betrieben, in denen getrennte Betriebsräte der Arbeiter und der Angestellten zu wählen sind, die in Abs 1 angeführten Zahlen für die betreffenden Arbeitnehmergruppen gelten¹⁾.

Im Laufe der immerhin vierjährigen Mandatsperiode des Betriebsrates können sich naturgemäß die betrieblichen Verhältnisse so ändern, daß die Voraussetzungen für die Freistellung – nämlich eine Arbeitnehmeranzahl von mehr als 150 Arbeitnehmern – nicht mehr gegeben sind.

Diesbezüglich ist das Gesetz eher schweigsam. § 117 Abs 6 ArbVG regelt offenkundig nur einen Sonderfall. Dieser Vorschrift zufolge bleibt die Freistellung bis zum Ablauf der Tätigkeitsdauer des Betriebsrates, dem der Freigestellte angehört, aufrecht, wenn im Zuge einer rechtlichen Verselbständigung (§ 62b ArbVG) die Anzahl der Arbeitnehmer unter die für den Freistellungsanspruch erforderliche Anzahl sinkt. Die Freistellung endet § 117 Abs 6 letzter Satz ArbVG zufolge jedoch, wenn ein Betriebsratsmitglied gem § 117 Abs 5 ArbVG freigestellt wird. Die letztgenannte Vorschrift ermöglicht es, daß in Konzernen (iSd § 15 AktG bzw § 115 GmbHG), in denen eine Freistellung von Betriebsratsmitgliedern gem § 117 Abs 1 bis Abs 3 nicht möglich ist²⁾ und in denen mehr als 400 Arbeitnehmer beschäftigt sind, auf Beschluß der Konzernvertretung (diese muß natürlich errichtet sein) ein in der Konzernvertretung vertretener Betriebsrat bzw Zentralbetriebsrat für eines seiner Mitglieder die Freistellung von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Entgeltes in Anspruch nehmen kann.

§ 62b ArbVG, auf den § 117 Abs 6 ArbVG verweist und an dessen Anwendung die Vorschrift die Aufrechterhaltung der Freistellung für die restliche Dauer der Mandatsperiode trotz Absinkens der Arbeitnehmeranzahl knüpft, sieht vor, daß bei einer „*rechtlichen Verselbständigung*“ von Betriebsteilen der Betriebsrat für die verselbständigten Teile bis zur

Neuwahl eines Betriebsrates in diesen Teilen, längstens aber bis zum Ablauf von vier Monaten nach der organisatorischen Verselbständigung, zur Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer iSd ArbVG zuständig bleibt, sofern die Zuständigkeit nicht ohnehin wegen des Weiterbestehens einer organisatorischen Einheit iSd § 34 ArbVG im bisherigen Umfang fort dauert. Die vorübergehende Beibehaltung des Zuständigkeitsbereiches nach § 62b ArbVG gilt jedoch nicht, wenn in einem verselbständigten Betriebsteil ein Betriebsrat nicht zu errichten ist.

2.2. Schicksal von Freistellungen bei Reduktion der Belegschaft ohne „rechtliche Verselbständigung“

Der „Normalfall“ eines nicht von einer „*rechtlichen Verselbständigung*“ von Betriebsteilen begleitenden Absinkens der Arbeitnehmeranzahl auf oder unter 150 (zB im Wege einer größeren Kündigungswelle, Pensionierungen, Stilllegung von Betriebsabteilungen etc) ist vom Gesetz dagegen nicht explizit geregelt.

Es stellt sich nun einerseits die Frage, wie dieser „Normalfall“ zu behandeln ist, und – davon ausgehend – insbesondere die Frage nach der Auslegung des § 117 Abs 6 ArbVG. Der logische Zusammenhang zwischen den beiden Fallkonstellationen ergibt sich aus folgender Erwägung: Zumindest bei erster Betrachtung ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, den Fall des „gewöhnlichen“ und dauernden Absinkens der Belegschaft auf 150 bzw darunter (zB *im Zuge eines Arbeitnehmerabbaues* oder der Pensionierung größerer Mitarbeitergruppen) in bezug auf die Aufrechterhaltung bzw Beendigung der Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes anders zu behandeln als den Fall, daß die Belegschaftsstärke des Betriebes deshalb absinkt, *weil Betriebsteile an nicht konzernangehörige Dritte* (wie im obigen Fallbeispiel) *veräußert werden*.

Was den erwähnten „Normalfall“ anbelangt, können aus dessen bloßer Nichtregelung im Gesetz noch keine Schlüsse dahingehend gezogen werden, daß es bei der Aufrechterhaltung der Freistellung bleibt. Auch bei § 62 ArbVG ist von der ganz hL – zu Recht – anerkannt, daß die dort angeführten sechs Fälle der vorzeitigen Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrates keine erschöpfende Aufzählung bedeuten und daß es zumindest einen weiteren, im Gesetz nicht genannten vorzeitigen Beendigungsgrund gibt: das dauernde Absinken der Zahl der im Betrieb beschäftigten, stimmberechtigten Arbeitnehmer unter die Mindestzahl fünf. Dadurch gerät der Betrieb aus dem Geltungsbereich der Betriebsverfassung des ArbVG, was zur vorzeitigen Beendigung des Betriebsrates führt³⁾. Die vom VwGH⁴⁾ zur

1) Vgl näher zur dauernden Freistellung nach § 117 ArbVG Köck, Betriebsratsstätigkeit und Arbeitspflicht (1992) 144 ff. Der Autor befaßt sich in seiner Untersuchung aber generell nicht mit der Problematik der Beendigung (bzw Einschränkung) der Freistellung aufgrund nachträglich geänderter Umstände.

2) Dies kann ohne weiteres dann der Fall sein, wenn in diesem Konzern jeder einzelne Betrieb nicht mehr als 150 Arbeitnehmer (oder bei getrennten Betriebsräten jeweils nicht mehr als 150 Arbeiter bzw Angestellte) beschäftigt und jedes zum Betrieb gehörige Unternehmen nicht mehr als 400 Arbeitnehmer (vgl § 117 Abs 3 ArbVG).

3) Zutreffend bereits Floretta in ArbVG HandKomm 352; ebenso Strasser in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht II, 286; Tomandl, Arbeitsrecht I, 65; zustimmend Mazal, ZAS 1986, 190; Schrank, Wichtige Anwendungsfragen zur vorläufigen Wirksamkeit erstinstanzlicher Urteile nach § 61 ASGG, RdW 1987, 90 und FN 29; ebenso jüngst Heinz, Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz für Betriebsratsmitglieder und ihnen gleichgestellte Personen [1997] 44; verfehlt dagegen Haas-Laßnigg in Cerny/Haas-Laßnigg/B. Schwarz, ArbVG II 307, ohne Begründung unter bloßem Verweis auf VwGH 24. 4. 1987, DRdA 1987, 339 = infas 1987 A 89 in Bestätigung von EA Wien, Arb 10.579).

4) VwGH 24. 4. 1987, DRdA 1987, 339 = infas 1987 A 89.

Begründung seiner gegenteiligen Ansicht gezogene Parallele zur Betriebsratswahl im Nichtbetrieb bzw im Betrieb, der nachträglich diese Eigenschaft verliert, vermag nicht zu überzeugen⁵⁾.

Die Parallelen zwischen einem dauernden Absinken der Belegschaftsstärke unter fünf stimmberechtigte Arbeitnehmer als Grund für die vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrates und dem dauernden Absinken der Arbeitnehmeranzahl auf 150 oder weniger Arbeitnehmer als Grund für die vorzeitige Beendigung der Freistellung sind offenkundig.

Es überrascht daher nicht, daß bereits *Floretta*⁶⁾ im ersten, kurz nach Inkrafttreten des ArbVG erschienenen und noch immer maßgebenden Kommentar zum Gesetz sehr knapp und gleichsam selbstverständlich folgendes ausführte: „Bei dauerndem Sinken der Arbeitnehmerzahl unter die unterste Begrenzungszahl ‚mehr als 150‘ im betrieblichen Bereich, bzw unter die Begrenzungszahl ‚mehr als 400‘ im Unternehmensbereich, hat der Unternehmer die Aufhebung der Freistellung zu verfügen.“

In der Tat braucht diese These nicht eingehend begründet zu werden und liegt – ungeachtet des Fehlens einer expliziten gesetzlichen Regelung – die „Argumentationslast“ nicht bei demjenigen, der die vorzeitige Beendigung der Freistellung behauptet, sondern vielmehr bei dem, der ihre Aufrechterhaltung trotz Wegfalls der gesetzlichen Voraussetzungen (zB für die laufende Mandatsperiode) vertritt. So findet sich auch im diesbezüglich „unverdächtigen“ ArbVG-Kommentar von *Cerny/Haas-Lafnigg/B. Schwarz*⁷⁾ der Hinweis, daß ein dauerndes Unterschreiten der maßgeblichen Grenzzahl zum Erlöschen des Freistellungsanspruches führt, wobei die Autoren jedoch weniger die Tatsache hervorstreichen, daß es überhaupt zum Erlöschen eines bereits bestandenen Freistellungsanspruches kommen kann, sondern vielmehr auf das Merkmal der Dauerhaftigkeit des Absinkens Wert legen und zustimmend Judikatur der früher zuständigen Einigungsämter zitieren, wonach der Freistellungsanspruch erst dann verloren ginge, „wenn die Grenzzahl mehrere Monate hindurch nicht erreicht wird und der Trend keine Erhöhung der Beschäftigtenzahl erwarten läßt“⁸⁾.

Auch in der BRD ist grundsätzlich anerkannt, daß der Freistellungsanspruch bei Absinken der Belegschaftsstärke unter die im Gesetz genannten Grenzen einzuschränken ist bzw wegfallen kann⁹⁾.

Das wohl gewichtigste Argument dafür, daß bei Absinken der Belegschaftszahl auf oder unter 150 Arbeitnehmer grundsätzlich die Freistellung vorzeitig endet, ist die Bestimmung des § 117 Abs 6 ArbVG selbst. Diese – durch die ArbVG-Novelle 1990¹¹⁾ eingefügte und unten noch ausführlich beleuchtete – Bestimmung wäre sinnlos und hätte keinen Anwendungsbereich, wenn der Gesetzgeber ohnehin davon ausging, daß die Freistellung bei nachträglichem Wegfall der Voraussetzungen (bis zum Ablauf der Mandatsperiode) aufrecht bleibt. § 117 Abs 6 ArbVG, der dieses Aufrechterbleiben an bestimmte Voraussetzungen – nämlich an eine rechtliche Verselbständigung iSd § 62b ArbVG – knüpft, rechtfertigt daher ohne weiteres einen Umkehrschluß dahingehend, daß in allen anderen Fällen die Freistellung bei nachträglichem Wegfall der Voraussetzungen vorzeitig endet.

Für den oben angesprochenen „Normalfall“ des dauernden Absinkens der Belegschaftsstärke auf 150 oder weniger Arbeitnehmer (bei getrennten Betriebsräten auf 150 oder weniger Angestellte und/oder Arbeiter) außerhalb einer „rechtlichen Verselbständigung“ ist daher geklärt, daß es zu einer vorzeitigen Beendigung des Freistellungsanspruches kommt.

Die Geltendmachung der Beendigung erfolgt – worauf schon *Floretta*¹²⁾ zutreffend hingewiesen hat – durch „Verfügung des Unternehmers“.

Das vom zitierten Autor erörterte Problem der Einschränkung des Freistellungsanspruches zB von zwei auf einen Arbeitnehmer bei Unterschreiten der Grenze von 700 Arbeitnehmern stellt sich im obigen Fallbeispiel nicht¹³⁾.

Was die Frage des Kriteriums der „Dauerhaftigkeit“ des Absinkens der Arbeitnehmeranzahl angeht, haben die oben zitierten Ausführungen betreffend den „mehrmona-

Abs 1 letzter Satz BetrVG ermöglichten Erweiterung mittels Tarifvertrages oder Betriebsvereinbarung – der Betriebsrat unter Umständen weitergehende Freistellungsansprüche geltend machen kann, wenn es die ordnungsgemäße Durchführung seiner Aufgaben erlaubt (*Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG¹³ Rz 15 zu § 38 und Rz 19 zu § 38, wo konsequent darauf hingewiesen wird, daß auch in einem Betrieb mit unter 300 Arbeitnehmern [dies ist die Grenze in § 38 Abs 1 des deutschen BetrVG für die Freistellung eines oder mehrerer Betriebsratsmitglieder] dem Betriebsrat ein Anspruch auf völlige oder teilweise Freistellung einer oder mehrerer Betriebsratsmitglieder zustehen könne, wenn die Möglichkeit konkreter Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs 2 BetrVG zur Interessenwahrnehmung nicht ausreiche).

11) BGBl 1990/411.

12) In ArbVG HandKomm 792.

13) In einer derartigen Fallkonstellation kann der Unternehmer die Beendigung der Freistellung nicht dadurch „verfügen“, daß er das bzw die freigestellten Mitglieder einfach zur Arbeit auffordert, weil ja zumindest ein freigestelltes Mitglied noch übrig bleibt und es nicht im Ermessen des Arbeitgebers liegt, darüber zu entscheiden, welches Mitglied weiterhin freigestellt bleibt und welches zu arbeiten hat. *Floretta* (ebenda) zufolge entscheidet in solchen Fällen zunächst der Betriebsrat als Kollegialorgan und bei dessen Untätigkeit das Einigungsamt (heute: das Arbeits- und Sozialgericht). Die Klage könnte demgemäß wohl nur auf Fassung eines entsprechenden Beschlusses des Betriebsrates gerichtet sein. Die Entscheidung darüber, wessen Freistellung endet, ist dagegen nicht vom Gericht zu fällen, weil sie einen Anspruch des Betriebsinhabers auf Aufhebung der Freistellung eines bestimmten Betriebsratsmitgliedes voraussetzen würde. Bei Nichtbefolgung des Urteilsbefehles sind neben Beugemaßnahmen auch Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat in Höhe des Wertes der entgangenen Arbeitsleistung möglich.

5) Dagegen zutreffend *Heinz*, Kündigungs- und Entlassungsschutz 44. Eine andere – hier allerdings mangels Einschlägigkeit nicht zu erläuternde – Frage ist es, ob im Falle des dauernden Absinkens der Arbeitnehmeranzahl unter fünf der Kündigungsschutz die dreimonatige „Nachwirkung“ („Abkühlphase“) des § 120 Abs 3 ArbVG entfaltet, oder ob – wofür manches spricht – eine Gleichbehandlung mit dem im Gesetz ausdrücklich genannten (§ 62 Z 1 iVm § 120 Abs 3 ArbVG) Endigungsgrund der dauernden Einstellung des Betriebes geboten ist und daher keine Nachwirkung eingreift.

6) In ArbVG HandKomm 792.

7) ArbVG III 359 f.

8) Unter Verweis auf EA Graz, Arb 10.251 und 10.843.

9) Vgl *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG¹³ Rz 12 zu § 38.

10) Bei der Berücksichtigung deutscher Stellungnahmen ist allerdings die etwas unterschiedliche Rechtslage zu berücksichtigen. So enthält die in § 38 Abs 1 des deutschen BetrVG enthaltene Staffei ausdrücklich Mindestzahlen, sodaß – nicht bloß im Wege der durch § 38

tigen Zeitraum“ nur in jenen Fällen Gültigkeit, in denen die Belegschaftsstärke „oszilliert“, sodaß ein gewisser „Trend“ abzuwarten ist. Nicht gilt dies aber naturgemäß dann, wenn im Zuge einer „Massenkündigung“ oder des Verkaufes eines Teilbereiches des Betriebes¹⁴⁾ die Belegschaftsstärke jedenfalls dauerhaft und gar deutlich unter 150 gesunken ist.

2.3. Beendigung der Freistellung bei Belegschaftsreduktion aufgrund Übertragung an nicht konzernangehörige Dritte

Im folgenden ist zu klären, ob die Beendigung der Freistellung des bislang freigestellten Betriebsratsmitgliedes in Fällen wie dem oben (1.) geschilderten eintritt oder ob dieser Beendigung der Umstand entgegensteht, daß durch den Verkauf von Betriebsteilen diese „*rechtlich verselbständigt*“ im Sinne von § 62b ArbVG wurden, und für diesen Fall § 117 Abs 6 ArbVG zumindest seinem Wortlaut nach die Beibehaltung der Freistellung für die gesamte restliche Mandatsdauer des Betriebsrates anordnet.

Daß der oben (1.) beschriebene Vorgang einer Veräußerung von Betriebsteilen in den Anwendungsbereich der – durch die ArbVG-Novelle 1986 eingefügten und in den Novellen 1990 und 1993 modifizierten – Vorschrift des § 62b ArbVG fällt, kann grundsätzlich nicht bezweifelt werden.

Denn § 62b ArbVG stellt in seiner heute gültigen Fassung nicht darauf ab, ob zwischen dem verbleibenden Betrieb (Betriebsteil) und dem „*rechtlich verselbständigten*“ Betriebsrat eine konzernartige Verbindung besteht. Bei der Stammfassung des § 62b Abs 1 ArbVG, der durch die ArbVG-Novelle 1986¹⁵⁾ eingefügt wurde, war dies – und damit ist gleichzeitig der Weg für die Lösung des Rechtsproblems beschränkt – hingegen sehr wohl der Fall. So ordnete § 62b Abs 1, letzter Satz ArbVG in seiner Stammfassung an:

„Die vorübergehende Beibehaltung des Zuständigkeitsbereiches gilt nicht für jene Betriebsteile,

1. in denen ein Betriebsrat nicht zu errichten ist, oder
2. die aus dem wirtschaftlichen Entscheidungsbereich des Unternehmens ausscheiden, insbesondere in keiner konzernartigen Verbindung verbleiben¹⁶⁾“¹⁷⁾.

Das Kriterium des Verbleibes im wirtschaftlichen Entscheidungsbereich bzw die Aufrechterhaltung der konzernartigen Verbindung als Voraussetzung der Anwendung des § 62b Abs 1 wurde auch durch die ArbVG-Novelle 1990¹⁸⁾ beibehalten, wengleich der Anwendungsbereich des § 62b sonst etwas erweitert und klargestellt wurde, sodaß nicht bloß die Verselbständigung eines Betriebsteiles, sondern auch die mehrerer oder aller Betriebsteile vom Gesetz erfaßt ist¹⁹⁾.

§ 62b ArbVG soll nach dem aus dem Gesetz klar hervorgehenden Zweck sicherstellen, daß auch im Zuge gesellschaftsrechtlicher und organisatorischer Veränderungen, die Auswirkungen auf die Betriebsratsorganisation haben, eine kontinuierliche Interessenvertretung der Arbeitnehmer durch ihre Organe gewahrt bleibt. Um zu vermeiden, daß Arbeitnehmer bis zur Neuwahl eines Betriebsrates im neugegründeten Betrieb unvertreten sind, ist die vorübergehende Beibehaltung des Zuständigkeitsbereiches des Betriebsrates vorgesehen²⁰⁾. Die in § 62b ArbVG angesprochene Neuwahl eines Betriebsrates soll so rasch wie möglich durchgeführt werden, weil die vorübergehende Beibehaltung der Zuständigkeit vier Monate nach der Verselbständigung endet, sofern nicht gem § 62b Abs 2 ArbVG eine Verlängerung vereinbart wurde²¹⁾.

Kommt es durch die rechtliche Verselbständigung von Betriebsteilen zur dauernden Einstellung des Stammbetriebes oder zum Ausscheiden von Betriebsratsmitgliedern aus diesem, so erlischt für die Dauer der Beibehaltung der Betriebsratszuständigkeit weder die Tätigkeitsdauer des Betriebsrates noch die Mitgliedschaft des einzelnen Betriebsratsmitgliedes zum Betriebsrat.

Es geht also um die *Beseitigung eines Vertretungsvakuums*²²⁾.

Erst durch die ArbVG-Novelle 1993²³⁾ wurde das Erfordernis des Bestehens einer konzernartigen Verbindung bzw des Verbleibes im wirtschaftlichen Entscheidungsbereich als Voraussetzung der Anwendung des § 62b ArbVG vom Gesetzgeber fallengelassen und dies im wesentlichen damit begründet, daß durch die bis dahin geltende Fassung der Anwendungsbereich in einer den Erfordernissen der Praxis nicht entsprechenden Form eingeschränkt gewesen sei und ein Vertretungsvakuum auch bei Ausscheiden rechtlich verselbständigter Betriebsteile aus dem wirtschaftlichen Entscheidungsbereich des Stammbetriebes eintreten könne²⁴⁾.

Durch die ArbVG-Novelle 1990²⁵⁾ wurden § 117 Abs 5 und Abs 6 ArbVG neu eingeführt. Dazu liest man in den Gesetzesmaterialien²⁶⁾ wörtlich folgendes:

„Zu Z 17 (§ 117 Abs 5 und 6):

Durch die dem § 117 Abs 3 nachgebildete Regelung wird die Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes in einem Konzern ermöglicht, wenn die Betriebe bzw Unternehmen die für die Freistellung nach § 117 Abs 1 bis 3 erforderliche Arbeitnehmerzahl nicht erreichen, im gesamten Konzern jedoch mehr als vierhundert Arbeitnehmer beschäftigt sind.

Besondere Bedeutung hat diese Regelung für den Fall von Umstrukturierungsmaßnahmen, in deren Zuge ein Unternehmen in mehrere selbständige Teile zergliedert wird und diese wiederum zu einem Konzern zusammengefaßt²⁷⁾ werden. In

14) Ob in solchen Fällen die Freistellung überhaupt endet, ist im folgenden zu klären.

15) BGBl 1986/394.

16) Hervorhebung durch den Verfasser.

17) Vgl zur Stammfassung des § 62b ArbVG Mazal, Zur Kompetenzerstreckung des Betriebsrates bei Betriebsteilung, ZAS 1986, 188 ff, 190 ff.

18) BGBl 1990/411.

19) Vgl EB RV 1308 BlgNR XVII. GP 8 f.

20) Vgl Cernyl/Haas-LaBnigg/B. Schwarz, ArbVG II 315 ff.

21) Vgl Cernyl/Haas-LaBnigg/B. Schwarz, ArbVG II 317.

22) So schon Mazal, ZAS 1986, 191; Haas-LaBnigg in Cernyl/Haas-LaBnigg/B. Schwarz, ArbVG II 316.

23) BGBl 1993/460.

24) Vgl auch ErläutRV 1078 BlgNR XVIII. GP 12.

25) BGBl 1990/411.

26) ErläutRV 1308 BlgNR XVII. GP 11.

27) Hervorhebung durch den Verfasser.

diesem Fall bleibt eine nach Abs 1 bis Abs 3 in Anspruch genommene Freistellung bis zum Ende der Funktionsperiode des Betriebsrates, dem das freigestellte Betriebsratsmitglied angehört, bestehen; sie endet jedoch schon vorher, wenn von der neuen Regelung hinsichtlich der Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes in Konzernen Gebrauch gemacht wird.“

Die Gesetzesmaterialien betonen daher ganz klar, daß der Anwendungsbereich der Vorschriften des § 117 Abs 5 und Abs 6 ArbVG das Bestehen einer konzernartigen Verbindung voraussetzt. Dies hervorzuheben, war im Zuge der ArbVG-Novelle 1990 freilich gar nicht notwendig, denn daß § 117 Abs 5 ArbVG das Bestehen eines Konzerns zwingend verlangt, ist ohnehin evident, und bei § 117 Abs 6 ArbVG ergab sich dies schon daraus, daß der in der Vorschrift enthaltene Klammerverweis auf § 62b ArbVG in Anbetracht dessen damals gültiger Fassung den Verbleib im wirtschaftlichen Entscheidungsbereich bzw das Bestehen einer konzernartigen Verbindung verlangte.

Auf der Grundlage des § 117 Abs 6 ArbVG in der durch die ArbVG-Novelle 1990²⁸⁾ eingeführten Fassung war daher klar, daß es bei Absinken der Arbeitnehmeranzahl auf bzw unter 150 im Zuge einer „*rechtlichen Verselbständigung*“ von Betriebsteilen *ohne Aufrechterhaltung einer konzernartigen Verbindung* (also in Konstellationen wie dem vorliegenden Fall) sehr wohl zur *sofortigen Beendigung der Freistellung* und nicht etwa zu deren Aufrechterhaltung für die laufende Mandatsperiode kam.

§ 117 Abs 6 ArbVG wurde in der Folge *nicht* – und insbesondere nicht durch die ArbVG-Novelle 1993²⁹⁾ – *geändert*. Geändert wurde aber – wie schon gesagt – § 62b Abs 1 ArbVG durch Entfall der Anwendungsvoraussetzung des Bestehens einer konzernartigen Verbindung.

Damit hatte sich aber automatisch der Wortlaut des § 117 Abs 6 ArbVG mitgeändert, weil plötzlich ein „Zusammenschmelzen“ der Belegschaft unter die Freistellungsgrenze im Zuge einer „*rechtlichen Verselbständigung*“ von Betriebsteilen selbst ohne Weiterbestehen einer konzernartigen Verbindung vom Wortlaut des § 117 Abs 6 ArbVG erfaßt schien und damit die Rechtsfolge der Aufrechterhaltung der Freistellung für die gesamte weitere Mandatsperiode zur Anwendung käme.

Bereits oben wurde jedoch gesagt, daß die Ungleichbehandlung einer „normalen“ Reduktion der Belegschaft zB durch Massenkündigung oder Stilllegung von Betriebsteilen und einer auf einer rechtlichen Verselbständigung von aus dem Konzernbereich ausscheidenden Betriebsteilen bewirkten Reduktion der Belegschaft in keiner Weise einleuchtet.

Dies folgt aus dem Regelungszweck des § 117 Abs 6 ArbVG, den die Materialien zur ArbVG-Novelle 1990 (siehe oben) bestens dokumentieren. Wenn ein Betrieb in der Weise aufgeteilt wird, daß die früheren Betriebsteile entweder zu eigenen Betrieben werden oder als Teile anderen, bereits bestehenden Betrieben eingegliedert werden, zwischen den verselbständigten Teilen aber eine konzernartige Verbin-

dung besteht, dann soll die Freistellung bis zum Ablauf der Mandatsperiode in Ergänzung des durch § 117 Abs 5 ArbVG bewirkten Konzeptes erhalten bleiben. Anders ausgedrückt: Primär gesellschaftsrechtlich gestaltete Umstrukturierungsmaßnahmen sollen dann nicht zu einem Verlust von bestehenden Freistellungsansprüchen führen, wenn die für die ursprünglich beanspruchte Freistellung maßgebliche Belegschaftsstärke zumindest in jenem „Wirtschaftsgebilde“ nach wie vor vorhanden ist, das durch eine konzernartige Verbindung zusammengehalten wird und damit regelmäßig unter einheitlicher Leitung steht³⁰⁾.

Ist man bei erster Betrachtung der anzuwendenden Rechtsnormen³¹⁾ geneigt, die letztgenannte Vorschrift für jene Fälle, in denen die rechtliche Verselbständigung von Betriebsteilen außerhalb des Bestehens einer konzernartigen Verbindung abläuft, teleologisch zu reduzieren, gewinnt man nach der Recherche des Werdegangs und der ArbVG-Novellen 1986, 1990 und 1993 ein zusätzliches Argument: Das Unterbleiben einer Modifizierung des § 117 Abs 6 ArbVG durch die ArbVG-Novelle 1993 in Abstimmung mit dem Entfall des Bestehens einer konzernartigen Verbindung in § 62b Abs 1 ArbVG entspricht einem *offenkundigen Redaktionsversehen* des Gesetzgebers, sodaß es der teleologischen Reduktion gar nicht bedarf³²⁾.

3. Ergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß im einleitend beschriebenen Fall einer Reduktion der Belegschaft durch Veräußerung von Betriebsteilen an konzernfremde Dritte die Freistellung des Betriebsratsmitgliedes mit dem dauernden Absinken der Zahl der im verbliebenen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer auf oder unter 150 endet und diese Beendigung durch den Betriebsinhaber sofort nach Absinken – wenn und weil an der Dauerhaftigkeit des Absinkens nicht zu zweifeln ist – durch „*unternehmerische Verfügung*“ bewirkt werden kann. Diese hat sinnvollerweise eine Aufforderung des bislang freigestellten Betriebsratsmitgliedes zum Arbeitsantritt zu enthalten.

30) Auf die – heikle und spannende – Frage, was mit dem Freistellungsanspruch zu geschehen hat, wenn es zunächst zu einer rechtlichen Verselbständigung von Betriebsteilen unter Aufrechterhaltung einer konzernartigen Verbindung kommt und in der Folge verselbständigte Teile an konzernfremde Dritte veräußert werden, sodaß die innerhalb des Konzerns verbliebene (Teil-)Belegschaft unter die Freistellungsgrenze sinkt, muß hier nicht eingegangen werden.

Teleologische Aspekte sprechen auch in einem solchen Fall dafür, die Freistellung noch vor dem in § 117 Abs 6 ArbVG bezeichneten Zeitpunkt (Ablauf der Mandatsdauer des Betriebsrates) enden zu lassen.

31) § 62b ArbVG, § 117 Abs 6 ArbVG.

32) Auch Cerny (in Cerny/Haas-Laßnigg/B. Schwarz, ArbVG III 364 f) dürfte – ohne freilich das Problem aufzuzeigen – im Ergebnis übereinstimmen. Er schreibt 1994 (also nach Inkrafttreten der ArbVG-Novelle 1993) wörtlich: „Wird aber im Zuge einer gesellschaftsrechtlichen Veränderung innerhalb des Konzerns eine Struktur geschaffen, die es ermöglicht, daß eine Konzernvertretung der Arbeitnehmerschaft errichtet wird, und beschließt diese – bei mehr als 400 Arbeitnehmern im Konzern – die Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes nach Abs 5 ... dann endet eine vor der rechtlichen Verselbständigung von Betriebsteilen bestandene Freistellung mit dem Freistellungsantrag nach Abs 5. In diesem Fall ist der Gesetzeszweck, nämlich die Gewährleistung einer umfassenden Vertretung der Arbeitnehmerinteressen im Konzern, durch die Freistellung ohnehin erreicht (Hervorhebung durch mich).“

28) BGBl 1990/411.

29) BGBl 1993/460.