

1. Betriebsbegriff

1.1. Allgemeines

Die Wahl eines BR setzt voraus, dass ein Betrieb iSd § 34 ArbVG vorliegt. Ist lediglich eine Arbeitsstätte vorhanden, so kann von den dort tätigen Mitarbeitern kein eigener BR gewählt werden.

Hauptelemente eines Betriebes sind der Betriebsinhaber, der Betriebsstandort, die Beschäftigten, die Betriebsmittel, der Betriebszweck, die einheitliche Betriebsorganisation und die auf Dauer gerichtete betriebliche Tätigkeit (OGH 15.9.1981, 4 Ob 36/81, Arb 10.016; OGH 18.12.2017, 9 ObA 101/17v).

Auch eine Mutter- und die Tochtergesellschaft können einen gemeinsamen Betrieb darstellen. Bei der Beurteilung der Betriebseigenschaft ist nicht auf formaljuristische oder firmenbuchmäßige Qualifizierungen der beteiligten Gesellschaften abzustellen, sondern allein auf deren organisatorische Einheit (OGH 22.2.2006, 9 ObA 49/05d). Wesentlich für einen Betrieb ist ein gewisses Mindestmaß an Eigenständigkeit und Selbständigkeit. Ein Betrieb ist eine organisatorische Einheit, die für sich allein bestehen könnte. Die Selbständigkeit muss insbesondere in produktionstechnischer Hinsicht sowie durch eine beschränkte Abgeschlossenheit des Ergebnisses des Arbeitsvorganges oder die Unabhängigkeit von anderen Arbeitsvorgängen zum Ausdruck kommen (OGH 27.5.1986, 4 Ob 51/85, Arb 10.525; OGH 25.6.2003, 9 ObA 79/03p; 22.7.2014, 9 ObA 51/14m; Rauch, Arbeitsrecht 2015, 48 ff).

Umsätze und Geschäftserfolge sind nicht maßgeblich. Ebenso spielt die Zahl der AN keine Rolle (VwGH 30.11.1971, 897/71, Arb 8.940).

Da die einheitliche Organisation vor allem in der produktionstechnischen Leitung hervortritt, ist sie noch nicht entscheidend beeinträchtigt, wenn bestimmte administrative, kaufmännische oder wirtschaftliche Belange getrennt in einer Zentrale geführt werden.

Der Betriebscharakter geht insbesondere noch nicht verloren, weil Personalangelegenheiten (zB Aufnahmen, Auflösung von Arbeitsverhältnissen, Abschluss von Urlaubsvereinbarungen, Bewilligung von Gehaltserhöhungen) für mehrere Betriebe gemeinsam in einer Zentrale wahrgenommen werden (OGH 27.5.1986, 4 Ob 51/85, Arb 10.525). Das Vorliegen einer gewissen Entscheidungsfreiheit in Personalangelegenheiten stellt jedoch ein wesentliches Indiz für das Vorliegen

1. Betriebsbegriff

eines Betriebes dar (OGH 29.3.2001, 8 ObA 207/00z). Werden hingegen alle wesentlichen Entscheidungen in der Zentrale getroffen, so liegt kein Betrieb vor (OGH 1.9.1999, 9 ObA 166/99y; 28.11.2007, 9 ObA 147/07v, ARD 5862/12/2008).

Im Zweifelsfall ist zu prüfen, ob eine Belegschaftsvertretung in der fraglichen Einheit eine effiziente Vertretungstätigkeit entfalten könnte. Hier kommt auch der räumlichen Entfernung eine gewisse Bedeutung zu (OGH 27.9.1995, 9 ObA 143/95). Ist beispielsweise eine Zentrale in Wien und die fragliche Arbeitsstätte in Tirol, so wird das Wahrnehmen der Interessen der Tiroler Mitarbeiter durch den BR in Wien durch die räumliche Distanz erschwert und ist im Zweifel ein Betrieb anzunehmen.

Kein Betrieb (in den Arbeitsstätten bzw Filialen) liegt vor,

1. wenn in der Arbeitsstätte bloß von der Zentrale zugelieferte Teile zusammengebaut und anschließend an die Zentrale zur Weiterverarbeitung zurückgeleitet werden (VwGH 24.10.1972, 1039/72),
2. wenn eine Tankstelle, die vom übrigen Betrieb 10 km entfernt ist, die Buchhaltung, Personalaufnahmen, Bestellungen und Belieferungen nicht selbständig durchführt (VwGH 10.2.1976, 441/75, Arb 9.453),
3. wenn eine Arbeitsstätte produktionsmäßig in eine höhere Organisation eingegliedert ist (EA Salzburg 3.5.1982, Re 45/81, Arb 10.083),
4. wenn eine Arbeitsstätte nur für kurze Zeit angelegt ist (OGH 23.2.1994, 9 ObA 311-338/93, ARD 4554/4/94),
5. bei weit voneinander liegenden Forstrevieren (VwGH 17.11.1995, 95/02/0338, ARD 4792/3/96),
6. wenn alle wesentlichen Entscheidungen in der Zentrale getroffen werden (OGH 1.9.1999, 9 ObA 166/99) und
7. wenn die Zentrale die Budgets für alle Filialen festlegt und nur im Marketing ein eigenes Budget besteht sowie der Einkauf, die Verwaltung der Kauf- und Bestandverträge und die Personalangelegenheiten von der Zentrale durchgeführt werden (OGH 22.7.2014, 9 ObA 51/14m; *Rauch*, Arbeitsrecht 2015, 48 ff).

Ein Betrieb liegt vor,

1. wenn bei einem technischen Büro die Einheit des Betriebszwecks mit dem Hauptunternehmen fehlt und es eine selbständige Einheit bildet (EA Klagenfurt 15.4.1975, Re 1/75, Arb 9.365),
2. wenn eine organisatorische Einheit gegeben ist, die durch die Einheit des Betriebszwecks und der Organisation ein gewisses Mindestmaß an Selbständigkeit, besonders in technischer Hinsicht, eine wenn auch beschränkte Abgeschlossenheit des Ergebnisses des Arbeitsvorganges oder die Unabhängigkeit

- von anderen Betriebsvorgängen gekennzeichnet ist (OGH 5.12.1961, 4 Ob 148/61, Arb 7.466; OGH 27.5.1986, 4 Ob 51/85, Arb 9.319),
3. wenn nur aus ökonomischen Gründen die buchhalterischen Agenden einer organisatorischen Einheit nicht bei den einzelnen Betrieben angesiedelt sind (VwGH 3.9.1968, 250/68, Arb 8.545; EA Linz 23.9.1974, Re 22/74, Arb 9.274),
 4. wenn in ihm der Produktionsprozess oder Geschäftsbetrieb unabhängig von den anderen Teilen des Unternehmens vor sich geht und dieser Produktionsprozess oder Geschäftsbetrieb unabhängig von den anderen Teilen des Unternehmens abgewickelt wird und nicht lediglich eine Hilfe oder Ergänzung für andere Teile des Unternehmens darstellt (EA Klagenfurt 1.7.1985, Re 30/85, Arb 10.436 – wobei eine relative Selbständigkeit für den Betriebscharakter ausreichend ist –; EA Linz 30.11.1981, Re 65/81, Arb 10.053),
 5. wenn eine Autobahnmeisterei im Bereich der Straßenerhaltung einen eigenen ergebnisorientierten Bereich abzudecken hat. Der Winterdienst, der selbständig vom jeweiligen Straßenmeister angeordnet wird, ist ein wichtiges Indiz für eine ergebnisorientierte und abgeschlossene Organisationseinheit. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Diensthoheit nicht der Autobahnmeisterei zukommt (OGH 28.11.2007, 9 ObA 147/07v, ARD 5862/12/2008).

Mehrere Betriebe liegen vor,

- wenn mehrere Arbeitsstätten abgrenzbare Ergebnisse vorlegen und im Tagesgeschäft sowie in Personalangelegenheiten eigenverantwortlich entscheiden, auch wenn sie im Konzern in Wechselbeziehungen und Abhängigkeiten eingebettet sind. Dass diese abgrenzbaren und teilweise völlig selbständigen Ergebnisse letztlich in eine Konzernstrategie eingebunden sind, reicht nicht aus, sämtliche Konzerngesellschaften als einheitlichen Betrieb zu qualifizieren (OGH 22.11.2007, 8 ObA 63/07h, ARD 5862/13/2008).

Zusammenfassend erfordert ein Betrieb insbesondere folgende Merkmale:

- Erbringung selbständiger Dienstleistungen (sachlich bzw örtlich abgegrenzte Wirkungsbereiche);
- Bejahung der spezifischen Selbständigkeit
 - konkrete Dienst- und Urlaubseinteilung,
 - Vorschlagsrechte für die Einstellung von Personal,
 - fachliche Weisungsbefugnis und
 - diszipliniäre Aufsicht;

die produktionstechnische Leitung ist als ausreichend zu betrachten.

Spezialregelungen zum Betriebsbegriff gelten nach § 134 ArbVG für Unternehmen und Betriebe des öffentlichen Personen-, Güter- und Nachrichtenverkehrs (siehe auch 3.5 sowie zB OGH 18.12.2017, 9 ObA 101/17v zu Flugunternehmen mit Sitz im Ausland).

1.2. Feststellung des Betriebscharakters durch Klage

Da oftmals schwer feststellbar ist, ob eine Einheit einen Betrieb darstellt, besteht die Möglichkeit, nach § 34 Abs 2 ArbVG mittels Klage eine gerichtliche Feststellung des Betriebscharakters zu erreichen. Das auf Grund der Klage ergangene Urteil hat so lange bindende Wirkung, als sich nicht die Voraussetzungen, die für das Urteil maßgeblich waren, wesentlich geändert haben und dies in einem neuerlichen Verfahren festgestellt wird. Wird ein BR **gewählt und** ist die Arbeitsstätte, für die er gewählt wird, nicht als Betrieb iSd § 34 ArbVG zu betrachten, so ist die BR-Wahl anfechtbar. Die Klagslegitimation regelt § 34 Abs 3 ArbVG. Neben dem BR ist insbesondere auch der AG zur Einbringung der Feststellungsklage berechtigt.

1.3. Gleichstellung einer Arbeitsstätte mit einem Betrieb

Nach § 35 ArbVG ist eine räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernte Arbeitsstätte, in der ständig mehr als 50 AN beschäftigt sind, einem selbständigen Betrieb mittels Klage gleichzustellen.

Im Fall einer Entfernung von 40 km vom Hauptbetrieb wurde entschieden, dass dies als „weit“ iSd § 35 ArbVG anzusehen ist (EA Linz 9.9.1974, Re 25/74, Arb 9.244). Sind nur etwas mehr als die Hälfte des Jahres 50 AN beschäftigt, so ist eine Gleichstellung nicht möglich (VwGH 26.1.1961, 2540/59, Arb 7.322).

Zur Klage legitimiert sind der BR, mindestens so viele AN als BR-Mitglieder zu wählen wären, die zuständige freiwillige und die gesetzliche Interessenvertretung der AN.

Die vorgenannten Institutionen und Personen können auch eine Klage auf Beendigung der Gleichstellung einbringen. Diese Klage kann auch der AG einbringen (siehe auch 7.6.).

1.4. Aus der Beratungs- und Vertretungspraxis zum Betriebsbegriff

In der Praxis tritt immer wieder die Frage auf, ob eine Filiale oder mehrere Filialen als eigener Betrieb anzusehen sind. Anhand der zuvor erörterten Kriterien ist diese Frage im Einzelfall zu prüfen. Durch Zuordnung zusätzlicher Kompetenzen bzw. Gewährung von größerer Eigenständigkeit kann eine Arbeitsstätte zum Betrieb werden. Handelt es sich bei einer Filiale um einen Betrieb und wird trotzdem die BR-Wahl eines anderen Betriebes auch in der Filiale mit Betriebscharakter durchgeführt, so besteht die Möglichkeit, die BR-Wahl anzufechten (siehe 5.). Wird etwa die BR-Wahl in der Wiener Zentrale sowie allen 25 Filialen durchgeführt, so setzt dies voraus, dass keine der Filialen ein Betrieb ist. Ist eine Filiale ein Betrieb, so müssen mindestens 5 AN iSd § 36 ArbVG in dem Betrieb beschäftigt sein, damit eine BR-Wahl stattfinden kann.

Ist ein Unternehmen in mehrere Betriebe iSd § 34 ArbVG aufgegliedert und wird in allen Betrieben ein BR gewählt, so führt dies im Regelfall zu mehr BR-Mitgliedern (mit Kündigungs- und Entlassungsschutz), wie wenn ein einziger Betrieb (mit mehreren Arbeitsstätten) vorliegen würde.

Beispiel 1

Ein Betrieb mit 3 Filialen (die kein Betrieb sind) beschäftigt insgesamt 24 AN. Es ist nach § 50 ArbVG ein BR mit 3 Mitgliedern zu wählen.

Ein Unternehmen mit 3 Betrieben beschäftigt insgesamt 24 AN.

Im Betrieb 1 mit 10 AN sind 2 BR-Mitglieder zu wählen,

im Betrieb 2 mit 5 AN ist 1 BR-Mitglied zu wählen,

im Betrieb 3 mit 9 AN ist 1 BR-Mitglied zu wählen.

In einem in mehrere Betriebe gegliederten Unternehmen sind in etlichen Fallkonstellationen mehr BR-Mitglieder zu wählen (4 statt 3 im vorgenannten Beispiel).

Beispiel 2

Ein Betrieb mit 3 Filialen (die kein Betrieb sind) beschäftigt insgesamt 350 AN.

Es ist daher nach § 50 ArbVG ein BR mit 7 Mitgliedern zu wählen.

Ein Unternehmen mit 3 Betrieben beschäftigt insgesamt 350 AN.

Im Betrieb 1 mit 115 AN sind 5 BR-Mitglieder zu wählen,

im Betrieb 2 mit 70 AN sind 4 BR-Mitglieder zu wählen,

im Betrieb 3 mit 165 AN sind 5 BR-Mitglieder zu wählen.

Im in mehrere Betriebe gegliederten Unternehmen sind somit wesentlich mehr BR-Mitglieder zu wählen (14 statt 7).

Andererseits ist jedoch zu bedenken, dass ab 150 AN ein BR-Mitglied gänzlich freizustellen ist (siehe Amtsfreistellung 40.9.) und ab 200 AN eine einjährige Bildungsfreistellung (siehe 40.10.) beansprucht werden kann. Sind die Filialen weit voneinander entfernt, ist mit erheblichen Reisezeiten im Rahmen der Vertretungstätigkeit zu rechnen.

2. Arbeitnehmer iSd ArbVG

2.1. Allgemeines

Die Wahl eines BR setzt einen Betrieb iSd § 34 ArbVG (siehe 1.) und 5 AN nach § 36 ArbVG voraus. Ausgangspunkt des § 36 ArbVG ist der weisungsabhängige AN, welcher in den Betrieb integriert ist. Freie AN oder Werkvertragsnehmer sind daher im Arbeitsverfassungsrecht nicht als AN anzusehen. AN gemäß § 36 ArbVG sind alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen einschließlich der Lehrlinge nach § 1 BAG und der Heimarbeiter nach den §§ 1 bis 4 HeimAG ohne Unterschied des Alters. Es kommt somit auf das für das aktive Wahlrecht erforderliche Alter von 18 Jahren für die Anwendung des ArbVG nicht an (nach § 2 KJBG dürfen jedoch Minderjährige bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres nur in Ausnahmefällen beschäftigt werden).

Für den Begriff des „AN“ nach § 36 ArbVG ist die Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistungen auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages in persönlicher Abhängigkeit erforderlich. Die persönliche Abhängigkeit ist anzunehmen, wenn der Beschäftigte bezüglich Arbeitszeit, Arbeitseinteilung, Arbeitsort, Integration in den Betrieb und Betriebsordnung den Weisungen des AG unterstellt ist. Es ist somit von einem weitgehenden Ausschluss der Bestimmungsfreiheit über die eigene Person auszugehen (OGH 13.3.1997, 8 ObA 2359/96m).

Nicht als AN iSd § 36 ArbVG gelten:

- in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist (siehe 2.3.1.),
- leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht (siehe 2.3.2.),
- Personen, die ohne rechtliches Verpflichtungsverhältnis tätig sind (VwGH 19.6.1979, 993/78, Arb 9.795),
- Personen, die zu Schulungs- und Ausbildungszwecken kurzfristig beschäftigt werden (siehe 2.3.3.),
- freie AN (zB OGH 6.6.2005, 9 ObA 83/05 d – zum Begriff „freie AN“ siehe *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber¹⁸, Kapitel 17),
- Personen, die vorwiegend zu ihrer Erziehung, Behandlung, Heilung oder Wiedereingliederung beschäftigt werden, sofern sie nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind,

- Personen, die im Vollzug einer verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verwahrungshaft, Untersuchungshaft, Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahme beschäftigt werden,
- Personen, deren Beschäftigung vorwiegend durch religiöse, karitative oder soziale Motive bestimmt ist, sofern sie nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind und
- Zivildienstler im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der den Zivildienstler beschäftigenden Einrichtung (§ 23 Abs 5 Zivildienstgesetz; *Windisch-Graetz* in *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*³, 2018, § 36 ArbVG, Rz 10).

2.2. Beschäftigung im Betrieb

Die „Beschäftigung im Betrieb“ als Kriterium für die Eigenschaft als AN gemäß dem Arbeitsverfassungsrecht ist auch dann gegeben, wenn die wechselseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen (Entgeltspflicht des AG sowie Pflicht zur Erbringung der arbeitsvertraglichen Arbeitsleistungen). Die AN-Eigenschaft ist daher durch die vorübergehende Abwesenheit vom Arbeitsplatz etwa wegen eines Karenzurlaubes, dem Präsenz- oder Zivildienst nicht beeinträchtigt, weil das Arbeitsverhältnis weiterhin aufrecht ist.

Letztlich kommt es auf die Art der Beschäftigung an, die Tatsache der Arbeitsleistung, die in Abhängigkeit zum Betriebsinhaber verrichtet wird, unabhängig davon, in welcher vertraglichen Hülle sie nach außen in Erscheinung tritt. Die Höhe des Entgelts und das Ausmaß der Beschäftigung sind nicht relevant (VwGH 21.9.1988, 86/01/0234, RdW 1989, 202).

2.2.1. Überlassene Arbeitskräfte

Werden Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte zur Verfügung gestellt und liegt somit eine Arbeitskräfteüberlassung nach § 1 AÜG vor, so ist die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der überlassenen Arbeitskräfte zu klären (Überlasserbetrieb oder Beschäftigerbetrieb). Die überlassene Arbeitskraft gilt dann als AN des Beschäftigerbetriebes, wenn die Überlassung für längere Zeit gedacht ist. Im Zweifel kommt es darauf an, ob die Interessen der entliehenen AN vom BR des Betriebes, in den sie entsandt sind, vertreten werden können (OGH 15.7.1987, 9 ObA 63/87, ARD 3921/10/87; OGH 24.7.2013, 9 ObA 79/13b). Wenn fast alle AG-Funktionen beim entsendenden Betrieb verbleiben, kann man diese AN auch betriebsverfassungsrechtlich nur zur Belegschaft des entsendenden Betriebes rechnen (OGH 17.12.2013, 8 ObA 22/13p). Dies wird bei Sonderformen, wie etwa beim Payrolling, zu berücksichtigen sein. Payrolling tritt im Zusammenhang mit Arbeitskräfteüberlassung auf und betrifft insbesondere die Fallkonstellationen, bei denen die wesentlichen Personalentscheidungen im Ergebnis vom Beschäftiger getroffen werden und die einzige AG-Funktion, die beim Überlasser

verbleibt, die Entgeltzahlung ist, also die Führung der namensgebenden „Payroll“, bleibt aber der Überlasser formal der arbeitsvertragliche AG des überlassenen AN (Details siehe OGH 29.5.2018, 8 ObA 51/17h; *Rauch*, Arbeitsrecht 2019, 65 f).

Waren überlassene Arbeitskräfte schon mehr als 6 Monate unter entsprechender Eingliederung im Beschäftigerbetrieb tätig und sind bei ihnen auch weitere AG-Funktionen (Bewilligung von Urlauben, Erteilung von Weisungen und Eingliederung in die Arbeitszeitregelungen des Beschäftigerbetriebes einschließlich Genehmigung von Zeitausgleich für Überstunden) auf das Beschäftigerunternehmen übergegangen, so sind diese Arbeitskräfte arbeitsverfassungsrechtlich als AN des Beschäftigerbetriebes anzusehen (OGH 13.2.1991, 9 ObA 22/91, Arb 10.908).

Dabei ist jedoch weiters Folgendes zu beachten:

Die Überlassung ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass die überlassene Arbeitskraft nur mit dem Überlasser und nicht mit dem Beschäftiger einen Arbeitsvertrag abschließt. Die arbeitsverfassungsrechtliche Zuordnung zum Beschäftigerbetrieb (auf Grund einer tatsächlichen oder geplanten längeren Tätigkeit für einen bestimmten Beschäftiger) ändert daher nichts an der betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeit des BR des Überlasserbetriebes für den arbeitsvertragsbezogenen Bereich des jeweiligen Arbeitsverhältnisses (*Rauch*, Überlassene Arbeitskräfte und Betriebsrat, *ecolex* 2008, 157). Daraus ergibt sich, dass insbesondere das Verständigungsverfahren nach § 105 Abs 1 ArbVG beim BR des Überlasserbetriebes abzuwickeln ist (OGH 15.7.1987, 9 ObA 63/87; 24.7.2013, 9 ObA 79/13b). Daher können BV, die materielle Arbeitsbedingungen bzw Entgeltfragen regeln, nicht auf überlassene Arbeitskräfte angewendet werden, weil diese Angelegenheiten sich nach dem Arbeitsvertrag mit dem Überlasser richten (*Marhold*, Betriebsvereinbarungen für überlassene Arbeitnehmer, *ASoK* 2008, 251 ff).

Weiters ist zu beachten, dass der Wirkungsbereich des BR auf den Betrieb beschränkt ist, für den er gewählt wurde. Der BR des Überlasserbetriebes ist daher nicht berechtigt, gegen den Beschäftigerbetrieb eine Feststellungsklage nach § 54 Abs 1 ASGG (siehe 17.5) einzubringen (OGH 15.12.2009, 9 ObA 24/09h).

Zur fehlenden Anwendbarkeit eines Sozialplans des Beschäftigers auf überlassene Arbeitskräfte siehe 36.8.3.6.

2.2.2. In andere Betriebe entsandte AN

Wird ein AN in einen anderen Betrieb entsandt, so ist eine betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zu dem Betrieb, in den er entsendet wurde, nur dann denkbar, wenn in erheblichem Ausmaß eine Eingliederung in diesen Betrieb erfolgt ist

(OGH 26.3.1997, 9 ObA 88/97z, ASoK 1997/405, ARD 4858/29/97 – siehe auch VwGH 7.11.1978, 1285/77, DRdA 1979/146). Letztlich ist maßgeblich, dass der AN ungeachtet seiner außerhalb der Betriebsstätte verrichteten Tätigkeit noch als Glied der betrieblichen Organisation gesehen werden kann. In dem Zusammenhang ist zu beachten, dass unter Berücksichtigung der nunmehr zur Verfügung stehenden Kommunikationsmöglichkeiten eine organisatorische Eingliederung disloziert tätiger AN in viel weiterem Umfang möglich ist als in der Vergangenheit (OGH 2.6.2009, 9 ObA 54/09w). Letztlich werden entsandte AN bezüglich ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung nach den Grundsätzen für überlassene AN (siehe 2.2.1.) zu betrachten sein.

2.2.3. Beamte und Vertragsbedienstete

Falls ein Betrieb dem Geltungsbereich der Betriebsverfassung zuzuordnen ist (siehe Einleitung bzw § 33 ArbVG), sind dauerhaft im Betrieb tätige Beamte und Vertragsbedienstete als AN iSd § 36 ArbVG anzusehen (auch wenn sie im Rahmen eines Austauschverhältnisses in einem BR-pflichtigen beschäftigt werden – EA Wien 7.12.1977, V Re 198/77, Arb 9.641). Damit haben sie auch das aktive und passive Wahlrecht wie andere AN, die dem ArbVG unterliegen (OGH 12.7.2006, 9 ObA 121/05t).

2.3. Ausnahmen vom AN-Begriff

2.3.1. Organmitglieder

Keine AN nach § 36 ArbVG sind in Betrieben einer juristischen Person, die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist (§ 36 Abs 2 Z 1 ArbVG).

Vorstandsmitglieder eines Vereins

Dem Vorstandsmitglied eines Vereins fehlt schon das für die Eigenschaft als AN erforderliche Element der Fremdbestimmtheit, weil es schon auf Grund seiner Funktion als Vorstandsmitglied nicht hierarchisch der Autorität des AG untergeordnet ist. Fehlt schon arbeitsvertraglich die Stellung als AN, kann jedenfalls der Status als AN iSd § 36 ArbVG nicht gegeben sein (OLG Wien 27.6.1997, 9 Ra 140/96s, ARD 4893/15/97).

Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft

Der mit der Organstellung eines Vorsitzenden des Vorstands einer Aktiengesellschaft gekoppelte Anstellungsvertrag ist selbst dann, wenn in diesem Vertrag die Anwendbarkeit des AngG als *lex contractus* vereinbart wurde, mangels persönlicher Abhängigkeit des Vorsitzenden kein Arbeitsvertrag, sondern ein so genannter „freier Arbeitsvertrag“ (OGH 21.12.1994, 9 ObA 225/94; OGH 29.5.1996, 9 ObA 2044/96w).

Geschäftsführer einer GmbH

Der Geschäftsführer kann aus arbeitsvertraglicher Sicht ein AN sein, wenn sich aus dem (geringen) Umfang seiner Beteiligung bzw aus dem Inhalt des schuldrechtlichen Vertrags eine für ein Arbeitsverhältnis typische persönliche Abhängigkeit ergibt (OGH 13.3.1997, 8 ObA 2359/96m, Arb 11.580; OGH 23.1.2002, 9 ObA 285/01d, ZAS 2003/16, 90; OGH 17.12.2003, 9 ObA 81/03g, ARD 5488/6/2004). Unabhängig davon sind die Geschäftsführer einer GmbH jedenfalls keine AN nach § 36 ArbVG. Entgegen dem klaren Gesetzestext hat die Rechtsprechung jedoch eine Ausnahme gesehen, wenn der Geschäftsführer einer Tochter-GmbH in seiner Tätigkeit völlig unselbständig ist und die Tochter-GmbH im Entscheidungsprozess bedeutungslos ist und überdies über keine Betriebsmittel und keine Belegschaft verfügt (OGH 22.2.2006, 9 ObA 49/05d).

Wird der Geschäftsführer abberufen und vom Dienst suspendiert, so erwirbt er dadurch nicht die Stellung eines AN nach § 36 ArbVG. Dies würde erfordern, dass er nach der Abberufung als Angestellter tätig wird (OGH 28.9.1988, 9 ObA 208/88, ARD 4044/8/89).

Geschäftsführer von Personengesellschaften

Der alleinige Geschäftsführer einer OHG ist kein AN nach § 36 ArbVG (EA Innsbruck 3.2.1984, Re 91/83, Arb 10.286). Da ebenso etwa Komplementäre einer KG zur Vertretung gesetzlich berufen sind, ist auch für diese Personen anzunehmen, dass sie von der Betriebsverfassung ausgenommen sind.

2.3.2. Leitende Angestellte

Leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht, sind ebenfalls von der Betriebsverfassung ausgenommen. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass diese Personen der Interessensphäre des AG zuzuordnen sind, weil sie gegenüber dem AN als Vertreter des AG auftreten. Sie haben eine dem Unternehmer gleichwertige Stellung (EA Wien 3.4.1984, II Re 57/84, Arb 10.317; LG Innsbruck 10.7.1990, 47 Cga 7/90, Arb 10.877; VwGH 26.9.2013, 2013/11/0116; siehe auch 2.4.).

Die Position des leitenden Angestellten ist somit dadurch gekennzeichnet, dass auf Grund seiner Nähe zum AG ein Interessengegensatz zu anderen AN (die nicht als leitende Angestellte zu qualifizieren sind) entstehen kann (OGH 11.2.1998, 9 ObA 413/97v; OGH 24.6.2015, 9 ObA 77/15m).

Bei den AG-Funktionen eines Angestellten, welche die Unterstellung unter den Begriff des leitenden Angestellten rechtfertigen können, steht der Einfluss auf Abschluss und Auflösung von Arbeitsverhältnissen nach der Rechtsprechung im Vordergrund. Ebenso ist aber auch sein Einfluss bei Vorrückungen und in Gehaltsfragen, bei der Urlaubseinteilung, der Anordnung von Überstunden, bei der

Ausübung des Weisungsrechts und bei der Aufrechterhaltung der Disziplin im Betrieb maßgeblich. Auch wenn der Einfluss des leitenden Angestellten auf eine Betriebsabteilung beschränkt ist, kann er in die Interessensphäre anderer AN eingreifen und in einen Interessengegensatz mit diesen geraten (OGH 17.6.1992, 9 ObA 110/92, ARD 4399/5/92; ähnlich OGH 6.4.1994, 9 ObA 93/94, ARD 4568/34/94; OGH 5.9.2001, 9 ObA 193/01z).

Es reicht aber für die Stellung als leitender Angestellter ebenso aus, wenn der Angestellte im Rahmen des vorgelegten Personal- und Schulungsplanes eigenverantwortlich mit dem zweiten Geschäftsleiter Personalaufnahmen, Versetzungen etc durchführt, eine Dienstfreistellung verfügt oder eine einvernehmliche Auflösung eines Arbeitsverhältnisses vereinbart (auch wenn dies von beiden Geschäftsleitern unterfertigt wird – OGH 11.2.1998, 9 ObA 413/97v).

Hat ein AN im Personalbereich keinen wesentlichen Einfluss, so kann er nur dann als leitender Angestellter angesehen werden, wenn er kraft seines Arbeitsvertrages Verfügungen treffen kann, die für die Führung des Betriebes maßgebliche Bedeutung haben. Diese Verfügungsgewalt kann auf betriebstechnischem, kaufmännischem oder organisatorischem Gebiet liegen (VwGH 12.6.1951, 486/91, Arb 5.277).

Prokuristen sind nur dann als leitende Angestellte anzusehen, wenn sie die vorgenannten Voraussetzungen erfüllen. Liegt nur eine Gesamtprokura vor, so kann diese nicht als Begründung für die Ausnahme vom AN-Begriff wesentlich sein (OGH 15.6.1951, 4 Ob 67/51, Arb 5.279).

Die Befugnis, Kündigungen auszusprechen, macht für sich allein einen AN noch nicht zum leitenden Angestellten, falls dessen sonstige Befugnisse deutlich vom Bild eines leitenden Angestellten abweichen (OGH 17.5.2000, 9 ObA 73/00a, ARD 5183/11/2000).

Beispielsweise sind Kindergartenleiter keine leitenden Angestellten, wenn ihnen keine selbständigen Entscheidungsbefugnisse über Anschaffungen für den Kindergarten zukommen, sie nicht über Öffnungszeiten- und Ferienzeiten bestimmen und bei Personalentscheidungen nur Empfehlungen abgeben können (OGH 5.9.2001, 9 ObA 184/01a).

2.3.3. Kurzfristige Ausbildungsverhältnisse

Personen, die kurzfristig geschult bzw ausgebildet werden, sind keine AN iSd § 36 ArbVG. Voraussetzung für die Ausnahme ist, dass die Beschäftigung primär dem Schulungs- und Ausbildungszweck (und nicht dem Verdiensterwerb) dient und die Schulung und Ausbildung kurzfristig ist. Die Bestimmung hat keine wesentliche Bedeutung in der Praxis und es fehlen daher Präzisierungen der Rechtsprechung zu Begriffen wie „kurzfristig beschäftigt“.

Jedenfalls sind Lehrlinge (§ 1 BAG) AN iSd § 36 ArbVG.