jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2020/9/29 9ObA65/20d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.09.2020

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Stefula und die fachkundigen Laienrichter Mag. Klaus Oblasser (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Wolfgang Jelinek (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei M* GmbH, *, vertreten durch Gerlach, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Arbeiterbetriebsrat M* GmbH, *, vertreten durch Dr. Sieglinde Gahleitner, Rechtsanwältin in Wien, wegen Anfechtung einer Betriebsratswahl, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 23. April 2020, GZ 6 Ra 82/19d-13, mit dem das Urteil des Landesgerichts Leoben als Arbeits- und Sozialgericht vom 20. September 2019, GZ 20 Cga 33/19a-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen (I.) und zu Recht erkannt (II.):

Spruch

I. Die Bezeichnung der klagenden Partei wird auf „M* GmbH“ berichtigt.

II. Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

„Das Klagebegehren, die Betriebsratswahl vom 22. 5. 2019 für rechtsunwirksam zu erklären, wird abgewiesen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 1.489,86 EUR (darin 248,31 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Zu I.:

Während im Rubrum der Klage und deren Text von Anfang an die M* GmbH als klagende Partei angeführt war (dies auch dazu passend, dass die Wahlanfechtungsklage gegen den Arbeiterbetriebsrat dieser GmbH gerichtet ist), war in den Datenangaben zur elektronischen Einbringung der Klage und in weiteren Deckblättern von Schriftsätzen der Klagevertretung die Ma* GmbH als klagende Partei angeführt. Auch in die Urteile der Vorinstanzen fand die offenkundige Fehlbezeichnung Eingang. Dass es sich unstrittig um eine solche handelte, ergibt sich auch aus dem Berichtigungsantrag des beklagten Betriebsrates in seiner Revision, dem in der – namens der M* GmbH eingebrachten – Revisionsbeantwortung zugestimmt wurde.

Auf dieser Grundlage war die Bezeichnung der klagenden Partei gemäß§ 235 Abs 5 ZPO richtigzustellen (vgl RS0035139 [T1]).

Zu II.:

Bei der Klägerin handelt es sich um ein Produktionswerk am Standort T* und unbestritten um einen Betrieb iSd § 34 ArbVG. Am 22. 5. 2019 fand bei der Klägerin die Wahl des Arbeiterbetriebsrates statt. Die Betriebsgruppenversammlung der Arbeiter, bei welcher der Wahlvorstand gewählt wurde, wurde am 30. 4. 2019 durchgeführt. Die Klägerin übermittelte in der Folge dem Vorsitzenden des Wahlvorstandes über Anforderung ein Verzeichnis der Arbeitnehmer. Zum Stichtag 30. 4. 2019 waren bei der Klägerin 638 Personen als Arbeiter beschäftigt, davon 373 als sogenanntes Stammpersonal, 31 Lehrlinge unter 18 Jahren, 24 Lehrlinge über 18 Jahren und 210 überlassene Arbeitskräfte, wovon 78 weniger lang als sechs Monate bei der Klägerin beschäftigt waren. Von den 132 Leiharbeitnehmern, die per 30. 4. 2019 bereits sechs Monate oder länger bei der Klägerin beschäftigt waren, waren 49 schon durch einen Betriebsrat im Überlasserbetrieb vertreten.

Laut Wahlkundmachung waren zehn Mitglieder in den Betriebsrat zu wählen. Der Wahlvorstand führte letztlich 603 Wahlberechtigte in seiner Liste. Darin waren keine Arbeitnehmer enthalten, die am Tag der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, wohl aber zumindest 68 Leiharbeitnehmer, die am 30. 4. 2019 weniger als sechs Monate bei der Klägerin beschäftigt waren. Ebenso fanden sich im Wählerverzeichnis zumindest 39 überlassene Arbeitskräfte, die zwar bereits mindestens sechs Monate bei der Klägerin beschäftigt, jedoch im Überlasserbetrieb durch einen Betriebsrat vertreten waren.

Der Klägerin wurde am 22. 5. 2019 das Ergebnis der Betriebsratswahl übermittelt.

Die Klägerin schließt nur in Ausnahmefällen befristete Leiharbeitsverträge. Die Verträge mit jenen Leiharbeitnehmern, die am 30. 4. 2019 noch nicht sechs Monate bei ihr beschäftigt waren, waren unbefristet abgeschlossen. Für welche Dauer die entsprechenden Leiharbeitsverträge jeweils „geplant waren“, ist nicht feststellbar. Die tatsächliche Einsatzdauer von Leiharbeitnehmern bei der Klägerin richtet sich nämlich primär nach dem saisonbedingten Bedarf sowie der Auftragslage und lässt sich daher im Vorhinein nicht verlässlich festlegen. Insgesamt ist die Fluktuation innerhalb der Leiharbeitnehmerschaft der Klägerin relativ hoch. Von im Zeitraum Jänner bis Juni 2018 eingetretenen 115 Leiharbeitskräften traten im selben Zeitraum 62 wieder aus, bis Mai 2019 84. Von im Zeitraum Juli bis Dezember 2018 eingetretenen 67 Leiharbeitskräften traten im selben Zeitraum 30 und bis Mai 2019 41 wieder aus. Von im Zeitraum Jänner bis April 2019 neu aufgenommenen 93 Leiharbeitskräften traten im selben Zeitraum 25 und bis Mai 2019 30 wieder aus.

Weisungen gegenüber den Leiharbeitnehmern (inklusive der Vorgabe der Arbeitszeiten) erfolgen – wie üblich – von Seiten der Klägerin als Beschäftigerbetrieb. Die Leiharbeitskräfte sind verpflichtet, Krankenstände sowohl der Klägerin als auch dem Überlasserbetrieb zu melden. Der Urlaub von Leiharbeitnehmern wird vom jeweiligen Überlasserbetrieb genehmigt, jedoch nach entsprechender „Koordination“ mit der Klägerin als Beschäftigerbetrieb.

Die Klägerin begehrt mit ihrer am 18. 6. 2019 eingebrachten Wahlanfechtungsklage die Rechtsunwirksamerklärung der Betriebsratswahl gemäß § 59 ArbVG. Sie führt zur Begründung im Wesentlichen aus, die Wahl sei dem quantitativen Element nach fehlerhaft, da in Relation zur Belegschaftsstärke zu viele Betriebsratsmitglieder gewählt worden seien. Am relevanten Stichtag der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes (30. 4. 2019) habe die korrekte Anzahl von beschäftigen Arbeitnehmern iSd § 36 ArbVG 480 Personen betragen (638 abzüglich 31 Lehrlingen unter 18, abzüglich 78 Leiharbeitskräften mit einer Beschäftigungsdauer von weniger als sechs Monaten, abzüglich 49 Leiharbeitskräften mit eigenem Betriebsrat beim Überlasser). Es wären daher nach § 50 iVm § 36 ArbVG nur acht statt zehn Mitglieder des Betriebsrates zu wählen gewesen. Bei der Wahl sei missachtet worden, dass die herrschende Auffassung nur jene überlassenen Arbeitskräfte als Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebs – somit hier der Klägerin – qualifiziere, die bei diesem bereits sechs Monate beschäftigt sind. Zum anderen hätten jene überlassenen Arbeitskräfte, die im Betrieb des Überlassers durch einen eigenen Betriebsrat vertreten sind, nicht mitgezählt werden dürfen. Der Betriebsrat des Überlasserbetriebs stelle nämlich die Wahrung von deren Interessen sicher. Eine doppelte Wahrnehmung dieser Interessen im Sinne einer Mehrfachvertretung durch zwei Betriebsräte erscheine nicht sachgerecht, dies vor allem dann nicht, wenn, wie im vorliegenden Fall, alle wesentlichen Arbeitgeberfunktionen vom Überlasser wahrgenommen würden. Ferner seien auch die minderjährigen Lehrlinge von der Zahl 638 abzuziehen.

Der beklagte Arbeiterbetriebsrat beantragte die Abweisung der Klage mangels Vorliegens eines Anfechtungsgrundes mit der wesentlichen Begründung, die ermittelte Zahl von zehn Betriebsratsmitgliedern entspreche den gesetzlichen Vorschriften.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es traf im Wesentlichen die eingangs wiedergegebenen Feststellungen. Rechtlich vertrat das Erstgericht die Ansicht, dass es im konkreten Fall gerechtfertigt erscheine, als wesentliches Kriterium für die Berücksichtigung der Leiharbeitskräfte bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 50 Abs 2 ArbVG die tatsächliche Beschäftigungsdauer am Tag der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes und als maßgebliche Grenze eine solche von sechs Monaten heranzuziehen. Damit hätten zumindest jene 78 Leiharbeitskräfte bei der Festsetzung der Anzahl der Betriebsratsmandate außer Betracht zu bleiben, die am 30. 4. 2019 noch nicht sechs Monate bei der Klägerin beschäftigt waren, sodass sich die relevante Belegschaftsstärke auf unter 601 Personen reduziere. Damit wären maximal neun Mitglieder des Arbeiterbetriebsrates zu wählen gewesen. Da tatsächlich zehn Mitglieder gewählt worden seien, erweise sich die Wahlanfechtung als berechtigt.

Das Berufungsgericht gab der vom beklagten Arbeiterbetriebsrat wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen Berufung nicht Folge. Nach der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung komme das aktive Wahlrecht – und damit verknüpft auch die Zahl der Mitglieder eines Betriebsrates – überlassenen Arbeitnehmern im Beschäftigerbetrieb dann zu, wenn sie im Betrieb eine längere Zeit – angenommen werde mehr als ein halbes Jahr – eingegliedert sind und infolge dessen wesentliche Arbeitgeberfunktionen auf den Beschäftiger übergehen, sodass insoweit die Interessen dieser Arbeitnehmer vom Betriebsrat des Betriebes, in den sie entsandt sind, vertreten werden können. Die in dieser Ansicht enthaltene Wertung lasse sich insbesondere auch den Bestimmungen über das passive Wahlrecht nach § 53 ArbVG entnehmen, die hierfür ebenfalls vorsehen, dass der Arbeitnehmer mindestens sechs Monate im Rahmen des Betriebes beschäftigt ist. Auch die Kündigungsanfechtungsmöglichkeit wegen Sozialwidrigkeit bestehe gemäß § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG erst ab einer sechsmonatigen Beschäftigungsdauer. Es lasse sich damit eine Wertung des Gesetzgebers dahin erkennen, dass für das Entstehen gewisser betriebsverfassungsrechtlicher Rechte eine bestimmte Beschäftigungsdauer im Betrieb vorliegen solle. Diese Grenze liege bei sechs Monaten. Im vorliegenden Fall habe eine auf Dauer geplante Beschäftigung der Leiharbeitnehmer ungeachtet des Umstandes, dass die Leiharbeitsverträge unbefristet abgeschlossen werden, nicht festgestellt werden können. Die Klägerin gehe vielmehr vom saisonbedingten Bedarf und von der Auftragslage aus. Demgemäß ergebe sich auch eine erhebliche, vom Erstgericht festgestellte Fluktuation. Die der Klägerin als Beschäftigerbetrieb zukommenden Arbeitgeberfunktionen ergäben sich einerseits aus dem AÜG und andererseits aus der faktischen Notwendigkeit im Zusammenhang mit der Durchführung der Arbeit im Beschäftigerbetrieb. Insgesamt seien keine an den Beschäftiger übertragenen Arbeitgeberfunktionen ersichtlich, die über die betriebsbedingten Notwendigkeiten hinausgingen. Insofern erscheine es auch sachgerecht, den überlassenen Arbeitskräften nicht von Beginn an das aktive Wahlrecht zuzugestehen, weil nicht davon auszugehen sei, dass die Bindung an den Beschäftigerbetrieb stärker ist als die an den Überlasser. Wenn das Erstgericht daher bei dieser Situation davon ausgehe, dass überlassene Arbeitnehmer, die noch nicht sechs Monate bei der Klägerin beschäftigt sind, nicht als Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebs iSd § 36 ArbVG anzusehen seien, weshalb ihnen das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat des Beschäftigerbetriebs noch nicht zukomme, so sei diese Rechtsansicht nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht ließ die Revision mit der Begründung zu, es bestehe keine gefestigte Judikatur zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein überlassener Arbeitnehmer als Arbeitnehmer des Beschäftigungsbetriebes iSd § 36 ArbVG anzusehen sei.

Gegen das Berufungsurteil richtet sich die wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobene Revision des beklagten Betriebsrates mit einem auf Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag, hilfsweise mit einem Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Die Klägerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Sie ist auch berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

1. Der Betriebsinhaber ist gemäß § 59 Abs 2 ArbVG berechtigt, binnen Monatsfrist vom Tage der Mitteilung des Wahlergebnisses an gerechnet, die (Betriebsrats-)Wahl beim Gericht anzufechten, wenn die Wahl ihrer Art oder ihrem Umfang nach oder mangels Vorliegens eines Betriebes nicht durchzuführen gewesen wäre.

1.1. Die Wahlanfechtungsklage wurde innerhalb der Monatsfrist des § 59 Abs 2 ArbVG eingebracht und ist damit rechtzeitig.

1.2. Die Wahl einer unrichtigen Zahl an Betriebsratsmitgliedern führt zur Unzulässigkeit der Wahl ihrem Umfang nach (Schneller in Gahleitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht5 [2015] § 59 Rz 47; Löschnigg in Jabornegg/Resch, ArbVG [2017] § 59 Rz 17; Kallab in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 [2018] § 59 ArbVG Rz 32 ua). Die Klägerin macht, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, es hätten nur weniger als zehn Betriebsratsmitglieder gewählt werden dürfen, einen grundsätzlich tauglichen Anfechtungsgrund geltend.

1.3. Für das Wahlanfechtungsverfahren vor dem Gericht gilt, anders als noch im Verfahren vor den Einigungsämtern, der Dispositions- und Antragsgrundsatz; danach bestimmen die Parteien den Beginn und den Gegenstand des Verfahrens. Das Gericht hat das Wahlverfahren nur in den Grenzen der vom Anfechtungswerber in der Anfechtungsschrift (Anfechtungsklage) behaupteten Rechtswidrigkeiten nachzuprüfen (8 ObA 61/17d [Pkt 2] = DRdA 2018/38 [Schneller] = ZAS 2018/51 [Hörmann]).

In der Anfechtungsklage machte die Klägerin als Anfechtungsgrund nur geltend, die Zahl der gewählten Betriebsräte weiche von der Vorschrift des § 59 ArbVG ab. Allein dieser Vorwurf ist im Folgenden auf seine Richtigkeit zu überprüfen. Nicht zu überprüfen ist hingegen, ob Personen das aktive Wahlrecht ausübten, die nach der Bestimmung des § 52 ArbVG nicht aktiv wahlberechtigt gewesen wären. Soweit das Berufungsgericht insofern Ausführungen tätigte, indem es sich wiederholt der Frage widmete, ab wann einem überlassenen Arbeitnehmer bei Betriebsratswahlen im Beschäftigerbetrieb das aktive Wahlrecht zukomme, überschritt es die von der Wahlanfechtungsklage gesetzten Grenzen.

2. Nach der mit „Zahl der Betriebsratsmitglieder" überschriebenen Vorschrift des § 50 ArbVG besteht der Betriebsrat in Betrieben mit fünf bis neun Arbeitnehmern aus einer Person, mit zehn bis neunzehn Arbeitnehmern aus zwei Mitgliedern, mit zwanzig bis fünfzig Arbeitnehmern aus drei Mitgliedern, mit einundfünfzig bis hundert Arbeitnehmern aus vier Mitgliedern (Abs 1 Satz 1). In Betrieben mit mehr als hundert Arbeitnehmern erhöht sich für je weitere hundert Arbeitnehmer, in Betrieben mit mehr als tausend Arbeitnehmern für je weitere vierhundert Arbeitnehmer die Zahl der Mitglieder des Betriebsrates um ein Mitglied (Abs 1 Satz 2). Bruchteile von hundert bzw vierhundert werden für voll gerechnet (Abs 1 Satz 3). Nach § 50 Abs 2 ArbVG bestimmt sich die Zahl der Mitglieder eines Betriebsrates nach der Zahl der am Tage der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (Abs 2 Satz 1). Eine spätere Änderung der Zahl der Arbeitnehmer ist auf die Zahl der Mitglieder des Betriebsrates ohne Einfluss (Abs 2 Satz 2).

2.1. Die Bestimmung des § 50 ArbVG ist dem II. Teil des ArbVG zuzuordnen, der mit § 36 ArbVG über einen eigenen Arbeitnehmerbegriff verfügt. Nach § 36 Abs 1 ArbVG sind Arbeitnehmer im Sinne des II. Teiles alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen einschließlich der Lehrlinge und der Heimarbeiter ohne Unterschied des Alters. Aufgrund welchen Rechtstitels die Beschäftigung im Betrieb erfolgt ist grundsätzlich gleichgültig (Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 36 Rz 8 mwN).

2.2. Der Oberste Gerichtshof setzte sich bisher in zwei Entscheidungen mit der Frage der Einbeziehung von Leiharbeitnehmern in den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auseinander.

2.2.1. Vor Inkrafttreten des AÜG sprach der Oberste Gerichtshof im Rahmeneiner Prüfung, ob der Betriebsrat des Beschäftigungsbetriebes nach § 105 ArbVG von einer Kündigung zu verständigen gewesen wäre, zu9 ObA 63/87 (= DRdA 1988, 265 [Harrer] = ZAS 1988/9 [Schnorr]) aus, dass bei Überlassung eines Arbeitnehmers an einen anderen Betrieb dieser nach herrschender Auffassung – dazu zitierte der Oberste Gerichtshof damals aktuelle Literatur – dann als Arbeitnehmer dieses Betriebes gelte, wenn die Überlassung (Leihe) für längere Zeit gedacht sei. In allen anderen Fällen blieben solche Arbeitnehmer in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht Arbeitnehmer des entsendenden Betriebes. Im Zweifel werde es darauf ankommen, ob die Interessen dieser Arbeitnehmer vom Betriebsrat des Betriebes, in den sie entsandt sind, vertreten werden können. Wenn etwa fast alle Arbeitgeberfunktionen beim entsendenden Betrieb verbleiben, könne man diese Arbeitnehmer auch betriebsverfassungsrechtlich nur zur Belegschaft des entsendenden Betriebes rechnen. In Ausnahmefällen sei es aber auch möglich, dass der entliehene Arbeitnehmer in beiden Betrieben betriebsverfassungsrechtlich zur Belegschaft zählt.

2.2.2. Zu 9 ObA 22/91 = DRdA 1991/42 (Geppert) entschied der Oberste Gerichtshof, dass fünf überlassene Arbeitnehmer, von denen vier seit mehr als sechs Monaten beschäftigt waren und für den fünften eine Beschäftigung jedenfalls für diesen Zeitraum vorgesehen war, bei der Betriebsratswahl wahlberechtigt gewesen seien. Der Oberste

Gerichtshof erläuterte, dass nach einem Teil der Lehre überlassene Arbeitskräfte ohne Rücksicht auf die Dauer ihres Einsatzes betriebsverfassungsrechtlich (auch) Arbeitnehmer des Beschäftigers seien. Dafür könnte nach der Entscheidung nunmehr zusätzlich sprechen, dass das AÜG dem Beschäftiger zwingend eine Reihe von Arbeitgeberfunktionen auferlegt habe (der Senat verwies damals auf § 6 Abs 1 und 3, § 7 Abs 1 und § 14 AÜG). Aber auch wenn man dem nicht folgen sollte sondern zugrundelege, dass überlassene Arbeitskräfte nur dann als Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes iSd ArbVG gälten, wenn die Überlassung für längere Zeit gedacht ist und (infolgedessen) wesentliche Arbeitnehmerfunktionen auf den Beschäftiger übergehen, sodass insoweit die Interessen dieser Arbeitnehmer vom Betriebsrat des Betriebes, in den sie entsandt sind, vertreten werden können, seien alle fünf überlassenen Arbeitskräfte als Arbeitnehmer des Beschäftigerunternehmens zu sehen. Alle Arbeitskräfte seien nämlich (mit einer Ausnahme) schon mindestens ein halbes Jahr unter entsprechender Eingliederung im Beschäftigerunternehmen tätig gewesen. In einem Fall sei die Beschäftigung jedenfalls für einen solchen Zeitraum vorgesehen worden. Außerdem seien bei allen fünf Arbeitskräften – abgesehen von den gesetzlichen Arbeitgeberfunktionen nach dem AÜG – weitere Arbeitgeberfunktionen (Urlaubsgenehmigungen; Erteilung von Weisungen; Eingliederung in die Arbeitszeitregelung des Beschäftigerbetriebes; Genehmigung des Zeitausgleichs für Überstunden) auf die Beschäftigerin übergegangen, sodass der Betriebsrat des Beschäftigerbetriebes gegebenenfalls auch Interessen dieser Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber in den betreffenden Belangen zu vertreten habe.

2.3. Seit diesen Entscheidungen besteht insoweit Einigkeit, dass überlassene Arbeitskräfte zumindest dann als Arbeitnehmer des Beschäftigers iSd § 36 ArbVG anzusehen sind, wenn die Überlassung länger andauert oder längerfristig gedacht ist und somit wesentliche Arbeitgeberfunktionen auf den Beschäftiger übergehen, und dass von einer längerfristigen Überlassung jedenfalls ausgegangen werden kann, wenn sie sechs Monate überschreitet (Friedrich, Mitbestimmung bei der Arbeitskräfteüberlassung bei personellen Maßnahmen – Zur Zuständigkeit des Betriebsrats des Beschäftigerbetriebs für überlassene Arbeitskräfte bei Versetzungen, ASoK 2007, 212 [214 f]; iglS Gahleitner in Gahleitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht5 § 36 Rz 16 ua).

2.4. Ebenso ist seit diesen Entscheidungen allgemein anerkannt, dass in dem Fall, dassder überlassene Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes ist, der überlassene Arbeitnehmer dennoch jedenfalls – somit auch im Fall längerer Überlassung – der Belegschaft des Überlasserbetriebes iSd § 36 ArbVG zugehörig bleibt. Bei einer solchen zweifachen Belegschaftszugehörigkeit eines Arbeitnehmers ist im Einzelfall anhand des Zwecks des konkret auszuübenden Mitwirkungsrechts und der Sachnähe des jeweiligen Betriebsrates zu prüfen, ob der Betriebsrat des Überlasserbetriebes – so zB beim Kündigungsschutz (9 ObA 63/87) – oder jener des Beschäftigerbetriebes – zB bezüglich Mitwirkung bei Arbeitsplatzgestaltung beim Beschäftiger – zuständig ist (Löschnigg, Arbeitsrecht13 [2017] Rz 9/044; Kietaibl, Arbeitsrecht I10 [2017] 86 f; Obereder in Mazal/Risak, Arbeitsrecht II [2019] Kap 15 Rz 42 ua).

2.5. Umstritten ist hingegen (weiterhin), ob eine gewisse zeitliche Dauer der Arbeitskräfteüberlassung überhaupt erforderlich ist, um den überlassenen Arbeitnehmer als beschäftigte Person des Beschäftigerbetriebs iSd § 36 ArbVG qualifizieren zu können:

2.5.1. Geppert (Glosse zu 9 ObA 22/91 in DRdA 1991/42) vertritt die Ansicht, es komme allein auf das Faktum der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers und damit nicht auf die dortige Beschäftigungsdauer an. Für die Überlassungskräfte könne nichts anderes gelten als für die zeitlich befristet aufgenommenen „Eigenkräfte“, von denen sich die ersteren nur dadurch unterschieden, dass sie zum Beschäftiger in keinem Arbeitsverhältnis stehen. Das Vorliegen eines (gültigen) Arbeitsvertrages sei jedoch keine Voraussetzung für die Arbeitnehmerschaft im Sinn des ArbVG.

2.5.2. Ebenso spricht sich W. Anzenberger (Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsratsfonds – Doppelte Umlagepflicht für „Leiharbeiter“?, ASoK 2001, 385 ff) für eine Arbeitnehmerzugehörigkeit beim Beschäftiger ab dem ersten Tag aus. Er verweist darauf, dass mittlerweile durch das AÜG wesentliche Arbeitgeberfunktionen zum Schutze der überlassenen Arbeitnehmer bereits ex lege auf den Beschäftiger übertragen seien. Im Falle der typischen Arbeitskräfteüberlassung sei die funktionale Eingliederung des Arbeitnehmers in den Beschäftigerbetrieb bereits aufgrund der Rechtslage gegeben. Zudem setze § 36 ArbVG selbst keine zeitlichen Schranken. Auch vergleichbare Arbeitnehmer – kurzfristig oder zur Probe beschäftigte Personen oder solche, die nur sporadisch oder zeitlich geringfügige Arbeitsleistungen erbringen – würden ohne weiteres als vollwertige Belegschaftsmitglieder anerkannt. Dass § 53 ArbVG für das passive Wahlrecht eine mindestens sechsmonatige Beschäftigung voraussetze, solle bloß verhindern, dass Personen, die aufgrund ihrer kurzen Zugehörigkeit mit den Verhältnissen im Betrieb nicht ausreichend vertraut sind,

Vertretungsaufgaben übernehmen.

2.5.3. Nach Strasser (in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG [2003] § 36 Rz 12) werde es hingegen bei der Überlassung von Arbeitnehmern von einen Betrieb an einen anderen im Allgemeinen darauf ankommen, ob die Überlassung für eine längere Zeit gedacht ist. Nur in diesem Falle zählten die entliehenen Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich auch zu dem Betrieb, in den sie entsandt sind. In allen anderen Fällen würden sie betriebsverfassungsrechtlich nur Arbeitnehmer des entsendenden Betriebes bleiben.

2.5.4. B. Schwarz in Sacherer/B. Schwarz, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz2 [2006] 315 f) meint, dass überlassene Arbeitskräfte in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht dann als Arbeitnehmer im Beschäftigerbetrieb gelten, wenn ihre Tätigkeit in diesem Betrieb auf Dauer angelegt ist und aufgrund dessen wesentliche Arbeitgeberfunktionen auf den Betriebsinhaber des Beschäftigerbetriebes übergehen. Im Regelfall träfen diese Voraussetzungen zu, wenn die überlassene Arbeitskraft seit mindestens sechs Monaten in einem Beschäftigerbetrieb tätig ist oder wenn die Beschäftigung für mindestens sechs Monate in Aussicht genommen ist, obwohl sie noch nicht so lange dauert. Die Sechsmonatsfrist erscheine als Richtschnur sachgerecht. Einen Teil der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte schon dann im Beschäftigerbetrieb wirksam werden zu lassen, wenn die überlassene Arbeitskraft beispielsweise nur wenige Tage als Krankenstandsvertretung im Beschäftigerbetrieb tätig ist und für diese Tätigkeit so gut wie keine Vertretungsmöglichkeiten des Betriebsrates im Beschäftigerbetrieb bestehen, sei sinnlos. Die Schutzfunktion der Mitbestimmungsrechte für die überlassenen Arbeitskräfte beginne somit im Regelfall erst dann, wenn der Betriebsinhaber nachhaltig und nicht nur kurzfristig Arbeitgeberfunktionen gegenüber der Arbeitskraft ausübt, was im Zweifel spätestens nach sechs Monaten der Fall sei. Vorher werde der Beschäftiger für den Betriebsrat in seinem Betrieb wohl auch kein geeigneter Ansprechpartner sein, wenn es um Probleme der überlassenen Arbeitskräfte geht. Rasch wechselnde überlassene Arbeitskräfte mit stark fluktuierenden Beschäftigungen würden von Maßnahmen des Betriebsinhabers nur punktuell betroffen, weswegen vielfach die Ausübung arbeitsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten nicht handhabbar wäre. Dabei dürfe nicht vergessen werden, dass die Rechte des Beschäftigerbetriebsrates nach § 97 Abs 1 Z 1a und § 99 Abs 5 ArbVG unabhängig davon ausübbar seien, ob die überlassenen Arbeitskräfte als Arbeitnehmer im Beschäftigerbetrieb nach § 36 ArbVG anzusehen sind.

2.5.5. Rauch (Überlassene Arbeitskräfte und Betriebsrat, ecolex 2008, 157) vertritt die Ansicht, dass bei Entsendung eines Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb der Arbeitnehmer diesem Betrieb nur dann betriebsverfassungsrechtlich zuzuordnen ist, wenn der Arbeitnehmer in diesen Betrieb eingegliedert wurde. Bei einer Eingliederung des Arbeitnehmers von mehr als einem halben Jahr im Beschäftigerbetrieb sei der Beschäftiger als der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitgeber anzusehen, bei kurzfristigen Überlassungen hingegen sowohl aus arbeitsvertraglicher als auch betriebsverfassungsrechtlicher Sicht der Überlasser.

2.5.6. Tomandl (Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011/41 [249 f]) sieht keinen überzeugenden Grund dafür, zwar eine nur kurzfristig beschäftigte unmittelbar aufgenommene Arbeitskraft als Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG anzusehen, aber nicht eine nur kurzfristig entliehene Arbeitskraft, obwohl sich bei ihrem Einsatz die völlig gleichen betriebsbezogenen Probleme stellten. Dass eine unmittelbar von einem Betriebsinhaber eingestellte Arbeitskraft vom ersten Tag ihres Einsatzes als Arbeitnehmer iSv § 36 ArbVG gelte, und zwar auch dann, wenn sie nur auf ganz kurze Zeit eingestellt wird, sei unstrittig. Es wäre auch nicht einzusehen, warum der Betriebsrat etwa die Einhaltung des Arbeitnehmerschutzes nur hinsichtlich bereits länger beschäftigter Arbeitnehmer überwachen dürfte. Das ArbVG sehe allerdings vor, dass bestimmte Vorschriften nur bei länger beschäftigten Arbeitnehmern anwendbar sein sollen. So besäßen Arbeitnehmer das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat nur dann, wenn sie an zwei bestimmten Tagen, und das passive Wahlrecht, wenn sie seit mindestens sechs Monaten beschäftigt waren. Das ändere jedoch nichts daran, dass sie bereits ab dem ersten Tag Arbeitnehmer iSv § 36 ArbVG seien. Selbst wenn es entscheidend auf die Übertragung der Weisungsrechte vom Überlasser an den Beschäftiger ankommen sollte, wären überlassene Arbeitnehmer grundsätzlich auch Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes, da diese Übertragung zum notwendigen Inhalt des Überlassungsvertrags gehöre.

2.5.7. Binder (in Tomandl, ArbVG [2013] § 97 Rz 25 FN 53) befürwortet eine „längere, nahezu sechs Monate dauernde Zeit“ als Erfordernis mit der Begründung, dass Leiharbeitnehmer auf recht brüchiger und schnell veränderbarer Rechtsgrundlage beschäftigt würden und deshalb auch keine Verfälschung der Betriebsratswahl durch den bloß punktuellen Einsatz einer Mehrzahl von Leiharbeitnehmern im selben Beschäftigerbetrieb zum Wahlzeitpunkt möglich sein sollte. Um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, sollte an dem Erfordernis einer bestimmten tatsächlichen

Beschäftigungsdauer festgehalten werden.

2.5.8. Nach Jabornegg/Naderhirn/Trost, Betriebsratswahl6 [2014] 66) könne, da mangels eines gesetzlichen Vorbehalts grundsätzlich auch bei ganz kurzen Arbeitsverhältnissen die Voraussetzungen des § 36 Abs 1 ArbVG erfüllt seien, auch für die vertragslose Beschäftigung im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung keine Mindestbeschäftigungsdauer gefordert werden.

2.5.9. Klein (in Brodil, Diener fremder Herren – Gerechtigkeit in der Arbeitswelt [2016] 65 [68]) vertritt die Ansicht, dass eine Mindestüberlassungsdauer keine Voraussetzung für das Entstehen der Arbeitnehmereigenschaft im Beschäftigerbetrieb sei. Die Übertragung der Arbeitgeberfunktionen wie des Weisungsrechts an den Beschäftigerbetrieb sei das prägende Merkmal der Arbeitskräfteüberlassung. Da dieses Merkmal naturgemäß unmittelbar ab Beginn des Einsatzes vorliege, komme es nicht auf die Dauer, sondern auf die faktische Eingliederung an. Das ergebe sich vor allem aus dem Gesetzeszweck. Die Zugehörigkeit zur Belegschaft im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts habe ja den Sinn, den Kreis der Personen zu definieren, deren Interessen als Belegschaftsmitglieder durch den Betriebsrat wahrgenommen werden sollen. Das Bedürfnis nach Interessenvertretung beginne nicht irgendwann Monate nach der Tätigkeitsaufnahme im Betrieb zu existieren, sondern spätestens gleichzeitig mit dieser.

2.5.10. Marhold/Friedrich (Österreichisches Arbeitsrecht3 [2016] 574) betrachten eine auf Dauer angelegte Bindung zum Entleiherbetrieb als notwendige Voraussetzung dafür, dass ein überlassener Arbeitnehmer diesem betriebsverfassungsrechtlich zugeordnet werden kann. An anderer Stelle legt Marhold (Betriebsvereinbarungen für überlassene Arbeitnehmer – Zurechnung zur Belegschaft des Beschäftigerbetriebes erfolgt je nach Sachfrage, ASoK 2008, 251) dar, dass sich die Sechs-Monats-Frist des (gemeint) § 53 Abs 1 Z 2 ArbVG zunehmend als praktikable Untergrenze für die Zugehörigkeit zur Belegschaft des Beschäftigerbetriebes herauskristallisiert habe. Er weist aber darauf hin, dass auch bei kurzfristiger Überlassung von Arbeitskräften die Zuständigkeit des Betriebsrates des Beschäftigerbetriebes zusätzlich zu jenem des Überlasserbetriebes für die überlassenen Arbeitskräfte bestehen könne.

2.5.11. Kietaibl (Arbeitsrecht I10 [2017] 86) lehrt, dass es für den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff allein auf das Faktum der Einbindung in die Organisation des Betriebes ankomme. Der Grund dafür liege darin, dass ein erheblicher Teil der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte den faktischen Vollzug der betrieblichen Arbeit betreffe. § 36 ArbVG erfasse in den Beschäftigerbetrieb überlassene Arbeitskräfte. Dass dies eine längere Dauer erfordere, sei fragwürdig, weil an sich für die (vertragliche wie betriebsverfassungsrechtliche) Arbeitnehmereigenschaft schon eine ganz kurze Beschäftigung ausreiche und kein Grund ersichtlich sei, warum für Überlassene anderes gelten solle.

2.5.12. Pirker (Ausgewählte betriebs-verfassungsrechtliche Aspekte der Arbeitskräfteüberlassung [2017] 94 f) vertritt die Ansicht, dass der Beschäftigerbetriebsrat am ehesten in der Lage sei, die Einhaltung der materiellen Schutzbestimmungen des AÜG sicherzustellen und damit sowohl direkt die Interessen der überlassenen Arbeitnehmer als auch indirekt die der Stammbelegschaft effektiv zu vertreten. Die Interessenvertretung sei daher ab dem ersten Tag geboten. Wie eine „längere Dauer" prognostiziert werden könne und wie Unterbrechungen und unstete Einsätze zu behandeln seien, bliebe zudem unklar. Die Prognose könnte sich am Dienstverschaffungsvertrag orientieren. Damit wäre aber der Eintritt eines absolut zwingenden Rechts im Ergebnis vom Willen der Parteien dieses Vertrages abhängig. Es sprächen somit auch Gründe der Rechtssicherheit im Ergebnis dafür, dass die überlassenen Arbeitnehmer ohne Wartefrist ab dem ersten Tag der Überlassung Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG im Beschäftigerbetrieb seien.

2.5.13. Nach Schindler (in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 [2018] § 3 AÜG Rz 15) sind überlassene Arbeitnehmer „doppelt" Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG. Im Betrieb des Überlassers sei ihre Arbeitnehmereigenschaft selbstverständlich. Aber auch im Betrieb des Beschäftigers zählten sie zu dessen Arbeitnehmern im Sinn des ArbVG, wenn sie in diesen eingegliedert sind, was typischerweise der Fall sei. Die Rechtsprechung gehe jedenfalls von der Arbeitnehmereigenschaft aus, wenn die Überlassung für zumindest sechs Monate geplant ist. Bei kürzeren Einsätzen könnte es maßgeblich sein, inwieweit vom Überlasser Arbeitgeberfunktionen wie Urlaubsgenehmigung, Weisungserteilung, Genehmigung von Zeitausgleich für Überstunden usw an den Beschäftiger delegiert wurden. Der überwiegende Teil der Lehre vertrete – seines Erachtens zu Recht – unabhängig von der Einsatzdauer und solchen

Begleitumständen jedenfalls die Arbeitnehmereigenschaft. Auch die explizite Zuständigkeit des Beschäftigerbetriebsrates für den Arbeitsschutz überlassener Arbeitskräfte, die zwangsläufig unabhängig von der voraussichtlichen Dauer des Einsatzes wahrzunehmen sei, spreche für diese Sicht.

2.5.14. Nach Windisch-Graetz (in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 [2018] § 36 ArbVG Rz 8) gehören Leiharbeitskräfte der Belegschaft des Betriebes des Verleihers an, wenn diesem wesentliche Arbeitgeberfunktionen verbleiben, aber auch jener des Entleiherbetriebes, wenn die Überlassung für längere Zeit gedacht ist. Waren überlassene Arbeitskräfte schon mehr als ein halbes Jahr unter entsprechender Eingliederung im Beschäftigerunternehmen tätig und sind außerdem bei ihnen weitere Arbeitgeberfunktionen (Urlaubsgenehmigungen, Erteilung von Weisungen, Eingliederung in die Arbeitszeitregelung des Beschäftigerbetriebes, Genehmigung von Zeitausgleich für Überstunden) auf das Beschäftigerunternehmen übergegangen, sodass der Betriebsrat des Beschäftigerunternehmens gegebenenfalls auch die Interessen dieser Arbeitnehmer gegenüber dem Betriebsinhaber in den betreffenden Belangen zu vertreten habe, seien diese Arbeitnehmer auch Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes gemäß § 36 ArbVG.

2.5.15. Schrattbauer (in Schrattbauer, AÜG [2020] § 10 Rz 68) schließt sich der Ansicht an, dass es für die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zum Beschäftigerbetrieb auf die Dauer der Überlassung nicht ankomme. § 36 ArbVG stelle nur auf die faktische Beschäftigung im Betrieb ab, sodass mangels einer Sonderregelung für überlassene Arbeitnehmer auch bei kürzerer Überlassungsdauer ebensowenig an deren betriebsverfassungsrechtlichen Zugehörigkeit zum Beschäftigerbetrieb zu zweifeln sei wie bei unmittelbar eingestellten Arbeitnehmern, die erst seit kurzem oder von vornherein nur für eine befristete Zeitdauer im Betrieb beschäftigt werden. Insofern sei von einer doppelten Betriebszugehörigkeit überlassener Arbeitskräfte auszugehen.

3. Der Senat hat erwogen:

3.1. Mit der Entscheidung 9 ObA 22/91 wurde die bereits damals von einem Teil der Literatur vertretene Ansicht, dass überlassene Arbeitskräfte ohne Rücksicht auf die Dauer ihres Einsatzes betriebsverfassungsrechtlich (auch) Arbeitnehmer des Beschäftigers seien, nicht abgelehnt. Vielmehr räumte der Oberste Gerichtshof damals ein, dass für diese Ansicht nach der (durch BGBl 1988/196 erfolgten) Erlassung des AÜG zusätzlich sprechen könnte, dassdas AÜG dem Beschäftiger zwingend eine Reihe von Arbeitgeberfunktionen auferlegt hat. Nachdem aber die damals betroffenen Arbeitnehmer (zumindest geplant) in einem zeitlichen Ausmaß beschäftigt waren, das der Oberste Gerichtshof jedenfalls als ausreichend ansah, traf er keine endgültige Aussage zur Berechtigung eines zeitlichen Kriteriums.

3.2. Wie bereits in der Entscheidung 9 ObA 22/91 festgehalten, kam es durch die Einführung des AÜG schon ex lege zu einer Übertragung gewisser Arbeitgeberaufgaben. So hat der Beschäftiger etwa Aufgaben des Arbeitnehmerschutzes und Fürsorgepflichten (§ 6 AÜG) zu erfüllen und für die Einhaltung von Gleichbehandlungsvorschriften (§ 6a AÜG) zu sorgen. Für den überlassenen Arbeitnehmer gelten im Beschäftigerbetrieb günstigere Vorschriften im Bereich Arbeitszeit und Urlaub (§ 10 Abs 3 AÜG). Der Beschäftiger hat der überlassenen Arbeitskraft Zugang zu den Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen in seinem Betrieb zu gewähren (§ 10 Abs 6 AÜG). Weiters treffen den Beschäftiger gegenüber den überlassenen Arbeitskräften gewisse Mitteilungspflichten (§ 12 Abs 3 und 4 AÜG). Bedenkt man, dass die Aufgabe des Betriebsrates nach § 38 ArbVG darin besteht, die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb wahrzunehmen und zu fördern, ergibt sich schon aus den genannten Bestimmungen des AÜG ein breites Betätigungsfeld für die Wahrnehmung der Interessen der überlassenen Arbeitnehmer durch den Betriebsrat des Beschäftigerbetriebes. Hinzu kommt, dass die in den §§ 89 (Überwachung), 90 (Intervention), 91 (Allgemeine Information), 92 (Beratung), 92a (Arbeitsschutz) und 92b (Betriebliche Frauenförderung sowie Maßnahmen zur besseren Vereinbarung von Betreuungspflichten und Beruf) ArbVG normierte Rechtsstellung des Betriebsrates aufgrund der Verweisung in § 99 Abs 5 letzter Satz ArbVG auch bei den dem Betrieb überlassenen Arbeitnehmern greift.

3.3. Die hier relevante Bestimmung des § 50 ArbVG stellt einen Bezug zwischen der Anzahl der Betriebsratsmitglieder und den Mitwirkungsbefugnissen der Arbeitnehmerschaft her (vgl ErlRV 840 BlgNR 13. GP 74). Das zahlenmäßige Verhältnis von Arbeitnehmern zu Betriebsratsmitgliedern nach § 50 ArbVG ist mit anderen Worten eine nach dem gesetzlich vermuteten Aufwand normierte Größe (Kallab in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 § 50 ArbVG Rz 8), in der Zahl der Betriebsratsmitglieder kommt der mögliche Aufwand für das Belegschaftsorgan zum Ausdruck (Löschnigg in Jabornegg/Resch, ArbVG [2017] § 50 Rz 6). Eine Differenzierung nach der Art der Beschäftigten ist § 50 ArbVG nicht zu

entnehmen wie es auch irrelevant ist, ob ein Arbeitnehmer das aktive oder passive Wahlrecht besitzt; um bei der Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (§ 50 Abs 2 ArbVG) mitgezählt zu werden reicht es aus, Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG zu sein (Windisch-Graetz in Tomandl, ArbVG [2005] § 50 Rz 4) und – wenn wie hier ein Arbeiterbetriebsrat zu wählen ist – der betreffenden Gruppe im Betrieb anzugehören (Löschnigg in Jabornegg/Resch, ArbVG [2017] § 50 Rz 4 ff).

Nachdem der Beschäftigerbetrieb gegenüber dem überlassenen Arbeitnehmer in vielen Bereichen, die auch einer allfälligen Interessenwahrung durch den Betriebsrat bedürfen, wie ein arbeitsvertraglicher Arbeitgeber auftritt, kann es im konkreten Fall für den Umfang des Betätigungsfeldes des Betriebsrates und die durch die Zahl der zu vertretenden Arbeitnehmer bedingte Zahl der für diese Aufgabe abgestellten Betriebsratsmitglieder keinen Unterschied machen, ob die Gesamtzahl der zu vertretenden Arbeitnehmer sich aus Stammpersonal oder überlassenen Arbeitskräften, aus nur kurzfristig beschäftigten oder längerfristig beschäftigten Arbeitnehmern zusammensetzt. Dass im Unterschied zur Stammbelegschaft die Zahl der überlassenen Arbeitskräfte naturgemäß zu stärkeren Schwankungen neigt, ist nicht ins Kalkül zu ziehen, weil der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 50 Abs 2 ArbVG klar eine Stichtagsregelung eingeführt (Satz 1) und sogar ausdrücklich festgehalten hat, dass eine spätere Änderung der Zahl der Arbeitnehmer auf die Zahl der Mitglieder des Betriebsrates keinen Einfluss hat (Satz 2).

3.4. Vor diesem Hintergrund würde es dem Sinn von § 50 ArbVG, der dafür sorgen soll, dass sich die vom Betriebsrat zu vertretenden Personen in der Anzahl der Betriebsratsmitglieder widerspiegeln, zuwiderlaufen, wenn nicht sämtliche überlassenen Arbeitskräfte bei der Ermittlung der Anzahl von zu wählenden Betriebsratsmitgliedern einbezogen würden. Dass ihre Zugehörigkeit zur Belegschaft des Überlasserbetriebes weiterbesteht und der dortige Betriebsrat – falls ein solcher besteht – auch bestimmte Interessen der überlassenen Arbeitnehmer zu vertreten hat, steht der Zuzählung aller überlassenen Arbeitnehmer zur Belegschaft des Beschäftigerbetriebes für die Frage der Ermittlung der Mandatszahl nicht entgegen, zumal sich die Zuständigkeiten der zwei Betriebsräte – des Überlasserbetriebes und des Beschäftigerbetriebes – ergänzen. Der Oberste Gerichtshof räumte bereits zu 9 ObA 63/87 ein, dass eine betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zu beiden Belegschaften möglich ist. Dass ein überlassener Arbeitnehmer zwei Betriebsräte haben kann, ist zudem in der Literatur wie bereits dargestellt anerkannt.

3.5. Ein Bedürfnis der Arbeitnehmer an der Wahrung ihrer Interessen in den dem Beschäftiger übertragenen Bereichen besteht von Beginn an. Das ArbVG und das AÜG bieten keinen Anhaltspunkt für eine zeitliche Einschränkung der Interessenwahrung durch den Beschäftigerbetriebsrat; vielmehr geht auch § 99 Abs 5 ArbVG – lege non distinguente – von einer sofortigen Interessenwahrung durch den Beschäftigerbetriebsrat aus.

Arbeitnehmer des Stammpersonals werden unabhängig von der zeitlichen Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses betriebsverfassungsrechtlich von Beginn an als „vollwertige" Arbeitnehmer angesehen. Dass § 53 ArbVG das passive Wahlrecht und § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit an eine Mindestdauer der Beschäftigung im Betrieb knüpft, ist jeweils aus dem Zweck der Bestimmung heraus erklärbar. Daraus lässt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nichts anderes ableiten, als dass der Gesetzgeber in diesen beiden Fällen – nachvollziehbar – eine Mindestdauer der Beschäftigung für angemessen hielt. Darüber hinaus gilt die zeitliche Beschränkung für alle Arbeitnehmer, also auch für jene des Stammpersonals, welche aber unbestritten ungeachtet der zeitlichen Dauer ihrer Beschäftigung zur Belegschaft zählen. Es ist nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber es für unangebracht hält, einen Arbeitnehmer zum Betriebsrat wählen zu lassen, der mit dem Betrieb wegen der kurzen Zugehörigkeit noch nicht vertraut ist. Auch dass eine Kündigung nicht sozialwidrig sein soll, wenn der betroffene Arbeitnehmer nicht bereits sechs Monate beschäftigt war, ist aus dem Sinn der Bestimmung heraus erklärbar.

3.6. Letztlich ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Vorschrift des § 50 (iVm § 36) ArbVG über die Anzahl der Betriebsratsmitglieder um eine wahlrechtliche Vorschrift handelt. Um Streitigkeiten über das Wahlergebnis bzw die Gültigkeit des Wahlvorgangs hintanzuhalten, muss das Wahlrecht grundsätzlich formalistisch sein. Weder dem Wortlaut des § 36 ArbVG noch jenem des § 50 ArbVG kann unmittelbar entnommen werden, dass überlassene Arbeitnehmer nicht oder nur unter bestimmten Umständen, insbesondere einer bereits effektuierten oder zumindest zu erwartenden längeren Beschäftigungsdauer im Beschäftigerbetrieb, bei Bestimmung der Zahl der Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen wären. Auch der Gedanke der Rechtssicherheit spricht daher dagegen, einem Beschäftigerbetrieb überlassene Arbeitnehmer nur unter gewissen – im Gesetzestext aber gerade nicht verankerten – Voraussetzungen bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrates nach § 50 ArbVG zu berücksichtigen.

3.7. Der Oberste Gerichtshof hält somit im Ergebnis die bereits von einem großen Teil der Literatur vertretene Ansicht, dass überlassene Arbeitnehmer ohne Erfordernis einer Mindestbeschäftigungsdauer auch Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebs iSd § 36 ArbVG sind, für überzeugend.

3.8. Die Einschätzung der Vorinstanzen, jene überlassenen Arbeitnehmer, die am Stichtag noch nicht sechs Monate bei der Klägerin beschäftigt gewesen sind, wären bei der Ermittlung der Anzahl der Betriebsratsmitglieder nach § 50 ArbVG nicht zu berücksichtigen gewesen, wird vom Obersten Gerichtshof daher nicht geteilt. Sie wurden vielmehr zurecht in die Berechnung nach § 50 ArbVG einbezogen.

Gleiches gilt für die Leiharbeitskräfte mit eigenem Betriebsrat beim Überlasser, weil es wie dargestellt allgemein anerkannt ist, dass für die Interessenwahrnehmung eines überlassenen Arbeitnehmers grundsätzlich zwei Betriebsräte – jener des Überlasser- und jener des Beschäftigerbetriebes – gegeben sein können und es von der konkreten Angelegenheit abhängt, welcher der beiden Betriebsräte zuständig ist.

Auf die Frage der Berücksichtigung der 31 minderjährigen Lehrlinge kommt es nicht mehr an, weil auch bei dem von der Klägerin befürworteten Abzug dieser Zahl von der Gesamtzahl der 638 Arbeiter weiterhin mehr als 600 Arbeiter vorhanden sind und damit gemäß § 50 ArbVG jedenfalls zehn Arbeiterbetriebsratsmitglieder zu wählen waren.

Die Wahlanfechtung erweist sich daher als unberechtigt. Der Revision des beklagten Arbeiterbetriebsrates war Folge zu geben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 2, 58 Abs 1 ASGG iVm §§ 41 und 50 ZPO.

Textnummer

E129563

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2021:E129563

Im RIS seit

06.11.2020

Zuletzt aktualisiert am

04.02.2022

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at