

2. Betriebsverfassungsrechtliche Probleme im touristischen Saisonbetrieb – Der Betriebsbegriff und die Betriebsvereinbarung

2.1. Der Betriebsbegriff

2.1.1. Einleitung und Problemstellung

Die im AR, insb im Bereich des Betriebsverfassungsrechts (darin sind Aufgaben und Befugnisse als Gegenpol zur unternehmerischen Gestaltungsmacht installiert)⁹³, notwendige Auslegung des Betriebsbegriffes (nur die Belegschaft eines *Betriebes* hat Mitwirkungsrechte bei sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten;⁹⁴ der *Betrieb* steckt die Grenze des Zuständigkeitsbereiches des Betriebsrates ab⁹⁵) stößt speziell in (touristischen) Saisonbetrieben auf zahlreiche Probleme. Wo fängt ein Betrieb an, wo hört er auf?

Problematisch ist nämlich eine Einstellung bzw Unterbrechung⁹⁶ des Betriebes dort, wo zwischen zwei Saisonen – meist Winter- und Sommersaison – der Betrieb für einige Monate geschlossen wird, nach dieser Zeit aber wieder mit annähernd dem gleichem Personal weitergearbeitet wird. Drastischer zeigt sich diese Problematik dort, wo überhaupt eine Saison – sei es Winter- oder Sommersaison – fehlt und der Betrieb für eine gesamte Jahreszeit geschlossen bleibt.

IdZ kann man sich nämlich durchaus fragen, ob es sich dabei nicht ohnehin um einen durchlaufenden Betrieb, mit all seinen Konsequenzen (zB für die Tätigkeitsdauer des Betriebsrates oder den Fortbestand der Betriebsvereinbarungen) handelt. Es dreht sich dabei um die Frage, ob die „Betriebsidentität“ trotz Unterbrechung noch besteht.

2.1.2. Definition im ArbVG

2.1.2.1. Allgemeines

Der Begriff des Betriebes geht auf *Jacobi*⁹⁷ zurück. Demnach versteht man unter einem Betrieb die „*Vereinigung von persönlichen, sachlichen und immateriellen*

93 Schwarz, Probleme sozialer und personeller Mitbestimmung im Betrieb, DRdA 1975, 65 (67).

94 Pircher, Betrieb und Unternehmen, DRdA 1996, 116; vgl auch Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 1; vgl auch Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 603.

95 Risak in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, III. Die Betriebsverfassung Rz 17; Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 176.

96 Zur Abgrenzung vgl Erster Teil 2.1.3.

97 Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Sonderdruck aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Victor Ehrenberg, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 21, 1926.

Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder mehreren Rechtssubjekten gesetzten technischen Zwecks“.⁹⁸ Diese Definition hat der österreichische Gesetzgeber in § 34 ArbVG⁹⁹ – leicht adaptiert – aufgenommen. Ein Betrieb ist demnach „jede Arbeitsstätte, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb der eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht“.¹⁰⁰

Der Betriebsbegriff setzt sich somit im Wesentlichen aus vier Merkmalen zusammen:¹⁰¹

1. Es muss sich um eine **Arbeitsstätte** (dh eine örtlich abgrenzbare Einrichtung handeln, in der Arbeitsergebnisse hervorgebracht werden können),¹⁰²
2. die eine **organisatorische Einheit**¹⁰³ bildet (dh Selbständigkeit in technischer Hinsicht; Arbeitsergebnisse müssen abgeschlossen und unabhängig von anderen Betriebsvorgängen sein),¹⁰⁴
3. in der bestimmte **Arbeiten fortgesetzt erbracht** werden (vgl unten Erster Teil 2.1.2.2.),¹⁰⁵
4. wobei es **unerheblich** ist, ob die Arbeitsstätte von **juristischen oder natürlichen Personen** betrieben wird und ob dabei eine **Erwerbsabsicht** (sog Unternehmenszweck)¹⁰⁶ verfolgt wird.

2.1.2.2. Fortgesetzte Arbeitserbringung

Das mE für die Umschreibung des Betriebsbegriffes iZm dem „Saisonbetrieb“ wesentlichste Merkmal ist das der fortgesetzten Arbeitserbringung. *Windisch-Graetz*¹⁰⁷ hält fest, dass „die Mitbestimmungsbefugnisse der Belegschaft für Arbeitsstätten konzipiert [sind], die für eine gewisse Dauer eingerichtet sind“. Das bedeutet, dass der Betrieb auf Dauer, somit auf längere Zeit angelegt sein muss. Der OGH¹⁰⁸ hat ausgesprochen, dass Arbeitsstätten, die nur für kurze Zeit angelegt sind, keine Betriebe sein können, da bei solchen Betrieben die vom Gesetz gewollte stetige Funktion des Betriebsrates nicht gewährleistet ist.¹⁰⁹ So könnte zB uU nicht einmal das Wahl-

98 Vgl bei *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 174.

99 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG), BGBl 1974/22 idF BGBl I 2009/74.

100 Zur Einordnung der AN auf Betriebs-, Unternehmens- und insb Konzernebene vgl die rechtspolitischen Überlegungen bei *Zöllner*, Betrieb, Unternehmen, Konzern, in FS *Tomandl* 1998, 407 ff.

101 *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht⁶ I 51.

102 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 2.

103 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG § 34 Rz 7 ff; vgl zur Abgrenzung der Begriffe „organisatorische Einheit“ und verbleiben im „wirtschaftlichen Entscheidungsbereich“, insb Fortbestand einer „konzernartigen Verbindung“ bei *Doralt/Csoklich*, Betriebs-einheit trotz Betriebsaufspaltung, RdW 1987, 163 (165 f).

104 Vgl *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 6.

105 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG § 34 Rz 6.

106 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 23.

107 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 22.

108 OGH 23.2.1994, 9 ObA 311-338/93.

109 Vgl auch *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG § 34 Rz 6.

verfahren zu Ende geführt werden.¹¹⁰ Bereits im Jahr 1951 hat der VwGH¹¹¹ – noch zum BRG¹¹² – ausgeführt, dass aus den zuvor erwähnten Überlegungen Baustellen keine Betriebe sein können. Jedoch wird in der Literatur¹¹³ vertreten, dass „aufgrund der besonderen Zielsetzung des Arbeitsverfassungsgesetzes auch Baustellen, bei denen die absehbare Bautätigkeit die Dauer der Betriebsratsperiode (4 Jahre) erreicht und die auch die sonstigen Voraussetzungen erfüllt, sehr wohl Betriebseigenschaft zu[kommt]“. Grds ist es aber nicht erforderlich, dass der Betrieb für die Zeit einer gesamten Betriebsratsperiode von vier Jahren besteht.¹¹⁴ Nach *Tomandl/Schrammel* ist nicht die tatsächliche Dauer, sondern die beabsichtigte Dauer entscheidend.¹¹⁵

Legt man diese Kriterien auf den typischen Saisonbetrieb um, welcher zumindest mehrere Monate besteht, kommt man zu dem Ergebnis, dass der Saisonbetrieb sehr wohl ein „Betrieb“ iSd ArbVG ist. *Windisch-Graetz*¹¹⁶ führt dazu sinngemäß aus, dass speziell aus dem ArbVG abgeleitet werden kann, dass auch in Saisonbetrieben Belegschaftsvertretungen gewählt werden können. Sie verweist idZ auf § 53 Abs 5 ArbVG der iZm dem passiven Wahlrecht normiert, dass „[...] in Saisonbetrieben auch Arbeitnehmer wählbar [sind], die noch nicht sechs Monate im Betrieb oder Unternehmen beschäftigt sind“.

2.1.3. Änderung der Betriebsidentität

Jeder Betrieb, der fortbestehen will, passt im Laufe der Zeit sein Aktions- und Handlungssystem geänderten Verhältnissen an. Mit dieser Anpassung ändert sich der Betrieb selbst bzw gestaltet sich um. Es stellt sich die Frage, wann eine solche Änderung bzw Umgestaltung zum Verlust der ursprünglichen Identität des Betriebes führt.¹¹⁷ Die Beantwortung dieser Frage ist zB für die Tätigkeitsdauer des Betriebsrates maßgeblich. Ändert sich die Betriebsidentität, kann dies zB zur vorzeitigen Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrates führen.¹¹⁸

2.1.3.1. Hauptelemente des Betriebes

Die hM¹¹⁹ geht bei der Frage, wann sich die Betriebsidentität ändert, von den sog „Hauptelementen des Betriebes“ aus. Darunter versteht sie:

110 Vgl *Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 22.

111 VwGH 26.4.1951, 817/50.

112 Bundesgesetz vom 28. März 1947 über die Errichtung von Betriebsvertretungen (Betriebsrätegesetz – BRG) BGBl 1947/97.

113 *Vanik*, Was bedeutet Dauerhaftigkeit beim Betriebsübergang?, *ecolex* 2000, 776 mwN.

114 So *Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 22.

115 *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht*⁶I 58.

116 *Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 22.

117 *Krejci*, Betriebsübergang, Grundfragen des § 3 AVRAG 27.

118 *Majoros*, Vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrats durch Verlust der Betriebsidentität, *RdW* 2008, 464.

119 *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG § 34 Rz 22; *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*¹⁰ 176.

- den Betriebsinhaber,
- die Belegschaft/Beschäftigte,
- die Betriebsmittel,
- den Betriebszweck und
- die Organisationsstruktur/einheitliche Betriebsorganisation.

Grds gilt, dass wenn sich nur eines dieser Elemente ändert, die Betriebsidentität nicht aufhört.¹²⁰ Weder der Wechsel des Betriebsinhabers,¹²¹ noch der gänzliche Austausch der Belegschaft, noch eine völlig neue technische Ausrüstung des Betriebes, noch der Umzug an einen anderen Ort, noch die völlige Änderung des Betriebszweckes, noch der Aufbau einer neuen Führungsorganisation vermag, sofern jedes dieser Ereignisse für sich allein eintritt, die Betriebsidentität entscheidend zu berühren.¹²² *Krejci*¹²³ ist in seiner Monografie zum § 3 AVRAG¹²⁴ diesbezüglich anderer Meinung. Ihm zufolge kann schon der Betriebsinhaberwechsel als solcher die Identität des Betriebes in Frage stellen, wenn die Persönlichkeit und die besonderen Fähigkeiten des Betriebsinhabers die Betriebsleistung bestimmen. Dies könnte im Tourismus zB dann der Fall sein, wenn ein berühmter Haubenkoch sein Restaurant verkauft.

Bleibt die Sachorganisation mit den sachlichen und organisatorischen Mitteln erhalten, dh wird der Betrieb in seiner arbeitstechnischen und funktional gekennzeichneten Zweckbestimmung nicht geändert, ändert sich die Betriebsidentität nicht.¹²⁵

*Krejci*¹²⁶ hält fest, dass die Änderung der Betriebselemente nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern eine Gesamtbewertung aller Umstände vorzunehmen ist, da je nach Aufgabe und Tätigkeit des Betriebes die einzelnen Betriebselemente verschieden gewichtet sein können und der Maßstab an der Funktionsfähigkeit des Betriebes angesetzt werden muss.

Der OGH¹²⁷ hat ausgesprochen, dass bei Änderung mehrerer Elemente für die Beantwortung der Frage, ob es durch die Änderung zu einem neuen Betrieb gekommen ist, auf die Verkehrsauffassung abzustellen ist. Er verfolgt daher diesbezüglich eine restriktive Linie.¹²⁸

120 *Kallab* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 62 ArbVG Rz 12 mwN.

121 Welcher – typisch für den touristischen Saisonbetrieb – auch der Pächter sein kann; vgl dazu *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 34 ArbVG Rz 17.

122 *Majoros*, Vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrats durch Verlust der Betriebsidentität, RdW 2008, 464; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG § 34 Rz 22.

123 *Krejci* in Fn 55 bei *Krejci*, Betriebsübergang, Grundfragen des § 3 AVRAG 27.

124 Bundesgesetz, mit dem arbeitsvertragsrechtliche Bestimmungen an das EG-Recht angepaßt (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG) und das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz und das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz geändert werden, BGBl 1993/459.

125 *Andexlinger*, Betriebsidentität und Betriebsübergang, RdW 1993, 279.

126 *Krejci*, Betriebsübergang, Grundfragen des § 3 AVRAG 29 f.

127 OGH 11.1.1983, 4 Ob 184/82.

128 *Majoros*, Vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrats durch Verlust der Betriebsidentität, RdW 2008, 464 (465).

Nach *Strasser*¹²⁹ wäre dies zB dann der Fall, wenn der Betriebsinhaber, der größte Teil der Belegschaft und der Betriebszweck wechseln oder wenn derselbe Betriebsinhaber an einen anderen Ort zieht, gleichzeitig den größten Teil der Belegschaft auswechselt und ab diesem Zeitpunkt einen ganz anders gearteten Betriebszweck verfolgt.

*Tomandl/Schrammel*¹³⁰ sind der Meinung, dass Veränderungen in der Person des Betriebsinhabers und in der Zusammensetzung der Belegschaft (Personalfluktuations) für den Verlust der Betriebsidentität nicht in Betracht kommen, vielmehr aber eine Identitätsänderung bei Änderung des Betriebszwecks, der Betriebsanlagen sowie der Arbeits- und Betriebsorganisation anzunehmen ist. Weiters führen sie aus, dass „eine Standortverlegung nur dann zum Betriebsuntergang führen [wird], wenn die Arbeitsstätte ausschließlich deshalb als Betrieb anerkannt war, weil sie von den übrigen Arbeitsstätten weit entfernt lag und nun in die Nähe anderer Arbeitsstätten desselben Unternehmens verlegt wird“.

2.1.3.2. Betriebsunterbrechung und Betriebsidentität

In einer E¹³¹ hat der OGH ausgesprochen, dass ein Wechsel des Betriebsinhabers **und** eine Unterbrechung der betrieblichen Tätigkeit (Stillstand der Maschinen für acht Tage) nicht als Änderung der Betriebsidentität anzusehen ist. Dies gilt insb dann, wenn der Betrieb nach der Unterbrechung wieder in derselben Form wie vor der Unterbrechung weitergeführt wird.¹³²

IZm dem touristischen Saisonbetrieb kann daher für den Fall, dass zB ein Hotelier seinen Winterbetrieb im Skigebiet zusperrt und einen Sommerbetrieb – im Wesentlichen mit dem gleichen Personalstock und nach einer kurzen Unterbrechung – im Seengebiet wieder aufsperrt, mAn nicht vom Verlust der Betriebsidentität gesprochen werden.¹³³

2.1.3.3. Abgrenzung zur Betriebseinstellung

Die Abgrenzung zwischen der bloßen Änderung von Elementen und der Betriebseinstellung muss an den Grundwerten des ArbVG gemessen werden. Lediglich gravierende Änderungen des Betriebsbegriffes führen zur Einstellung des Betriebes. Eine dauernde Betriebseinstellung ist ein äußerst komplexer Vorgang, der sich auch zeitlich meist länger hinzieht.¹³⁴ Diese liegt vor, wenn die Betriebsorganisation zerschlagen wurde und die betriebliche Tätigkeit nicht mehr aufgenommen werden kann.¹³⁵ Die Betriebsorganisation wird durch konkrete Maßnahmen¹³⁶ wie zB

129 *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG § 34 Rz 22.

130 *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht⁶ I 57.

131 OGH 9.7.1985, 4 Ob 89/85.

132 Vgl *Krejci*, Betriebsübergang, Grundfragen des § 3 AVRAG 31.

133 Vgl *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht⁶ I 57.

134 OGH 12.9.1996, 8 Ob 2092/96 x.

135 *Krejci*, Betriebsübergang, Grundfragen des § 3 AVRAG 30 f.

136 Vgl bei *Kallab* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 62 ArbVG Rz 5 mwN.

die Auflösung aller Arbeitsverhältnisse bzw der Kunden- und Lieferantenbeziehungen, die Zurücklegung der Gewerbeberechtigung, die Veräußerung der sachlichen Betriebsmittel, den Abverkauf der Erzeugnisse und den Verkauf der Rohstoffe sowie den Abbruch der Beziehungen zu Kunden und Lieferanten zerschlagen.¹³⁷ Während der Liquidationsphase liegt eine Betriebseinstellung nicht vor.¹³⁸

Die Überlegungen, dass nur gravierende Änderungen des Betriebsbegriffes zur Einstellung des Betriebes führen, beziehen sich auf die Gefahr nachteiliger Folgen für die Belegschaft. Nach *Majoros* würde nämlich das in § 39 Abs 1 ArbVG festgehaltene Ziel, nämlich „die Herbeiführung eines Interessenausgleiches zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes“, verfehlt werden, „wenn die Belegschaft ihrer Vertretung immer gerade in jener Phase beraubt wird, in der sie dieser in höchstem Maße bedarf“.¹³⁹ Er leitet diese Erkenntnis insb aus den §§ 115 Abs 3 und 120 ff ArbVG, also den Bestimmungen über das Benachteiligungs- und Beschränkungsverbot und den Bestimmungen über den Kündigungs- und Entlassungsschutz ab. Weiters daraus, dass die Rsp festgestellt hat, dass die Gründe für die vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrates nach § 62 ArbVG taxativ sind.¹⁴⁰

2.1.3.4. Abgrenzung Betriebseinstellung und Betriebsunterbrechung

Die Abgrenzung zwischen der Betriebseinstellung und der Betriebsunterbrechung (vgl Erster Teil 2.1.3.2.) ist schwierig. In der Literatur wird eine Betriebseinstellung dann angenommen, wenn die Betriebsorganisation zumindest für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne aufgelöst wird. Erfolgt die Einstellung der Produktion von vornherein nur vorübergehend, liegt keine Betriebseinstellung vor. Ob die Einstellung für eine unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerheblich Zeitspanne oder bloß vorübergehend geschieht, ist aus der Absicht des Betriebsinhabers abzuleiten.¹⁴¹ Hat der Betriebsinhaber vor, den Betrieb alsbald – zB nach der Zwischensaison – wieder zu eröffnen, spricht das gegen eine Betriebseinstellung. ME gilt dieser Ansatz selbst dann, wenn von vornherein bereits geplant ist, eine ganze Jahreszeit (Winter oder Sommer) den Betrieb geschlossen zu halten, um ihn sodann in der nächsten Saison wiederzueröffnen. IdS auch *Trost*,¹⁴² der zu § 121 ArbVG festhält, dass „betriebstypische Unterbrechungen der Geschäftstätigkeit, wie sie insb bei Saisonbetrieben vorkommen, jedenfalls nicht als der dauernden Betriebseinstellung gleichwertige vorübergehende Betriebseinstellungen gewertet werden [können]“.

137 OGH 12.9.1996, 8 Ob 2092/96 x.

138 *Risak* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, III. Die Betriebsverfassung Rz 69 mwN.

139 *Majoros*, Vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrats durch Verlust der Betriebsidentität, RdW 2008, 464 (465) mwN.

140 *Majoros*, Vorzeitige Beendigung der Tätigkeitsdauer des Betriebsrats durch Verlust der Betriebsidentität, RdW 2008, 464 (465) mwN.

141 Vgl *Krejci*, Betriebsübergang, Grundfragen des § 3 AVRAG 31 f mwN.

142 *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG § 121 Rz 12.

2.1.4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann demnach festgehalten werden, dass für die Beurteilung der Frage, ob ein Betrieb, welcher zwischen zwei Saisonen (egal ob zwischen Wintersaison und Sommersaison, Sommersaison und Wintersaison oder gar zwischen Wintersaison und Wintersaison oder Sommersaison und Sommersaison) geschlossen wird, seine Betriebsidentität verliert, zunächst eine Gesamtbewertung aller Umstände vorzunehmen und auf die Verkehrsauffassung abzustellen ist.

Dabei sind die Hauptelemente der Betriebsidentität gegeneinander abzuwägen. So wird es darauf ankommen, ob der Betrieb in der nächsten Saison zB vom selben Betriebsinhaber bzw mit derselben Führungsorganisation, mit derselben Belegschaft, mit einer neuen technischen Ausrüstung, am selben Ort und/oder mit demselben Betriebszweck, weitergeführt wird. Wird der Betrieb nach der Unterbrechung wieder in derselben Form wie vor der Unterbrechung weitergeführt, indiziert dies nicht den Verlust der Betriebsidentität.

Die Annahme einer Betriebseinstellung muss – basierend auf den Grundwerten des ArbVG – restriktiv gehandhabt werden. Ziel muss die Beibehaltung des Interessenausgleiches zum Wohl der AN und des Betriebes sein.

Gravierende Änderungen des Betriebsbegriffes (wie zB Auflösung aller Arbeitsverhältnisse bzw der Kunden- und Lieferantenbeziehungen; Zurücklegung der Gewerbeberechtigung; Verkauf der Betriebsmittel, Produkte und Rohstoffe) führen zur Einstellung des Betriebes.

Wird ein Betrieb von vornherein nur vorübergehend geschlossen, indiziert dies eine Betriebsunterbrechung. Dies gilt mAn sogar für einen Unterbrechungszeitraum von über einem halben Jahr in einsaisonalen Betrieben.

2.2. Die Betriebsvereinbarung

2.2.1. Allgemeines

Mit der Betriebsvereinbarung können auf betrieblicher Ebene Regelungen zwischen den AN und dem AG geschlossen werden, welche für beide verbindlich sind. Die Betriebsvereinbarung wird als wichtigstes¹⁴³ und ideales Mittel sozialer Mitbestimmung bezeichnet.¹⁴⁴ Gemäß § 29 ArbVG sind Betriebsvereinbarungen „*schriftliche Vereinbarungen, die vom Betriebsinhaber einerseits und dem Betriebsrat [...] andererseits in [bestimmten] Angelegenheiten abgeschlossen werden [...]*“. Da Betriebsvereinbarungen vorwiegend aufgrund des Gesetzes abgeschlossen werden, entfalten sie neben der schuldrechtlichen Wirkung auch normative Wirkung.

143 Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht⁶ I 180.

144 Schwarz, Probleme sozialer und personeller Mitbestimmung im Betrieb, DRdA 1975, 65 (69).

2.2.2. Abschluss der Betriebsvereinbarung

Wie bereits angedeutet, sind Vertragspartner der Betriebsvereinbarung der Betriebsinhaber auf der einen Seite und die Belegschaft (Betriebsrat im Namen der Belegschaft)¹⁴⁵ auf der anderen Seite. Der Betriebsrat wird somit nicht kraft eigenen Rechts tätig, sondern übt fremde, materiell der Belegschaft zuzurechnende Befugnisse aus.¹⁴⁶ Solange die Belegschaft über keinen Betriebsrat verfügt, kann sie keine Rechte erwerben und gestalten.¹⁴⁷ Voraussetzung für den Abschluss einer Betriebsvereinbarung ist somit ein Betriebsrat. *Löschnigg*¹⁴⁸ leitet die Notwendigkeit des Bestandes eines Betriebsrates für die Handlungsfähigkeit der Belegschaft insb aus § 113 Abs 1 ArbVG ab, der normiert, dass „*die der Arbeitnehmerschaft zustehenden Befugnisse, soweit nicht anderes bestimmt ist, durch Betriebsräte ausgeübt* [werden]“¹⁴⁹.

2.2.3. Exkurs: Der Betriebsrat im Blickwinkel des touristischen Saisonbetriebes

2.2.3.1. Grundsätzliches

Der Betriebsrat führt die Geschäfte der Belegschaft. Erst in einem Betrieb, in dem dauernd mehr als fünf AN (nahe Angehörige des Betriebsinhabers haben dabei außer Betracht zu bleiben) beschäftigt sind, besteht eine sog Betriebsbelegschaft,¹⁴⁹ welche fähig ist, einen Betriebsrat zu wählen.¹⁵⁰ Dies bedeutet, dass in kleinsten touristischen Saisonbetrieben kein Betriebsrat gewählt und somit keine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden kann. Ab einer Anzahl von fünf AN ist ein Betriebsratsmitglied zu wählen. Werden für die Gruppe der Angestellten und der Arbeiter eigene Betriebsräte gewählt (dies ist der Fall, wenn die jeweiligen – einzeln abzuhaltenden – Gruppenversammlungen mit 2/3-Mehrheit der aktiv Wahlberechtigten in geheimer Abstimmung die Bildung eines gemeinsamen Betriebsrates beschließen¹⁵¹), so muss in jeder Gruppe eine Anzahl von zumindest fünf AN bestehen. Ist dies nicht der Fall, so ist wieder ein gemeinsamer Betriebsrat zu wählen. Sinkt die Mindestbelegschaftsstärke vorübergehend ab, bleibt es beim Recht bzw bei der Pflicht zur Bildung oder Beibehaltung der Belegschaftsorgane.¹⁵² Die Anzahl der Betriebsratsmitglieder steigt degressiv zur Anzahl der AN. In einer E¹⁵³ des EA Wiener Neustadt hat es noch zum BRG ausgeführt, dass „[sich] *in Saisonbetrieben die für die Verpflichtung zur Errichtung einer Betriebsvertretung [...] maßgebende Min-*

145 *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht⁶ I 179 mwN.

146 Vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 610.

147 *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht⁶ I 60.

148 *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ 610 f.

149 *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht⁶ I 61.

150 Zur Neuwahl eines Betriebsrates bei Betriebsaufspaltung vgl *Doralt/Csoklich*, Betriebseinheit trotz Betriebsaufspaltung, RdW 1987, 163.

151 *Risak* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, III. Die Betriebsverfassung Rz 47.

152 *Löschnigg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG § 40 Rz 31.

153 EA Wiener Neustadt 22.4.1955, Re 16/55.

destzahl der Dienstnehmer [...] nach dem Beschäftigungsstand während der Saison und nicht im Durchschnitt des ganzen Jahres [richtet]“. Wird die gesetzlich vorgesehene Mitgliederzahl zum Betriebsrat über- oder unterschritten, wäre die Wahl ihres Umfangs nach nicht durchzuführen gewesen und daher anfechtbar.¹⁵⁴

2.2.3.2. Wahlberechtigung

Bei der Wahlberechtigung zum Betriebsrat unterscheidet man zwischen aktiver und passiver Wahlberechtigung. Unter aktiv wahlberechtigten AN (iSd § 36 ArbVG)¹⁵⁵ versteht man diejenigen Personen, die sich für die Wahl zum Betriebsratsmitglied aufstellen lassen können, unter den passiv Wahlberechtigten diejenigen, welche die Betriebsratsmitglieder wählen dürfen.

Aktiv Wahlberechtigte sind im Betrieb beschäftigte AN, die am Tag der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes das 18. Lebensjahr erreicht haben. Die Staatsbürgerschaft ist irrelevant¹⁵⁶ – dh dass auch Ausländer, die im Tourismusbetrieb insb aufgrund des AuslBG¹⁵⁷ beschäftigt werden, das aktive Wahlrecht genießen.¹⁵⁸

Im Gegensatz zur Gesetzeslage vor dem 13.1.2006, bei der lediglich österreichische Staatsbürger und Staatsangehörige eines EWR-Vertragsstaates passiv wahlberechtigt waren, wurde aufgrund des Ausgangs eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Republik Österreich,¹⁵⁹ § 53 ArbVG novelliert.¹⁶⁰ Der EuGH hat in diesem Verfahren nämlich ausgesprochen, dass *„das in den in Rede stehenden Abkommen enthaltene Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bedingt, dass für alle Arbeitnehmer, gleich ob Inländer oder Angehörige eines der betreffenden Drittstaaten, gleiche Arbeitsbedingungen gelten und dass sie u. a. in gleicher Weise an den Wahlen zu Einrichtungen zur Vertretung und Verteidigung der Interessen der abhängig Beschäftigten teilnehmen können. Eine Ungleichbehandlung je nach Staatsangehörigkeit verstößt gegen diesen fundamentalen Grundsatz“*.

Nunmehr sind also auch Staatsangehörige eines Dritt-Staates zum Betriebsrat – bei Erfüllung der sonstigen Wählbarkeitsvoraussetzungen – passiv wahlberechtigt.¹⁶¹

154 Risak in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, III. Die Betriebsverfassung Rz 49.

155 Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 611.

156 Risak in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar, III. Die Betriebsverfassung Rz 50.

157 Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl 1975/218 idF BGBl I 2007/78.

158 Vgl Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht⁶ I 70.

159 EuGH 16.9.2004, Rs C-465/01.

160 Bundesgesetz, mit dem das Arbeiterkammergesetz 1992 und das Arbeitsverfassungsgesetz geändert werden (Änderung des Arbeiterkammergesetzes 1992 und des Arbeitsverfassungsgesetzes), BGBl I 2006/4.

161 607/A XXII. GP – Initiativantrag, 2; vgl auch Aubauer/Neumann, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 2006, taxlex 2006, 722.