



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf und Hon.-Prof. Dr. Kuras sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Martin Gillinger und AR Angelika Neuhauser als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei A***** W*****, vertreten durch Gerlach Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Arbeiterbetriebsrat der A***** W*****, vertreten durch Dr. Josef Milchrahm, Dr. Anton Ehm, Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung der Nichtigkeit einer Betriebsratswahl, in eventu Anfechtung einer Betriebsratswahl, im Verfahren über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. Jänner 2011, GZ 10 Ra 146/10d-14, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 9. Juli 2010, GZ 20 Cga 30/10t-10, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I. den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Einbringung der Revisionsbeantwortung wird bewilligt.

II. zu Recht erkannt:

Der Revision der beklagten Partei wird Folge gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

Das Klagebegehren, die Nichtigkeit der bei der klagenden Partei am 5. 2. 2010 durchgeführten Betriebsratswahl wird festgestellt,

in eventu,

diese Betriebsratswahl wird für unwirksam erklärt,

wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 447,98 EUR (darin enthalten 74,66 EUR an USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Im Betrieb des klagenden Arbeitgebers wurde bereits eine Betriebsratswahl im November 2009 aufgrund eines Formmangels angefochten. Nach dem Rücktritt des Betriebsratsvorsitzenden und dessen Stellvertreters und damit dem Erlöschen des Betriebsrats wurde dieses Verfahren beendet. Im Anschluss fand am 10. 1. 2010 eine Betriebsversammlung statt, bei der erneut beschlossen wurde, dass der frühere Betriebsratsvorsitzende wieder kandidieren soll. Auch wurde dessen früherer Stellvertreter einstimmig zum Wahlvorstand gewählt. Der Wahlvorschlag für den früheren Betriebsratsvorsitzenden bzw dessen Stellvertreter wurde von allen Mitarbeitern unterzeichnet.

Bei der Wahl am 5. 2. 2010 waren 8 Mitarbeiter wahlberechtigt. Die einheitlichen Stimmzettel enthielten als Bezeichnung nur den einzigen Wahlvorschlag „Liste 1“, bei

dem in gewissem Abstand ein Kreis aufschien. An der Wahl beteiligten sich 6 Mitarbeiter.

Entweder vom früheren Betriebsratsvorsitzenden oder der Beisitzerin im Wahlvorstand wurde Arbeitnehmern die Auskunft erteilt, dass sie leere Stimmzettel abgeben sollten, wenn sie der Wahl nicht zustimmen wollen.

Bei der Wahl wurde nur ein Stimmzettel abgegeben, auf dem der Wahlvorschlag „Liste 1“ angekreuzt war. Bei einem Stimmzettel findet sich neben der Bezeichnung „Liste 1“ das Wort „Nein“, 4 weitere dieser Stimmzettel wurden leer abgegeben.

Der Wahlvorstand veröffentlichte als Wahlergebnis fünf gültige Stimmen für die „Liste 1“, die damit das eine zu vergebende Mandat erhielt.

Das Erstgericht traf darüber hinaus Feststellungen zu den Vorstellungen der Arbeitnehmer bei der Wahl und deren Ansicht zur mangelnden Erforderlichkeit der Wahl.

Der **klagende Arbeitgeber** stützte sein Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl, in eventu Anfechtung der Wahl, im Wesentlichen darauf, dass die Arbeitnehmer gegenüber dem Geschäftsführer die Ansicht geäußert haben, sich nicht an der Wahl beteiligen bzw ungültig wählen zu wollen. Der Betriebsratsvorsitzende habe bloß seinen Kündigungsschutz angestrebt. Der Wahlvorschlag habe nicht die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen erreicht. Wegen der fehlenden Anzahl der gültigen Stimmen hätte die Wahl auch nicht so durchgeführt werden dürfen.

Der **beklagte Betriebsrat** wendete zusammengefasst ein, dass der Grund für die Betriebsratswahl in verschiedenen Auseinandersetzungen, insbesondere der Streichung von Zulagen, liege. Selbst wenn bei der

Stimmauszählung Fehler unterlaufen sein sollten, könne dies weder die Nichtigkeit der Wahl noch deren Anfechtbarkeit wegen der Unzulässigkeit der Wahl „ihrer Art nach“ bedeuten.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren statt. Der Betriebsrat habe nicht die erforderliche Mehrheit erhalten. Ein Stimmzettel sei auch dann ungültig, wenn kein Wahlvorschlag gekennzeichnet sei. Im Ergebnis sei hier davon auszugehen, dass die elementarsten Grundsätze einer Wahl außer Acht gelassen worden seien. Das Wahlergebnis habe nicht dem wahren Willen der Mehrheit der Wahlberechtigten entsprochen, die eine Wahl haben verhindern wollen.

Das **Berufungsgericht** gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung des beklagten Betriebsrats nicht Folge. Bei Vorliegen bloß eines Wahlvorschlags sei die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Es müsse die Möglichkeit geben, den Wahlvorschlag nicht zu wählen. Hier liege ein einheitlicher Stimmzettel iSd § 21a der BRWO vor. Die Stimmen seien - entgegen der Ansicht der Literatur - ungültig, wenn kein Wahlvorschlag angekreuzt sei. Die Auszählung sei daher falsch erfolgt. Wegen der Bedeutung des Repräsentationsprinzips für die demokratische Vertretung habe die Missachtung dieser Regelungen die Nichtigkeit der Wahl zur Folge. Das Verhalten des Wahlvorstands habe eine grobe Verzerrung des Wahlergebnisses bewirkt.

Wegen der Einzelfallbezogenheit verneinte das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Revision nach § 502 Abs 1 ZPO.

Die gegen dieses Urteil erhobene außerordentliche Revision des beklagten Betriebsrats ist zulässig und auch berechtigt. Eine Rechtsprechung des

Obersten Gerichtshofs zur Auslegung der hier maßgeblichen Bestimmungen der BRWO liegt nicht vor.

I. Vorweg ist aber auf den vom klagenden Arbeitgeber eingebrachten Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Erstattung der Revisionsbeantwortung einzugehen.

Der Oberste Gerichtshof stellte der Klägerin die Beantwortung der vom Beklagten erhobenen außerordentlichen Revision frei. Der Beschluss über die Freistellung wurde dem Klagevertreter am 28. 4. 2011 zugestellt. Die am 16. 6. 2011 eingebrachte Revisionsbeantwortung ist daher verspätet.

Mit ihrem Wiedereinsetzungsantrag beantragt die Klägerin, ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung der Revisionsbeantwortung zu bewilligen.

Aufgrund der Einvernahmen des Klagevertreters sowie von dessen Kanzleikraft kann als bescheinigt angenommen werden, dass die Kanzlei des Klagevertreters vom 28. 4. bis 1. 5. 2011 übersiedelte. Dabei wurde entgegen den sonst üblichen Kanzleiabläufen die Freistellung nicht in den elektronischen Akt eingescannt, weil der Scanner bereits abgebaut war. Mit einem Post-it wurde dies auf dem ausgedruckten Aktenstück festgehalten. Im Zuge der Übersiedlung unterblieb jedoch dann das Einscannen und unterließ die langjährig verlässliche, zuständige Sekretariatsmitarbeiterin die Vorlage des Freistellungsbeschlusses an den Klagevertreter. Daher kam es in weiterer Folge zur Versäumung der Frist.

Gemäß § 146 Abs 1 letzter Satz ZPO hindert der Umstand, dass einer Partei ein Verschulden an der Versäumung einer Frist zur Last liegt, die Bewilligung der

Wiedereinsetzung dann nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt. Ein bloß minderer Grad des Versehens liegt nicht mehr vor, wenn die Partei die im Verkehr mit Gerichten und für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und ihr zumutbare Sorgfalt außer Acht lässt (RIS-Justiz RS0036811 uva).

Der Wiedereinsetzungswerber hat nicht nur für sein eigenes Verschulden, sondern auch für das seines Rechtsvertreters einzustehen. Der mit den Verhältnissen bei Gericht vertraute Rechtsvertreter unterliegt einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab. Irrtümer und Fehler der Kanzleiangestellten des Vertreters sind diesem (und deren Verschulden wiederum den Parteien) zuzurechnen (RIS-Justiz RS0036813).

Ein Verschulden eines Kanzleiangestellten steht der Bewilligung der Wiedereinsetzung aber dann nicht entgegen, wenn es sich um ein einmaliges Versehen handelt, das angesichts der bisherigen Verlässlichkeit und Bewährung der Kanzleikraft nicht zu erwarten war und dem Rechtsvertreter nicht die Verletzung der von ihm zu erwartenden Sorgfalts-, Organisations- und Kontrollpflichten vorgeworfen werden muss (RIS-Justiz RS0036813 [T5]).

Davon kann aber hier im Hinblick auf die besonderen Umstände im Zusammenhang mit der Übersiedlung der Kanzlei ausgegangen werden.

II. In der Sache selbst ist die Revision berechtigt.

§ 58 ArbVG legt folgendes vereinfachtes Wahlverfahren fest:

„58. Unbeschadet der Bestimmungen des § 51 Abs. 1 gilt in Betrieben (Arbeitnehmergruppen), in denen bis zu zwei Betriebsratsmitglieder zu wählen sind, Folgendes:

1. Die Betriebsratsmitglieder und die Ersatzmitglieder werden mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt;

2. der Wahlvorstand besteht aus einem wahlberechtigten Arbeitnehmer;
3. es bedarf keiner Einreihung von Wahlvorschlägen im Sinne des § 55 Abs. 4. Wurden solche Wahlvorschläge nicht eingebracht, so ist für jedes Betriebsratsmitglied und für jedes Ersatzmitglied ein gesonderter Wahlgang durchzuführen;
4. erreicht keiner der Wahlvorschläge (Wahlwerber) die Mehrheit, so ist ein zweiter Wahlgang durchzuführen. Im zweiten Wahlgang können gültige Stimmen nur für die beiden Wahlvorschläge (Wahlwerber) abgegeben werden, die im ersten Wahlgang die meisten Stimmen erhalten haben. Bei Stimmengleichheit entscheidet das Los.“

Da hier im Betrieb bloß acht wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt waren, ist von der Anwendbarkeit des § 58 ArbVG auszugehen.

Nach § 21a der Betriebsratswahlordnung (BRWO) hat der Wahlvorstand nun grundsätzlich einen „einheitlichen Stimmzettel“, auf dem alle zugelassenen Wahlvorschläge in gleicher Weise aufscheinen, aufzulegen.

§ 35a BRWO sieht jedoch vor, dass der Wahlvorstand in Betrieben mit weniger als 150 wahlberechtigten Arbeitnehmern beschließen kann, statt des einheitlichen Stimmzettels leere Stimmzettel auszugeben.

§ 24 Abs 3 BRWO ermöglicht es dem Wähler, unter gewissen Voraussetzungen überhaupt eigene Stimmzettel zu verwenden.

Nach der allgemeinen Regel des § 24 Abs 6 Z 1 BRWO ist eine Stimme unter anderem dann ungültig, wenn kein Wahlvorschlag gekennzeichnet bzw kein Wahlvorschlag oder Wahlwerber eindeutig bezeichnet wurde.

§ 24 Abs 5b BRWO ordnet an, dass unter anderem im Fall des § 35a BRWO eine gültige Stimmabgabe auch dann erfolgt, wenn aus dem Stimmzettel eindeutig zu

erkennen ist, welchen Wahlvorschlag der Wähler wählen wollte. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn auf dem Stimmzettel der Wahlvorschlag durch Bezeichnung oder durch Angabe eines oder mehrerer Wahlwerber eindeutig festgelegt ist.

Klar ist nun schon nach der Bestimmung des § 58 Z 1 ArbVG, dass im vereinfachten Wahlverfahren - wie hier - die Wahl mit der Mehrheit der abgegebenen, also auch unter Mitberücksichtigung der ungültigen Stimmen zu ermitteln ist (vgl etwa *Strasser/Jabornegg*, Die Betriebsratswahl 182).

Strittig ist, inwieweit jene „einheitlichen“ Stimmzettel, auf denen nur ein Wahlvorschlag vorgegeben ist, dann wenn sie abgegeben, aber nicht angekreuzt werden, als gültige Stimmen zu zählen sind. Dies wäre entsprechend § 24 Abs 5b BRWO nur dann der Fall, wenn ein leerer Stimmzettel iSd § 35a BRWO nunmehr den Wahlvorschlag aufweist oder der Wähler einen eigenen Stimmzettel iSd § 24 Abs 3 BRWO verwendet und darauf den Wahlvorschlag festhält.

Soweit den Ausführungen von *Schneller* (in *Czerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsgesetz 2⁴ § 56 Erl 2, 456) gegenteiliges entnommen werden könnte, weil diese Literaturstelle eine Einschränkung auf die Fälle eines „leeren“ (§ 35a BRWO) bzw vom Wähler beigebrachten Stimmzettels nicht enthält, kann dem nicht gefolgt werden. Ergibt sich doch aus der Systematik der BRWO eindeutig, dass zwischen den Fällen eines einheitlichen Stimmzettels mit bereits vorgegebenen Wahlvorschlägen einerseits und den Fällen von leeren bzw beigebrachten Stimmzetteln andererseits zu unterscheiden ist. Es macht auch einen Unterschied, ob der Wähler selbst durch das Ausfüllen des Wahlvorschlags seinen Willen zum Ausdruck bringt oder sich dieser Wahlvorschlag bereits auf

dem einheitlichen Stimmzettel befindet, aber nicht angekreuzt wird. Insoweit erfolgte also hier die Auszählung des Wahlergebnisses mangelhaft. Dies stellt auch einen Anfechtungsgrund dar, der aber nach § 59 Abs 2 ArbVG nur den Arbeitnehmern selbst bzw anderen wahlwerbenden Gruppen offensteht, aber nicht dem Betriebsinhaber.

Damit stellt sich die Frage, ob der Anfechtungsgrund nach § 59 ArbVG auch einen Nichtigkeitsgrund nach § 60 ArbVG darstellt.

Zur Anfechtung der Wahl wegen Nichtigkeit können nur solche Mängel berechtigen, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit so schwerwiegend sind, dass gesagt werden muss, es seien die elementarsten Grundsätze einer Wahl im Allgemeinen und einer Betriebsratswahl im Besonderen außer Acht gelassen worden, wenn also der betreffende Vorgang „nicht einmal die Merkmale einer Wahl aufweist“ und deshalb nur als „Zerrbild“ einer Wahl bezeichnet werden kann (RIS-Justiz RS0051171 mwN). Bei einer Gesamtbewertung mehrerer Verstöße beim Wahlvorgang, die bei getrennter Beurteilung nur zur Anfechtung berechtigten, bei einer Gesamtbeurteilung jedoch das Gewicht einer Nichtwahl erhalten könnten, ist Vorsicht geboten, um nicht die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht, durch eine umfassende Regelung des Anfechtungsbereichs den Nichtigkeitsbereich möglichst einzuschränken, zu vereiteln (RIS-Justiz RS0051144 mwN etwa SZ 45/129; Arb 9.411; 10.273; 10.686; SZ 63/104). Ist doch zu bedenken, dass die Nichtigkeit der Betriebsratswahl nicht nur auch nach Ablauf der Monatsfrist geltend gemacht werden kann, sondern auch die Nichtigkeit aller von diesem Betriebsrat gesetzten Rechtsakte bewirkt (vgl etwa *Schneller* aaO § 60 Erl 2; *Kallab* in ZellKomm § 60 Rz 10 uva).

Die Ansicht der Vorinstanzen, dass hier ein „Zerrbild“ einer Wahl im Sinne der dargestellten Rechtsprechung vorliege, fußt im Wesentlichen auf den Feststellungen zum „wahren Willen“ der wahlberechtigten Arbeitnehmer.

Dem steht jedoch schon entgegen, dass es einer der leitenden Wahlgrundsätze ist, dass die Wahl geheim zu erfolgen hat (§ 51 ArbVG).

Auch die Regelungen über die Anfechtungsmöglichkeiten stellen nicht auf den wahren Willen der Wähler, sondern auf die das Wahlverfahren regelnden Bestimmungen und Grundsätze ab und inwieweit deren Verletzung „geeignet“ ist, das Wahlergebnis zu beeinflussen.

Es kann nun dahingestellt bleiben, inwieweit dann, wenn der Wahlvorstand die Wähler falsch informiert, dies zu berücksichtigen wäre. Ein solches klar dem verantwortlichen Wahlvorstand zuzuordnendes Verhalten konnte hier letztlich nicht festgestellt werden.

Es verbleibt somit der Fehler bei der Auszählung des Wahlergebnisses, der auf einer nicht zutreffenden Rechtsansicht fußte. Dies allein kann jedoch nicht bewirken, dass die Wahl - die von keinem der wahlberechtigten Arbeitnehmer angefochten wurde - als Zerrbild einer Wahl zu beurteilen wäre. Die Wähler haben die Stimmzettel mit der „Liste 1“ abgegeben und nur einer hat seine Ablehnung völlig eindeutig durch das Durchstreichen deutlich gemacht. Auch wenn - im Sinne der obigen Ausführungen - das Abgeben eines bereits mit einer Liste vorweg versehenen Stimmzettels allein nicht als eindeutige Wahl der Liste angesehen werden kann, wird die Wahl dadurch doch auch nicht zu einem „Zerrbild“, das als nichtig anzusehen wäre.

Dass eine Anfechtung der Wahl durch den Arbeitgeber wegen solcher Mängel nicht erfolgen kann, ist dem Gesetz eindeutig zu entnehmen (§ 59 Abs 2 ArbVG). Fehler bei der Auszählung bewirken nicht, dass die Wahl ihrer Art oder ihrem Umfang nach oder mangels Vorliegens eines Betriebs so nicht durchzuführen gewesen wäre.

Insgesamt ist daher der Revision des beklagten Betriebsrats Folge zu geben und sind die Entscheidungen der Vorinstanzen im klagsabweisenden Sinne abzuändern.

Die Kostenentscheidung fußt auf §§ 2, 58 ASGG sowie 50 und 41 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. Oktober 2011
Dr. R o h r e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: