

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Fichtenau und Hon.-Prof. Dr. Dehn sowie die fachkundigen Laienrichter Helmut Purker (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Wolfgang Cadilek (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Wahlwerbende Gruppe „Liste \*“, vertreten durch den Listenführer Z\*, vertreten durch die Schwarz Schönherr Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei Betriebsrat beim Verein M\*, vertreten durch Dr. Thomas Majoros, Rechtsanwalt in Wien, wegen Nichtigkeit (in eventu Anfechtung) einer Betriebsratswahl, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 21. Oktober 2020, GZ 10 Ra 41/20b-37, mit dem der Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 12. September 2019, GZ 15 Cga 6/18p-33, nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

#### B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

#### B e g r ü n d u n g :

[1] Der (gemeinnützige) Verein M\* mit Sitz in Wien (im Folgenden kurz: der Verein) verfügt über eine Geschäftsstelle in Wien und insgesamt zwölf Geschäftsstellen bzw Außenstellen in den Bundesländern (in Traiskirchen, St. Pölten, Linz, St. Georgen/Attergau, Salzburg, Innsbruck, Feldkirch, Graz, Leoben, Eisenstadt, Klagenfurt und seit 2. 1. 2019 in Kitzbühel [AS 25]).

[2] Am 18. 12. 2017 wurde eine Betriebsratswahl für alle Mitarbeiter des Vereins abgehalten. Wahlort war die Geschäftsstelle in Wien. Von den (bundesweit) 137 Wahlberechtigten wurden 93 Stimmen abgegeben. Auf die wahlwerbende Gruppe Liste K\* (die Klägerin) entfielen 34 Stimmen (zwei Mandate). Auf die wahlwerbende Gruppe „Liste \*“ entfielen 57 Stimmen (drei Mandate). Damit waren die auf dem Wahlvorschlag der „Liste \*“ kandidierenden Personen in den Betriebsrat gewählt. Von den 93 ausgezählten Stimmen waren zwei ungültig, 21 Sendungen langten beim Wahlvorstand mit Stimmzettel ohne Wahlkarte ein und wurden aus diesem Grund nicht gewertet. Vier Wahlkarten langten verspätet ein, darunter jene eines Mitarbeiters der Außenstelle Kitzbühel und eine aus Wien. Ein Kuvert wurde aufgrund eines Versehens beim Öffnen der Wahlkarte beschädigt und aus diesem Grund vom Wahlvorstand nicht gewertet.

[3] Die Klägerin begehrt die Feststellung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl, in eventu begehrt sie, die Betriebsratswahl möge wegen Verletzung wesentlicher Bestimmungen des Wahlverfahrens und leitender Grundsätze des Wahlrechts für ungültig erklärt werden.

[4] Unstrittig ist, dass die Klägerin die Klagefrist eingehalten hat und zur Klageerhebung aktiv legitimiert ist. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die nach § 27 Abs 1 BRWO 1974 zu ermittelnde Wahlzahl 17 ist und für den Erhalt eines weiteren Mandats 17 weitere Stimmen nötig wären.

[5] Soweit für das Revisionsverfahren noch wesentlich, brachte die Klägerin zusammengefasst vor, der Wahlvorstand habe dem vom Gesetz vorgesehenen Vorrang der persönlichen Stimmabgabe nicht entsprochen, indem er von sich aus beschlossen habe, nur den wahlberechtigten Mitarbeitern in Wien eine persönliche Stimmabgabe am Arbeitsplatz zu ermöglichen und alle anderen Mitarbeiter (ca 60 % der Wahlberechtigten) auf die Briefwahl zu verweisen. Diesen Mitarbeitern seien ohne sachlichen Grund und ohne entsprechende Antragstellung Wahlkarten übermittelt worden. Weiters habe der Wahlvorstand auch an sechs der in der Geschäftsstelle Wien (am Wahlort) – im „Atelier“ – tätigen Mitarbeiter Wahlkarten gesendet, obwohl auch diese keinen Antrag auf Ausstellung einer Wahlkarte gestellt hatten. Hätte der Wahlvorstand den Mitarbeitern eine persönliche Stimmabgabe ermöglicht, wäre der verspätete Eingang von Wahlkarten und der außerordentlich hohe Anteil von 21 ungültig abgegebenen Stimmen (infolge Rücksendung nur des Stimmzettels ohne Wahlkarte) vermeidbar gewesen. Diese Fehler wären bei einer persönlichen Stimmabgabe nicht unterlaufen und seien objektiv geeignet, das Wahlergebnis zu

ungunsten der Klägerin zu beeinflussen. Außerdem seien die Wahlkarten teils so verspätet an die Wahlberechtigten übermittelt worden, dass sie an der Ausübung ihres Wahlrechts gehindert waren, weil eine zeitgerechte Rücksendung der Wahlkarten nach Wien nicht mehr zu bewerkstelligen war.

[6] Den Wahlberechtigten in Innsbruck (sieben) und Feldkirch (drei) seien die Wahlkarten etwa erst am 15. 12. 2017 zugestellt worden. Zu diesem Zeitpunkt sei eine zeitgerechte Rücksendung der Wahlkarten nach Wien aussichtslos gewesen. Möglicherweise hätten aus diesem Grund auch weitere Wahlberechtigte in Tirol und Vorarlberg von einer Wahlbeteiligung Abstand genommen. An zwei Mitarbeiter in Tirol seien die Wahlkarten irrtümlich an die Adresse der Außenstelle in Kitzbühel übermittelt worden, die allerdings damals noch gar nicht eröffnet gewesen sei und keine Abgabestelle dargestellt habe. Die Beeinflussung des Wahlergebnisses sei gegeben: Von den 137 Wahlberechtigten seien nur 93 Stimmen abgegeben worden, zwei Stimmen waren ungültig. Vier Wahlkarten seien verspätet und eine beschädigt angekommen, 21 Wahlbriefe seien ohne Wahlkarte eingelangt. Es verblieben 18 wahlberechtigte Arbeitnehmer, die ihre Wahlkarte mit aller Wahrscheinlichkeit verspätet erhalten haben, sodass sie nicht von ihrem Wahlrecht Gebrauch machen konnten (AS 89).

[7] Der Beklagte bestritt und wendete ein, der Wahlvorstand habe – sofern ihm maßgebliche Umstände für die Hinderung von wahlberechtigten Arbeitnehmern an der persönlichen Stimmabgabe bekannt werden – für diese Arbeitnehmer von sich aus eine Wahlkarte auszustellen. Unter der Annahme, dass die nicht an der Hauptgeschäftsstelle in Wien beschäftigten Arbeitnehmer am Wahltag daran gehindert

seien, ihre Stimmabgabe persönlich im Wahllokal vorzunehmen, seien diesen Mitarbeitern Wahlkarten übermittelt worden. Diesen Personen sei es dennoch freigestanden, ihre Stimmabgabe persönlich im Wahllokal in Wien unter Vorlage der Wahlkarte vorzunehmen. Daher sei es nicht dem Beklagten zuzurechnen, dass – ungeachtet der den Wahlbriefen beigelegten schriftlichen Erklärungen – 21 Stimmen von Wahlkartenwählern ungültig waren, weil nur der Stimmzettel ohne Verwendung des Wahlkartenkuverts übersandt worden sei.

[8] Der Wahlvorstand habe die Wahlkarten entsprechend § 22 Abs 5 BRWO 1974 rechtzeitig, nämlich spätestens am 12. 12. 2017 (somit am sechsten Tag vor dem Wahltag) an alle zur brieflichen Stimmabgabe Berechtigten eingeschrieben abgesendet. Die Wahlanfechtung wäre nur dann erfolgreich, wenn weitere 17 Stimmen auf die Klägerin entfallen. Diese Voraussetzung sei aber nicht erfüllt. Allenfalls seien infolge irrtümlicher bzw verspäteter Zustellung zwei Arbeitnehmer aus der Arbeitsstätte Kitzbühel an der Teilnahme an der Wahl verhindert gewesen.

[9] Da die Wahlkarten an zwölf Arbeitnehmer, davon neun in Tirol (sieben in Innsbruck und zwei in Kitzbühel) sowie drei in Feldkirch nicht zustellbar gewesen seien, seien „Ersatzwahlkarten“ am 14. 12. 2017 neuerlich eingeschrieben per Eilpost an diese zwölf Arbeitnehmer gesendet worden. Die sieben Mitarbeiter aus Innsbruck seien persönlich zur Wahl am Wahltag erschienen und hätten ihre Stimme abgegeben. Auch die drei Mitarbeiter aus Feldkirch hätten an der Wahl teilgenommen. Ein Mitarbeiter, an den irrtümlich die Zustellung der Wahlkarte per Adresse der noch nicht eröffneten Geschäftsstelle in Kitzbühel gesendet worden war, habe von seinem Wahlrecht postalisch Gebrauch gemacht,

seine Wahlkarte sei aber verspätet eingelangt. Ein zweiter Arbeitnehmer habe von seinem Wahlrecht nicht Gebrauch gemacht (AS 188).

[10] Das Erstgericht wies 1. das Klagebegehren auf Feststellung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl ab und gab 2. dem Anfechtungsbegehren Folge und hob die Betriebsratswahl vom 18. 12. 2017 auf. Es traf im Wesentlichen folgende Feststellungen:

[11] Nachdem der Wahlvorstand vom geschäftsführenden Vorsitzenden des Vereins eine Mitarbeiterliste erhalten hatte und die Wählerliste aufgelegt war, entschied er spätestens am 22. 11. 2017, dass allen Mitarbeitern außerhalb von Wien Wahlkarten zugesandt werden. Ab 7. 12. 2017 begannen die Mitglieder des Wahlvorstands die Sendungen vorzubereiten. Nach und nach wurden die Wahlkarten eingeschrieben versendet. Ohne dass ein Beschluss des Wahlvorstands oder entsprechende Antragstellungen vorlagen, wurden Wahlkarten auch an sechs Mitarbeiter der Geschäftsstelle Wien gesandt, die im „Atelier“ (im Bereich der Geschäftsführung am Wahlort [S 224]) tätig waren. Die Sendungen an die Geschäftsstelle in Klagenfurt langten dort am 14. 12. 2017 ein. Die Sendungen an die Geschäftsstellen in Innsbruck und Feldkirch wurden (nach einem Zustellproblem) am 14. 12. 2017 vom Wahlvorstand abgesendet. Erstmals wurden am 14. 12. 2017 Wahlkarten auch an die beiden Mitarbeiter in der Außenstelle Kitzbühel versendet. Da diese Außenstelle noch nicht eröffnet war, konnte keine Zustellung erfolgen. Einem der beiden davon betroffenen Mitarbeiter gelang es dennoch, die Sendung beim Postamt zu beheben. Seine Wahlkarte langte jedoch erst nach der Betriebsratswahl (verspätet) in Wien ein. Sieben Mitarbeiter/innen aus Innsbruck, reisten zur Wahl

nach Wien an und gaben ihre Stimme persönlich ab. Der erste Zustellversuch an eine in Karenz befindliche Mitarbeiterin erfolgte an deren Privatadresse erstmals am 14. 12. 2017. Nach Behebung am 15. 12. 2017 nahm sie von der Beteiligung an der Wahl Abstand, weil sie davon ausging, dass ihre Wahlkarte infolge der Länge des Postlaufs nicht mehr rechtzeitig beim Wahlvorstand einlangen werde. Eine in der Geschäftsstelle Wien im „Atelier“ tätige Mitarbeiterin, die keine Wahlkarte beantragt hatte, hatte am Wahltag ihre Wahlkarte zu Hause vergessen. Da sie vor Ende der Wahl die Wahlkarte nicht mehr von zu Hause holen hätte können, verließ sie das Wahllokal wieder, ohne von ihrem Wahlrecht Gebrauch zu machen.

[12]                   Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass die Betriebsratswahl nicht nichtig sei. Es liege aber eine für die Anfechtung der Wahl maßgebliche Verletzung leitender Grundsätze des Wahlrechts vor, weil die Wahl nur in den in § 56 Abs 3 ArbVG aufgezählten Ausnahmefällen brieflich erfolgen hätte dürfen. Keiner der dort aufgezählten Ausnahmefälle sei gegeben, auch nicht der Fall, dass der Wahlberechtigte infolge Ausübung seines Berufs an der persönlichen Stimmabgabe verhindert sei. Der Wahlvorstand habe daher ohne Vorliegen eines Ausnahmefalls und ohne Antrag der Wahlberechtigten für eine Mehrheit der Arbeitnehmer die Durchführung der Briefwahl angeordnet. Dadurch sei nicht nur der Wahlgrundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl verletzt worden, sondern sei es auch zu zahlreichen formalen Fehlern und Zustellproblemen gekommen, die bei einer persönlichen Stimmabgabe nicht aufgetreten wären. Zudem wäre die Zustellung der Wahlkarten teils früher vorzunehmen gewesen. Ein Einfluss auf das Wahlergebnis sei gegeben. Ausgehend von der Wahlzahl 17 seien 21 Sendungen

ohne Wahlkarte beim Wahlvorstand eingelangt und hätten nicht gewertet werden können.

[13] Das Berufungsgericht gab der allein gegen die Aufhebung der Betriebsratswahl gerichteten Berufung des Beklagten nicht Folge und ließ die ordentliche Revision zu. Eine Ausstellung von Wahlkarten an die Wahlberechtigten in den Außenstellen und an die in der Geschäftsstelle Wien im „Atelier“ tätigen Mitarbeiter ohne Vorliegen entsprechender Anträge widerspreche den Vorschriften des Arbeitsverfassungsgesetzes und der Betriebsratswahlordnung. Angesichts der ohne Wahlkarten beim Wahlvorstand eingelangten und deshalb nicht gewerteten 21 Sendungen bestehe die objektive Möglichkeit eines anderen Wahlergebnisses. Außerdem sei die Frist des § 22 Abs 5 BRWO 1974, nach der der Wahlvorstand spätestens am sechsten Tag vor dem (ersten) Wahltag den zur brieflichen Stimmabgabe Berechtigten mittels eingeschriebenen Briefes die Wahlkarte übermitteln muss, mehrfach nicht eingehalten worden. Bei so spät zugestellten Wahlkarten sei die Möglichkeit einer rechtzeitigen Stimmabgabe nicht mehr gewährleistet. Selbst unter Außerachtlassung der 21 ungültig gewerteten Sendungen würden mehr als 17 Wahlberechtigte verbleiben, hinsichtlich derer die objektive Möglichkeit bestehe, dass ihnen mangels (rechtzeitiger) Zustellung einer Wahlkarte die Teilnahme an der Betriebsratswahl nicht möglich war oder sie an der Teilnahme doch wesentlich behindert gewesen wären.

[14] Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zur Frage der Ausstellung von Wahlkarten für eine Betriebsratswahl ohne entsprechenden Antrag noch keine oberstgerichtliche Rechtsprechung bestehe.



[15] Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen in eine klageabweisende Entscheidung; in eventu wird die Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen beantragt.

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

[17] Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist im Sinn des eventualiter gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

[18] 1.1 Die Klägerin ist als wahlwerbende Gruppe nach § 59 Abs 1 ArbVG berechtigt, die Wahl anzufechten, wenn eine wesentliche Bestimmung des Wahlverfahrens oder ein leitender Grundsatz des Wahlrechts verletzt wurde und der Fehler objektiv geeignet war, das Wahlergebnis zu beeinflussen (8 ObA 278/99k mwN).

[19] 1.2 § 51 ArbVG normiert die Wahlgrundsätze. Nach § 51 Abs 1 ArbVG werden die Mitglieder des Betriebsrats aufgrund des gleichen, unmittelbaren und geheimen Wahlrechts gewählt. Die Wahl hat im Allgemeinen durch persönliche Stimmabgabe zu erfolgen. Bei Vorliegen der in § 56 Abs 3 ArbVG genannten Voraussetzungen kann die Wahl auch durch briefliche Stimmabgabe im Postweg vorgenommen werden. Dagegen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (VfSlg 10.412/1985, G 18/85).

[20] 1.3 Als Ausnahme vom Wahlgrundsatz der persönlichen Stimmabgabe in § 56 Abs 3 ArbVG sind jene Fälle aufgezählt, in denen die Stimme auf dem Postweg abgegeben werden kann. Genannt werden Wahlberechtigte, die wegen Urlaubs, Karenzurlaubs, Leistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes oder Krankheit am Wahltag

an der Leistung der Dienste oder infolge Ausübung ihres Berufs oder aus anderen wichtigen, ihre Person betreffenden Gründen an der persönlichen Stimmabgabe verhindert sind. Mit nahezu demselben Wortlaut sieht § 5 Betriebsratswahlordnung 1974 (BRWO 1974) ein Recht auf briefliche Stimmabgabe vor.

[21] 1.4 Diese Vorschriften werden durch § 22 Abs 1 BRWO 1974 ergänzt bzw präzisiert, nachdem der Wahlvorstand „über die Berechtigung zur brieflichen Stimmabgabe (§ 5)“ auf Antrag eines Wahlberechtigten oder einer wahlwerbenden Gruppe eine Wahlkarte auszustellen hat. Sofern ihm die maßgeblichen Umstände bekannt geworden sind (§ 14 BRWO 1974) hat der Wahlvorstand von sich aus eine Wahlkarte auszustellen.

[22] 1.5 § 14 Abs 1 BRWO 1974 regelt das Verzeichnis der Arbeitnehmer, das der Betriebsinhaber dem Wahlvorstand zur Verfügung zu stellen hat. Dieses hat neben Namen, Geburtsdatum, Tag des Eintritts in den Betrieb und Angaben darüber, welche außerhalb des Hauptbetriebs gelegene Arbeitsstätten und Einsatzorte bestehen und welche Arbeitnehmer dort beschäftigt sind, auch die Wohnadressen jener Arbeitnehmer zu enthalten, die voraussichtlich wegen Urlaubs, Karenzurlaubs, Leistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes, einer noch bestehenden Krankheit oder Einsatzes außerhalb des Hauptbetriebs am Wahltag an der persönlichen Stimmabgabe verhindert sein werden.

[23] 2.1 Das Recht auf briefliche Stimmabgabe erfordert somit eine formelle Entscheidung des Wahlvorstands. Diese Entscheidung erfolgt entweder auf Antrag des Betroffenen oder einer wahlwerbenden Gruppe oder ohne derartigen Antrag. Grundlage für die Entscheidung, welche Wahlberechtigten zur brieflichen Stimmabgabe

berechtigt sind, ist entweder das Arbeitnehmersverzeichnis des Betriebsinhabers, in dem die voraussichtliche Verhinderung des Arbeitnehmers erkennbar ist, oder eine diesbezügliche eigene Wahrnehmung der Mitglieder des Wahlvorstands (*Löschnigg in Strasser/Jabornegg/Resch* [Hrsg], ArbVG, § 56 Rz 23).

[24] 2.2 Wird dem Wahlvorstand bekannt, dass ein Wahlberechtigter aus maßgeblichen Gründen seine Stimme nicht persönlich abgeben kann, hat er nicht abzuwarten, bis ein Antrag auf Ausstellung einer Wahlkarte einlangt, sondern hat er – nach der Spruchpraxis der Einigungsämter bei sonstiger Anfechtbarkeit der Wahl – von sich aus die Verpflichtung, eine Wahlkarte auszustellen (Arb 10.558 zur Abwesenheit am Wahltag infolge auswärtiger Arbeitsleistung, Krankheit oder Urlaub; Arb 10.568 zur Abwesenheit infolge von Karenzurlaub; Arb 9284 zur Freiheit vom Schichtdienst).

[25] 3.1 Die Möglichkeit der Abstimmung mittels Wahlkarte ist kein generelles Recht, sondern soll nur bei begründeter Abwesenheit gegeben sein. Die in § 56 Abs 3 ArbVG vorgenommene Aufzählung der für die Wahlkartenausstellung relevanten Gründe ist grundsätzlich taxativ. Neben den ausdrücklich genannten Dienstverhinderungsgründen (Urlaub, Karenzurlaub, Leistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes und Krankheit) können darunter auch Fälle wie etwa ein absolutes Beschäftigungsverbot aufgrund einer Schwangerschaft, Bildungskarenz, Kuraufenthalt fallen (*Löschnigg in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG, § 56 Rz 24)

[26] 3.2 Darüber hinaus kommt das Recht auf briefliche Stimmabgabe jenen Wahlberechtigten zu, *die infolge Ausübung ihres Berufs oder aus anderen wichtigen, ihre Person betreffenden Gründen an der persönlichen*

Stimmabgabe verhindert sind. *Schima/Pinczolits* (Betriebsratswahl unter dem COVID-19-Regime, DRdA 2020, 317 [321]) führen als Beispiel für einen wichtigen, die Person betreffenden Grund etwa auch das hohe Risiko eines schweren Krankheitsverlaufs nach einer COVID-19-Ansteckung an.

[27] 4.1 *Jabornegg/Naderhirn/Trost* (Die Betriebsratswahl<sup>6</sup>, 153) gehen davon aus, dass das Gesetz zwischen Dienstverhinderung und Stimmabgabenverhinderung differenziert, obwohl diese regelmäßig zusammenfallen. Sollte aber dennoch einmal eine Dienstverhinderung ohne Stimmabgabenverhinderung vorliegen, sei der betroffene Arbeitnehmer trotzdem zur Briefwahl zuzulassen. Dahinter stehe der Gedanke, dass die Beurteilung der Zulässigkeit einer Briefwahl durch den Wahlvorstand im Interesse erhöhter Rechtssicherheit tunlichst erleichtert werden soll. Nur bei den Hinderungsgründen der Berufsausübung und anderen wichtigen Gründen komme es immer darauf an, ob im konkreten Fall wirklich eine Hinderung der persönlichen Stimmabgabe vorliegt.

[28] 4.2 Nach *Schneller* (in *Gahleitner/Mosler* [Hrsg], ArbVG, § 56 Rz 14) liegt eine infolge Ausübung des Berufs begründete Verhinderung an der persönlichen Stimmabgabe beispielsweise bei ins Ausland entsandten Monteuren oder Reisenden vor. Zudem habe der Wahlvorstand von sich aus für jene Personen eine Wahlkarte auszustellen, die am Wahltag vermutlich nicht im Betrieb anwesend sein werden.

[29] 4.3 Nach *Löschnigg* (in *Strasser/Jabornegg/Resch* [Hrsg], ArbVG [Stand 1. 11. 2017], § 56 Rz 24) seien „Verhinderungen in der Ausübung des Berufes“ dahin zu verstehen, dass nicht nur sämtliche Dienstverhinderungen in der Sphäre des Arbeitgebers erfasst sind, sondern auch alle jene Arbeitnehmer, die ihre

Arbeitsleistungen typischerweise außerhalb der Betriebsstätte (Bauarbeiter, zu Hause tätige Arbeitnehmer, Arbeitnehmer in Satellitenbüros etc) erbringen.

[30] 4.4 *Windisch-Graetz* (in *Tomandl* [Hrsg], Arbeitsverfassungsgesetz [2005], § 51 ArbVG) geht davon aus, dass § 56 Abs 3 ArbVG alle jene Wahlberechtigten nennt, die wegen Abwesenheit vom Betrieb aus bestimmten taxativ aufgezählten Gründen an der persönlichen Stimmabgabe gehindert sind. Über die Berechtigung zur brieflichen Stimmabgabe entscheidet der Wahlvorstand.

[31] 4.5 Nach überwiegender Ansicht der Lehre ist somit für Wahlberechtigte, die aufgrund ihres ständigen auswärtigen Arbeitsorts oder ihres vorübergehenden auswärtigen Arbeitseinsatzes am Wahltag voraussichtlich nicht am Wahlort anwesend sein werden und deshalb an der persönlichen Stimmabgabe verhindert sind, auch ohne entsprechenden Antrag eine Wahlkarte auszustellen.

[32] 5.1 Dem schließt sich der erkennende Senat an:

[33] Der Wahlvorstand hat die Abhaltung der Betriebsratswahl so zu organisieren, dass jeder Wahlberechtigten die reale Möglichkeit hat, sein Wahlrecht auszuüben. War dem Wahlvorstand von sich aus oder aufgrund des Arbeitnehmerverzeichnis bekannt, dass eine Vielzahl der Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung typischerweise außerhalb der Geschäftsstelle Wien an Außenstellen erbringen und daher am Wahltag nicht am Wahlort anwesend sein werden, kann er beschließen, dass die Stimmabgabe an mehreren Orten gleichzeitig stattzufinden hat (§ 18 Abs 1 BRWO 1974). Hat der Wahlvorstand von einer Organisation der Wahl in der Weise, dass die Stimmabgabe an allen (oder mehreren) Außenstellen gleichzeitig vorgenommen wird, Abstand genommen, konnte er die ihm bekannte,

typischerweise gegebene arbeitsbedingte Abwesenheit von Arbeitnehmern vom Wahlort als maßgeblichen Umstand für die Hinderung an der persönlichen Stimmabgabe ansehen. Die Beschlussfassung des Wahlvorstands, von sich aus für diese Mitarbeiter Wahlkarten auch ohne entsprechende Antragstellung auszustellen, steht somit nicht im Widerspruch zu § 56 Abs 3 ArbVG, § 5 BRWO 1974 iVm § 22 Abs 1 BRWO 1974 (§ 14 BRWO 1974).

[34] 5.2 Hingegen steht die Vorgangsweise des Wahlvorstands, von sich aus Wahlkarten auch an die in der Geschäftsstelle Wien „im Atelier“ tätigen Arbeitnehmer ohne Vorliegen entsprechender Anträge zu übermitteln, nicht in Einklang mit § 22 Abs 1 BRWO 1974, weil sie durch keine (formelle) Beschlussfassung des Wahlvorstands gedeckt war.

[35] 6.1 Nach § 59 Abs 2 ArbVG kann eine Anfechtung nur dann erfolgreich sein, wenn das Wahlergebnis beeinflusst werden konnte. Entscheidend ist nicht die abstrakte, sondern die objektive Eignung des Fehlers, das Wahlergebnis zu beeinflussen (RS0113481; 8 ObA 287/99k). Zu beurteilen ist, ob bei Wegfall der rechtswidrigen Vorgangsweise ein anderes Wahlergebnis hätte zustande kommen können.

[36] 6.2 Eine mögliche Beeinflussung des Wahlergebnisses liegt etwa dann vor, wenn Wahlmängel unterlaufen sind, die sich auf das Verhalten sämtlicher Wahlberechtigten oder großer Wählerschichten auswirken, sodass bei Unterbleiben der Rechtswidrigkeit eine andere Mandatsverteilung im Betriebsrat möglich gewesen wäre. Es kommt nicht allein auf die unrichtige Zuordnung von Stimmen an, sondern darauf, ob der Fehler eine potentiell andere Mandatsverteilung im Betriebsrat zur Folge haben könnte. Das muss – jeweils auf Grundlage der im Einzelfall

getroffenen Feststellungen – im Hinblick auf das gesamte Wahlergebnis geprüft werden (8 ObA 287/99k).

[37] 6.3 Im vorliegenden Fall wäre eine andere Mandatsverteilung dann objektiv möglich, wenn durch die Verletzung von Wahlvorschriften 17 Stimmen betroffen wären.

[38] 7. Da – entgegen der Auffassung der Vorinstanzen – die Ausstellung von Wahlkarten an die bei den Außenstellen tätigen Mitarbeiter berechtigt erfolgte, ist das Einlangen von 21 ungültigen Stimmen von Wahlkartenwählern (weil versehentlich im Retourkuvert nur der Stimmzettel ohne Wahlkartenkuvert übermittelt wurde), nicht kausal auf den von der Klägerin behaupteten Wahlmangel zurückzuführen und stellt keinen Grund für eine Wahlanfechtung wegen Verletzung der Vorschriften über die Berechtigung zur Briefwahl dar (§ 56 Abs 3 ArbVG).

[39] 8.1 Aus Anlass der zulässigen Revision des Beklagten war die angefochtene Entscheidung allerdings in jeder rechtlichen Hinsicht zu überprüfen.

[40] Das Berufungsgericht ist in seiner weiteren (alternativen) Begründung für die Aufhebung der Wahl davon ausgegangen, eine Beeinflussung des Wahlergebnisses sei auch infolge der verspäteten Übermittlung der Wahlkarten an die Wahlkartenwähler gegeben. Dazu fehlen aber bisher ausreichende Feststellungen:

[41] 8.2 Essentiell für das Recht auf Ausübung der Briefwahl ist, dass die Wahlkarten vom Wahlvorstand so rechtzeitig an die Wahlberechtigten übermittelt werden, dass diese an der Ausübung ihres Wahlrechts nicht gehindert sind. Dies wäre der Fall, wenn ein zeitgerechtes Einlangen der Wahlkarten beim Wahlvorstand bis spätestens zum Ablauf der für die Stimmabgabe festgesetzten Zeit (§ 25 Abs 1 und 2

BRWO 1974) nicht zu bewerkstelligen wäre oder von vornherein aussichtslos erschiene.

[42] 8.3 Um eine Teilnahme an der Wahl mittels Wahlkarte zu gewährleisten, ordnet § 22 Abs 5 BRWO 1974 an, dass der Wahlvorstand spätestens am sechsten Tag vor dem (ersten) Wahltag den zur brieflichen Stimmabgabe Berechtigten mittels eingeschriebenen Briefes die auf deren Namen lautende Wahlkarte zu übermitteln oder diesen nachweislich persönlich auszuhändigen hat, sofern sie zum Zeitpunkt der beabsichtigten Übermittlung im Betrieb anwesend sind. Die Tage des Postlaufs sind nicht einzurechnen, sodass die Absendung an diesem Tag genügt (*Jabornegg/Naderhirn/Trost, Die Betriebsratswahl*<sup>6</sup>, 157). Sollte bei längeren Postwegen einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern die Wahlmöglichkeit aber faktisch entzogen werden, wenn die Wahlkarten erst am sechsten Tag vor dem Wahltag abgeschickt werden, kann der Wahlvorstand die im Wahlkartenausstellungsverfahren vorgesehenen Fristen verkürzen (§ 22 Abs 6 BRWO 1974).

[43] 9.1 Das Vorbringen der Klägerin geht im Wesentlichen dahin, dass die Wahlkarten teils so verspätet an die Wahlberechtigten gelangt sind, dass sie nicht mehr in der Lage waren, ihr Wahlrecht auszuüben. Diese Behauptung wird an Hand detaillierten Vorbringens zu bestimmten Einzelfällen veranschaulicht bzw konkretisiert, von dessen Wiedergabe hier Abstand genommen wird.

[44] 9.2 Das Vorbringen des Beklagten lässt sich dahin zusammenfassen, infolge Absendung aller Wahlkarten spätestens am sechsten Tag vor der Wahl sei der Vorschrift des § 22 Abs 5 BRWO 1974 Genüge getan worden. Es liege an den Wahlberechtigten, für das zeitgerechte Einlangen der Wahlkarten im Postweg beim Wahlvorstand Sorge zu tragen.



Allenfalls geschehene verspätete Zustellungen der Wahlkarten an einzelne Wahlberechtigte (die in zwei Fällen auch zugestanden werden) hätten keine Auswirkung auf das Wahlergebnis.

[45] 9.3 Nach den bisher vom Erstgericht getroffenen Feststellungen wurden die Wahlkarten für die Wahl am 18. 12. 2017 „ab 7. 12. 2017 nach und nach“ per Einschreiben an die Wähler verschickt. Die (in der Revision wiederholte) Behauptung, die Wahlkarten seien vom Wahlvorstand spätestens am 12. 12. 2017 versendet worden, ist den bisherigen Feststellungen demnach so nicht zu entnehmen. Unter anderem steht fest, dass die Sendungen an die Geschäftsstelle in Innsbruck und Feldkirch vorerst von der Post nicht zugestellt wurden, sodass der Wahlvorstand am 14. 12. 2017 „Ersatzwahlkarten“ an die Mitarbeiter in Innsbruck, Feldkirch und Kitzbühel versandt hat.

[46] 9.4 Der Vergleich des Vorbringens der Streitteile mit diesen Feststellungen zeigt, dass die Sachverhaltsgrundlage ungenügend geblieben ist und für eine abschließende Beurteilung nicht ausreicht, was aus Anlass der zulässig ausgeführten Rechtsrüge auch ohne explizite Geltendmachung eines rechtlichen Feststellungsmangels von Amts wegen aufzugreifen ist.

[47] Ob die Vorgangsweise des Beklagten bei Übermittlung der Wahlkarten an die in den Außenstellen tätigen Mitarbeiter im Einklang mit den Vorschriften der BRWO 1974 steht und ob allenfalls eine Beeinflussung des Wahlergebnisses daraus resultiert, wird erst dann beurteilbar sein, wenn im fortgesetzten Verfahren dazu konkrete Feststellungen getroffen werden. Entsprechende Feststellungsgrundlagen fehlen vor allem für die Ansicht des Berufungsgerichts, selbst unter Außerachtlassung der 21

(zwar rechtzeitig, aber ohne Wahlkuvert) eingelangten Stimmabgaben sei ein Einfluss auf das Wahlergebnis gegeben, weil mehr als 17 Wahlberechtigte verblieben, hinsichtlich derer die objektive Möglichkeit bestehe, dass ihnen mangels rechtzeitiger Zustellung einer Wahlkarte die (rechtzeitige) Teilnahme an der Betriebsratswahl nicht möglich war. Diese Ansicht setzt nicht nur voraus, dass sämtliche der verbleibenden mehr als 17 Wahlberechtigten Wahlkartenwähler waren, sondern geht weiters davon aus, dass die Wahlkarten an diese Wahlberechtigten jeweils so verspätet zugestellt wurden, dass diese an der Ausübung ihres Wahlrechts mittels Wahlkarte gehindert waren. Keine der beiden Annahmen lässt sich jedoch aus den bisherigen Feststellungen ableiten.

[48] 9.5 Auch der Vergleich des Vorbringens der Parteien mit den Feststellungen zu den für die verspätete Zustellung der Wahlkarten genannten Einzelfällen zeigt, dass Sachverhaltsgrundlagen fehlen. So besteht etwa ein gegenläufiges Parteinvorbringen zu der Frage, ob jene drei Mitarbeiter in Feldkirch, an die die Wahlkarten erst am 14. 12. 2017 abgesendet worden waren, an der Wahl dennoch teilgenommen haben oder an der Teilnahme gehindert waren, ohne dass dazu bisher Feststellungen getroffen wurden.

[49] 10. Die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und die Rückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung ist daher notwendig.

[50] 11. Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO, § 58 Abs 1 ASGG.

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 29. April 2021  
Dr. H o p f  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: