

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** **Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz II 2016**
Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte bei behördlichen Ermessensentscheidungen
Zugehörigkeit zur Arbeiterkammer
Konzernrecht in nuce
Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz
- Judikatur** **Verpflichtung zur Übergabe der Liegenschaft ohne Wahlgerichtsstand nach Art 7 Nr 1 EuGVVO?**
- Musterfall** **Römisches Recht, Strafrecht, Öffentliches Recht und Bürgerliches Recht**

Redaktionsleitung
 Verena T. Halbwachs

Redaktion
 Florian Burger
 Ulrike Frauenberger-Pfeiler
 Thomas Klicka
 Roman Alexander Rauter
 Alexander Reidinger
 Hannes Schütz
 Eva Schulev-Steindl

Korrespondenten
 Erwin Bernat
 Christoph Grabenwarter
 Friedrich Harrer
 Ferdinand Kerschner
 Alexander Schopper

2017/2018

01

MANZ 

ISSN 1022-9426

Zugehörigkeit zur Arbeiterkammer

JAP 2017/2018/3

§ 10 AKG

Arbeiterkammer;
Mitgliedschaft;
Kammer für
Arbeiter und
Angestellte

In Österreich sind neun Arbeiterkammern (AK) gesetzlich errichtet. Ein Wesensmerkmal einer Kammer ist ihre gesetzlich festgelegte Mitgliedschaft. Dass AN Mitglieder der AK sind, ist zwar weithin bekannt, doch die Zugehörigkeit (= Mitgliedschaft) zu einer AK ist diffiziler geregelt: Es gibt AN, die nicht AK-Mitglieder sind, und es gibt AK-Mitglieder, die nicht AN sind.

Von Robert Müller und Florian G. Burger

Inhaltsübersicht:

- A. Grundlegung
- B. Aufnahme in den Kreis der AK-Mitglieder
 - 1. Arbeitnehmer
 - 2. Arbeitslose
 - 3. Bedienstete bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften
 - 4. Präsidenten und leitende Angestellte von Interessenvertretungen
 - 5. Heimarbeiter
 - 6. Dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer
- C. Ausnahmen von der AK-Mitgliedschaft
 - 1. Bedienstete von Gebietskörperschaften
 - a) Hoheitlicher Bereich
 - b) Weitere Bereiche
 - 2. Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder, leitende Angestellte
 - 3. Ärzte und Berufsanwärter bestimmter freier Berufe
 - 4. Pharmazeutische Fachkräfte
 - 5. Seelsorger und Ordensangehörige
- D. Land- und Forstwirtschaft
- E. Schluss

A. Grundlegung

Grundlage für die Tätigkeit der Kammern für Arbeiter und Angestellte – so die offizielle Bezeichnung der AK – und der Bundesarbeitskammer¹⁾ bildet das Arbeiterkammergesetz 1992 (AKG).²⁾ Aufgabe der AK ist es, die sozialen, wirtschaftlichen, beruflichen und kulturellen Interessen der AN zu vertreten und zu fördern.³⁾ In jedem Bundesland ist eine AK errichtet, dementsprechend gibt es in Österreich neun Länderkammern. In jedem Bundesland ist eine AK als Körperschaft des öffentlichen Rechts errichtet,⁴⁾ dementsprechend gibt es in Österreich 9 Länderkammern. Die den AK zukommenden Aufgaben werden im Rahmen der Selbstverwaltung wahrgenommen.

Die Zugehörigkeit zur AK wird in § 10 AKG geregelt, wobei die Prüfung, ob jemand Mitglied der AK ist, in zwei Schritten zu erfolgen hat:

→ Wer wird in den Kreis der AK-Mitglieder gem § 10 Abs 1 AKG aufgenommen?

→ Wer wird aus diesem Kreis gem § 10 Abs 2 AKG wieder ausgeschlossen?

Die beiden Absätze stehen in einer hierarchischen Beziehung: AK-Mitglied ist nur, wer in § 10 Abs 1 AKG erwähnt und in § 10 Abs 2 AKG nicht erwähnt wird.

B. Aufnahme in den Kreis der AK-Mitglieder

1. Arbeitnehmer

Auf den ersten Blick wird die Zugehörigkeit zu einer AK denkbar einfach geregelt. So lautet § 10 Abs 1 Satz 1 AKG: „Der Arbeiterkammer gehören alle Arbeitnehmer an.“ Den zentralen Anknüpfungspunkt für die Zugehörigkeit zu einer AK bildet daher die Eigenschaft eines AN. Zwar gibt das AKG keine Auskunft darüber, wer unter einem AN zu verstehen ist, doch ist der **arbeitsvertragliche AN-Begriff** heranzuziehen.⁵⁾ In diesem Sinne verstanden ist AN, wer sich vertraglich zur Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.⁶⁾ Hinsichtlich der Zugehörigkeit zur AK ist es nicht entscheidend, ob der AN voll- oder teilzeitbeschäftigt ist,⁷⁾ und auch die Höhe des vereinbarten Entgelts hat in Bezug auf die Zugehörigkeit zur AK keine Bedeutung.

Während der erste Satz in § 10 Abs 1 AKG generell AN im arbeitsvertragsrechtlichen Sinne zu AK-Mitgliedern erklärt, erweitert der zweite Satz, der sich über sieben Ziffern erstreckt, den Begriff des AN iS des AKG um weitere Personen. Zum Teil werden darin auch Klarstellungen hinsichtlich der Zugehörigkeit zur AK vorgenommen. Damit erstreckt sich der AN-Begriff des AKG über jenen des Arbeitsvertragsrechts hinaus.⁸⁾

2. Arbeitslose

Im Vergleich zum AKG 1954 wurde mit § 10 Abs 1 Z 1 AKG eine bedeutende Erweiterung der AK-Zugehörigkeit vorgenommen, indem Arbeitslose grundsätzlich zu AK-Mitgliedern erklärt werden, dies aber nur dann, wenn sie zur Arbeitnehmerschaft schon eine Verbindung hatten bzw noch haben.⁹⁾ Für die Zugehörigkeit eines Arbeitslosen zur AK ist es notwendig, dass

1) Die einzelnen Kammern für Arbeiter und Angestellte in den Bundesländern bilden zusammen die Bundesarbeitskammer.

2) Nach Ende des nationalsozialistischen Regimes wurden mit dem AKG 1945 die Kammern für Arbeiter und Angestellte wiedererrichtet und im AKG 1954 neu geregelt. Das nunmehrige AKG löste das AKG 1954 mit 1. 1. 1992 ab.

3) § 1 AKG.

4) § 3 Abs 1 AKG.

5) Vgl ErläutlA 229/A BlgNR 18. GP 8; AB 252 BlgNR 18. GP 3; *Dirschmied*, Rechtsdogmatisches zum Strukturanpassungsgesetz 1996, DRdA 1997, 85 (88).

6) Vgl *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht⁶ (2015) 2 ff.

7) Vgl *Mayer-Maly*, Probleme der Arbeiterkammerzugehörigkeit, in FS Schwarz (1991) 275 (278).

8) Vgl *Dirschmied*, DRdA 1997, 85 (90).

9) ErläutlA 229/A BlgNR 18. GP 19f; AB 252 BlgNR 18. GP 8.

- unmittelbar vor seiner Arbeitslosigkeit ein **arbeitslosenversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis** bestand; übte zB ein AN vor seiner Arbeitslosigkeit seine Arbeit auf geringfügiger Beschäftigungsbasis aus, ist er nicht AK-zugehörig, da ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis nicht arbeitslosenversicherungspflichtig ist.¹⁰⁾ Auch ein Beamter, der aus dem öffentlichen Dienst ausscheidet und daher arbeitslos ist, oder ein Unternehmer, der seine Selbständigkeit eingestellt hat, sind nicht AK-zugehörig, weil weder das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis noch die Selbständigkeit arbeitslosenversicherungspflichtig waren.
- er bisher insgesamt **20 Wochen kammerzugehörig als AN** beschäftigt war; hierfür besteht keine Notwendigkeit, diesen 20-Wochen-Zeitraum an einem Stück absolviert zu haben. Das Erfordernis der kammerzugehörigen Beschäftigung von 20 Wochen kann auch durch mehrere kürzere Arbeitsverhältnisse erfüllt werden.¹¹⁾

Für die Dauer von **52 Wochen** bleiben Arbeitslose unabhängig davon AK-zugehörig, ob sie Arbeitslosengeld oder eine andere Leistung aus der Arbeitslosenversicherung beziehen. Über den Zeitraum von 52 Wochen hinaus bleibt die Zugehörigkeit zur AK nur bestehen, wenn noch eine **Leistung aus der Arbeitslosenversicherung**, wie zB Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, Pensionsvorschuss, Umschulungsgeld oder Weiterbildungsgeld,¹²⁾ bezogen wird. Der Leistungsanspruch auf Notstandshilfe wird zwar jeweils nur für einen bestimmten, 52 Wochen nicht übersteigenden Zeitraum gewährt,¹³⁾ jedoch besteht bei entsprechender wiederholender Antragstellung – und unter Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – der Anspruch auf Notstandshilfe zeitlich unbeschränkt.¹⁴⁾ Es ist daher möglich, dass ein Arbeitsloser auch über ein Jahr hinaus noch Mitglied der AK bleibt.¹⁵⁾

3. Bedienstete bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften

Die Bestimmung des § 10 Abs 1 Z 2 AKG ist als Verfassungsbestimmung konzipiert und bestimmt, dass AN in **Betrieben, Anstalten, Stiftungen und Fonds des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände und der Gemeinden** AK-zugehörig sind. Davon nicht berührt sind Beschäftigte, die direkt bei der Gebietskörperschaft, insb in einer Behörde, tätig sind. Bei dieser Bestimmung fällt auf, dass keine Rücksicht darauf genommen wird, ob das „Arbeitsverhältnis“ auf privatrechtlichem Vertrag oder auf einem Hoheitsakt beruht. Hinsichtlich der **Vertragsbediensteten** besitzt § 10 Abs 1 Z 2 AKG nur eine klarstellende Funktion. **Beamte** hingegen, die per definitionem keine AN iS des Arbeitsvertragsrechts und daher von § 10 Abs 1 Satz 1 AKG nicht erfasst sind, werden hier jedoch ebenso in den Kreis der AK-Mitglieder aufgenommen, wenn sie in einem Betrieb, einer Anstalt, einer Stiftung oder einem Fonds einer Gebietskörperschaft beschäftigt sind. Ausschlaggebend für diese Regelung war der Gedanke, dass innerhalb ein und desselben öffentlichen Betriebs alle Bedienstete – gleichgültig ob kraft Vertrags oder Hoheitsakts – derselben gesetzlichen Interessens-

vertretung unterliegen sollen.¹⁶⁾ So sind bspw in einer Krankenanstalt, die von einem Gemeindeverband getragen wird, sowohl die darin tätigen Vertragsbediensteten wie auch Beamte Mitglieder der AK.

§ 10 Abs 1 Z 3 AKG bestimmt, dass AN von öffentlich-rechtlichen Körperschaften und deren Betrieben, Stiftungen, Anstalten und Fonds AK-Mitglieder sind. Im Vergleich zu Z 2 ist diese Bestimmung einerseits weiter, andererseits enger gefasst:

- Weiter gefasst ist sie, weil sie nicht nur Betriebe, Anstalten, Stiftungen und Fonds,¹⁷⁾ sondern generell **öffentlich-rechtliche Körperschaften** nennt, soweit es sich dabei um keine Gebietskörperschaften handelt, wie etwa Sozialversicherungsträger und Kammern. Damit sind bspw Mitarbeiter der Wirtschaftskammer und Ärztekammer¹⁸⁾ ebenso AK-zugehörig wie die AK-eigenen AN.
- Enger gefasst ist sie, weil sie **nur AN** im Sinne des arbeitsvertraglichen AN-Begriffs erfasst, nicht jedoch auch Beamte.

Insofern enthält § 10 Abs 1 Z 3 AKG keinen eigenen Regelungsinhalt, sondern besitzt nur eine klarstellende Funktion, denn auch AN von öffentlich-rechtlichen Körperschaften sind bereits vom Generalatbestand des § 10 Abs 1 Satz 1 AKG erfasst.

4. Präsidenten und leitende Angestellte von Interessenvertretungen

Gem § 10 Abs 1 Z 4 AKG wird der Kreis der AK-zugehörigen Personen durch Präsidenten und leitende Angestellte von gesetzlichen Interessensvertretungen und kollektivvertragsfähigen freiwilligen Berufsvereinigungen der AN, soweit sie AK-zugehörige Berufsgruppen vertreten,¹⁹⁾ erweitert. Dadurch soll sichergestellt werden, dass AN-Vertreter, die an der Spitze der jeweiligen AN-Organisation stehen, nicht aus der AK-Zugehörigkeit herausfallen,²⁰⁾ was sich insb auf ihre Wahlberechtigung auswirken würde. Ohne diese Erweiterung im Gesetz wären ein Präsident einer AK – aufgrund seiner fehlenden arbeitsvertragsrechtlichen AN-Eigenschaft – und ein Direktor einer AK (aufgrund seiner Qualifizierung als leitender Angestellter iSd § 10 Abs 2 Z 2 AKG) keine Mitglieder der AK.

5. Heimarbeiter

Heimarbeiter ist, wer, ohne Gewerbetreibender nach den Bestimmungen der GewO 1994 zu sein, in eigener Wohnung oder selbst gewählter Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit

10) § 1 Abs 2 lit d AVG iVm § 5 Abs 2 ASVG.

11) ErläutA 229/A BlgNR 18. GP 20; AB 252 BlgNR 18. GP 8.

12) § 6 AVG.

13) § 35 AVG.

14) Vgl *Burger/Mair/Wachter*, Sozialrecht Basics⁴ (2017) 246.

15) Missverständlich ErläutA 229/A BlgNR 18. GP 20 und AB 252 BlgNR 18. GP 8, worin offenbar von einer AK-Zugehörigkeit des Arbeitslosen in einem Höchstmaß von 52 Wochen ausgegangen wird.

16) Vgl AB 260 BlgNR 7. GP 1f.

17) Deshalb die Einschränkung im Wortlaut mit „soweit sie nicht unter Z 2 genannt sind“.

18) Vorbehaltlich einer Ausnahme nach § 10 Abs 2 AKG, zu denken wäre hier insb an Ärzte.

19) Gemeint ist in erster Linie der ÖGB.

20) ErläutA 229/A BlgNR 18. GP 20; AB 252 BlgNR 18. GP 8.

vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung und Verpackung von Waren beschäftigt ist.²¹⁾ Weil Heimarbeitern die persönliche Abhängigkeit zu ihren Auftraggebern fehlt, sind sie keine AN. § 10 Abs 1 Z 6 AKG stellt sicher, dass sie ungeachtet ihrer fehlenden arbeitsvertragsrechtlichen AN-Eigenschaft aufgrund ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit Mitglieder der AK sind.²²⁾

6. Dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer

Mit 1. 1. 2008 wurde der Kreis der AK-Mitglieder durch § 10 Abs 1 Z 7 AKG auf freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG ausgedehnt.²³⁾ Diese sog **dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmer** sind Personen, die sich aufgrund freier Dienstverträge – deshalb können es arbeitsvertragsrechtlich gesehen keine AN sein – zu **im Wesentlichen persönlich** zu erbringenden Dienstleistungen verpflichtet haben und über **keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel** verfügen. Diese persönliche Dienstleistungspflicht und das Fehlen wesentlicher eigener Betriebsmittel lassen sie – ähnlich wie Heimarbeiter – wegen ihrer Schutzbedürftigkeit in die Nähe von AN rücken, weshalb sie trotz des unterschiedlichen vertragsrechtlichen Status AK-zugehörig sein sollen.²⁴⁾ § 4 Abs 4 ASVG setzt weiters voraus, dass sie aufgrund dieser Tätigkeit **nicht bereits nach GSVG, BSVG oder FSVG sozialversichert** sind. Damit ist sichergestellt, dass ein Selbständiger, der wegen seiner erforderlichen Gewerbeberechtigung automatisch der Wirtschaftskammer angehört,²⁵⁾ nicht auch gleichzeitig mit derselben Tätigkeit AK-Mitglied ist, denn seine Mitgliedschaft zur Wirtschaftskammer begründet eine Pflichtversicherung nach GSVG,²⁶⁾ weshalb er allein deshalb kein dienstnehmerähnlicher freier Dienstnehmer sein kann und daher nicht § 10 Abs 1 Z 7 AKG unterfällt.

C. Ausnahmen von der AK-Mitgliedschaft

Nicht alle Personen, die AN iSd § 10 Abs 1 AKG sind, sind auch AK-Mitglieder. Manche von ihnen werden durch **§ 10 Abs 2 AKG** – sozusagen ein Negativkatalog – wieder ausgenommen.

1. Bedienstete von Gebietskörperschaften

a) Hoheitlicher Bereich

Von der Zugehörigkeit zur AK ausgenommen sind gem § 10 Abs 2 Z 1 lit a AKG AN einer Gebietskörperschaft, die dem Personalstand einer Dienststelle angehören, die in Vollziehung der Gesetze tätig sind und bei einer solchen Dienststelle verwendet – und nicht bloß beschäftigt – werden. Diese Bestimmung korrespondiert mit § 10 Abs 1 Z 2 AKG, weshalb Abs 2 Z 1 lit a leg cit ebenfalls nicht nur Vertragsbedienstete erfasst, sondern auch Beamte,²⁷⁾ denn sonst käme es zu einer nicht gewollten Aufspaltung innerhalb der Gruppe der Bediensteten von Gebietskörperschaften.

Als **Dienststelle** iS des AKG wird eine zur Ausführung bestimmter Aufgaben der Vollziehung gebildete organisatorische Einheit von Personen und Mitteln verstanden, die auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Betätigung ihre Entsprechung im „Betrieb“ findet.²⁸⁾

Von der Rsp wird als maßgebliches Kriterium in Bezug auf eine Dienststelle, deren Mitarbeiter der AK zugehörig sind, die örtliche Trennung von anderen – un- zweifelhaft in Vollziehung der Gesetze tätigen – Dienststellen hervorgehoben. Weitere Kriterien sind das Auftreten unter einer eigenen Amtsbezeichnung, die Führung eines eigenen Dienstsiegels, der Ausweis des Personals im Stellenplan. Nicht alle Kriterien müssen dabei erfüllt sein, sondern entscheidend ist das Vorhandensein einer relativen Selbständigkeit der Aufgabenbesorgung in einer organisatorisch verfestigten Form. Ist diese Selbständigkeit nicht gegeben, weil die vorhin beschriebenen Kriterien nicht oder nur geringfügig vorhanden sind, ist von keiner selbständigen Dienststelle auszugehen.²⁹⁾

Den Gesetzesmaterialien³⁰⁾ ist zu entnehmen, dass als Dienststellen, die in Vollziehung der Gesetze – also in der **Hoheitsverwaltung** – tätig sind, nur solche zu verstehen sind, denen Befehlsgewalt zukommt; als Beispiele werden Verwaltungsbehörden, Gerichte und die heute nicht mehr so bezeichnete Bundesgendarmerie angeführt. In Vollziehung der Gesetze tätig ist eine Dienststelle, wenn die überwiegende Tätigkeit der Dienststelle auf dieses hoheitliche Handeln ausgerichtet ist; ist die Dienststelle hingegen nur geringfügig im Bereich der Hoheitsverwaltung tätig, greift die Ausnahme des § 10 Abs 2 Z 1 lit a AKG nicht.³¹⁾ Im Zweifel ist von einer nichthoheitlichen Tätigkeit auszugehen und eine AK-Zugehörigkeit zu bejahen.³²⁾ Beispiele für Dienststellen, die in Vollziehung der Gesetze tätig sind, sind die Ämter der Landesregierungen, Magistrate und Gemeindeämter. Als Beispiele für die Dienststellen, die nicht in Vollziehung der Gesetze tätig sind, werden in der Rsp die Wildbach- und Lawenverbauung³³⁾, Landeswasserbauämter³⁴⁾, Straßenverwaltungen³⁵⁾ und Bundesgebäudeverwaltungen³⁶⁾ angeführt.

Ob der betreffende AN selbst hoheitlich tätig ist, ist nicht von Bedeutung, sondern nur, dass er in dieser Dienststelle verwendet wird. So ist bspw eine Reinigungsfachkraft einer Dienststelle der Hoheitsverwaltung nicht AK-zugehörig, auch wenn sie selbst nicht hoheitlich tätig wird.

b) Weitere Bereiche

§ 10 Abs 2 Z 1 lit b AKG schließt AN von Gebietskörperschaften, die in weiteren Bereichen tätig sind,

21) § 2 Z 1 HeimAG.

22) ErläutlA 229/A BlgNR 18. GP 21; AB 252 BlgNR 18. GP 8.

23) Z 1 BGBl I 2007/97. Krit bezüglich der früheren Nichteinbeziehung freier Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG *Dirschmied*, DRdA 1997, 85 (94f).

24) Vgl AB 360 BlgNR 23. GP 1.

25) § 2 WKG.

26) § 2 Abs 1 Z 1 GSVG.

27) Nachdrücklich *Mayer-Maly* in FS Schwarz 283.

28) VfGH 19. 2. 1993, 92/09/0106 VwSlg 13.781/A.

29) VfGH 28. 6. 2002, B 305/00 VfSlg 16.584.

30) AB 260 BlgNR 7. GP 2.

31) Vgl VfGH 29. 9. 1993, B 415/92 VfSlg 13.544 = JBI 1994, 469.

32) ZB VfGH 17. 6. 1957, B 185/56 VfSlg 3183; *Mayer-Maly* in FS Schwarz 284, 287 mwN.

33) VfGH 28. 1. 1960, 1974/57 VwSlg 5187/A.

34) VfGH 11. 12. 1997, B 73/96 VfSlg 15.055 = RdW 1998, 627.

35) VfGH 29. 9. 1993, B 415/92 VfSlg 13.544 = JBI 1994, 469.

36) VfGH 24. 6. 1997, 95/08/0108.

ebenso von der Mitgliedschaft der AK aus. Abschließend genannt werden dabei **Unterrichts- und Erziehungsanstalten, Archive, Bibliotheken, Museen und wissenschaftliche Anstalten**. Anders als bei der Ausnahmebestimmung der lit a leg cit ist es hier ohne Bedeutung, ob der erwähnte Bereich hoheitlich tätig ist oder nicht. So kann zwar eine Bibliothek auch zugleich eine Dienststelle sein, allein ausschlaggebend ist aber, dass der AN der Gebietskörperschaft in einer Bibliothek beschäftigt ist. Ist hingegen der AN, der in einer – auch öffentlich geführten – Bibliothek arbeitet, kein AN einer Gebietskörperschaft, fällt er wegen § 10 Abs 2 Z 1 lit b AKG nicht aus dem Kreis der AK-Mitglieder. So sind bspw Gemeindebedienstete, die in einer Gemeindebibliothek beschäftigt sind, keine AK-Mitglieder, während Angestellte einer Universität, die in der Universitätsbibliothek ihre Arbeitsleistung erbringen, AK-zugehörig sind.

2. Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder, leitende Angestellte

§ 10 Abs 2 Z 2 AKG nimmt von der Zugehörigkeit zur AK **Geschäftsführer** und **Vorstandsmitglieder** aus, wenn das Unternehmen in der Rechtsform einer **Kapitalgesellschaft** betrieben wird. In Bezug auf Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften ist dies nur eine Klarstellung, weil sie nach hM niemals als AN zu qualifizieren sind, denn ihnen kommt gem § 70 AktG völlige Weisungsfreiheit zu. Geschäftsführer von GmbH hingegen können AN-Eigenschaft aufweisen, insb sog Fremdgeschäftsführer, die nicht gleichzeitig auch Gesellschafter sind.³⁷⁾ Von dieser Ausnahme ist nur der unternehmensrechtliche Geschäftsführer erfasst, der die GmbH nach außen vertritt und daher dem AG gleich ist, nicht jedoch der gewerberechtliche Geschäftsführer, der bloß für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften zuständig ist.³⁸⁾

Bei **leitenden Angestellten**, denen dauernd maßgebender Einfluss auf die Unternehmensführung zusteht, ist **zu differenzieren**: Ist der leitende Angestellte in einer **Kapitalgesellschaft** beschäftigt, ist er AK-zugehörig; ist er hingegen leitender Angestellter eines Unternehmens in einer **anderen Rechtsform** – zB Personengesellschaft, Genossenschaft, Verein oder bei einem Einzelunternehmer –, ist er aus dem Kreis der AK-Mitglieder ausgeschlossen. Hinsichtlich dieser Unterscheidung hat der VfGH keinerlei Bedenken.³⁹⁾ Auch Gesellschafter einer OG oder KG sind nicht AK-zugehörig, wenn ihnen dauernd maßgebender Einfluss auf die Unternehmensführung zusteht. Ein solcher Einfluss besteht, wenn der AN Entscheidungen treffen kann, die auf den Gang des Unternehmens maßgeblich einwirken. Nach der Rsp ist es dafür notwendig, dass er regelmäßig unter eigener Verantwortung bedeutsame und echte unternehmerische Leitungsaufgaben auf bestimmten Gebieten, wie die organisatorische, personelle, kaufmännische, wirtschaftliche, technische oder wissenschaftliche Führung des Unternehmens, mit einem erheblichen eigenen Entscheidungsspielraum wahrnimmt,⁴⁰⁾ und sei es nur in einem Teilbereich der Unternehmenstätigkeiten.⁴¹⁾ Diesen erheblichen eigenen Entscheidungsspielraum

wird man grundsätzlich nur anhand des Einzelfalls unter Heranziehung des anzuwendenden Arbeitsvertrags und der tatsächlichen Möglichkeit zur Einflussnahme beurteilen können. So ist ein AN, dem Prokura eingeräumt wurde, nicht von der Zugehörigkeit zur AK ausgenommen, wenn ihm diese nur aus Zweckmäßigkeitsgründen ohne Leitungsfunktion eingeräumt wurde.⁴²⁾ Nicht notwendig ist es aber, dass sich ein leitender Angestellter iSd § 10 Abs 2 Z 2 AKG in der ersten Führungsebene des Unternehmens befindet.⁴³⁾ Die Leitungsebene, der ein Angestellter innerhalb eines Unternehmens zugeordnet ist, ist lediglich ein wichtiges Indiz. Die Definition des leitenden Angestellten iSd des AKG ist im Übrigen enger als die Definition des leitenden Angestellten iSd § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG oder iSd § 1 Abs 2 Z 8 AZG.⁴⁴⁾

3. Ärzte und Berufsanwärter bestimmter freier Berufe

Von der Mitgliedschaft der AK sind gem § 10 Abs 2 Z 3 AKG Ärzte, Rechts- und Patentanwaltswärter, Notariatskandidaten und Berufsanwärter der Wirtschaftstreuhänder ausgenommen.

Unselbständig tätige **Ärzte** sind zwar AN, doch jedenfalls nicht AK-zugehörig; sie sind in aller Regel Mitglied der Ärztekammer und gehören dort der Kurie der angestellten Ärzte an.⁴⁵⁾ Voraussetzung für Z 3 leg cit ist aber, dass der AN eine ärztliche Tätigkeit auch tatsächlich ausübt;⁴⁶⁾ ein erfolgreich abgeschlossenes Studium der Humanmedizin allein ist noch nicht ausreichend, um von der Ausnahme des § 10 Abs 2 Z 3 AKG erfasst zu werden. So ist bspw ein Mediziner, der ausschließlich in der Forschungsabteilung eines Pharmaunternehmens arbeitet, Mitglied der AK und nicht der Ärztekammer.

Weiters sind von der Mitgliedschaft der AK **Rechts- und Patentanwaltswärter, Notariatskandidaten und Berufsanwärter der Wirtschaftstreuhänder** ausgenommen, obwohl sie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgebildet werden. Während Rechtsanwaltsanwärter Mitglied der Rechtsanwaltskammer,⁴⁷⁾ Notariatskandidaten Mitglied eines Notariatskollegiums⁴⁸⁾ – aus der eine Notariatskammer zu wählen ist⁴⁹⁾ – und Berufsanwärter der Wirtschaftstreuhänder (außerordentliche) Mitglieder der Kammer der Wirtschaftstreuhänder sind,⁵⁰⁾ sind Patentanwaltsanwärter nicht Mit-

37) Vgl dazu *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 18 f.

38) Vgl § 39 GewO 1994.

39) VfGH 6. 3. 2009, B 616/08 VfSlg 18.731 = ÖZW 2009, 117 (*Korinek*) = JBI 2009, 691.

40) VwGH 23. 2. 2000, 94/08/0212 RdW 2001/94, 89.

41) VwGH 24. 10. 2000, 2000/11/0147 DRdA 2001, 62.

42) VwGH 24. 3. 1988, 87/09/0298 VfSlg 12.687/A.

43) VwGH 24. 10. 2000, 2000/11/0147 DRdA 2001, 62.

44) Vgl zB *F. G. Burger*, Aktuelles zum leitenden Angestellten nach ArbVG, in *Wachter/Reissner* (Hrsg), Innsbrucker Jahrbuch zum Arbeitsrecht und Sozialrecht 2015 (2016) 71.

45) § 68 iVm § 71 Abs 2 ÄrzteG.

46) BMSV 2. 4. 1958, III/140.058–10/57, zitiert nach *Mayer-Maly* in FS Schwarz 291.

47) § 22 Abs 1 RAO.

48) § 124 Abs 1 NO.

49) § 128 Abs 1 NO.

50) § 170 Abs 3 WTBG 2017.

glieder der Patentanwaltskammer⁵¹⁾ und daher beruflich gänzlich unvertreten.

Auffallend an § 10 Abs 2 Z 3 AKG ist, dass – mit Ausnahme der Ärzte⁵²⁾ – **nur Berufsanwärter** nicht AK-Mitglieder sind. Es kommt aber durchaus vor, dass **fertig ausgebildete Rechtsanwälte oder Steuerberater**⁵³⁾ in Kanzleien als AN angestellt sind. Diese sind dann nicht nur ihren Berufskammern zugehörig, sondern **gleichzeitig auch der AK**.

4. Pharmazeutische Fachkräfte

Gem § 10 Abs 2 Z 4 AKG gehören in öffentlichen oder Anstaltsapotheken angestellte pharmazeutische Fachkräfte, das sind **Apotheker** in einem Arbeitsverhältnis, nicht der AK an; ihre gesetzliche Interessenvertretung, der sie angehören, ist die Pharmazeutische Gehaltskasse für Österreich.⁵⁴⁾ Das pharmazeutische Hilfspersonal (Apothekenhelfer) und die pharmazeutisch kaufmännischen Assistenten sind hingegen als AN Mitglieder der AK.

5. Seelsorger und Ordensangehörige

Schon gem § 10 Abs 1 Satz 1 AKG sind Seelsorger von Kirchen und Religionsgesellschaften – zB Priester, Rabbiner, Imame – sowie Ordensangehörige keine Mitglieder der AK, wenn sie ihre Tätigkeit nicht als AN ausüben. Doch ist nicht ausgeschlossen, dass diese im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, etwa als Religionslehrer oder Ordenskrankenschwestern, beschäftigt werden.

§ 10 Abs 2 Z 5 AKG entbindet einerseits **alle Seelsorger** von ihrer AK-Mitgliedschaft, sollten sie arbeitsvertragsrechtlich als AN einzuordnen sein, selbst wenn sie einer gesetzlichen Krankenversicherung unterliegen.⁵⁵⁾

Andererseits nimmt Z 5 leg cit auch **alle Ordensangehörigen** von einer AK-Zugehörigkeit aus, wenn ihr Arbeitsverhältnis **keine gesetzliche Krankenversicherungspflicht** begründet, etwa weil sie nur geringfügig beschäftigt sind⁵⁶⁾ oder sonst in keinem anderen Dienstverhältnis stehen.⁵⁷⁾ Fehlt deren Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung, fehlt auch die AK-Zugehörigkeit. Davon besteht noch eine Ausnahme: Geistliche Amtsträger speziell der **Evangelischen Kirchen AB und HB** sind gem § 4 Abs 1 Z 13 ASVG auch dann vollversichert, dh auch krankenversichert, wenn sie keine Dienstnehmer sind. Gem § 10 Abs 2 Z 5 AKG sind diese ebenfalls keine AK-Mitglieder.

D. Land- und Forstwirtschaft

Eine äußerst komplizierte Gemengelage von gleich vier Bestimmungen findet sich in Bezug auf die (Nicht-) Mitgliedschaft von AN im Bereich der Land- und Forstwirtschaft. Dies ist unmittelbare Folge der entwickelten verfassungsrechtlichen **Verteilung der Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz im Berufsvertretungsrecht der land- und forstwirtschaftlichen AN**, die grundsätzlich darauf abstellt, dass AN der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe von der Landarbeiterkammer vertreten werden, nicht von der AK.

Landarbeiterkammern werden durch Landesgesetz errichtet.

In gebotener Kürze sind folgende AN auf dem Gebiet der Land- und Forstwirtschaft nicht AK-Mitglieder:

→ **§ 10 Abs 2 Z 6 AKG:** Pauschal sind **alle land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter und Angestellte nicht AK-zugehörig**. Dabei wird nicht auf die konkrete Tätigkeit des AN abgestellt, sondern maßgeblich ist allein die Zugehörigkeit zu einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft, weshalb nicht nur an Feldarbeiter oder Erntehelfer zu denken ist, sondern etwa auch an Verwaltungsangestellte auf großen Bauernhöfen oder in Forstbetrieben. Betriebe der Land- und Forstwirtschaft sind Betriebe der land- und forstwirtschaftlichen Produktion – pflanzliche wie tierische Erzeugnisse –, einschließlich zB Baumschulen, Gartenbau, Jagd- und Fischereibetriebe und der Erhaltung der Kulturlandschaft dienender Landschaftspflege. Bestimmte land- und forstwirtschaftliche AN speziell im Burgenland und in Wien, wo keine Landarbeiterkammern bestehen, bleiben jedoch AK-zugehörig.⁵⁸⁾

→ **§ 10 Abs 2 Z 1 lit c AKG:** Weiters sind jedenfalls alle AN von Gebietskörperschaften, die in einem **land- und forstwirtschaftlichen Betrieb von Gebietskörperschaften** beschäftigt sind, **nicht AK-zugehörig**. So sind zB Bedienstete der ehemaligen Bundesgartenverwaltung Schönbrunn ebenso keine AK-Mitglieder⁵⁹⁾ wie Gemeindebedienstete in einer abgesondert organisierten städtischen Gärtnerei. Diese Ausnahmebestimmung ist mit jener der Z 6 leg cit weitgehend deckungsgleich, schließt aber Beamte mit ein.

→ **§ 10 Abs 2 Z 7 AKG:** Dieser **Ausschluss der AK-Mitgliedschaft** bezieht sich aus interessenspolitischen Gründen⁶⁰⁾ allein auf AN der gesetzlich errichteten **Landwirtschaftskammern und Landarbeiterkammern**⁶¹⁾ sowie der **freiwillig errichteten kollektivvertragsfähigen Interessenvertretungen**.⁶²⁾ Diese AN sind Mitglieder der Landarbeiterkammer. Nur jene AN dieser Interessenvertretungen, die nicht direkt bei der Kammer oder der Berufsvereinigung, sondern in einem ihrer **Betriebe**, einer ihrer **Anstalten** oder einem ihrer **Fonds** beschäftigt sind, werden von dieser Ausnahmebestimmung der Z 7

51) § 1 Abs 2 PatentanwaltsG.

52) Dies klarstellend ErläutIA 229/A BlgNR 18. GP 23; AB 252 BlgNR 18. GP 9.

53) Vgl *Reiner*, Warum müssen Wirtschaftstreuhänder eigentlich auch Mitglieder der Arbeiterkammer sein? WVT 2014, 148.

54) § 6 GehKG.

55) Vgl *Dirschmied*, AK-Zugehörigkeit der Priester anerkannter Kirchen und Religionsgemeinschaften? DRdA 2002, 261 (262).

56) § 5 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 ASVG.

57) Vgl die Ausnahme von der Vollversicherung für Priester und Ordensangehörige in § 5 Abs 1 Z 7 ASVG.

58) § 10 Abs 2 Z 6 iVm § 101 Abs 2 AKG iVm § 1 Abs 2 lit b und c AKG 1945.

59) VwGH 26. 10. 1956, 2712/54 VwSlg 4181/A.

60) ErläutIA 229/A BlgNR 18. GP 24; AB 252 BlgNR 18. GP 9.

61) § 5 Abs 2 lit g AKG 1954, der inhaltlich unverändert in § 10 Abs 2 Z 7 AKG übernommen wurde, erwähnte in einem Klammerausdruck noch diese beiden Kammern ausdrücklich.

62) ZB Arbeitgeberverband der Land- und Forstwirtschaft Niederösterreich, Burgenland und Wien.

leg cit nicht erfasst und bleiben gem § 10 Abs 1 AKG AK-zugehörig.

- **§ 10 Abs 1 Z 5 AKG:** Diese Bestimmung nimmt Bezug auf die spezielle Kompetenzverteilungsregel des § 1 Abs 1 BVG vom 2. 6. 1948⁶³⁾ und geht den oben genannten Ausnahmebestimmungen vor. Danach sind jene AN **jedenfalls AK-zugehörig**, wenn sie
- in einer **Säge, Harzverarbeitungsstätte, Mühle oder Molkerei**
 - mit **mehr als fünf AN** beschäftigt sind,
 - die von einer land- und forstwirtschaftlichen **Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft** betrieben wird.

Jene AN hingegen, auf die Z 5 leg cit nicht anwendbar ist, weil im Betrieb **weniger als sechs AN** beschäftigt sind, sind **jedenfalls keine AK-Mitglieder**, sondern Mitglieder der jeweiligen Landarbeiterkammer.⁶⁴⁾

tung des § 10 AKG unschärfer. Zum einen kennt § 10 Abs 1 AKG einen umfassenderen AN-Begriff als etwa § 1151 ABGB, sodass insb Arbeitslose oder dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer AK-Mitglieder sind. Zum anderen werden AN iS des Arbeitsvertragsrechts wieder von der AK-Mitgliedschaft ausgeschlossen, insb AN in Führungspositionen, Ärzte und Berufsanwärter bestimmter freier Berufe. Dabei ist es möglich, dass manche AN durch zwei Kammern vertreten werden – zB angestellte Rechtsanwälte – und manche AN beruflich gänzlich unvertreten bleiben (zB Patentanwaltsanwärter).

Der Bereich der Land- und Forstwirtschaft ist zwar weitgehend ausgenommen, weil dort zur beruflichen Interessenvertretung meist eigene Landarbeiterkammern gesetzlich errichtet sind, doch eine exakte Abgrenzung ist nicht einfach und zwingt zur genauen Auseinandersetzung mit § 10 AKG.

63) BGBl 1948/139.

64) Vgl *Mayer-Maly* in FS Schwarz 280; vgl auch die korrespondierende Norm zB des § 32 Abs 1 lit j Tir Landwirtschaftskammer- und LandarbeiterkammerG.

E. Schluss

AN sind Mitglieder der AK. Was auf den ersten Blick klar und eindeutig klingt, wird bei genauerer Betrachtung

→ Kontrollfrage

Wer ist Mitglied der AK? Wer nicht?

→ Lerntipp

Lesen Sie § 10 AKG parallel zu diesem Beitrag!

→ Zu den Autoren

Dr. *Robert Müller* ist Referent der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol; Dr. *Florian G. Burger* ist Assistenzprofessor am Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik der Universität Innsbruck.



Alles zum Arbeitsrecht!

6. Auflage 2017. XXXII, 436 Seiten.
Br. EUR 49,80
ISBN 978-3-214-07571-2

Mit Hörerschein für Studierende
EUR 39,80

Jabornegg · Resch · Födermayr

Arbeitsrecht 6. Auflage

Knapp gehalten und leicht verständlich aufbereitet ist die Darstellung des österreichischen **Individualarbeitsrechts** und des **kollektiven Arbeitsrechts** der Arbeitsrechtsexperten Jabornegg/Resch/Födermayr. Sowohl Studierende als auch Praktiker finden hier eine **systematische Aufarbeitung** des Arbeitsrechts, die sich auf die wesentlichen weiterführenden Hinweise in Judikatur und Lehre konzentriert.

Die 6. Auflage wurde hinsichtlich Gesetzgebung und Rechtsprechung auf den **neuesten Stand** gebracht.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

MANZ