

Aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen 2017

Auszug aus jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des OGH und des EuGH

Unterlage zum Vortrag
im Rahmen des Hintergrundgesprächs
der Arbeiterkammer Steiermark,
8. 11. 2017, Flughafen Graz

Referent:

Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner*
Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und
Rechtsinformatik der
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

Inhaltsverzeichnis

1. Vertragsgestaltung	3
1.1 Konkurrenzklausele und Konventionalstrafe	3
1.2 Tragung der Kosten von (betrieblichen) Ressourcen	4
2. Entgeltspflicht des AG	4
2.1 Entgeltbegriff	4
2.1.1 Naturalentgelt	5
2.1.2 Sonderzahlungen	6
2.2 Festlegung des Entgelts	7
2.3 Entgeltfortzahlung wegen sonstiger wichtiger in der Person des AN liegender Gründe	7
3. Fürsorgepflicht des AG	9
3.1 Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen	9
3.1.1 Feiertagsordnung	9
3.1.2 Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz	10
4. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	11
4.1 Austritt von Seiten des AN	11
4.2 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz	12
4.3 Individueller Bestandschutz	14
5. Betriebliche Mitbestimmung	16
5.1 Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern	16
5.2 BV	16

1. Vertragsgestaltung

1.1 Konkurrenzklausele und Konventionalstrafe

§ 36 AngG (bzw § 2c AVRAG) umschreibt die Konkurrenzklausele als „Vereinbarung, durch die der AN nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird“. Erstes Begriffsmerkmal ist das Vorliegen einer „**Vereinbarung**“, diese muss zweitens den AN – und nicht den AG oder einen Dritten – zu bestimmten Verhaltensweisen **verpflichten**. Was die zeitlichen Dimensionen betrifft, muss eine einschlägige Vereinbarung, damit sie eine Konkurrenzklausele sein kann, zum einen **während des Arbeitsverhältnisses oder in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu diesem abgeschlossen** sein, zum anderen müssen sich die den AN treffenden **Beschränkungen** auf einen **Zeitraum nach der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses** beziehen.

§ 37 Abs 3 AngG befasst sich mit den Konsequenzen eines Verstoßes gegen die Konkurrenzklausele: Ist demnach eine **Konventionalstrafe vereinbart**, so kann der AG **nur diese**, und zwar **nach Maßgabe des richterlichen Mäßigungsrechts**, verlangen; der Erfüllungsanspruch und ein weitergehender Schaden sind ausgeschlossen. Wurde **keine Konventionalstrafe** ausbedungen, so ist die **Klage auf Erfüllung**, dh auf Unterlassung der verbotenen beruflichen Betätigung, **möglich**.

Zu beachten ist, dass bei „**neuen Konkurrenzklausele**“ (abgeschlossen ab dem 29. 12. 2015) eine **Konventionalstrafe** nur dann wirksam ist, wenn sie das **Sechsfache des für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührenden Nettomonatsentgelts** nicht übersteigt. Allfällige Sonderzahlungen sind bei der Berechnung dieses Nettoentgelts außer Acht zu lassen.

E 1) OGH 26. 1. 2017 9 ObA 148/16d – Beginn der Geltendmachungsfrist
DRdA-infas 2017/90, 149

Sachverhalt: Im Dienstvertrag des bekl (ehemaligen) AN war eine Konkurrenzklausele für die Dauer von zwölf Monaten sowie eine Konventionalstrafe für den Fall des Verstoßes vorgesehen; außerdem enthielt der Vertrag eine Verfallsklausele von drei Monaten ab Fälligkeit (Erfordernis der schriftlichen Geltendmachung) für alle wechselseitigen Ansprüche. Der Bekl kündigte sein Dienstverhältnis zur kl (ehemaligen) AG zum Termin Ende Juni 2012. Seit Oktober 2012 ist er bei einem anderen Unternehmen im Geschäftszweig der Kl als

Entfeuchtungsmonteur tätig. Die Kl forderte vom Bekl am 7. 6. 2013 erstmals schriftlich die Zahlung einer Konventionalstrafe und klagte in weiterer Folge einen Betrag in Höhe des dreifachen letzten Monatsbezugs ein; der Bekl war der Ansicht, dass der Anspruch auf Zahlung der Konventionalstrafe verfallen sei, weil er bereits im Oktober 2012 fällig gewesen wäre.

Leitsatz: Laut nicht zu beanstandender Ansicht des Berufungsgerichts kann ein Verfall der Konventionalstrafe nicht eintreten, solange der AN während des aufrechten Verbots aus der Konkurrenzklausele bei einem Konkurrenzunternehmen beschäftigt ist. Eine Verfallsklausel hat den Zweck, einen möglichen Beweisnotstand bei späterer Geltendmachung von Ansprüchen zu verhindern. Hier hat die Kl die Konventionalstrafe noch innerhalb des einjährigen Konkurrenzklauseleverhältnisses erstmals schriftlich geltend gemacht, weshalb ein Verfall dieses Anspruchs – unabhängig von der Frage, ob die Verfallsklausel für solche Ansprüche überhaupt gilt – nicht in Betracht kommt.

1.2 Tragung der Kosten von (betrieblichen) Ressourcen

E 2) OGH 28. 3. 2017 8 ObA 20/17z – Luxus-Dienstfahrzeug
ARD 6549/10/2017 = DRdA-InfAs 2017/90, 149

Vereinbart der AG mit dem AN auf dessen Wunsch hin die Anschaffung eines Luxusfahrzeuges anstatt eines Referenzfahrzeuges als Dienstfahrzeug im Rahmen eines Leasingvertrags, so kann die in der Vereinbarung vorgesehene Überwälzung der Mehrkosten auf den AN auch für die Zeit nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses – in Form der sofortigen Zahlung des noch ausstehenden Eigenanteils an den AG bzw. Einstieg in den Leasingvertrag durch den AN – zulässig sein.

Wenn der AG nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Fahrzeug jedoch selbst weiterverwendet, ist die Verpflichtung des AN zur Zahlung des Eigenanteils für die restliche Laufzeit des Leasingvertrags sittenwidrig, zumal der Nutzen aus dem Fahrzeug nunmehr ausschließlich dem AG zukommt.

2. Entgeltspflicht des AG

2.1 Entgeltbegriff

Der Begriff des **Entgelts** ist weit auszulegen und umfasst jede Art der Leistung, die der AN für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft erhält. Der Entgeltbegriff erfasst neben Entgelten in Bargeld auch Naturalentgelte.

2.1.1 Naturalentgelt

E 3) OGH 29. 11. 2016 9 ObA 25/16s – Ersatz für Dienstwagenentzug
DRdA-InfAS 2017/48, 75 (*Tinhof*)

Sachverhalt: Der Kl. wurde entlassen, die Entlassung wurde aber nach längerem Verfahren für unwirksam erklärt. Vor der Entlassung stand ihm ein Dienstwagen zur Verfügung, den er auch privat nutzen durfte. Nach der Entlassung nützte er zunächst ein ihm von einem Freund geliehenes Fahrzeug, dann kaufte er sich ein eigenes.

Der Kl. begehrt EUR 75.415,72 als Ersatz für den Entzug des Dienstwagens, den er uneingeschränkt und überwiegend privat auf Kosten der Bekl. haben nutzen dürfen. Das von ihm beehrte Entgelt errechnete er für die erste Zeit auf der Basis seiner Kilometerleistung und dem amtlichen Kilometergeld, für die weitere Zeit sei maßgebend, welchen Betrag er für die Anschaffung und Nutzung eines vergleichbaren Wagens am freien Markt aufwenden müsse (fiktiver Mietaufwand).

Die Bekl. erachtete den amtlichen Sachbezugswert als maßgebend; diesen habe sie dem Kl. bereits gezahlt. Für das geliehene Fahrzeug seien ihm überhaupt keine Kosten angefallen. Außerdem wendete die Bekl. Verjährung ein.

Leitsätze: Die Zurverfügungstellung eines Dienstwagens zu privaten Zwecken stellt ein Naturalentgelt dar.

Können Naturalleistungen während des Arbeitsverhältnisses nicht in Anspruch genommen werden, sind sie mit Geld abzulösen. Ein Geldersatz als Entgeltdifferenz steht auch dann zu, wenn der AN an der Inanspruchnahme gehindert wird, da der Naturalbezug seinen kontinuierlichen Zweck im bisherigen Sinn nicht mehr erfüllen kann.

Die Höhe des Geldersatzes richtet sich nach dem Vorteil, der dem AN durch den Naturalbezug entstanden ist, also danach, was er sich durch die Naturalleistung erspart hat. Zweck der Abgeltung von Naturalbezügen ist es, ein entsprechendes Äquivalent zu ermitteln.

Das amtliche Kilometergeld stellt eine angemessene Berechnungshilfe für den Geldersatz der entzogenen Privatnutzungsmöglichkeit eines Fahrzeugs dar, entspricht es doch am ehesten den Kosten, die dem AN bei Nutzung eines eigenen Wagens statt eines Dienstwagens entstehen. Lässt sich durch Auslegung einer konkret getroffenen Vereinbarung nicht ableiten, in welchem Umfang der AN Anspruch auf Naturalleistung (hier: Privatnutzung des Pkws) hatte, wird sich die Bewertung nach der betrieblichen Übung bzw. nach der zwischen den Parteien einvernehmlich gelebten Übung zu orientieren haben. Diese kann aber nicht aus der Fahrleistung nach der Entziehung des Dienstwagens, sondern nur aus der durchschnittlichen Privatnutzung vor diesem Zeitpunkt abgeleitet werden. Zur Errechnung des Geldwerts unregelmäßiger Naturalbezüge kann von einem Monatsdurchschnitt des letzten Jahres ausgegangen werden.

Mit der Wirksamkeit der Entlassung wird das Arbeitsverhältnis beendet. Wird einer Anfechtungsklage nach § 106 ArbVG rechtskräftig stattgegeben, wird die

Entlassung für rechtsunwirksam erklärt und ex tunc „vernichtet“. Das Arbeitsverhältnis lebt rückwirkend wieder auf. Den Entgeltausfall für den Zeitraum während des Anfechtungsverfahrens hat der AG dem AN gem § 1155 ABGB zu ersetzen. Die nachzuzahlenden Entgeltansprüche werden mit der Rechtskraft des stattgebenden Anfechtungsurteils fällig. Der vom Kl geltend gemachte Entgeltanspruch war daher bei Klageerhebung nicht verjährt.

2.1.2 Sonderzahlungen

Unter Sonderzahlungen (Remunerationen) versteht man Entgeltleistungen, die aus besonderem Anlass geleistet werden. Neben Jubiläumszuwendungen für langdauernde Betriebszugehörigkeit sind vor allem Weihnachts- (häufig 13. Monatsgehalt genannt), Urlaubs- (14. Monatsgehalt) und Bilanzzuschüsse (15. Monatsgehalt) geläufig.

Ob ein Anspruch auf Sonderzahlungen besteht, unter welchen Voraussetzungen bzw in welchem Umfang er gewährt wird und wann er fällig ist, bleibt grundsätzlich der jeweiligen Rechtsgrundlage (idR KollV, zum Teil auch Arbeitsvertrag bzw bei Jubiläumsgeldern BV), allenfalls dem Ortsgebrauch überlassen.

Es gibt aber auch **zwingende Schranken der Gestaltungsfreiheit** bei der Statuierung von Sonderzahlungsansprüchen:

- Bei Eintritt und Ausscheiden während des laufenden Jahres ist für Angestellte gem § **16 Abs 1 AngG** eine **aliquote Gewährung der Sonderzahlungen zwingend** vorgesehen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Fälligkeit der Sonderzahlung gelöst wird. Diese Vorschrift legt keinen Anspruch auf eine periodische Remuneration fest, sondern setzt einen solchen voraus. Für Arbeiter gibt es keine derartige Regelung.
- Eine allgemeine Schranke stellen die diversen **Diskriminierungsverbote** wie etwa jene des GIBG oder auch § 2b AVRAG dar:

E 4) OGH 29. 9. 2016 9 ObA 122/16k – Bademeister
ARD 6526/6/2016

Räumt ein AG allen seinen (keinem KollV unterliegenden) AN – egal ob befristet oder unbefristet beschäftigt – einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Sonderzahlungen erst nach einer Beschäftigungsdauer von sechs Monaten ein, stellt es keine unzulässige Benachteiligung eines Saisonarbeiters (hier: Bademeister) nach § 2b AVRAG dar, wenn

er wegen der Befristung seines Arbeitsverhältnisses auf fünf Monate und 24 Tage keine Sonderzahlungen erhält. Da auch unbefristet beschäftigten AN nach dem Arbeitsvertrag kein Sonderzahlungsanspruch zusteht, wenn deren Arbeitsverhältnis vor Erreichen der Sechsmonatsgrenze endet, liegt keine Ungleichbehandlung vor.

2.2 Festlegung des Entgelts

Für die Festlegung der Höhe des Entgelts ist primär der **Arbeitsvertrag** entscheidend. Dieser kann **ausdrücklich** ein Entgelt festlegen, eine Entgeltvereinbarung ist aber auch gem § 863 ABGB **konkludent** dadurch möglich, dass beispielsweise der AG regelmäßig einen Betrag bezahlt und der AN diesen widerspruchlos entgegennimmt (individuelle oder auch betriebliche Übung).

E 5) OGH 28. 6. 2017 9 ObA 34/17s – Bezahlte Pause
ARD 6526/6/2016

Hat ein AG jahrelang vorbehaltlos geduldet, dass die AN in der bezahlten Arbeitszeit ihre Pause konsumieren, so ist eine Betriebsübung entstanden, die jedenfalls konkludent Eingang in die Individualverträge gefunden hat. Es besteht daher ein Anspruch der AN auf Gewährung einer halbstündigen bezahlten Pause in der Arbeitszeit.

2.3 Entgeltfortzahlung wegen sonstiger wichtiger in der Person des AN liegender Gründe

Gem § 8 Abs 3 AngG behält der Angestellte den Anspruch auf Entgelt auch dann, wenn er durch **andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden** während einer **verhältnismäßig kurzen** Zeit an der Arbeitsleistung verhindert ist. Dieser zwingenden Bestimmung entspricht für jene AN, die nicht dem AngG unterliegen (insb Arbeiter), der § 1154 b Abs 5 ABGB. Im Gegensatz zum AngG (§ 40 AngG) kann der Standard der letzteren Rechtsgrundlage für sonstige AN durch Regelung im KollV aus der Sicht des AN verschlechtert werden (§ 1154 b Abs 6 ABGB; ausgenommen ist der Katastrophenfall).

Diese Schlechterstellung von Arbeitern im Verhältnis zu Angestellten wird ab 1. 7. 2018 nicht mehr möglich sein.

Als **sonstige wichtige Gründe** angesehen werden

- „**familiäre Pflichten**“ (Hochzeiten, Todesfälle udgl),
- „**öffentliche Pflichten rechtlicher oder moralischer Natur**“ (zB Behördenladungen, Musterung, demokratische Pflichten, Hilfeleistung gegenüber Verletzten),
- „**Aufsuchen des Arztes** bzw Inanspruchnahme sonstiger Behandlungs-, Beratungs- und Dienstleistungseinrichtungen“,
- „**faktische, unmittelbar auf den AN einwirkende Umstände**“ (zB Naturereignisse wie außergewöhnlich ergiebige Schneefälle, Verkehrsstörungen, Maßnahmen oder Vorgänge mit freiheitsentziehender Wirkung.

Ein Grund ist nur dann wichtig, wenn nach Abwägung der Interessen des AN und des AG eine **entsprechend starke Interessenlage** des AN besteht, von der an sich geschuldeten Arbeitsleistung Abstand zu nehmen.

E 6) OGH 6. 1. 2017 9 ObA 121/16h – Wahlzeuge
DRdA-infas 2017/89, 147 = RdW 2017/251, 321

Nach § 23 BRWO ist jede Wählergruppe, deren Wahlvorschlag für die Betriebsratswahl zugelassen wurde, berechtigt, für jeden Wahlort höchstens zwei Wahlzeugen zu bezeichnen, denen das Recht zusteht, die Wahlhandlung zu beobachten. Als Wahlzeugen können außer wahlberechtigten AN auch Vorstandsmitglieder oder Angestellte einer zuständigen freiwilligen Berufsvereinigung oder gesetzlichen Interessenvertretung der AN namhaft gemacht werden.

Weder das ArbVG noch die BRWO enthalten eine Bestimmung über einen Freistellungs- bzw Entgeltfortzahlungsanspruch von Wahlzeugen für die Zeit der Ausübung ihrer Tätigkeit. Eine solche Regelung findet sich in § 55 Abs 1 ArbVG und § 13 Abs 4 BRWO nur für den Wahlvorstand, indem auf die sinngemäße Anwendung der §§ 115, 116 ArbVG verwiesen wird. Daraus lässt sich jedoch nicht der Umkehrschluss ziehen, dass damit für andere Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl eine Dienstfreistellung bzw Entgeltfortzahlung jedenfalls ausgeschlossen ist.

Die Tätigkeit als Wahlzeuge bei einer Betriebsratswahl dient den Interessen der AN des Unternehmens und damit letztlich auch den betrieblichen Interessen am gesetzmäßigen Ablauf einer Betriebsratswahl und ist so wie die Tätigkeit des Wahlzeugen bei allgemeinen Wahlen für das Funktionieren einer demokratischen (Betriebs-)Gemeinschaft von essentieller Bedeutung. Sie stellt damit für den einzelnen AN wenn auch keine Rechtspflicht, so doch eine wesentliche gesellschaftliche Verpflichtung dar, die es rechtfertigt, vom Vorliegen eines Dienstverhinderungsgrundes iSd § 8 Abs 3 AngG auszugehen.

3. Fürsorgepflicht des AG

3.1 Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen

3.1.1 Feiertagsordnung

Nach den §§ 7 Abs 1 bis 3, 9 ARG ist für Angehörige der evangelischen Kirchen AB und HB, der Altkatholischen Kirche und der Evangelisch-Methodistischen Kirche der **Karfreitag** ein Feiertag mit einer Ruhezeit von mindestens 24 Stunden. Bei dennoch erfolgter Beschäftigung an diesem Tag gebührt den Angehörigen dieser Kirchen zusätzlich ein Feiertagsentgelt.

Es stellt sich die Frage, ob diese Regelung gegenüber Angehörigen anderer Religionen oder nicht religiösen Personen eine **Diskriminierung auf Grund der Religion und der Weltanschauung** darstellt:

E 7) OGH 24. 3. 2017 9 ObA 75/16v – Karfreitagsregelung
wbl 2017/111, 346 = ASoK 2017, 236

Dem EuGH werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Steht das Unionsrecht, insb Art 21 GRC iVm Art 1 und 2 Abs 2 lit a RL 2000/78/EG, der Regelung des § 7 Abs 3 ARG entgegen?

2. Ist das Unionsrecht, insb Art 21 GRG iVm Art 2 Abs 5 RL 2000/78/EG, dahin auszulegen, dass die in der ersten Frage dargelegte nationale Regelung, die – gemessen an der Gesamtzahl der Bevölkerung und der Zugehörigkeit der Mehrzahl zur römisch-katholischen Kirche – nur einer verhältnismäßig kleinen Gruppe von Angehörigen bestimmter (anderer) Kirchen Rechte und Ansprüche einräumt, durch diese RL deshalb nicht berührt wird, weil es sich um eine Maßnahme handelt, die in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, insbesondere des Rechts auf Freiheit der Religionsausübung, notwendig ist?

3. Ist das Unionsrecht, insb Art 21 GRC iVm Art 7 Abs 1 RL 2000/78/EG, dahin auszulegen, dass die in der ersten Frage dargelegte nationale Regelung eine positive und spezifische Maßnahme zugunsten der Angehörigen der in der ersten Frage genannten Kirchen zur Gewährleistung deren völliger Gleichstellung im Berufsleben ist, um Benachteiligungen dieser Angehörigen wegen der Religion zu verhindern oder auszugleichen, wenn ihnen damit das gleiche Recht auf Religionsausübung während der Arbeitszeit an einem für diese Religion hohen Feiertag eingeräumt wird, wie es sonst für die Mehrheit der AN nach einer anderen nationalen Regelung dadurch besteht, dass an

den Feiertagen der Religion, zu der sich die Mehrheit der AN bekennt, generell arbeitsfrei ist?

Bei Bejahung einer Diskriminierung iSd Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/78/EG:

4. Ist das Unionsrecht, insb Art 21 GRC iVm Art 1 und 2 Abs 2 lit a und Art 7 Abs 1 RL 2000/78/EG, dahin auszulegen, dass der private AG, solange vom Gesetzgeber keine diskriminierungsfreie Rechtslage geschaffen wurde, allen AN, ungeachtet ihrer Religionsangehörigkeit, die in der ersten Frage dargelegten Rechte und Ansprüche in Bezug auf den Karfreitag zu gewähren hat oder hat die in der ersten Frage dargelegte nationale Regelung insgesamt unangewendet zu bleiben, sodass die in der ersten Frage dargelegten Rechte und Ansprüche am Karfreitag keinem AN zuzugestehen sind?

3.1.2 Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Die Fälle einer **sexuellen, geschlechtsbezogenen oder sonstigen Belästigung am Arbeitsplatz** werden in den §§ 6 f, 21 GIBG als Diskriminierungen ausgewiesen (vgl auch §§ 7d, 7i f BEinstG).

Der AN hat einen Anspruch auf **Unterlassung**, wenn der AG selbst der Belästiger ist (vgl §§ 6 Abs 1 Z 1, 7 Abs 1 Z 1, 21 Abs 1 Z 1 GIBG). Wird der AN im Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis von Dritten belästigt, so ist der AG verpflichtet, angemessen **Abhilfe** zu schaffen (vgl §§ 6 Abs 1 Z 2 und 3, 7 Abs 1 Z 2 und 3, 21 Abs 1 Z 2 und 3 GIBG). Das Verhalten des AG kann weiters einen **Austrittsgrund** verwirklichen.

Darüber hinaus hat der AN nach den §§ 12 Abs 11, 26 Abs 11 GIBG Anspruch auf **Ersatz des** erlittenen **Schadens** gegenüber dem Belästiger bzw, wenn dieser Übergriffe Dritter nicht unterbunden hat, auch gegenüber dem AG. Besteht der Nachteil nicht in einer Vermögenseinbuße, so gebührt dem AN zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung angemessener Schadenersatz im Ausmaß von mindestens EUR 1.000,-.

E 8) OGH 26. 5. 2017 9 ObA 38/17d – Sexuell (heftig) konnotierte Bemerkungen
ASoK 2017, 249 = DRdA-InfAS 2017/132, 221

Sachverhalt: Die Kl war beim bekl Verein angestellt. Das Dienstverhältnis endete durch Dienstnehmerkündigung. Der Obmann des Vereins, der mit der Kl per Du war, pflegte insb gegenüber weiblichen Angestellten einen lockeren, teils sehr freizügig-scherzhaften Umgangston, der von der Kl teilweise erwidert wurde. Er machte gegenüber der Kl immer wieder sexuell (heftig) konnotierte Bemerkungen, auf die die Kl auch einstieg und die sie teilweise erwiderte. Zum Teil verfasste sie auch von sich aus Nachrichten mit sexuellem Bezug an den Obmann, die nicht von diesem veranlasst waren.

Leitsätze: Die ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung oder Ablehnung eines sexuell belästigenden Verhaltens durch die betroffene Person ist keine Tatbestandsvoraussetzung der sexuellen Belästigung iSd § 6 Abs 2 Z 1 GIBG. Die Annahme einer allgemeinen Ablehnungspflicht der belästigten Person wird im einschlägigen Schrifttum zutreffend verneint. Dort angestellte abschwächende Überlegungen zu einer – wenn auch eingeschränkten – „Ablehnungsobliegenheit“ belästigter Personen sind im Ergebnis aber nicht zielführend, könnte doch Derartiges von potenziellen Belästigern nur allzu leicht als Rechtfertigung ihrer Aktivitäten missbraucht oder missverstanden werden.

Eine allenfalls erfolgte Ablehnung eines Verhaltens kann aber im Einzelfall ein Element des zu beurteilenden Sachverhalts sein, das ebenso wie eine allfällige Zustimmung zu einem Verhalten, je nach Vorbringen der Parteien, bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen zu bewerten ist.

Im konkreten Fall ist allerdings nach der Art der Kommunikation zwischen der Kl und dem Obmann des Vereins davon auszugehen, dass sein Verhalten eine für die Kl einschüchternde, feindselige oder demütigende Arbeitsumwelt nicht bezweckt und auch nicht geschaffen hat. Dass das Berufungsgericht den Tatbestand des § 6 Abs 2 Z 1 GIBG nicht als erfüllt ansah, ist daher vertretbar.

4. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

4.1 Austritt von Seiten des AN

Austrittsgründe sind in § 26 AngG demonstrativ, in § 82a GewO 1859 taxativ aufgezählt:

§ 26 AngG

- Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienstleistung
- Gefährdung der Gesundheit
- Gefährdung der Sittlichkeit
- Ungebührliches Schmälern oder Vorenthalten des Entgelts
- Verletzung sonstiger Vertragsbestimmungen
- Verletzung der dem Schutz des Lebens, der Gesundheit oder der Sittlichkeit dienenden Verpflichtungen
- Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit, erhebliche Ehrverletzungen

§ 82a GewO 1859

- Gefährdung der Gesundheit
- Tätliche Misshandlung oder grobe Ehrenbeleidigung
- Verleitung zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen
- Ungebührliches Vorenthalten der Bezüge
- Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen
- Unmöglichkeit oder Weigerung, dem AN Verdienst zu geben.

E 9) OGH 24. 5. 2017 9 ObA 56/17a – Softwarekoordinator
ARD 6559/9/2017

Ein Angestellter, der seine bisherige Tätigkeit nicht ohne Gefährdung seiner Gesundheit fortsetzen kann, muss den AG vor Ausübung des Austrittsrechts auf seine Gesundheitsgefährdung aufmerksam machen, damit dieser seiner Verpflichtung, dem AN allenfalls einen anderen geeigneten – dem AN gesundheitlich zumutbaren und vom Dienstvertrag gedeckten – Ersatzarbeitsplatz zuzuweisen, nachkommen kann.

Dem KI wäre auf Grund seiner hervorragenden Kenntnisse in diesem Bereich möglich gewesen, die ihm von der Bekl angebotene Tätigkeit eines Softwarekoordinators für die Softwareumsetzung ohne Beeinträchtigung seines Genesungsprozesses und ohne die Gefahr einer Wiedererkrankung zu verrichten. Diese Tätigkeit wäre zwar mit keiner Leitungsfunktion mehr verbunden, aber ebenso wie die bisherige Tätigkeit des KI in die Beschäftigungsgruppe 4 des KollV für Angestellte des Baugewerbes und der Bauindustrie eingestuft gewesen. Der KI hat jedoch diese angebotene und ihm zumutbare Ersatzbeschäftigung abgelehnt und seinen Austritt erklärt. Dieser Austritt ist ungerechtfertigt.

4.2 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz

Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz in den §§ 105 ff ArbVG schützt den AN vor Beendigungen von Seiten des AG, die entweder aus verpönten Motiv erfolgt sind (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) oder aller Voraussicht nach wesentliche soziale Nachteile für den AN nach sich ziehen werden (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG).

Besteht ein zuständiger BR, so ist ein sog **Vorverfahren** einzuhalten. Im Weiteren muss die Kündigung per Klage beim ASG angefochten werden.

Wegen **Sozialwidrigkeit** kann die Kündigung nur angefochten werden, wenn

- der AN zum Zeitpunkt der Lösungserklärung bereits **sechs Monate im Unternehmen** beschäftigt war und
- durch die Beendigung **wesentliche Interessen des AN beeinträchtigt** werden.
- Außerdem dürfen weder **betriebliche Gründe** noch **Gründe in der Person des AN** vorliegen, die die Beendigung rechtfertigen. Wenn derartige Gründe gegeben sind, ist eine **Interessenabwägung** zwischen den Arbeitnehmerinteressen und den Rechtfertigungsgründen vorzunehmen.

Eine **Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des AN** liegt nach hA vor allem in zwei Situationen vor:

- Dem AN droht infolge der Kündigung **lang dauernde Arbeitslosigkeit**. Umso länger eine derartige Arbeitslosigkeit prognostiziert wird, umso stärker ist die Beeinträchtigung des AN in der Interessenabwägung zu veranschlagen.
- Dem AN droht infolge der Kündigung eine **erhebliche Einkommenseinbuße**. Je stärker diese Einbuße aller Voraussicht nach ausfallen wird, desto gewichtiger ist die Beeinträchtigung des AN in der Interessenabwägung anzusetzen.

Abgestellt wird dabei nicht auf die individuelle Situation des AN, sondern auf das **Familieneinkommen**. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu würdigen, also neben dem Familieneinkommen auch allenfalls vorhandenes Vermögen und insb **Sorgepflichten gegenüber Angehörigen** sowie **berücksichtigungswürdige Zahlungsverpflichtungen** (zB Kreditverpflichtungen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Wohnraum für die Familie) in die Abwägung einzubeziehen.

E 10) OGH 30. 5. 2017 8 ObA 28/17a – Zumutbare Verweisung
ASoK 2017, 360

Für eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung sind erhebliche soziale Nachteile vorausgesetzt, die über die normale Interessenbeeinträchtigung bei einer Kündigung hinausgehen. Nach der Rechtsprechung ist die gesamte wirtschaftliche und soziale Lage des AN einzubeziehen; insb sind die Veränderung der Einkommensverhältnisse, das Vorhandensein oder Fehlen von Sorgepflichten und das Lebensalter zu berücksichtigen. In die Untersuchung ist vor allem auch die Möglichkeit der Erlangung eines neuen, einigermaßen gleichwertigen Arbeitsplatzes einzubeziehen.

Das Hauptargument des AN besteht darin, dass ihm der Alternativarbeitsplatz als Produktionshilfskraft im Metallbereich auf Grund seiner 15-jährigen Tätigkeit als Straßenbahnfahrer nicht zumutbar sei. Auch bei Beurteilung der Zumutbarkeit einer Verweisungstätigkeit ist auf die primäre Funktion des Kündigungsschutzes zur Deckung der wesentlichen Lebenshaltungskosten Bedacht zu nehmen. Die herangezogene Verweisungstätigkeit entspricht der Berufsausbildung und der früheren Berufserfahrung des AN. Der Meisterprüfung des AN kommt sowohl für die herangezogene Verweisungstätigkeit an sich als auch für die erzielbare Entlohnung Bedeutung zu. Von einer einschneidenden Reduktion der Qualifikationsanforderungen kann daher nicht gesprochen werden. Auch kann eine mehrjährige andere Tätigkeit nicht dazu führen, dass die Berufsausbildung und die dieser folgende Berufserfahrung unberücksichtigt bleiben können. Der Zumutbarkeitsbeurteilung ist vielmehr das Berufsleben des AN zugrunde zu legen und eine objektive Betrachtungsweise aus Sicht des allgemeinen Arbeitsmarktes anzustellen. Es besteht aber kein strikter Berufs- oder Tätigkeitsschutz.

Durch das Urteil des Gerichts, mit dem es die Anfechtung als berechtigt ansieht, wird die Kündigung (oder ungerechtfertigte Entlassung) für **rechtsunwirksam** erklärt. Ist die Kündigungsfrist bereits abgelaufen, lebt das Dienstverhältnis rückwirkend wieder auf, der AN hat einen Anspruch auf Entgeltzahlung gem § 1155 ABGB.

4.3 Individueller Bestandschutz

Wird das Arbeitsverhältnis vom AG **wegen** des **Geschlechts** des (der) AN, insb unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GIBG **gekündigt, vorzeitig gelöst** oder **im Probemonat beendet**, so kann der (die) AN die Lösung gem § 12 Abs 7 GIBG beim **ASG anfechten**.

Dasselbe gilt gem § 26 Abs 7 GIBG dann, wenn das Arbeitsverhältnis vom AG **wegen** der **ethnischen Zugehörigkeit**, der **Religion** oder **Weltanschauung**, des **Alters** oder der **sexuellen Orientierung** des AN oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem G beendet wird.

Wird ein Arbeitsverhältnis, welches nicht dem besonderen Kündigungsschutz nach § 8 BEinstG unterliegt, vom AG **wegen** einer **Behinderung** des AN oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem BEinstG beendet, so ist dies gem § 7 f Abs 1 und 3 BEinstG anfechtbar.

Lässt jemand die Beendigung gegen sich gelten, so hat er **Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens** und auf eine **Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung** (§ 12 Abs 7 Satz 3 GIBG etc).

E 11) EuGH 14. 3. 2017 C-157/15 – Achbita
ECLI:EU:C:2017:203

Art 2 Abs 2 lit a der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG ist dahin auszulegen, dass das Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, das sich aus einer internen Regel eines privaten Unternehmens ergibt, die das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung iS dieser RL darstellt.

Eine solche interne Regel eines privaten Unternehmens kann hingegen eine mittelbare Diskriminierung iS von Art 2 Abs 2 lit b der RL 2000/78 darstellen, wenn sich erweist, dass die dem Anschein nach neutrale Verpflichtung, die sie enthält, tatsächlich dazu führt, dass Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden, es sei denn, sie ist durch ein rechtmäßiges Ziel wie die Verfolgung einer Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität durch den AG im Verhältnis zu seinen Kunden sachlich gerechtfertigt, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind angemessen und erforderlich; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.

E 12) EuGH 14. 3. 2017 C-188/15 – Bougnaoui
ECLI:EU:C:2017:204

Art 4 Abs 1 der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG ist dahin auszulegen, dass der Wille eines AG, den Wünschen eines Kunden zu entsprechen, die Leistungen dieses AG nicht mehr von einer AN ausführen zu lassen, die ein islamisches Kopftuch trägt, nicht als eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iS dieser Bestimmung angesehen werden kann.

E 13) OGH 18. 8. 2016 9 ObA 106/15a – Korridorpension
DRdA 2017/21, 209 (Dvorak)

Sachverhalt: Vom bekl ORF werden AN grundsätzlich mit Erreichung des Korridorpensionsalters gekündigt, sofern ein Pensionsanspruch besteht. Da der Kl diese erste Kündigung erfolgreich angefochten hat, erfolgte eine weitere Kündigung zum Stichtag, zu dem der Kl einen Anspruch auf vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer hatte.

Leitsätze: Die Kündigung von AN bei Erreichen des Antrittsalters für die Korridorpension kann nicht nach § 20 Abs 3 GIBG durch das Ziel gerechtfertigt werden, den Eintritt Jüngerer in den Arbeitsmarkt zu erleichtern, weil dies im Widerspruch zum Ziel des Gesetzgebers steht, das Pensionsantrittsalter anzuheben und den Zugang zu vorzeitigen Pensionsformen zu erschweren.

Bei wirtschaftlich notwendigen Kündigungen ist die soziale Auswahl ein legitimes Ziel, das eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters rechtfertigen kann, doch entspricht eine Kündigungspolitik, die als einziges Kriterium den Anspruch auf Korridorpension oder vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer heranzieht, nicht der sozialen Gestaltungspflicht.

Beruft sich der AG darauf, dass es seiner grundsätzlichen Beschäftigungspolitik entspricht, ältere AN mit Pensionsanspruch zu kündigen, ist selbst dann, wenn im Einzelfall kein anderer AN in einer sozial besseren Position gewesen wäre, davon auszugehen, dass eine Altersdiskriminierung vorliegt.

5. Betriebliche Mitbestimmung

5.1 Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern

Gem § 115 Abs 3 ArbVG dürfen die Mitglieder des BR in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht beschränkt und wegen dieser, insb hinsichtlich des Entgelts und der Aufstiegsmöglichkeiten, nicht benachteiligt werden.

Unter **Beschränkung** versteht man Behinderungen der Mandatsausübung faktischer Natur, mit **Benachteiligung** ist etwas Rechtliches, nämlich die Schlechterstellung in Rechtspositionen wegen der Betriebsrats Tätigkeit, gemeint.

E 14) OGH 29. 11. 2016 9 ObA 95/16k – Hausverbot und Sachmittelentzug
DRdA 2017/33, 308 (*Trost*)

Eine gegen nachträgliche Zustimmung ausgesprochene Entlassung (§ 122 Abs 3 ArbVG) ist bis dahin schwebend unwirksam. Das Betriebsratsmitglied ist daher für die Dauer des Schwebezustandes berechtigt, seinen Aufgaben nachzukommen.

Ein Hausverbot bzw eine Suspendierung stellt eine der wohl gravierendsten Berührungen mit dem Beschränkungsverbot dar. Aufgrund des Beschränkungsverbots sind dem BI auch Anordnungen und Weisungen verboten, wonach dem Betriebsratsmitglied der Zutritt zu den Betriebsräumlichkeiten nur nach rechtzeitiger vorheriger Bekanntgabe bei einer namentlich bestimmten Mitarbeiterin erlaubt sei.

Der Anspruch auf Sachmittelbeistellung gem § 72 ArbVG steht dem BR als Ganzem zu. Diese Regelung stellt aber nicht eine im Verhältnis zum Beschränkungsverbot speziellere Regel dar. Entzieht der BI dem Organmitglied ohne Rechtfertigung Sachmittel, die der BI dem Personalvertretungsorgan zur Verfügung gestellt und das Personalvertretungsorgan seinem Mitglied ausgefolgt hat, dann kann der Anspruch auf Rückstellung der entzogenen Sachmittel durch Klage des Organmitglieds gegen den BI geltend gemacht werden.

5.2 BV

Die BV bewirkt ein auf Dauer angelegtes Rechtsverhältnis und muss daher durch einen eigenen Akt beendet werden. Hierfür kommen **einvernehmliche Lösung, vorzeitige**

Lösung aus wichtigem Grund sowie **Zeitablauf** in Betracht. Im Gesetz ausdrücklich geregelt ist die **Kündigung** der **unbefristet abgeschlossenen BV**: Gem § 32 Abs 1 ArbVG ist mangels Vereinbarung von Kündigungsfristen und -terminen die schriftliche Kündigung unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zum Monatsletzten vorgesehen.

Wie im Kollektivvertragsrecht (§ 13 ArbVG) gibt es auch im Recht der BV das Institut der **Nachwirkung**, allerdings nur in engen Grenzen. Grundsätzlich enden die Rechtswirkungen einer BV mit ihrem Erlöschen (§ 32 Abs 3 Satz 1 ArbVG). Ist eine BV **durch Kündigung erloschen**, so bleiben ihre Rechtswirkungen für **Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar vor ihrem Erlöschen** durch sie **erfasst waren**, so lange aufrecht, als für diese Arbeitsverhältnisse nicht eine **neue BV** wirksam oder mit den betroffenen AN nicht eine **neue Einzelvereinbarung** geschlossen wird (§ 32 Abs 3 Satz 2 ArbVG).

Da bei der notwendigen BV die Nachwirkung ausdrücklich ausgeschlossen ist (§ 96 Abs 2 letzter Satz ArbVG) und bei Zuständigkeit einer Schlichtungsstelle die Kündigung grundsätzlich nicht in Betracht kommt, ist die Nachwirkungsregelung vor allem bei fakultativen BV bedeutsam.

Wird zB bei Schlichtungsstellenzuständigkeit die Kündigungsmöglichkeit vereinbart, könnte mE auch eine Nachwirkung für den Fall einer derartigen Kündigung festgelegt werden. Auch bei der notwendigen BV können Parteien eine Nachwirkung **vereinbaren**.

E 15) OGH 18. 8. 2016 9 ObA 18/16m – Nachwirkung dispositiv
Arb 13.338

Die Nachwirkung gem § 32 Abs 3 ArbVG ist dispositiv. Die Betriebspartner können bei Abschluss der fakultativen BV zulässig und wirksam vorsehen, dass deren Rechtswirkungen (auch) im Fall einer Kündigung mit dem Zeitpunkt des Erlöschens der BV enden.