

Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2022

**Wichtige neue Rechtsprechung von EuGH und OGH,
Problemkreis „Pandemie und Arbeitsrecht“**

Unterlage zum Vortrag
im Rahmen des Hintergrundgesprächs
der Arbeiterkammer Steiermark,
5. 5. 2022, Flughafen Graz

Referent:

Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner*
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der
Karl-Franzens-Universität Graz

Inhaltsverzeichnis

1. Wichtige neue Entscheidungen zum Arbeitsrecht	3
1.1 Vertragsgestaltung – Ausbildungskostenklausel.....	3
1.2 Entgeltspflicht des AG.....	4
1.3 Fürsorgepflicht des AG – sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz	5
1.4 Urlaub.....	7
1.5 Arbeitszeit	8
1.6 Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	8
1.6.1 Entlassung von Seiten des AG	8
1.6.2 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz.....	9
1.6.3 Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz	11
1.7 Betriebsratswahl	12
1.8 Betriebliche Mitbestimmung – BV	12
1.9 Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern.....	14
2. Pandemie und Arbeitsrecht 2022.....	18

1. Wichtige neue Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1.1 Vertragsgestaltung – Ausbildungskostenklausel

Die Rahmenbedingungen für zulässige Ausbildungskostenklauseln sind in § 2d AVRAG niedergelegt. Ua unterliegen Ausbildungskostenklauseln der **Schriftform**.

E 1) OGH 24. 2. 2021 9 ObA 121/20i – Rückforderungsanspruch der AN
DRdA-Infas 2021/134, 289 = RdW 2021/345, 434

Erstattet eine AN auf Ersuchen des AG diesem nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ausbildungskosten in der Annahme, dazu verpflichtet zu sein – es gab keine schriftliche Vereinbarung über den Ausbildungskostenrückerersatz –, kann sie den geleisteten Betrag gem § 1431 ABGB zurückverlangen.

Die Klausel muss in Bezug auf eine **bestimmte Ausbildung** abgeschlossen werden, und zwar **vor** Beginn derselben:

E 2) OGH 2. 9. 2021 9 ObA 85/21x – Abschluss vor der Ausbildung
ARD 6780/8/2022

Soll der AN zum Rückerersatz von Ausbildungskosten (und des während einer Ausbildung fortgezählten Entgelts) verpflichtet werden, muss darüber noch vor einer bestimmten Ausbildung eine schriftliche Vereinbarung zwischen AG und AN geschlossen werden.

Richtig ist zwar, dass der Wortlaut des § 2d AVRAG nicht ausdrücklich einen Zeitpunkt bzw Zeitraum für den Abschluss der nach § 2d AVRAG erforderlichen Vereinbarung normiert. Dem Gesetzeszweck entsprechend sichert aber nur eine vor der Ausbildung abgeschlossene Vereinbarung dem AN eine selbstbestimmte Entscheidung, sich auf eine Ausbildung einzulassen, die unter bestimmten Umständen zu einem Ausbildungskostenrückerersatz führen kann. Der AN soll sich nicht erst nach absolvierter Ausbildung im aufrechten Arbeitsverhältnis mit der vom AG zur Unterschrift vorgelegten Vereinbarung über die Rückforderbarkeit der bereits vom AG getragenen Kosten und erfolgten Gehaltsfortzahlung konfrontiert sehen. Er kann dadurch unter Umständen in eine Drucksituation gelangen, die seinem schützenswerten Interesse, sich frei und sachlich über die Teilnahme an einer Ausbildung entscheiden zu können, entgegensteht.

Eine Rückzahlungsverpflichtung besteht insb dann nicht, wenn der AN **im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung minderjährig** ist und **keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** vorliegt (§ 2d Abs 3 Z 1 AVRAG).

ME ist wegen des Ausbildungszwecks **Rückersatzklausel** und **Lehrverhältnis** prinzipiell **unverträglich**: Werden die Kosten des vom BAG (und einschlägigen Durchführungsbestimmungen) standardisierten Ausbildungsprogramms auf den AN überwältzt, so ist dies jedenfalls ein Verstoß gegen zwingendes Lehrlingsrecht. Aber auch dann, wenn der AG dem Lehrling über die Standardlehre hinaus weitere Ausbildungen gewährt, scheitert mE eine diesbezügliche Ausbildungskostenklausel idR an Wesen und Konzeption des Lehrlingsrechts.

E 3) OGH 2. 9. 2021 9 ObA 66/21b – Pflugschaftsgericht, Ausbildungsverhältnis
ARD 6780/7/2022

Die Wirksamkeit der Vereinbarung eines Minderjährigen über den Rückersatz von Ausbildungskosten iSd § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG hängt zwar von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ab, nicht aber von einer gerichtlichen Genehmigung iSd § 167 Abs 3 ABGB.

Schließen die Arbeitsvertragsparteien einen schriftlichen Dienstvertrag in Form eines Ausbildungsvertrags zum Zweck der Ausbildung als Ordinationsgehilfin ab und absolviert die AN einen dreijährigen Lehrgang zur zahnärztlichen Assistentin (vorgeschriebene theoretische Berufsausbildung), während dessen ihr laut KollV ein Mindestentgelt zusteht, welches nur einen Bruchteil des Mindestgehalts für das erste Berufsjahr beträgt, so steht der Ausbildungscharakter des Vertragsverhältnisses im Vordergrund. Ihre Situation stellt sich nicht entscheidend anders dar als bei einem Lehrling mit Lehrvertrag, sodass der Abschluss einer Ausbildungskostenrückersatzvereinbarung unzulässig ist.

1.2 Entgeltspflicht des AG

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 widerspruchslos entgegennimmt („betriebliche Übung“).

Will der AG Entgelte einseitig kürzen, bedarf es entsprechender Vorbehalte. Zu unterscheiden sind zwei Arten: **Unverbindlichkeitsvorbehalte** kennzeichnen eine Leistung

ohne Begründung eines künftigen Rechtsanspruchs, während ein **Widerrufsvorbehalt** einen Anspruch voraussetzt, der mit Ausübung des Widerrufs beseitigt werden kann.

Beim **Unverbindlichkeitsvorbehalt** gibt es eine **Inhaltskontrolle**: Ist dieser als solcher zulässig, was laut Judikatur dann der Fall ist, wenn er nicht das laufende monatliche Entgelt (bzw wesentliche Teile desselben) betrifft, ist keine weitere rechtliche Kontrolle mehr vorzunehmen. Bei der zweiten Art, dem **Widerrufsvorbehalt**, ist hingegen insb eine **Ausübungskontrolle** vorgesehen – ein solcher darf nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden.

E 4) OGH 25. 6. 2021 8 ObA 33/21t – Unverbindlichkeitsvorbehalt
ASoK 2021, 404

Durch den Vorbehalt, dass eine Prämie freiwillig und unpräjudiziell für die Folgejahre sowie „je nach Lage des Unternehmens“ ausbezahlt werde, wird das Zustandekommen einer stillschweigenden Vereinbarung über die Auszahlung der Prämie für die Zukunft ausgeschlossen.

Die Freiwilligkeit und die Widerruflichkeit der Prämienleistung berechtigen den AG, für künftige Zeiträume von der Prämiengewährung abzugehen. Bei Zusage einer Prämie für die Erreichung eines Erfolgs in einem bestimmten Zeitabschnitt darf er die Prämie aber nach Beginn dieses Zeitraums weder einseitig widerrufen noch die Zahlung von Bedingungen abhängig machen, deren Eintritt ausschließlich in seinem Einflussbereich liegt.

Da der AG nicht, um die Belegschaft bzw konkret den AN anzuspornen, vor Beginn eines bestimmten Zeitraums kundgetan hat, bei Erreichung etwa ganz bestimmter wirtschaftlicher Kennzahlen in diesem eine Prämie oder Provision oder Bonifikation auszuzahlen, sondern vielmehr immer erst im Nachhinein – nach einer von ihm pauschal vorgenommenen Beurteilung – das vergangene Geschäftsjahr als zufriedenstellend oder positiv bezeichnet und unter Hinweis darauf erklärt hat, sich mit der Prämie beim Firmenpersonal zu bedanken, und dies jeweils mit einem Unverbindlichkeitsvorbehalt, ist keine Verpflichtung für die Zukunft entstanden.

1.3 Fürsorgepflicht des AG – sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Gem § 1157 Abs 1 ABGB, § 18 AngG ist der AG verpflichtet, die Arbeitsleistungen so zu regeln und bezüglich der von ihm beizustellenden oder beigestellten Räume und

Gerätschaften auf seine Kosten dafür zu sorgen, dass **Leben** und **Gesundheit** des AN so weit wie möglich geschützt werden.

Zum Teil schon aus diesen Formulierungen ergibt sich, dass der AG auch zum Schutz **sonstiger Rechtsgüter** des AN wie **Sittlichkeit, Eigentum, Ehre usw** verpflichtet ist. Anders umschrieben kann gesagt werden, dass der AG **Persönlichkeitsrechte des AN** (§ 16 ABGB) wahren muss.

Als Fürsorgepflichtverletzungen mit Unterlassungs- und Abhilfeansprüchen sowie einem Austrittsgrund zu beurteilen sind die Fälle einer **sexuellen, geschlechtsbezogenen oder sonstigen Belästigung am Arbeitsplatz**, welche in den §§ 6 f, 21 GIBG als Diskriminierungen ausgewiesen werden (vgl auch §§ 7 d, 7 i f BEinstG).

E 5) OGH 29. 4. 2021 9 ObA 19/21s – „Seniorchef“ als Belästiger
ASoK 2021, 309 = ARD 6763/5/2021
(zur Bezeichnung der Arbeitskolleginnen als „Hausfrauen“ OGH 29. 9. 2020, 9 ObA 66/20a, ARD 6744/8/2021)

Gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG liegt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor, wenn eine Person vom AG selbst sexuell belästigt wird. In diesem Fall hat die betroffene Person gegenüber dem Belästiger nach § 12 Abs 11 Satz 1 GIBG Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens.

Nach herrschender Rechtsprechung hat die juristische Person für die sexuelle Belästigung durch ihr Vertretungsorgan (zB den Geschäftsführer einer GmbH) gem § 6 Abs 1 Z 1 GIBG einzustehen. Sie haftet als AG für eine sexuelle Belästigung iSd § 6 Abs 1 Z 1 GIBG aber auch dann, wenn der Belästiger, ohne Organ zu sein, kraft seiner Befugnisse und seiner Stellung gegenüber den anderen AN zur selbständigen Ausübung von Unternehmer- und insb Arbeitgeberfunktionen berechtigt ist.

War der so apostrophierte „Seniorchef“ nahezu täglich im Unternehmen präsent, prüfte er die ihm von der Buchhaltung vorgelegten Rechnungen, gab er – allenfalls nach Rücksprache mit seinem Sohn – Geld und Rechnungen frei, überprüfte er mit dem Sales-Team die Lieferungen und trat er gegenüber Kunden sowie nach innen gegenüber Mitarbeitern wie ein Chef und AG auf, indem er an den regelmäßig stattfindenden Mitarbeiterbesprechungen teilnahm und den AN klarmachte, dass er jederzeit dafür sorgen könne, dass sie gekündigt würden, sind die von der Rechtsprechung entwickelten Zurechnungskriterien erfüllt.

1.4 Urlaub

Kommt es vor Verbrauch des Urlaubs zur **Beendigung des Arbeitsverhältnisses**, so ist der offen gebliebene Anspruch in Geld abzufinden. Als Geldzahlung gebührt das aliquotierte Urlaubsentgelt gem § 10 UrlG, die „**Urlaubersatzleistung**“. Die Aliquotierung erfolgt nach der „Dauer der Dienstzeit in diesem Urlaubsjahr im Verhältnis zum gesamten Urlaubsjahr“, also mangels anderer Anordnung **nach Tagen** (Urlaubstage, Kalendertage).

Nur im Falle des **unberechtigten Austritts** gebührt gem § 10 Abs 2 UrlG überhaupt **keine Zahlung für das laufende Urlaubsjahr**. Die Regelung ist unionsrechtlich bedenklich:

E 6) EuGH 25. 11. 2021 C-233/20 – WD/job-medium GmbH
ECLI:EU:C:2021:960

1. Art 7 der RL 2003/88/EG¹ iVm Art 31 Abs 2 der GRC ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Vorschrift entgegensteht, wonach eine Urlaubersatzleistung für das laufende letzte Arbeitsjahr nicht gebührt, wenn der bzw die AN das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund vorzeitig einseitig beendet.

2. Der nationale Richter braucht nicht zu prüfen, ob der Verbrauch der Urlaubstage, auf die der AN Anspruch hatte, für diesen unmöglich war.

E 7) OGH 17. 2. 2022 9 ObA 147/21i – Vier Wochen Urlaub nach Europarecht
(vgl auch OGH 17. 2. 2022, 9 ObA 150/21f; 22. 2. 2022, 8 ObA 99/21y)

§ 10 Abs 2 UrlG ist aufgrund von Art 31 Abs 2 GRC (Recht auf bezahlten Jahresurlaub) nicht anzuwenden.

Soweit die Mitgliedstaaten nationale Rechtsvorschriften erlassen, mit denen den AN ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub zuerkannt wird, der über die in Art 7 Abs 1 RL 2003/88/EG vorgesehene Mindestdauer von vier Wochen hinausgeht, liegt keine Durchführung der RL iSd Art 51 Abs 1 GRC vor. Wenn im nationalen Recht daher mehr als die in der RL festgelegten vier Wochen Jahresurlaub vorgesehen sind, können die Mitgliedstaaten selbst entscheiden, ob sie für AN, die diesen Urlaub während ihres Arbeitsverhältnisses nicht nehmen konnten, eine finanzielle Vergütung vorsehen, und sie können die Bedingungen für die Gewährung dieses zusätzlichen Anspruchs festlegen.

Tritt ein AN unberechtigt vorzeitig aus, ist lediglich ein Jahresurlaub von vier Wochen anzunehmen und entsprechend weniger Urlaubersatzleistung auszuzahlen.

¹ RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABI EG L 299 vom 18. 11. 2003, 9.

1.5 Arbeitszeit

Die **Schlechterstellung von teilzeitbeschäftigten gegenüber vollzeitbeschäftigten AN** unabhängig vom Geschlecht stellt einen eigenen Diskriminierungstatbestand nach unionsrechtlichen Vorgaben dar. Diese unionsrechtlichen Vorgaben sind von den arbeits- bzw dienstrechtlichen Gesetzgebern in Österreich umzusetzen, was beispielsweise im § 19d AZG erfolgt ist.

E 8) OGH 3. 8. 2021 8 ObA 32/21w – Einspringdienste im Krankenhaus
DRdA-infas 2021/223, 469 = ARD 6779/11/2021

Nach Art 4 Z 1 der im gegenständlichen Fall unmittelbar anwendbaren RL 97/81/EG² dürfen Teilzeitbeschäftigte grundsätzlich nicht deshalb in ihren Beschäftigungsbedingungen schlechter gestellt sein als Vollzeitbeschäftigte, weil sie teilzeitbeschäftigt sind. Eine Schlechterstellung kann nur dadurch gerechtfertigt werden, dass eine solche aus objektiven Gründen nötig ist.

Nach den §§ 29, 53 und 55 Tiroler G-VBG erhalten Teilzeitbeschäftigte bei sog Einspringdiensten an Sonn- und Feiertagen lediglich einen Zuschlag von einem Viertel des Zuschlags Vollzeitbeschäftigter und in der Nacht überhaupt keinen erhöhten Zuschlag, während Vollzeitbeschäftigte einen erhöhten Zuschlag von 100 % bekommen. Damit liegt eine unionsrechtswidrige Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter vor.

1.6 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1.6.1 Entlassung von Seiten des AG

Entlassungsgründe zählt § 27 AngG demonstrativ, § 82 GewO 1859 taxativ auf:

§ 27 AngG

- Untreue
- Vertrauensunwürdigkeit
- Unfähigkeit, die versprochenen Dienste zu leisten
- Verstoß gegen das Konkurrenzverbot (§ 7 AngG)
- Verletzung der Arbeitspflicht bzw des Weisungsrechtes
- lang andauernde Arbeitsverhinderung (auch unverschuldet!), ausgenommen wegen Krankheit oder Unfalls

§ 82 GewO 1859

- Vorzeigen falscher oder gefälschter Zeugnisse
- Irreführung über ein bestehendes Arbeitsverhältnis
- Unfähigkeit zur vereinbarten Arbeitsleistung
- Trunksucht bei wiederholter Verwarnung
- bestimmte gerichtlich strafbare Handlungen, die vertrauensunwürdig machen (zB Diebstahl)
- Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen
- Betreiben eines abträglichen Nebengeschäfts
- unbefugtes Verlassen der Arbeit

² RL 97/81/EG des Rates vom 15. 12. 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeit, ABLEG L 14 vom 20. 1. 1998, 9.

- Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit und der Ehre
- beharrliche Vernachlässigung der Pflichten
- Verleitung zu Ungehorsam oder zur Auflehnung gegen den AG
- Verleitung zu unordentlichem Lebenswandel, zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen
- grobe Ehrenbeleidigung, Körperverletzung oder gefährliche Drohung
- unvorsichtiges Umgehen mit Feuer und Licht (auch Strom, Sprengstoff etc)
- Behaftung mit abschreckender Krankheit
- Arbeitsunfähigkeit durch eigenes Verschulden für nicht absehbare Zeit
- längerer Gefängnisaufenthalt

Will sich der Lösende zwar auf einen wichtigen Grund stützen, ist aber ein solcher objektiv betrachtet nicht gegeben oder durch Zeitablauf „verwirkt“, so ist die Entlassung **ungerechtfertigt**.

E 9) OGH 14. 9. 2021 8 ObA 54/21f – Corona-Verdachtsfall
ASoK 2022, 40 = EvBl-LS 2022/1, 41
(zur Kündigung eines Heimleiters nach VB-Recht wegen Missachtens der Verhaltensregeln im COVID-19-Lockdown OGH 25. 6. 2021, 8 ObA 36/21h, ARD 6779/12/2021)

Erscheint eine AN zur Arbeit, obwohl sie als Corona-Verdachtsfall abgesondert wurde, so berechtigt dieses Verhalten den AG zur Entlassung der AN wegen Vertrauensunwürdigkeit.

1.6.2 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). Vorausgesetzt ist, dass der AN in einem betriebsratspflichtigen Betrieb (mit oder ohne BR) tätig ist.

Es gibt zwei Gruppen von **Anfechtungsgründen**:

- Verpönte Motive iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG
- Sozialwidrigkeit iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG

Die **verpönten Motive** sind im Gesetz taxativ aufgezählt. Es reicht, dass der AN einen derartigen Grund **glaubhaft** macht; die Klage ist abzuweisen, wenn eine höhere

Wahrscheinlichkeit für ein anderes vom AG glaubhaft gemachtes Motiv spricht (§ 105 Abs 5 ArbVG).

Anfechtungstatbestände sind ua:

- Beitritt zu bzw Mitgliedschaft oder Tätigkeit in Gewerkschaften (lit a, lit b)
- Einberufung der Betriebsversammlung (lit c)
- Mitwirkung oder Kandidatur bei der Betriebsratswahl (lit d, lit e Fall 1)
- frühere Betriebsratsstätigkeit (lit e Fall 2)
- offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (sog Vergeltungskündigung; lit i)

E 10) OGH 14. 9. 2021 8 ObA 42/21s – Testverweigerer
ASoK 2022, 39

Vom Schutzzweck des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG sind nicht nur schon entstandene Ansprüche, sondern zusätzlich Ansprüche auf Wahrung der Rechtsposition aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis gegen einseitige Eingriffe erfasst. Ziel dieser Bestimmung ist es, dem AN die Rechtsdurchsetzung im aufrechten Arbeitsverhältnis zu ermöglichen. Umfasst ist dabei nicht nur die Geltendmachung von Geldansprüchen, sondern auch anderer vom AG in Frage gestellter Ansprüche, Rechte und Rechtspositionen. In dem Sinn wird auch in der Literatur der Zweck der lit i darin gesehen, insoweit Vergeltungskündigungen zu vermeiden. Der Motivkündigungsschutz soll aber nicht schon bei haltlosen Behauptungen greifen.

Nach § 10 Abs 4 der im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs in Geltung stehenden COVID-19-NotMV idF BGBl II 2020/479 durfte ein Betreiber von Alten- und Pflegeheimen Mitarbeiter nur einlassen, wenn diese durchgehend eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung trugen, und nur dann, wenn für diese einmal pro Woche ein Antigen-Test auf SARS-CoV-2 oder ein molekularbiologischer Test auf SARS-CoV-2 durchgeführt wurde und dessen Ergebnis negativ war. Im Fall eines positiven Testergebnisses konnte das Einlassen abweichend davon dennoch erfolgen, wenn jedenfalls mindestens 48 Stunden Symptombefreiheit nach abgelaufener Infektion vorlag und aufgrund der medizinischen Laborbefunde, insb aufgrund des CT-Werts >30, davon ausgegangen werden konnte, dass keine Ansteckungsgefahr mehr besteht.

Die vom AN (unsubstantiiert) geäußerten Bedenken an der Verfassungsgemäßheit dieser V gehen ins Leere, weil auch verfassungswidrige V bis zu deren Aufhebung durch den VfGH anzuwenden sind.

Hinzu kommt, dass sich die hier maßgebliche Verpflichtung auch aus der Verantwortung des Heimbetreibers für die Gesundheit der Heimbewohner rechtfertigen lässt. Die AG war zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung daher verpflichtet, dem AN ohne Vorliegen eines negativen Testergebnisses (bzw einer der in der V statuierten Ausnahmen) das Betreten der Betriebsstätte zu verwehren, ohne dass es ihr frei stand, sich mit dessen Bereitschaft zum Tragen einer FFP2-Maske oder seiner Beteuerung, gesund zu sein, zu begnügen. Umgekehrt ergab sich (schon) aus dieser V eine zumindest

mittelbare Verpflichtung des AN, sich den angeordneten Tests zu unterziehen, damit er weiter im Alten- und Pflegeheim beschäftigt werden und seinem Arbeitsvertrag nachkommen konnte.

Soweit sich der AN ganz allgemein auf den „Schutz der Grund- und Freiheitsrechte“ beruft, fällt ohnehin die bei einem Grundrechtseingriff gebotene Interessenabwägung wegen der Schutzbedürftigkeit der in einer Pandemie besonders vulnerablen Heimbewohner jedenfalls zugunsten der Testpflicht aus. Soweit der AN die Sinnhaftigkeit der Maßnahmen in Zweifel zog, wonach das Testen asymptomatischer Personen nicht zielführend sei und es durch falsch positive Tests zu einer Ausdünnung des Personalstands kommen könne, liegt es nicht an ihm als AN, die Sinnhaftigkeit der Schutzmaßnahmen in Frage zu stellen, zu deren Umsetzung die AG als Betreiberin eines Alten- und Pflegeheims nach der geltenden Rechtsordnung verpflichtet ist.

Die (beharrliche) Weigerung des AN, sich auf Kosten der AG den von ihr iSd § 10 Abs 4 COVID-19-NotMV angeordneten regelmäßigen Tests zu unterziehen, war daher offenbar unbegründet. In der daraufhin ausgesprochenen Kündigung ist eine verpönte Retorsionsmaßnahme nicht zu erblicken.

1.6.3 Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz

E 11) OGH 27. 11. 2021 9 ObA 130/21i – Corona-Leugnen keine Weltanschauung
ARD 6786/6/2022

Niemand darf aufgrund der Weltanschauung iZm einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insb auch nicht bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 17 Abs 1 Z 7 GIBG). Eine Kündigung kann bei Gericht angefochten werden, wenn das Arbeitsverhältnis vom AG wegen der Weltanschauung gekündigt worden ist (§ 26 Abs 7 GIBG).

Eine erkennbar kritische Haltung zu COVID-19-Bestimmungen und das Vortragen von Sachargumenten gegen das „Maskentragen“ – das Coronavirus sei „ungefähr so gefährlich wie das Influenzavirus“, „Verfassungsgesetze sollten eingehalten werden“ – stellen für sich allein noch keine Weltanschauung iSd GIBG dar.

E 12) OGH 22. 10. 2021 8 ObA 48/21y – Corona-Kurzarbeit und Kündigung
ARD 6778/5/2021
(vgl auch OGH 29. 11. 2021, 8 ObA 50/21t ua)

Wird ein AN während der Corona-Kurzarbeit oder der anschließenden Behaltefrist gekündigt, so ist die Kündigung rechtswirksam. Aus den Bestimmungen des § 37b AMSG iVm den hier maßgeblichen Regelungen der Kurzarbeitsvereinbarungen ergibt sich keine Unwirksamkeit einer während der Kurzarbeit oder der anschließenden Behaltefrist ausgesprochenen Kündigung. Ebenso wenig resultiert daraus eine Änderung der Kündigungsfristen und -termine.

Die Förderung ist im Rahmen einer allfälligen Kündigungsanfechtung bei der Beurteilung des Vorliegens „betrieblicher Erfordernisse“ für die Kündigung (§ 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG) zu berücksichtigen.

Auf eine allfällige einzelvertragliche Vereinbarung eines besonderen Kündigungsschutzes hat sich der Kl im vorliegenden Verfahren auch zu Recht nicht berufen, weil er in der (hier strittigen) ersten Phase überhaupt nicht in die Kurzarbeit einbezogen war und auch in der zweiten Phase keine individuelle Kurzarbeitsvereinbarung mit ihm zustande gekommen ist.

1.7 Betriebsratswahl

E 13) OGH 29. 9. 2020 9 ObA 65/20d – Überlassene AN und Wahlberechtigung
JAS 2021, 159 (*Jabornegg*)

Überlassene AN sind ohne Rücksicht auf die Dauer der Beschäftigung auch AN des Beschäftigerbetriebs iSd § 36 ArbVG.

Auch die am Stichtag noch nicht sechs Monate beschäftigt gewesenen überlassenen AN sind bei der Ermittlung der Anzahl der BR-Mitglieder nach § 50 ArbVG zu berücksichtigen.

Gleiches gilt für Leiharbeitskräfte mit eigenem BR beim Überlasser, weil für die Interessenwahrnehmung eines überlassenen AN grundsätzlich zwei BR – jener des Überlasser- und jener des Beschäftigerbetriebes – in Frage kommen und es von der konkreten Angelegenheit abhängt, welcher der beiden BR zuständig ist.

1.8 Betriebliche Mitbestimmung – BV

Insb die in § 96 ArbVG angeführten Materien sind Gegenstand der **notwendigen BV**. „**Notwendig**“ bedeutet, dass eine Regelung zum Thema durch eine untergeordnete Rechtsquelle unzulässig und rechtsunwirksam ist (vgl aber § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG einerseits und § 10 AVRAG andererseits).

Gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bedarf die „Einführung von **Kontrollmaßnahmen** und technischen Systemen zur Kontrolle der AN, sofern diese Maßnahmen (Systeme) **die Menschenwürde berühren**“, der Zustimmung des BR.

E 14) OGH 22. 1. 2020 9 ObA 120/19s – GPS-Ortungssystem im Dienstfahrzeug
 JAS 2020, 421 (*Jabornegg*) = DRdA-InfAS 2020/66, 144 (*Schrattbauer*)

Sachverhalt: Der Kl war bei der Bekl von 8. 5. 2017 bis 31. 1. 2018 als Außendienstmitarbeiter beschäftigt. Sein Bruttomonatsgehalt betrug 2.857,14 EUR. Zusätzlich erhielt der Kl eine Umsatzprovision sowie einen Dienstwagen zur Verfügung gestellt, den er auch privat – unter Verrechnung eines Sachbezugs – nutzen durfte. In diesem Dienstfahrzeug hatte die Bekl von Beginn an – ohne Kenntnis des Kl – ein GPS-Ortungssystem eingebaut. Dieses konnte die GPS-Daten rund um die Uhr übertragen, wodurch diese Fahrzeuge von der Bekl auch in der Freizeit ihrer AN geortet wurden. Zudem konnte das GPS-System auch den Batteriepegel der Fahrzeuge überwachen und erkennen, wann die Zündung eingeschaltet wird. Diese Daten konnten vom Geschäftsführer der Bekl, dem Vertriebsleiter, dem Produktionsleiter und einer Innendienstleiterin jederzeit über das Internet angesehen werden. Die Bekl nutzte das GPS-Ortungssystem nicht zur strategischen Vertriebssteuerung. Eine BV über diese GPS-Ortung gab es bei der Bekl nicht, zumal im Betrieb kein BR existierte.

Leitsätze: Durch die Verwendung eines GPS-Ortungssystems im Dienstfahrzeug des AN während dessen Arbeitszeit (und Freizeit) greift der AG iSd § 1328a Abs 1 Fall 1 ABGB in die Privatsphäre des AN ein.

Hält er an der rechtswidrigen Kontrollmaßnahme fest, obwohl sich der AN mehrmals über diese, für ihn zu beträchtlichen Unannehmlichkeiten führende Vorgangsweise beschwert und den AG auffordert, die Überwachung des Dienstfahrzeugs zu unterlassen, so liegt in der fortgesetzten Überwachung eine erhebliche Verletzung der Privatsphäre iSd § 1328a Abs 1 Satz 2 ABGB vor.

Die dauernde Ortungsmöglichkeit während der Arbeitszeit berührt jedenfalls die Menschenwürde iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bzw § 10 Abs 1 AVRAG. Solche Kontrollen des AG außerhalb der Dienstzeit sind jedenfalls unzulässig.

Damit erweist sich der Zuspruch eines Schadenersatzes iSd § 1328a ABGB in Höhe von 2.400 EUR an den Kl als berechtigt. Die Frage der Höhe wird in der Revision der Bekl nicht thematisiert. Sie erscheint dem Senat angemessen.

Die in § 97 Abs 1 Z 1 bis 6a ArbVG angeführten Materien sind Gegenstand der erzwingbaren BV (vgl § 97 Abs 2 ArbVG). Z 4 des § 97 Abs 1 ArbVG betrifft den sog **Sozialplan**.

Im Gegensatz zu den BV nach den §§ 96, 96a ArbVG (vgl 2.4.1, 2.4.2) besteht **kein „Typenzwang“** gegenüber einer Regelung durch nachgeordnete Rechtsquellen; die gegenständlichen Materien können daher gültig auch durch Arbeitsvertrag oder allenfalls Weisung gestaltet werden.

Kommt eine Einigung über den Abschluss, die Änderung oder die Aufhebung einer erzwingbaren BV zwischen den Betriebspartnern nicht zustande, so entscheidet auf Antrag

eines der Streitteile die **Schlichtungsstelle** (vgl § 97 Abs 2 iVm §§ 144 ff ArbVG). Eine **Kündigung** ist daher **nicht möglich** (vgl § 32 Abs 2 ArbVG). Es besteht **keine Nachwirkung** (vgl § 32 Abs 3 Satz 2 iVm § 32 Abs 2 ArbVG).

E 15) OGH 29. 4. 2021 9 ObA 9/21w – Verzicht auf Kündigungsanfechtung
DRdA-InfAS 2021/172, 376

Die Parteien einer BV können im Rahmen des normativen Teils der BV bei der Gestaltung der Anspruchsvoraussetzungen auf Dispositionen der Vertragsparteien Bedacht nehmen. Nach der Rechtsprechung können die Betriebsvereinbarungsparteien daher auch im Rahmen der Zuerkennung von freiwilligen Abfertigungen bei einem Sozialplan darauf abstellen, ob es zu einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gekommen ist.

Genauso ist es gerechtfertigt, dass in Sozialplänen die Sozialplanleistung einer freiwilligen Abfertigung vom Unterlassen der Anfechtung der Kündigung bei Gericht (§ 105 ArbVG) durch den AN abhängig gemacht wird. In einer derartigen Vereinbarung liegt – anders als etwa in einem generellen Vorabverzicht des BR auf eine Anfechtung von (im Sozialplan noch gar nicht individualisierten) Kündigungen – keine Verletzung der in den Bestimmungen des ArbVG über die Betriebsverfassung abschließend und absolut zwingend geregelten Mitbestimmungsrechte der Belegschaft.

1.9 Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern

Die Festlegung des Entgelts von zur Gänze freigestellten Mitgliedern des BR hat nach den Vorgaben des § 117 ArbVG zu erfolgen. Diese Bestimmung hat zweiseitig zwingende Wirkung, sodass eine individualrechtliche Abweichung von der vorgesehenen Entgelthöhe in jede Richtung unzulässig ist. Dies wird auch durch den ebenfalls zweiseitig zwingenden § 115 ArbVG über das Diskriminierungsverbot, welches zugleich ein Privilegierungsverbot ist, unterstrichen.

Die Entgeltfestlegung hat nach dem **Ausfallprinzip** zu erfolgen. Dem gänzlich freigestellten Mitglied der Belegschaftsvertretung ist demnach **das** zu bezahlen, **was ohne Freistellung gebührt hätte**.

E 16) OGH 24. 3. 2021 9 ObA 10/21t – Fiktion des Karriereverlaufs
ARD 6756/6/2021

Nach dem Ausfallprinzip ist der mutmaßliche Verdienst des Betriebsratsmitglieds zu ersetzen. Der Karriereverlauf ist anhand von AN, die mit dem Betriebsratsmitglied vor dessen Freistellung weitgehend vergleichbar waren, zu fingieren. Auch der fiktive Karriereverlauf muss überwiegend wahrscheinlich sein, also einer typischerweise verlaufenden betrieblichen „Durchschnittskarriere“ entsprechen.

Begehrt ein freigestelltes Betriebsratsmitglied – ausgehend von einer höher eingestuften Position – eine ergänzende Gehaltszahlung, haben aber von 600 vergleichbaren, für diese Position infrage kommenden AN insgesamt nur 15 AN (somit nur 2,5 %) diese Position jemals erreicht und hat das freigestellte Betriebsratsmitglied (trotz Einräumung entsprechender Möglichkeiten) seit vielen Jahren auch keine Weiterbildung mehr besucht und die für die betreffende Position vorgesehene Dienstprüfung nicht abgelegt, so hat es keinen Anspruch auf die ergänzende Gehaltszahlung.

- Um die Entgelthöhe nach § 117 ArbVG bestimmen zu können, sind **Fiktionen** notwendig: Es ist die mutmaßliche **Entgeltentwicklung** unter Einbeziehung des mutmaßlichen **Karriereverlaufs** des freigestellten Mitglieds der Belegschaftsvertretung **zu fingieren** und demgemäß das zu bezahlende **Entgelt kontinuierlich anzupassen**.
- Für die Bestimmung des jeweiligen fiktiven Entgelts ist jener **Verlauf** zu Grunde zu legen, der **mit überwiegender Wahrscheinlichkeit**, dh mit einer **Wahrscheinlichkeit von 50 % oder mehr**, eingetreten wäre.
- Die **Behauptungs- und Beweislast** dafür, dass eine **bestimmte Entgelthöhe** zusteht, trifft den AN. Er hat zu beweisen, dass eine bestimmte allgemeine Entgeltentwicklung, der Erwerb relevanter Qualifikationen und – uU damit verbunden – bestimmte Karrieresprünge usw überwiegend wahrscheinlich gewesen wären. Für die Beweisführung stehen **sämtliche Beweismittel und -formen** zur Verfügung.
- Im Zuge dieser Beweisführung könnte eine **Orientierung an folgender Checklist** erfolgen:
 - Zunächst ist von jenem **(Entgelt-)Status auszugehen**, den das Mitglied der Personalvertretung **im Zeitpunkt der Freistellung** aufwies.

- Danach ist zu fragen, ob der AN im Falle unterbliebener Freistellung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf **jenem Arbeitsplatz geblieben** wäre, **den er davor innehatte**. Ist dies der Fall, so ist die Entgeltentwicklung, die der AN an diesem Arbeitsplatz erlebt hätte, nachzuvollziehen.
 - Hier sind zuerst **objektive Entgeltentwicklungen** iS von **regelmäßigen** (zB jährliche Gehaltserhöhung) und **außerordentlichen Entgelterhöhungen** (zB Vorrückungen, Um- oder Höherstufung) zu berücksichtigen.
 - Danach ist überdies zu prüfen, ob mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch eine **subjektive, spezielle Entgelterhöhung** eingetreten wäre. Zur diesbezüglichen **Orientierung** können auch Schicksale der **Nachfolger** an diesem Arbeitsplatz herangezogen werden, wobei es im Kern jedoch auf die **individuellen Eigenschaften des Freigestellten** und nicht auf jene seiner Nachfolger ankommt. Eine Orientierung kann uU an den Karrieren von **Arbeitskollegen derselben Generation und eines vergleichbaren bzw verwandten Bereichs** erfolgen: Hätte die freigestellte Person gemeinsam mit dieser Vergleichsgruppe oder auch aus dieser herausragend mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besondere, für die Entgeltbemessung am Arbeitsplatz relevante Fähigkeiten erworben und wäre deshalb besser bezahlt worden, so ist dies bei der Entgeltfindung zu berücksichtigen.
- Wäre das freigestellte Mitglied der Belegschaftsvertretung hingegen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit **nicht auf dem seinerzeitigen Arbeitsplatz geblieben**, so sind zwei mögliche Gründe für diesen Umstand zu unterscheiden:
 - Zum einen könnte es diesen **Arbeitsplatz nicht mehr geben**. Hier ist dann zu ermitteln, auf **welchen anderen Arbeitsplatz** sich der Betreffende mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterentwickelt hätte. Zur **Orientierung** kann wiederum darauf geschaut werden, wo **Nachfolger** und/oder Inhaber ähnlicher Arbeitsplätze gelandet sind.

Vom gefundenen „Ersatzarbeitsplatz“ **ausgehend** sind dann die oben geschilderten objektiven und subjektiven Komponenten der **Entgeltentwicklung** zu beurteilen, wobei unterstützend wiederum Inhaber dieses Arbeitsplatzes oder ähnlicher Arbeitsplätze und deren Entgeltsituation in die Betrachtung einzubeziehen sind.

- Der andere Grund für den Arbeitsplatzwechsel ist ein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eingetretener **Karriereschritt auf einen** typischerweise **höherwertigen Arbeitsplatz**. Gegebenenfalls ist wiederum die **Entgeltentwicklung von diesem Arbeitsplatz ausgehend** zugrunde zu legen, zur Orientierung können wiederum ähnliche Arbeitsplatzinhaber dienen.
- Bei den vergleichbaren Arbeitsplatzinhabern kann sich nun die Situation ergeben, dass bei der Beurteilung, ob der Freigestellte an seinem ursprünglichen Arbeitsplatz die größeren oder die kleineren Qualifikationen erworben hätte oder ob er auf einem anderen Arbeitsplatz eine größere oder kleinere Karriere gemacht hätte, eine Pattsituation (zB 50 : 50 %) zutage tritt. **Nur in diesem speziellen**, sehr unwahrscheinlichen **Fall** wäre im Zweifel auf den Durchschnitt einer Vergleichsgruppe, also auf die **Durchschnittskarriere** oder besser das **Durchschnittseinkommen von deren Mitgliedern**, abzustellen.
- Für eine Berücksichtigung von **wegen der Freistellung nicht erworbenen Qualifikationen, die für eine Höherstufung relevant gewesen wären**, muss es wiederum **überwiegend wahrscheinlich** sein, dass die Qualifikation ohne Freistellung erlangt worden wäre. Wiederum kann **zur Orientierung auf vergleichbare AN oder Arbeitnehmergruppen** rekuriert werden, etwa auf Nachfolger auf konkreten Arbeitsplätzen oder auf Personen aus dem betrieblichen Milieu und der Generation des Freigestellten.
- Wenn sogar tatsächlich nicht erlangte Qualifikationen bei der Bemessung der Entgeltfortzahlung Berücksichtigung zu finden haben, so muss dies **erst recht** so sein, wenn die fragliche, für einen beruflichen Aufstieg bzw eine bessere Bezahlung **relevante Qualifikation faktisch erworben** wurde. Das Wo und das Wie des

Kenntniserwerbs ist dabei ebenso wenig maßgeblich wie der Zusammenhang mit der Interessenvertretungstätigkeit.

- **In angemessenen Zeitabständen**, etwa vierteljährlich, mindestens aber jährlich, ist die Frage „was wäre, wenn“ zu stellen, um zu ermitteln, ob die Entgeltfindung für das dauernd freigestellte Mitglied der Belegschaftsvertretung **nachzujustieren** ist.

2. Pandemie und Arbeitsrecht 2022

Im Folgenden werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit einige Thesen zu weiteren Diskussionspunkten zum Thema zur Diskussion gestellt:

- Darf der AG nach dem Impfstatus fragen? Ein **Fragerecht des AG** besteht nach Abwägung der Interessen des AN auf Geheimhaltung persönlicher Umstände und der Interessen des AG an der Offenlegung betriebswichtiger Umstände. Im Allgemeinen wird der Impfstatus nicht offenzulegen sein. Im Falle der COVID-19-Impfung wird dies anders sein, zumal es hier auch einen entsprechenden öffentlich-rechtlichen Hintergrund iZm der Pandemiebekämpfung gibt.
- Das Fragerecht besteht sowohl im Zuge der **Einstellung** als auch im **aktiven Arbeitsverhältnis**.
- Dementsprechend erlaubt ist auch die Frage nach einem Status als **genesene (und nachgeimpfte) Person** oder nach einer **negativen (Selbst-)Testung** zulässig.
- Die **unrichtige Beantwortung** einer erlaubten Frage ist ein Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten und kann bei entsprechender Schwere einen **Entlassungsgrund** darstellen.
- Die **Weigerung**, die Frage zu beantworten, stellt mE keinen Entlassungsgrund dar, **beeinflusst** aber das **Ausmaß des Kündigungsschutzes** (dazu unten).

- Gibt der AN seinen Status nicht bekannt und wird er deswegen **nicht beschäftigt**, so stellt dies grundsätzlich einen Fall der **Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB** dar, es sei denn, diese Bestimmung wurde diesbezüglich – was mE zulässig ist – abgedungen.
- Bestehen allerdings öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des AG in Bezug auf den Zutritt zu seinem Betrieb, zB die sog **2G-Regel**, so ist der AN in der geschilderten Konstellation **nicht leistungsbereit** – es fehlt aus rechtlichen Gründen an der Arbeitsfähigkeit –, sodass § 1155 ABGB nicht in Betracht kommt.
- Eine Entgeltfortzahlung aus **sonstigen wichtigen, die Person betreffenden Gründen** kommt mE ebenfalls **nicht** in Betracht, zumal dieses Verhalten objektiv betrachtet ein Verschulden des AN beinhaltet.
- Wird in der Folge gekündigt, so kann der AG in einem allfälligen Kündigungsschutzverfahren iSd §§ 105, 107 ArbVG einen beachtlichen **personenbezogenen Kündigungsrechtfertigungsgrund** ins Treffen führen.
- Sollen **Tests im Betrieb** stattfinden, zB eine Teststraße, der sich die AN zu stellen haben, so stellt dies unabhängig davon, ob eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung dazu besteht oder nicht, eine **Kontrollmaßnahme, die die Menschenwürde berührt**, iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG oder § 10 AVRAG dar. Es bedarf daher einer entsprechenden „Lizensierung“ durch **BV** oder – falls kein BR besteht – **Einzelvertrag**.
- Soll allerdings nur eine sog 3G-Regel überprüft werden, so wird dies nicht die Menschenwürde berühren. Es würde sich um eine bloße Ordnungsvorschrift handeln, die per Weisung oder per BV iSd § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG etabliert werden kann.
- Die **Weigerung, sich der „lizensierten“ Kontrolle zu stellen**, ist ein **Persönlichkeitsrecht** und daher zulässig. Die Auswirkungen auf die Entgeltfortzahlung bei nachfolgender Dienstverhinderung und den Kündigungsschutz sind wie oben dargestellt.
- Die **Weisung**, im Arbeitsbereich Schutzmaßnahmen zu befolgen, insb eine **Maske zu tragen**, ist **zulässig**, wenn sich dies **aus öffentlich-rechtlichen Vorgaben** ergibt. Im Falle einer Weigerung und darauffolgender Dienstverhinderung wirkt sich das wiederum auf die Entgeltfortzahlung und auf den Kündigungsschutz aus. Die

Verletzung des Weisungsrechts kann sich nach allgemeinen Grundsätzen auch **zu einem Entlassungsgrund verdichten**.

- Die **Leugnung der Pandemie** bzw die **Verbreitung von Verschwörungstheorien** zum Thema kann sich nach allgemeinen Grundsätzen auch **zu einem Entlassungsgrund verdichten**. So weit kommen wird es aber vorrangig **in sensiblen Bereichen**, etwa in ärztlichen oder medizin-wissenschaftlichen Diensten.
- Aus der Fürsorgepflicht gegenüber (anderen) AN folgt weder Fragerecht noch (mitbestimmungs-)freie Kontrollmöglichkeit. Dies wäre ein völlig unübliches und überzogenes Verständnis dieses Rechtsinstituts.