

Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2023

Wichtige neue Rechtsprechung von EuGH und OGH

Unterlage zum Vortrag
im Rahmen des Hintergrundgesprächs
der Arbeiterkammer Steiermark,
4. 5. 2023, Flughafen Graz

Referent:

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

Inhaltsverzeichnis

1. Urlaub	3
2. Mehrarbeitspauschalen	4
3. Kündigungs- und Entlassungsschutz	7
3.1 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz.....	7
3.2 Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz	12
4. Betriebliche Mitbestimmung – BV	12

1. Urlaub

Der konkrete Urlaubsverbrauch ist zwischen AN und AG unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen **zu vereinbaren** (§ 4 Abs 1 UrlG). Urlaub dient der Erholung von AN.

Eine **Verjährung des Urlaubs** tritt gem § 4 Abs 5 UrlG mit Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem der Urlaub entstanden ist, ein. In Nachfolge der E des EuGH in den Rs *Kreuziger* und *Max-Planck-Gesellschaft*¹ hat der EuGH Präzisierungen der Hinweis- und Aufforderungspflicht von AG vorgenommen:

E 1) EuGH 22. 9. 2022 C-120/21 – *LB*
 ECLI:EU:C:2022:718 = ARD 6821/7/2022
 (vgl auch EuGH 22. 9. 2022, C-518/20 und C-727/20, *Fraport und St. Vincenz-Krankenhaus*, ECLI:EU:C:2022:707)

Art 7 der RL 2003/88/EG und Art 31 Abs 2 GRC sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, den ein AN für einen Bezugszeitraum erworben hat, nach Ablauf einer Frist von drei Jahren verjährt, deren Lauf mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem dieser Anspruch entstanden ist, wenn der AG den AN nicht tatsächlich in die Lage versetzt hat, diesen Anspruch wahrzunehmen.

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).

Im Falle des **unberechtigten Austritts** war vorgesehen, dass überhaupt keine Zahlung für das laufende Urlaubsjahr gebührt (§ 10 Abs 2 UrlG).

E 2) 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, 29. 6. 2022, 8 ObA 37/22g, ARD 6821/11/2022 und die Vorabentscheidung EuGH 25. 11. 2021, C-233/20, *WD/job-medium GmbH*, ECLI:EU:C:2021:960 =JAS 2022, 168 [*Zaversky*])

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

¹ EuGH 6. 11. 2018, C-619/16, *Kreuziger*; 6. 11. 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874 = DRdA-infas 2019/20, 28 (*Tinhof*).

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 auszuführen.

In Festschreibung dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber § 10 Abs 2 UrlG neu gefasst: Nunmehr ist vorgesehen, dass „abweichend von § 10 Abs 1 UrlG ... im Fall eines unberechtigten vorzeitigen Austritts **keine Ersatzleistung für die fünfte und sechste Woche** des Anspruchs auf Urlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr“ gebührt.

2. Mehrarbeitspauschalen

Eine Vergütung der geleisteter Mehr- bzw Überstunden, Reisezeiten, Rufbereitschaften udgl kann auch durch die Vereinbarung einer Pauschalabgeltung erfolgen.

Der Anspruch auf ein vereinbartes Pauschale gebührt auch dann, wenn der AN im Durchschnitt weniger Mehrarbeit iwS als durch das Pauschale gedeckt leistet.

E 3) OGH 31. 8. 2022 9 ObA 1/22w – Minusstundenvortrag
ARD 6835/6/2023

Werden einem AN, der einer Gleitzeitregelung unterliegt, mit einer Zulage iS einer Überstundenpauschale monatlich 15 Überstunden pauschal abgegolten, ist es bei Fehlen einer entsprechenden Regelung nicht zulässig, unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen von Überstunden (= Mehrleistungen außerhalb des Gleitzeitrahmens und am Ende der Gleitzeitperiode nicht übertragbare Stunden) das von der Zulage (Überstundenpauschale) abgedeckte Stundenausmaß am Ende der Gleitzeitperiode (hier: Kalendermonat) vom an sich auf die nächste Periode übertragbaren Zeitguthaben vorweg abzuziehen und dem AN insoweit den Konsum von Zeitausgleich zu verwehren.

Ob eine Vereinbarung über den Vorwegabzug pauschalierter Überstunden vom Zeitguthaben grundsätzlich zulässig wäre, musste der OGH im Anlassfall mangels Vorliegens einer solchen Vereinbarung nicht prüfen.

Erbringt der AN eine das Pauschale übersteigende Mehrarbeit, so kann er damit nicht gedeckte Ansprüche nachträglich geltend machen. Auszugehen ist davon, dass zB für die Entlohnung einer Überstunde gem § 10 Abs 1 AZG ein **Zuschlag** von mindestens 50 % oder eine Abgeltung durch Zeitausgleich gebührt, bei der der Überstundenzuschlag nicht verloren gehen darf. Ein **Pauschale** darf **nicht unter jene Vergütung** sinken, die sich durch eine **durchschnittliche Berechnung der tatsächlich erbrachten Überstunden zuzüglich der Zuschläge** ergeben würde. Für die Durchschnittsberechnung der durch das Pauschale umfassten Überstunden ist mangels Vereinbarung eines kürzeren Zeitraums ein Kalenderjahr zu Grunde zu legen.

Diese Prinzipien der Deckungsprüfung („**Deckungsrechnung**“) gelten auch für alle anderen Pauschalabgeltungen bis hin zu (echten) All-In-Vereinbarungen.

Wurde ein **Überstundenpauschale** ohne Vorbehalt des Widerrufs vereinbart, so können AG im Falle der Verringerung des Überstundenanfalls die Vereinbarung nicht einseitig widerrufen. Ein gesetzter **Widerrufsvorbehalt** kann nur **nach „billigem Ermessen“**, dh bei Vorliegen eines Grundes (zB keine Überstundenarbeit mehr nötig), **ausgeübt** werden.

E 4) OGH 25. 1. 2023 8 ObA 2/23m – Überstundenverbot und Widerruf
ARD 6839/8/2023

Sachverhalt: Der Kl wurde in Ergänzung zu ihrem ursprünglichen Arbeitsvertrag eine Überstundenpauschale für acht Stunden monatlich gegen „jederzeitigen Widerruf“ gewährt. Sie hat die mit der Pauschale abgedeckten Überstunden regelmäßig geleistet. Jahre später entzog die AG der Kl die Überstundenpauschale und untersagte ihr ausdrücklich weitere Überstunden, weil die Kl über mehrere Jahre fast ausnahmslos ihre vorgegebenen Arbeitsziele nicht erreichen konnte und gegenüber vergleichbaren Angestellten im Schlussfeld angesiedelt war.

Leitsatz: Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass die AG ihr Widerrufsrecht nicht aus unsachlichen Gründen in Anspruch genommen hat, liegt innerhalb des ihm zukommenden Ermessensspielraums. Wenn die Revision geltend macht, dass der Kl die widerrufenen Pauschale zumindest bis zum Ausspruch des Überstundenverbots gebührt hätte, vermag sie nicht darzulegen, weshalb die Wirksamkeit des Widerrufs der Pauschalierung davon abhängig sein sollte. Jene Überstunden, die die Kl nach der Einstellung der Pauschale mangels gegenteiliger Anordnung noch geleistet hat, wurden ihr unstrittig aufgrund einer Einzelabrechnung bezahlt.

Im Falle von **Elternteilzeit** ruht nach der Rechtsprechung das Überstundenpauschale, ohne dass es eines Widerrufs bedürfte.

Diese Sichtweise ist problematisch, zumal dadurch wieder die „wegvereinbarte“ Einzelabrechnung schlagend wird. Eine aliquote Herunterrechnung wäre mE angemessen gewesen. Alles weitere hätte man dem Widerrufsrecht überlassen können.

E 5) OGH 28. 9. 2022 9 ObA 83/22d – Ruhen gewidmeter Teile des All-In
ZAS 2023/7, 29 (*Schrank*) = ARD 6824/5/2022

Haben die Arbeitsvertragsparteien eine All-in-Vereinbarung abgeschlossen (hier: in der Form, dass im Dienstvertrag die Anzahl der pauschalierten Mehr- und Überstunden festgehalten ist), ruht während der Elternteilzeit jener Teil des Arbeitsentgelts, der für die Leistung von Mehr- und Überstunden bezahlt wird.

Das Entgelt ist um jenen Betrag zu kürzen, der der konkret bestimmten Anzahl an im Gesamtentgelt enthaltenen Mehr- und Überstunden (samt Zuschlag) entspricht.

Für die tatsächliche Leistung von Mehr- und Überstunden gebührt diesfalls dem Elternteilzeitbeschäftigten die entsprechende Abgeltung, allerdings im Wege der Einzelverrechnung der erbrachten Mehrleistungen.

Ein Widerrufsvorbehalt ist keine unabdingbare Voraussetzung für die Kürzung des Entgelts eines Elternteilzeitbeschäftigten um die Überstundenpauschale. Ob bei der konkreten All-in-Vereinbarung überhaupt ein Widerrufsvorbehalt zulässig wäre, braucht hier daher nicht näher untersucht zu werden.

E 6) OGH 24. 10. 2022 8 ObA 22/22a – Herausrechnen des Mehr- und Überstundenteils
ARD 6830/6/2023

Enthält eine All-in-Vereinbarung die Formulierung „Es wird davon ausgegangen, dass im Durchschnitt 25 Mehr- und Überstunden pro Monat geleistet werden“, lässt die Formulierung eine ausreichende Abgrenzung eines bestimmten Überstundenanteils in zeitlicher Hinsicht, der im Gesamtgehalt pauschal abgegolten werden soll, zu. Folglich ist bei Antritt der Elternteilzeit das Herausrechnen der Mehr- bzw Überstunden aus dem All-in-Gehalt möglich, wobei bei einer fehlenden Festlegung des Grundentgelts für das Herausrechnen der Mehr- bzw Überstunden vom kollektivvertraglichen Mindestentgelt auszugehen ist.

Allgemein ist es naheliegend, bei **Änderungen des Beschäftigungsausmaßes** die oben angesprochene Aliquotierung der Überzahlung vorzunehmen.

3. Kündigungs- und Entlassungsschutz

3.1 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz

Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz in den §§ 105 ff ArbVG schützt AN vor Beendigungen von Seiten der AG, die entweder aus verpönten Motiv erfolgt sind (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) oder aller Voraussicht nach wesentliche soziale Nachteile für die betroffenen AN nach sich ziehen werden (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG). Vorausgesetzt ist, dass die Betroffenen in einem betriebsratspflichtigen Betrieb (mit oder ohne BR) tätig ist.

Besteht ein BR, so ist gem § 105 Abs 1 und 2 ArbVG ein sog **Vorverfahren** einzuhalten: Beabsichtigt der BI die Kündigung eines AN, so muss er vor Ausspruch derselben den BR verständigen. Auf Verlangen des BR hat sich der AG mit diesem zum Thema zu beraten. Der BR hat innerhalb **einer Woche** zur Kündigungsabsicht Stellung zu nehmen.

Hat der BR im Rahmen des Vorverfahrens der Kündigung **ausdrücklich widersprochen**, kommt primär ihm das Anfechtungsrecht zu, welches durch **Klage beim ASG** auszuüben ist. Der **BR hat über Verlangen des AN** die Kündigung **binnen einer Woche ab** vom BI vorzunehmender (§ 105 Abs 4 Satz 1 ArbVG) **Verständigung vom Ausspruch** beim ASG anzufechten (§ 105 Abs 4 Satz 2 ArbVG). Nur wenn der BR diesem Verlangen nicht nachkommt und die Anfechtungsklage nicht einbringt, ist der **AN selbst** zur Anfechtung **innerhalb zweier weiterer Wochen** nach Ablauf der für den BR geltenden Frist legitimiert (§ 105 Abs 4 Satz 3 ArbVG). Materiell stehen alle Anfechtungsmöglichkeiten offen (s dazu unten).

E 7) OGH 22. 4. 2022 8 ObA 29/22f – Aktivlegitimation zur Kündigungsanfechtung
ASoK 2022, 436 = ARD 6817/9/2022

Das Recht zur Anfechtung im Falle eines Widerspruchs des BR gegen die Kündigung steht primär dem BR zu, während das Anfechtungsrecht des AN voraussetzt, dass er den BR erfolglos aufgefordert hat, die Anfechtung vorzunehmen. An das „Verlangen“ des AN an den BR, die Kündigung anzufechten, sind keine besonderen formellen Ansprüche zu stellen. Wesentlich ist, dass aus den Erklärungen des AN insgesamt hervorgeht, dass er möchte, dass seine Kündigung durch Ausübung des Anfechtungsrechts nach § 105 ArbVG wieder aufgehoben wird.

Aus dem Schreiben „Hallo E.! Ich wurde gestern telefonisch... über den Ausspruch der Kündigung informiert. Ich wollte mich bei dir erkundigen, ob dir ein Grund genannt wurde? Ich weiß, dass mit der aktuellen Situation argumentiert wurde. Trotzdem wollte ich mich nochmals bei Dir erkundigen! LG M.“ kann nicht geschlossen werden, dass die AN den BR zum Tätigwerden auffordern wollte. Dass die AN damals auch die Arbeiterkammer kontaktierte, kann zu keiner anderen Auslegung führen, weil sie gar nicht behauptet hat, dass dem BR dieser Umstand bekannt gewesen wäre.

Die Kl ist daher für die Klage, mit der sie die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit bzw dem Vorliegen eines verpönten Motivs anstrebt, nicht aktivlegitimiert.

E 8) OGH 31. 8. 2022 9 ObA 90/22h – Unter Umständen Planen einer Anfechtung ASoK 2022, 436 = ARD 6817/9/2022

Sachverhalt: Nachdem die Kl von der beabsichtigten Kündigung erfahren hatte, wandte sie sich an ihre Vertrauensperson, die – was der Kl auch bekannt war – Mitglied des für die Kl nicht zuständigen Arbeiter-BR war. Dieser Vertrauensperson sagte sie, dass diese mit der Direktion über weitere drei Monate Abfertigung sprechen solle und, wenn sie das nicht bekomme, sie sich das nicht gefallen lasse und zu Gericht gehe. Mit Mitgliedern des für sie zuständigen Angestellten-BR nahm die Kl nicht Kontakt auf. Diese waren bei der Besprechung über eine einvernehmliche Auflösung anwesend, bei dieser wurde aber eine Anfechtung von niemandem thematisiert.

Festgestellt ist zwar, dass die Vertrauensperson der Kl einem Mitglied des Angestellten-BR vom Inhalt des Gesprächs mit der Kl berichtete. Dass er das im Auftrag der Kl tat, wurde aber weder in erster Instanz vorgebracht, noch das allfällige Fehlen von Feststellungen in der Berufung gerügt.

Leitsatz: Wenn das Berufungsgericht die Rechtsauffassung vertritt, eine von dritter Seite einem Betriebsratsmitglied bekanntwerdende Äußerung der AN, dass diese unter bestimmten Umständen eine Anfechtung plane, könne auch bei extensiver Interpretation nicht als „Verlangen“ einer Anfechtung gegenüber dem BR verstanden werden, hält sich dies im Rahmen des gesetzlich eingeräumten Ermessensspielraums.

Die Kl ist daher für die Anfechtungsklage nach § 105 ArbVG nicht aktivlegitimiert.

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 Betriebsrätstätigkeit (lit e Fall 2)
- offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (sog Vergeltungskündigung; lit i)

E 9) OGH 27. 4. 2022 9 ObA 20/22i – Änderungskündigung als Vergeltungskündigung
ASoK 2022, 354 = ARD 6817/7/2022

Strebt ein AG auf dem durch die Rechtsordnung vorgesehenen Weg, nämlich durch ein Änderungsangebot, eine Vertragsänderung über dispositive Vertragspunkte an und stimmt der AN nicht zu, so kann die aus diesem Grund ausgesprochene Kündigung zwar nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, nicht aber als Motivkündigung nach § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG angefochten werden. Die Rechtsprechung begründet dies damit, dass das Interesse eines AG an einer notwendigen oder sachgerechten – auch verschlechternden – Änderungsvereinbarung für die Zukunft noch keine Infragestellung bestehender Ansprüche des AN bedeutet, weil der Änderungswunsch deren Anerkennung gerade voraussetzt. Insofern kann in der Ablehnung eines Änderungsbegehrens durch den AN auch keine Geltendmachung von Ansprüchen gesehen werden, die vom AG infrage gestellt wurden.

Anders verhält es sich jedoch nach der Rechtsprechung, wenn das mit der Androhung der Beendigung des Vertragsverhältnisses verbundene Änderungsangebot die Reaktion auf die Geltendmachung nicht offenbar unberechtigter Ansprüche durch den AN war und inhaltlich darauf hinauslief, den AN vor die Wahl zu stellen, seine Forderung (im Wesentlichen) aufzugeben oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinnehmen zu müssen.

Konnte ein AG den AN aufgrund einer internen Umstrukturierung zumindest ab März 2017 nicht mehr am bisherigen Arbeitsplatz auf Dauer einsetzen und versetzte er ihn mit Ende März/Anfang April 2017 zunächst vorübergehend auf einen anderen Arbeitsplatz, womit er den AN nicht zur Selbstkündigung bewegen wollte, sondern der Ansicht war, dass die Versetzung durch den Dienstvertrag gedeckt sei und zu keiner Verschlechterung der Arbeitsbedingungen führe, und hatte der AG, da der AN dieser Versetzung widersprach, aber keine andere Einsatzmöglichkeit für den AN, weswegen er die nun angefochtene Änderungskündigung aussprach, dann hat der AG unter den hier konkret festgestellten Umständen mit der Änderungskündigung die ihm einzig verbliebene Möglichkeit einer Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses – wenn auch unter anderen Bedingungen und auf einem anderen Arbeitsplatz – wahrgenommen.

Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles liege der Kündigung kein verpöntes Motiv iSd § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG zugrunde, hält sich im Rahmen der dargestellten Rechtsprechung.

E 10) OGH 29. 6. 2022 8 ObA 45/22h – Mund-Nasen-Schutz
DRdA-infas 2022/175, 373 = ARD 6813/6/2022
(vgl auch OGH 24. 3. 2022, 9 ObA 19/22t, ARD 6799/2/2022)

Sachverhalt: Trotz pandemiebedingter Pflicht zum Aufsetzen eines Mund-Nasen-Schutzes im Betrieb der AG bei Kontakt mit anderen Mitarbeitern weigerte sich der AN, einen solchen zu tragen. Dies war unmittelbarer Auslöser seiner Kündigung durch die AG. Seine Kündigung erfolgte aber nicht allein aus diesem Anlassfall, sondern war wesentlich motiviert durch andere, frühere Vorkommnisse. Denn der Kl hatte bereits zuvor trotz wiederholter Ermahnungen diverse Sicherheitsanweisungen der AG (Bartschutznetz für den ca 20 cm langen Bart bei Arbeit an Walzmaschine, Schutzbrille zur Vermeidung des Eindringens von Metallspänen ins Auge) nicht eingehalten.

Leitsätze: Die Kündigung war hier „wesentlich motiviert durch andere, frühere Vorkommnisse“. Insoweit ist der Bekl der Beweis gelungen, dass die Verweigerung des Tragens eines Mund-Nasen-Schutzes für sie nicht das „wesentliche“ Kündigungsmotiv war. Voraussetzung für das Vorliegen einer verwerflichen und mit Erfolg anfechtbaren Motivkündigung wäre, dass das iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG verpönte Motiv für die Kündigung zumindest ein wesentlicher Beweggrund – wenn auch nicht der ausschließliche – war.

Da somit das Vorliegen eines unzulässigen Kündigungsmotivs verneint wurde, war auf die Frage, ob eine Kündigung wegen Verweigerung des Tragens eines Mund-Nasen-Schutzes überhaupt unter § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG fällt, nicht mehr einzugehen.

E 11) OGH 16. 12. 2022 8 ObA 78/22m – Kündigung Ungeimpfter
ARD 6834/8/2023
(vgl auch OGH 24. 1. 2023, 9 ObA 116/22g, ARD 6844/9/2023)

Sachverhalt: Die Kl wurde in der ersten Märzwoche 2021 von einer Angestellten im Büro der Bekl darauf aufmerksam gemacht, dass die Bekl Überlegungen treffe, nicht gegen Covid-19 geimpfte Mitarbeiter nicht weiter zu beschäftigen. Die Kl erbat sich Bedenkzeit. Einige Zeit später sagte die Geschäftsführerin der Bekl zur Kl, dass sie bis Ostern 2021 Zeit hätte, sich impfen zu lassen, ansonsten die Zusammenarbeit beendet werden würde. Die Kl erwiderte, dass sie sich „vergewaltigt“ und zur Impfung gezwungen fühle. Im Weiteren wurde von der Büromitarbeiterin erneut „eingefordert“, dass sich die Kl impfen lassen solle. Die Kl erbat sich erneut Bedenkzeit. Sie wurde sodann am 29. 4. 2021 gekündigt.

Leitsätze: Beim Kündigungsanfechtungsgrund des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG geht es darum, dass der AG nach Meinung des AN bestehende Ansprüche nicht erfüllt, dass der AN diese nicht erfüllten Ansprüche dem AG gegenüber geltend macht und dass der AG den AN wegen dieser Geltendmachung kündigt.

Von der „Geltendmachung“ eines Anspruchs kann nur dann die Rede sein, wenn sich der AN erkennbar – sei es auch nur konkludent – auf eine Rechtsposition beruft. Das Erbitten von „Bedenkzeit“ und die Erklärung, sich durch eine Aufforderung zu einer Impfung „vergewaltigt“ oder gezwungen zu fühlen, ist keine Berufung auf eine Rechtsposition.

Selbst wenn man annehmen wollte, dass die KI durch obiges die Rechtsposition erkennen ließ, nicht verpflichtet zu sein, sich impfen zu lassen, wäre § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG nicht anwendbar. Die Vorschrift setzt nämlich unter anderem auch voraus, dass der AG den vom AN geltend gemachten Anspruch „in Frage gestellt“ hat. Solches ist hier nicht ersichtlich. Vielmehr hat die KI bereits in ihrer Klage vorgebracht, dass die Geschäftsführerin der Bekl ihr gegenüber erklärte, dass sie – die KI – die Wahl habe.

Wegen **Sozialwidrigkeit** kann die Kündigung (unberechtigte Entlassung) 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.

E 12) OGH 27. 4. 2022 9 ObA 26/22x – Positive Zukunftsprognose reicht nicht DRdA-Infas 2022/137, 291 (krit *Bachhofer*) = ARD 6813/6/2022 (vgl hingegen davor OGH 25. 11. 2021, 9 ObA 117/21b; weiters auch zB OGH 27. 2. 2023, 8 ObA 87/22k, ARD 6844/7/2023)

Für die vierjährige Wartefrist zum Erwerb des besonderen Kündigungsschutzes begünstigter Behinderter gem § 8 Abs 6 lit b BEinstG sind Zeiten als überlassene Arbeitskraft nicht mit den unmittelbaren Dienstzeiten im Betrieb zusammenzurechnen.

Eine an sich sozialwidrige Kündigung, die mit erhöhten Krankenständen begründet wird, kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn im Verfahren eingeholte Sachverständigengutachten künftige leidensbedingte Krankenstände nicht erwarten lassen, die Tätigkeit mit dem medizinischen Leistungskalkül vereinbar ist und daher objektiv keine negative Zukunftsprognose vorliegt, da für die Frage des Vorliegens von „Umständen, die in der Person des AN gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachträglich berühren“ weitere Aspekte für die Beurteilung der personenbezogenen Gründe herangezogen werden können.

Obwohl der Gerichtshof aufgrund von im Verfahren eingeholten medizinischen und berufskundlichen Sachverständigengutachten von „objektiv noch keiner negativen Zukunftsprognose für die Arbeitsfähigkeit der KI“ zum Kündigungszeitpunkt ausgeht, führt er die bisherigen massiven Krankenstände, die Unplanbarkeit der Schichten, den Unmut der anderen Mitarbeiter über die Besetzung eines Schonarbeitsplatzes und die Chronologie des Behandlungsverlaufs der KI sowie eine negative, auf hausärztlichem Attest beruhende Einschätzung der Betriebsärztin dafür ins Treffen, dass der AG eine mangelnde Einsetzbarkeit der KI annehmen durfte und damit deren Kündigung gerechtfertigt war (so treffend *Bachhofer*, DRdA-Infas 2022/137, 294). Damit wird verwässert,

dass eine ärztliche **Zukunftsprognose** maßgeblich sein muss. ME hätten auch die widersprüchlichen ärztlichen Stellungnahmen genauer reflektiert werden müssen.

3.2 Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz

Unter dem Begriff „individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz“ **individuell gewährte Motivanfechtungstatbestände** zusammengefasst. Regelungen zum Thema finden sich vor allem im Diskriminierungsschutz des GIBG bzw des BEinstG.

Wird das Arbeitsverhältnis vom AG ua **wegen der Religion oder Weltanschauung gekündigt, vorzeitig gelöst** oder **im Probemonat beendet**, so kann die Lösung gem § 26 Abs 7 GIBG beim ASG angefochten werden.

E 13) OGH 20. 10. 2022 9 ObA 59/22z – SPÖ-Mitglied allein keine Weltanschauung

Der Begriff der „Weltanschauung“ (hier iSd § 13 Abs 1 B-GIBG) und der Begriff der „Religion“ sind nach der Rsp des EuGH die zwei Seiten ein und desselben Diskriminierungsgrundes iSd RL 2000/78/EG, die von dem Grund der „politischen oder sonstigen Anschauung“ in Art 21 Grundrechtecharta zu unterscheiden sind. Bei einer „Weltanschauung“ handelt es sich um eine Leitauauffassung vom Leben und von der Welt als einem Sinnganzen sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standorts für das individuelle Lebensverständnis. „Weltanschauungen“ sind keine wissenschaftlichen Systeme, sondern Deutungsauffassungen in der Form persönlicher Überzeugungen von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen.

Geht eine politische Anschauung (Überzeugung, Einstellung) über die Bezugnahme auf einzelne politische Fragen hinaus und stellt sie sich bei Gesamtbetrachtung gleich einer „Weltanschauung“ dar, so kann sie unter den Diskriminierungsgrund der „Weltanschauung“ iSd § 13 Abs 1 B-GIBG subsumiert werden. Erforderlich ist dafür ein gewisser Grad an Verbindlichkeit, Ernsthaftigkeit und Bedeutung der Überzeugung. Die parteipolitische Zugehörigkeit kann, muss aber nicht Ausdruck einer Weltanschauung sein.

4. 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).

Folgende Maßnahmen des BI bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit gem § 96 Abs 1 ArbVG der Zustimmung des BR:

- Einführung einer betrieblichen **Disziplinarordnung** (Z 1 leg cit);
- Einführung von **Personalfragebögen**, sofern in diesen nicht bloß die allgemeinen Angaben zur Person und Angaben über die fachlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Verwendung des AN enthalten sind (Z 2);
- Einführung von **Kontrollmaßnahmen** und technischen Systemen zur Kontrolle der AN, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren (Z 3);
- Einführung und Regelung von **Akkordlöhnen** sowie akkordähnlichen Prämien und Entgelten, die auf statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhen, sowie der maßgeblichen Grundsätze (Systeme und Methoden) für die Ermittlung und Berechnung dieser Entgelte (vgl Z 4 leg cit).

E 14) OGH 14. 7. 2022 9 ObA 60/22x – Elektronisches Schließsystem
DRdA-infas 2022/174, 371 = ARD 6818/6/2022

Sachverhalt: Das bekl Logistikunternehmen hat 2021 die Außentüren und ausgewählte Türen im Innenbereich ihres Betriebs unter Verwendung des Systems „e*“ mit einem elektronischen Schloss versehen. Die AN wurden mit personalisierten Zutrittskarten ausgestattet. Zutrittsdaten können an den jeweiligen Türen gespeichert und an den PC des Benutzers übertragen werden. Diese Logdateien können so ausgelesen werden, dass sie nach Zutrittspunkt oder Medien gefiltert und den einzelnen Benutzern zugeordnet werden.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der kl BR, es zu unterlassen, das Zutrittssystem „e*“ im gesamten Betriebsgebäude ohne seine Zustimmung (in Form einer BV) einzuführen bzw weiterhin zu nutzen, das arbeitsbezogene Verhalten sowie auch die Privatsphäre der AN zu kontrollieren, deren Bewegungsdaten zu erheben, auszuwerten und zu verarbeiten. Sämtliche Daten der AN, die durch Verwendung des Systems „e*“ bereits erfasst wurden, sollen durch Löschung vernichtet und das eingesetzte System „e*“ deinstalliert werden. Wegen der Dringlichkeit der Angelegenheit beantragt der BR zudem die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Leitsätze: Der Anwendungsbereich des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG wird nicht in jedem Fall mit der Einführung einer (als objektiv geeignet beurteilten) Kontrollmaßnahme bzw eines technischen Kontrollsystems iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG eröffnet, vielmehr verlangt die Regelung, dass mit Einführung des Systems die Menschenwürde der AN berührt wird.

Eine zustimmungspflichtige Maßnahme iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG liegt schon dann vor, wenn die Einrichtung objektiv geeignet ist, die AN zu kontrollieren, auch wenn dem BI jede Kontrollabsicht fehlt. Relevant ist damit nicht, was tatsächlich kontrolliert wird, sondern was konkret kontrolliert werden kann.

Bei Maßnahmen oder Systemen, die diese objektive Eignung zur Kontrolle der AN erfüllen, ist gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG (bzw § 10 Abs 1 AVRAG) in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob durch das konkret installierte Kontrollsystem die Menschenwürde berührt ist. Die Menschenwürde wird von einer Kontrollmaßnahme oder einem Kontrollsystem dann „berührt“, wenn dadurch die vom AN in den Betrieb mitgebrachte Privatsphäre kontrolliert wird. Von der Privatsphäre abgesehen kann aber auch durch die Kontrollintensität der Arbeitsleistung und des arbeitsbezogenen Verhaltens des AN eine Berührung der Menschenwürde bewirkt werden, und zwar vor allem dann, wenn diese Kontrolle in übersteigerter Intensität organisiert wird und jenes Maß überschreitet, das für Arbeitsverhältnisse dieser Art typisch und geboten ist.

Zur Klärung der Frage, ob ein derartiges „Berühren“ vorliegt, bedarf es in jedem Einzelfall einer umfassenden Abwägung der wechselseitigen Interessen. So sind einerseits die Interessen des AG, der im Arbeitsverhältnis ein grundsätzliches Recht zur Kontrolle der AN hat, aber darüber hinaus zB auch sein Eigentum sichern und schützen will, und andererseits die Interessen des AN an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte gegeneinander abzuwägen. Dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit kommt hier regulierende Funktion zu. Persönlichkeitsrechte dürfen nur so weit beschränkt werden, als dies durch ein legitimes Kontrollinteresse des AG geboten ist. Es ist das schonendste – noch zum Ziel führende – Mittel zu wählen.

Die Frage der „Eignung“ bezieht sich also nur auf das Kontrollsystem selbst. Das „Berühren der Menschenwürde“ ist angesprochen, wenn in die Privatsphäre eingegriffen oder eine übersteigerte Kontrollintensität gewählt wird. Es kommt dabei darauf an, was das konkrete System könnte. Die Frage des „Berührens“ ist mittels Interessenabwägung zu beurteilen.

E 15) OGH 21. 11. 2022 8 ObA 48/22z – Umbauprämie

Sachverhalt: R* K*, M* W*, K* G* und L* H* sind seit mehreren Jahren bei der Bekl in deren Betrieb als Umbauschlosser beschäftigt. Im Betrieb werden mittels sieben Glasformungsmaschinen Glasflaschen hergestellt. Diese Produktionsmaschinen werden je nach Marktbedarf regelmäßig – beinahe täglich – umgerüstet, um unterschiedliche Flaschentypen zu produzieren. Aus den Produktionsabläufen resultiert, dass pro Tag maximal drei Maschinen umzubauen sind, wobei an manchen Tagen aber auch nur eine einzige Maschine umgebaut wird.

Bis zum 31. 12. 2019 wurde für die als „Umbau“ bezeichnete Tätigkeit eine sog „Umbauprämie“ an die Umbauschlosser zur Auszahlung gebracht, die wie folgt ermittelt wurde: Für jeden Umbau einer Produktionsmaschine wurde eine vorgegebene – auf Schätzung aufgrund bloßen Erfahrungswissens beruhende – Soll-Zeit fixiert, von der die von den Arbeitern tatsächlich benötigte Ist-Zeit abgezogen wurde. Die Differenz wurde monatlich aufsummiert und mit dem in diesem Monat gebührenden Stundenlohn multipliziert. So erwarb zB K* G* im Monat November 2018 eine Prämienzeit von 41,70 Stunden, was multipliziert mit dem Stundenlohn eine Prämie von 649,83 EUR brutto ergab.

Beim Umbau wurde in der sog „Karawane“ gearbeitet. Die Umbauschlosser führten hintereinander an den Stationen arbeitsteilig einzelne Handgriffe durch. Ein Umbauschlosser hatte keine Möglichkeit, durch die Geschwindigkeit seiner Arbeitsvorgänge bzw Arbeitsschritte (oder in sonstiger Weise) Einfluss darauf zu nehmen, wie viele Maschinen

umgebaut wurden. Selbst besonders schnelles Arbeiten eines Umbauschlossers führte nicht dazu, dass er mehr Maschinen umbaut. Waren alle Umbaumaßnahmen abgeschlossen, hatten sich die Umbauschlosser anderen Arbeitstätigkeiten, wie insb Revisions- und Vorbereitungsarbeiten, zuzuwenden, die in keinem besonderen Entlohnungssystem erfasst wurden.

Das Vergütungssystem für den Umbau wurde über mehrere Jahre, betreffend manche Arbeiter teilweise seit 1990 und früher, praktiziert. Bei der Auszahlung der Umbauprämie wurden die Arbeiter niemals ausdrücklich oder schlüssig darüber informiert, dass sie von der Bekl jederzeit widerrufen werden könnte. Über die Prämie gab es keine BV.

Die Bekl begann gegen Ende 2017, den gesamten Umbauprozess neu zu strukturieren. Den Umbauschlossern wurden am 6. 12. 2019 Einzelvereinbarungen übergeben, die ein Anbot der „Umbauprämie neu“ enthielten, welche ab 1. 1. 2020 zur Anwendung gelangen sollte, auf die aber kein wie immer gearteter Rechtsanspruch bestehen soll. Die vier eingangs genannten Arbeiter lehnten es ab, diese Vereinbarung abzuschließen. Die Bekl stellte ab 1. 1. 2020 die Zahlung der alten „Umbauprämie“ an sie ein.

Leitsätze: Dem AG ist jedenfalls gestattet, sich pro futuro auf die Unwirksamkeit eines von ihm ohne die notwendige BV gem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG eingeführten Entgeltsystems sowie der in diesem Zusammenhang mit dem einzelnen AN ausdrücklich oder konkludent geschlossenen Entgeltabrede zu berufen; andernfalls würde ihm drohen, von einem AN auf dessen Weitergeltung in Anspruch genommen und gleichzeitig vom BR auf Unterlassung und/oder Beseitigung des rechtswidrig eingeführten Entgeltsystems geklagt zu werden.

Die Einordnung unter „akkordähnlichen Prämien ..., die auf statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhen“ bedeutet im Ergebnis für AN zweierlei: Einerseits wird den AN in Betrieben mit BR insoweit jede Dispositionsmöglichkeit entzogen. Sie können also keinerlei wirksame vertragliche Vereinbarungen dazu treffen und Entgeltansprüche erwerben. Andererseits kann der AG diese Entgeltleistung jederzeit einstellen, entweder weil sie nicht auf einer BV iSd § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG beruht oder weil er die BV jederzeit ohne Frist und Nachwirkung aufkündigen kann (vgl § 96 Abs 2 iVm § 32 ArbVG). Die Rechtfertigung der damit verbundenen Einschränkung der Dispositionsfähigkeit der AN wird vom Gesetzgeber im Gesundheitsschutz gesehen und dadurch abgesichert, dass es sich um „akkordähnliche“ Prämien handeln muss, die auf den im Gesetz genannten Verfahren oder Methoden beruhen.

Im Falle der Umbauprämie liegt Akkordähnlichkeit wegen der gegebenen Arbeit-Entgelt-Relation vor. Dass die Prämie von der Karawane abhängt, schadet nicht, es gibt ja auch Gruppenakkord.

Akkordlohnähnliche Prämien unterfallen aber nur dann dem § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG, wenn sie „auf statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhen“. Diese Voraussetzung ist strikt auszulegen. Die Bekl hat die Vorgabezeiten nur „aus dem bloßen Erfahrungswissen abgeleitet (geschätzt)“. Dass ein Verfahren im dargestellten Sinne angewendet wurde, hat die Bekl gar nicht konkretisiert vorgebracht. Es lag aus diesem Grund kein Fall einer notwendigen BV vor.

Vielmehr war die „Umbauprämie alt“ nur fakultativ (§ 97 Abs 1 Z 16 ArbVG) einer BV zugänglich und es damit möglich, die Prämie konkludent durch Betriebsübung individualvertraglich zu vereinbaren.

Die Gestaltung des hier für die Höhe des Entgelts maßgeblichen Betriebsablaufs ist dem AG überlassen und könnte dies dahin zu verstehen sein, dass diesem im Zuge notwendiger Änderungen des Betriebsablaufs auch bei der durch Betriebsübung begründeten individualrechtlichen Vereinbarung der „Umbauprämie alt“ im Rahmen des billigen Ermessens Anpassungen zustehen, insb wenn auch in dem adaptierten System ähnliche Verdienstmöglichkeiten geboten werden. Gerade dies ist aber hier bereits deshalb zu verneinen, weil den AN auf die „Umbauprämie neu“ kein wie immer gearteter Rechtsanspruch zustehen soll.

Diese Sichtweisen sind mE weitgehend in Ordnung und nachvollziehbar. Bedenklich könnte der letzte Leitsatz sein: Im Zusammenhang mit der Umbauprämie wurde keinerlei Entgeltgestaltungsvorbehalt vereinbart, sodass dem AG eine diesbezügliche Anpassung von vornherein nicht möglich sein kann.