

Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2018

**Auszug aus wichtigen Neuerungen in Gesetzgebung und
Rechtsprechung des OGH**

Unterlage zum Vortrag
im Rahmen des Hintergrundgesprächs
der Arbeiterkammer Steiermark,
27. 9. 2018, Flughafen Graz

Referent:

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

Inhaltsverzeichnis

1. Die Arbeitszeit-Novelle 2018 (BGBl I 2018/53)	3
1.1 Neue Ausnahmen vom Geltungsbereich	3
1.2 Neue Höchstgrenzen der Arbeitszeit	3
1.3 Neue Grenzen zulässiger Überstundenarbeit	4
1.4 Abgeltung von Überstundenarbeit	4
1.5 Verpflichtung des AN zur Überstundenleistung	4
1.6 Neuerungen bei der Gleitzeit	5
1.7 Neue Ausnahmen von der Wochenend- bzw Feiertagsruhe	6
2. Wichtige neue Entscheidungen zum Arbeitsrecht	6
2.1 Entgeltfortzahlung	6
2.2 Arbeitszeit	8
2.3 Elternkarenz	9
2.4 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz	10
2.5 Betriebliche Mitbestimmung	12

1. Die Arbeitszeit-Novelle 2018 (BGBl I 2018/53)

Durch die Novelle BGBl I 2018/53, in Kraft getreten mit 1. 9. 2018, wurden Änderungen insb im AZG und im ARG vorgenommen. Folgende Inhalte sind hervorzuheben:

1.1 Neue Ausnahmen vom Geltungsbereich

Neben **gewissen nahen Angehörigen des AG** wurde insb eine weitere Gruppe von Führungskräften aus dem Schutzbereich von AZG und ARG herausgenommen:

Nunmehr sind nicht mehr nur „leitende Angestellte“, sondern auch **„sonstige AN“**, denen **maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis übertragen ist und deren gesamte Arbeitszeit** auf Grund der besonderen Merkmale der Tätigkeit

- a) **nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird, oder**
 - b) **von diesen AN hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann,**
- ausgenommen.

Der Gesetzgeber hat die Regelungen damit an das Mindestniveau der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG angepasst.

1.2 Neue Höchstgrenzen der Arbeitszeit

Gem § 9 Abs 1 AZG wurden – unbeschadet spezieller Ausnahmen – die Höchstgrenze der **täglichen Arbeitszeit** auf **zwölf** und die Höchstgrenze der **wöchentlichen Arbeitszeit** auf **60 Stunden** angehoben. Alle damit im Zusammenhang stehenden Bestimmungen, die weniger als dies zuließen, wurden gestrichen.

Auch diesbezüglich ist nun das Mindestniveau der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG im österreichischen Recht maßgeblich.

Zu beachten ist, dass nach § 3 Abs 1 AZG nach wie vor der Grundsatz besteht, dass mangels anderer Verteilung die tägliche Normalarbeitszeit acht Stunden und die wöchentliche Normalarbeitszeit 40 Stunden beträgt.

1.3 Neue Grenzen zulässiger Überstundenarbeit

Nach neuer Rechtslage sind bei erhöhtem Arbeitsbedarf (ohne weitere Voraussetzungen) grundsätzlich **täglich bis zu vier** (bislang: zwei) und **wöchentlich bis zu 20 Überstunden** (bislang: fünf sowie aus einem Jahrespool von 60 weitere fünf) zulässig. Dazu tritt die in der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG vorgesehene Arbeitszeitgrenze, wonach die durchschnittliche Wochenarbeitszeit **in einem Durchrechnungszeitraum von 17 Wochen 48 Stunden nicht überschreiten** darf (vgl § 7 Abs 1 nF AZG).

§ 7 Abs 4 aF AZG über „Sonderüberstunden“ ist so gesehen nicht mehr notwendig und wurde aufgehoben, auf der Basis dieser Bestimmung abgeschlossene BV sind mit Ablauf des 31. 8. 2018 nachwirkungslos erloschen.

1.4 Abgeltung von Überstundenarbeit

Überstundenarbeit liegt nach wie vor dann vor, wenn die Grenzen der täglichen oder wöchentlichen (Normal-)Arbeitszeit ausgehend von der im jeweiligen vorgenommenen Verteilung der Arbeitszeit überschritten werden (vgl § 6 Abs 1 AZG). Die Abgeltung richtet sich nach § 10 AZG, es gebührt also für eine Überstunde eine Aufwertung von 50 % auf die Normalarbeitsstunde, wobei die Abgeltung grundsätzlich in Geld und im Falle einer anderen Regelung durch KollV, BV oder Arbeitsvertrag per Zeitgutschrift zu erfolgen hat.

In § 10 Abs 4 nF AZG wird den AN nun für **Überstunden jenseits der Tagesgrenze von 10 Stunden bzw jenseits der Wochengrenze von 50 Stunden ein Wahlrecht zwischen Geld- und Zeitabgeltung** eingeräumt. Dieses ist möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am Ende des jeweiligen Abrechnungszeitraumes auszuüben. Dieses Wahlrecht ist zwingend, kann also nicht vorweg vertraglich zu Lasten des AN modifiziert werden.

1.5 Verpflichtung des AN zur Überstundenleistung

Eine Verpflichtung des AN, auf Weisung („Anordnung“) des AG Überstunden zu leisten, ist – eher selten – im KollV oder in der BV grundgelegt, meistens ergibt sich diese aus einer entsprechenden Regelung im Arbeitsvertrag, einem sog **Überstundenvorbehalt**.

Diese Überstundenvorbehalte sind nach neuer Rechtslage in Zusammenschau mit § 7 Abs 6 nF AZG zu interpretieren. Nach der genannten Bestimmung steht es dem AN frei, Überstunden ohne Angabe von Gründen abzulehnen, wenn durch diese Überstunden die Tagesarbeitszeit von zehn Stunden oder die Wochenarbeitszeit von 50 Stunden überschritten wird (sog „**Freiwilligkeitsgarantie**“). Abgesichert wird dies mit einem Benachteiligungsverbot und einem Motivkündigungsschutz. Im Ergebnis können also **Überstunden über einer Tagesarbeitszeit von zehn bzw einer Wochenarbeitszeit von 50 Stunden** nicht per Weisung, sondern **nur mit Zustimmung des AN angeordnet** werden.

1.6 Neuerungen bei der Gleitzeit

Im Falle von gleitender Arbeitszeit bleibt die bisherige Rechtslage grundsätzlich weiter maßgeblich.

Auch nach dem neuen § 4b Abs 4 AZG beträgt die Grenze der täglichen Normalarbeitszeit grundsätzlich weiterhin zehn Stunden. Eine **Verlängerung der täglichen Normalarbeitszeit auf bis zu zwölf Stunden** ist **zulässig, wenn** die Gleitzeitvereinbarung vorsieht, dass ein **Zeitguthaben ganztägig verbraucht werden kann** und ein **Verbrauch in Zusammenhang mit einer wöchentlichen Ruhezeit nicht ausgeschlossen** ist. Die Obergrenze der **wöchentlichen Normalarbeitszeit** beträgt nunmehr nach allgemeinen Regeln **60 Stunden**.

Bestehende Gleitzeitregelungen in BV oder – subsidiär – in Arbeitsverträgen bleiben gem § 32c Abs 10 AZG weiterhin in Kraft.

Neu ist im gegebenen Zusammenhang auch ein § 4b Abs 5 AZG, der festlegt, dass dann, wenn ein **AG** in einem Gleitzeitsystem **Arbeitsstunden anordnet**, welche **über die Normalarbeitszeit gem § 3 Abs 1 AZG** – dort steht acht Stunden pro Tag und 40 Stunden pro

Woche, „soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt wird“ – **hinausgehen**, als **Überstunden** gelten.

1.7 Neue Ausnahmen von der Wochenend- bzw Feiertagsruhe

Bei **vorübergehend auftretendem besonderem Arbeitsbedarf** können gem § 12b Abs 1 ARG durch BV Ausnahmen von der Wochenend- und Feiertagsruhe an **vier Wochenenden oder Feiertagen pro AN und Jahr** zugelassen werden (außer in Verkaufsstätten nach dem ÖffnungszeitenG; vgl § 12b Abs 2 ARG). Eine Ausnahme von der Wochenendruhe kann **nicht an vier aufeinanderfolgenden Wochenenden** erfolgen. Der **Anlass** muss, sofern dieser **wiederkehrend** ist, in der BV **umschrieben** werden (§ 12b Abs 4 ARG).

In Betrieben ohne BR kann Entsprechendes in schriftlichen Einzelvereinbarungen festgelegt werden. In diesem Fall haben die AN wiederum ein Ablehnungsrecht ohne Angabe von Gründen samt Benachteiligungsverbot und Motivkündigungsschutz.

2. Wichtige neue Entscheidungen zum Arbeitsrecht

2.1 Entgeltfortzahlung

Die Regelungen über die Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Unfall udgl finden sich praktisch gleichlautend in § 8 AngG für Angestellte (Übergangsbestimmungen zur nunmehrigen Regelung auf Grund der sog Arbeiter-Gleichstellungs-Novelle BGBl I 2017/153 bis 30. 6. 2019) sowie im EFZG für sonstige AN, insb Arbeiter. Im Einzelnen ist Folgendes angeordnet:

- Ein AN, der nach Antritt des Arbeitsverhältnisses durch **Krankheit** oder **Unfall** an der Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dies vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt zu haben, behält seinen Anspruch auf das Entgelt für die Dauer von **sechs Wochen in voller Höhe** und für weitere **vier Wochen in halber Höhe** (§ 8 Abs 1 Satz 1 und 3 AngG, § 2 Abs 1 Satz 1 und 3 EFZG).

Für die **Erhöhung des Anspruchs auf volle Entgeltfortzahlung** gibt es **Dienstzeitgrenzen**: Auf acht Wochen erhöht sich der Anspruch nach einem Jahr, die Erhöhung auf zehn Wochen erfolgt nach 15 Dienstjahren, jene auf zwölf Wochen nach einer Dienstzeit von 25 Jahren (§ 8 Abs 1 Satz 2 AngG, § 2 Abs 1 Satz 2 EFZG).

- Bei Krankheit und Unfall gilt das **Arbeitsjahrprinzip** (§ 8 Abs 2 AngG, § 2 Abs 4 EFZG): Bei wiederholter Dienstverhinderung durch Krankheit (Unfall) innerhalb eines Arbeitsjahres besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur insoweit, als die Dauer des Anspruchs gem § 8 Abs 1 AngG (bzw § 2 Abs 1 EFZG) noch nicht erschöpft ist.
- Wird der AN ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit von seiner Seite durch **Arbeitsunfall** oder **Berufskrankheit** an der Arbeitsleistung verhindert, so behält er gem § 8 Abs 2a Satz 1 – 3 AngG bzw § 2 Abs 5 EFZG das Entgelt bis zur Dauer von **acht Wochen**; dieser Anspruch steigt mit höherem Dienstalder. Die Zahlung gebührt für jeden **Anlassfall** von neuem, es sei denn, es handelt sich um eine sog **Folgeverhinderung**, dh eine im ursächlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsunfall bzw der Berufskrankheit stehende weitere Arbeitsverhinderung; liegt eine solche vor, so gebührt Entgeltfortzahlung innerhalb eines Arbeitsjahres nur bis zur Erschöpfung des Grundanspruchs.

Ein neues Arbeitsjahr führt bei Arbeitsunfall und Berufskrankheit zu keinem neuen Anspruch.

E 1) OGH 21. 3. 2018 9 ObA 13/18d – Erkrankung und Feiertag
ASoK 2018, 280 = RdW 2018/389, 518

Ein an einem Feiertag erkrankter AN erhält, wenn ihn an diesem Tag keine Arbeitsverpflichtung getroffen hätte, Feiertagsentgelt nach dem ARG. Da die Arbeit an einem Arbeitstag, der auf einen Feiertag fällt, schon a priori ausfällt, ist es ohne Belang, ob der AN an diesem Tag gesund oder krank ist; die Arbeit ist dann wegen des Feiertags ausgefallen. Feiertage, die auf einen Arbeitstag fallen, verlängern daher den Entgeltfortzahlungszeitraum. Anderes gilt nur dann, wenn der AN am Feiertag zur Arbeitsleistung verpflichtet wäre, weil nur dann kann er auch an der Leistung seiner Arbeit durch die Krankheit verhindert sein.

Kommt es wegen einer während des Krankenstandes ausgesprochenen Kündigung zu einer Entgeltfortzahlung über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus, sind Feiertage, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen, in die Entgeltfortzahlungsdauer einzuberechnen und verlängern daher die Anspruchsdauer nach § 2 Abs 2 EFZG nicht.

Den AN treffen in den gegenständlichen Verhinderungsfällen **Mitteilungs- und Nachweispflichten** (§ 8 Abs 8 AngG, § 4 EFZG). Werden diese verletzt, so entfällt für die Dauer der Säumnis der Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Gem § 8 Abs 8 AngG ist der AN verpflichtet, die Arbeitsverhinderung **ohne Verzug** dem AG **anzuzeigen** und **auf Verlangen**, welches nach angemessener Zeit wiederholt werden kann, eine **Bestätigung** der zuständigen Krankenkasse oder eines Amts- oder Gemeindefacharztes über Ursache und Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorzulegen (ähnlich auch § 4 EFZG, insb Abs 1).

E 2) OGH 21. 3. 2018 9 ObA 105/17g –Meldepflicht bei Verlängerung
ARD 6601/5/2018 = ZAS-Judikatur 2018/65, 234

Die Verpflichtung des AN, dem AG eine Arbeitsverhinderung ohne Verzug bekanntzugeben, bezieht sich nur auf den Beginn des Krankenstands. Tritt während der Dienstverhinderung eine weitere Erkrankung bei Fortdauer des ununterbrochenen Krankenstands hinzu oder verlängert sich der Krankenstand, löst dies keine neuerliche Verpflichtung zur Krankmeldung aus.

Hat der AN dem AG jedoch nicht eine voraussichtliche Dauer des Krankenstands bekanntgegeben, sondern – von sich aus – angekündigt, die Arbeit an einem bestimmten Tag wieder anzutreten, hat er das Ende des Krankenstandes gemeldet und eine neuerliche oder fortdauernde Dienstverhinderung führt zu einer neuen Meldepflicht des AN.

2.2 Arbeitszeit

Arbeitszeit iSd § 2 Abs 1 Z 1 AZG ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Die Arbeitszeit beginnt mit der Aufnahme der vereinbarten Arbeit bzw mit dem Zeitpunkt, ab dem der AN dem AG zur Verfügung steht.

E 3) OGH 17. 5. 2018 9 ObA 29/18g – Umkleidezeiten
RdW 2018/387, 516

Die Zeit, die ein AN vor seinem Eintreffen an der Arbeitsstätte zum Anziehen seiner Arbeitskleidung benötigt, ist im Allgemeinen nicht als Arbeitszeit zu werten. Haben die DN einer Krankenanstalt (Ärzte und Pflegepersonal) auf Weisung des AG im Dienst aber nicht nur die für die Berufsgruppe vorgesehene Dienst- und Schutzkleidung zu tragen, sondern wurde auch angeordnet, dass die Dienstkleidung ausschließlich im Krankenhaus zu wechseln ist und bei betrieblichen Wäscheausgabestellen zur Reinigung abgegeben und wieder abgeholt werden muss, geht dies über die bloße Möglichkeit des Umkleidens im Betrieb hinaus. Die Umkleidezeiten und die damit verbundenen innerbetrieblichen Wegzeiten sind in diesem Fall primär im Interesse des DG gelegene arbeitsleistungsspezifische Tätigkeiten, die ein solches Maß an Fremdbestimmung aufweisen, dass es gerechtfertigt ist, sie als (zu entlohnende) Arbeitszeit anzusehen.

Ruhepausen sind Unterbrechungen der Arbeitszeit zum Zweck der Erholung des AN. Der AN muss in dieser Zeit von jeder Art der Arbeitsleistung befreit sein.

Gem § 11 Abs 1 AZG muss eine Ruhepause von **mindestens einer halben Stunde** dann eingehalten werden, wenn die Tagesarbeitszeit mehr als sechs Stunden beträgt. Im Interesse des AN oder aus betrieblichen Gründen kann die halbstündige Pause auf **zwei Pausen zu je 15 Minuten** oder **drei Pausen zu je zehn Minuten** aufgeteilt werden (vgl § 11 Abs 2 AZG).

E 4) OGH 30. 1. 2018 9 ObA 9/18s – Arbeitspause nach Kundenfrequenz
ARD 6597/8/2018

Hatten die Mitarbeiter im Zug-Bordservice die Vorgabe, ihre Pause unter Rücksichtnahme auf die Kundenfrequenz zu absolvieren, war es ihnen aber nicht gestattet, Kunden mit der Begründung, es würde Pause gehalten, abzuweisen, und mussten sie jederzeit und unverzüglich auf die Wünsche der Fahrgäste reagieren, erfüllen die vom AG „gewährten Pausen“ nicht die Anforderungen an den Begriff der „Ruhepause“ iSd § 11 Abs 1 AZG. Die Pausen waren weder in ihrer zeitlichen Position im Vorhinein definiert noch von den AN in ihrer Lage frei bestimmbar, weil dabei auf die Kundenfrequenz Rücksicht zu nehmen war, und die AN mussten sich selbst während einer „Pause“ jederzeit arbeitsbereit halten.

2.3 Elternkarenz

E 5) OGH 27. 2. 2018 9 ObA 6/18z – Rückkehrrecht
ASoK 2018, 188

Durch die Inanspruchnahme einer Karenz wird der Arbeitsvertrag nur insofern abgeändert, als für einen befristeten Zeitraum die Arbeits- und die Entgeltspflicht ruhen. An einem zuvor vertraglich vereinbarten Direktionsrecht des AG ändert sich dadurch nichts. Aus arbeitsvertraglicher Sicht ist diesbezüglich nur entscheidend, ob die Anordnung (Weisung) des AG über einen Wechsel des Tätigkeitsbereichs oder des Tätigkeitsorts der AN durch den Inhalt des Arbeitsvertrags gedeckt ist oder sich aus sonst vereinbarten Gestaltungsvorbehalten ergibt. Davon zu trennen ist die Frage, ob mit der Verwendung eines AN in einer anderen als der ursprünglich vereinbarten Tätigkeit eine (konkludente) Änderung des Dienstvertrages durch Änderung der vertraglich geschuldeten Leistung einhergeht. Dass eine solche Vertragsänderung auch nach Maßgabe einer beruflichen Weiterentwicklung oder Spezialisierung erfolgen kann, ist nicht weiter zweifelhaft. Aus der bloßen Tatsache der längeren Verwendung des AN an einem bestimmten Arbeitsplatz kann aber für sich allein noch nicht geschlossen werden, dass sich der auf diese Weise als vereinbart anzusehende Aufgabenkreis des AN nun auf diese zuletzt ausgeübte Tätigkeit beschränkt habe.

Ist sowohl die zuletzt ausgeübte Tätigkeit im Online-Shop als auch die Tätigkeit als Verkäuferin in einer Filiale vom Arbeitsvertrag gedeckt, so kann der AG nach Rückkehr aus der Karenz auch letztere Tätigkeit per Weisung anordnen.

Hinzuzufügen ist, dass verschlechternde Versetzungen iSd § 101 ArbVG der vorherigen Zustimmung des BR bedürfen und dass zu prüfen ist, ob die Weisung nicht eine (mittelbare) Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstellt.

2.4 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.

E 6) OGH 28. 6. 2018 9 ObA 30/18d – Zustimmung nach zwei Verständigungen
ARD 6612/6/2018

Gem § 105 Abs 1 ArbVG hat der BI vor jeder Kündigung eines AN den BR zu verständigen, der innerhalb einer Woche hierzu Stellung nehmen kann. Fasst der BR zwar unverzüglich den Beschluss auf Zustimmung zur Kündigung (wodurch die Kündigung vom AN nicht mehr wegen Sozialwidrigkeit angefochten werden kann), wird dieser Beschluss dem AG aber erst nach Ablauf der nicht erstreckbaren einwöchigen Frist mitgeteilt, ist die Stellungnahme unwirksam und eine Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit möglich. Dem steht auch nicht entgegen, dass der AG den Betriebsratsvorsitzenden kurz vor Abgabe der (verspäteten) Stellungnahme neuerlich von der Kündigung – nun ergänzend mit dem konkret geplanten Kündigungsdatum – informiert hat, da eine neue Verständigung des BR bei ein und demselben Kündigungsfall keine neue einwöchige Frist zur Stellungnahme auslöst.

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

E 7) OGH 29. 5. 2018 8 ObA 14/18v – Eventualkündigung kein verpöntes Motiv
ARD 6612/7/2018

Es entspricht der gefestigten Rechtsprechung des OGH, dass eine Eventualkündigung durch den AG während der Dauer des Kündigungsanfechtungsverfahrens iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG zulässig ist. Eine solche Eventualkündigung ist als Kündigung unter einer Rechtsbedingung aufzufassen, sodass dies zu keiner unzumutbaren Ungewissheit für den gekündigten AN führt.

Das Bestreben des AN, nicht gekündigt zu werden, stellt angesichts der im österreichischen Arbeitsrecht geltenden Kündigungsfreiheit keinen durch § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG geschützten Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis dar. Der AG stellt daher mit einer Eventualkündigung für den Fall des Erfolgs der Anfechtung der ersten Kündigung nicht einen offenbar nicht unberechtigten Anspruch des AN aus dem Arbeitsverhältnis in Frage.

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.

Als „**persönliche Gründe, die die betrieblichen Interessen nachteilig berühren**“ (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG), kommen etwa **Verletzungen von Vertragspflichten**, die keinen Entlassungsgrund darstellen (zB nicht vorgesehene Rauchpausen oder Privattelefonate, ungerechtfertigte Verweigerung von Fortbildung), **persönliche Differenzen mit dem AG**,

sonst **mangelhafte Arbeitsleistung** oder **häufige Krankenstände** in Betracht. Die vom BI vorzubringenden persönlichen Gründe müssen derart gewichtig sein, dass im Falle einer Weiterbeschäftigung des AN die **Leistungsfähigkeit oder Ordnung des Betriebes gefährdet** wäre.

Die Gründe müssen zwar naturgemäß nicht die Schwere von Entlassungsgründen haben, es können aber Grundsätze des Entlassungsrechts maßgeblich werden, insb kann der AG angehalten sein, derartige Gründe unverzüglich aufzugreifen und zur Kündigung zu schreiten.

Sozialpolitisch besonders brisant ist der Rechtfertigungsgrund bei übermäßigen Krankenständen:

E 8) OGH 27. 2. 2018 9 ObA 137/17p – Überhöhte Krankenstände
RdW 2018/391, 520

Häufige und/oder lang dauernde Krankenstände eines AN können grundsätzlich auch als personenbezogener Kündigungsgrund herangezogen werden, der eine Sozialwidrigkeit der Kündigung ausschließen kann. Entscheidend ist, dass ein verständiger und sorgfältiger AG bei objektiver Betrachtung berechtigt davon ausgehen konnte, dass Krankenstände in erhöhtem Ausmaß mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft zu erwarten sind.

Bei der Kündigung älterer und langjährig beschäftigter AN ist vom AG aber auch die soziale Gestaltungspflicht zu beachten. Es ist davon auszugehen, dass er dies gemacht hat, wenn der AG dem AN auf Grund der von ihm angegebenen Beeinträchtigungen mehrfach den Wechsel des Arbeitsplatzes ermöglicht hat, der AN selbst auf bleibende – für die Krankenstände ursächliche – Einschränkungen hingewiesen hat und ihm für die möglichen Ersatztätigkeiten die erforderliche Ausbildung fehlte. Die Kündigung war somit nicht sozialwidrig.

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.

2.5 Betriebliche Mitbestimmung

Nach dem in § 89 Satz 1 ArbVG niedergelegten **allgemeinen Überwachungsrecht** hat der BR das Recht, die Einhaltung der die AN des Betriebs betreffenden Rechtsvorschriften zu

überwachen. Dazu treten beispielhaft aufgezählt **spezielle Überwachungsrechte** ua in Bezug auf

- Einsichtnahme in die Lohn- und Gehaltslisten (vgl Z 1 leg cit),
- Einhaltung der für den Betrieb geltenden KollV, der BV und sonstiger arbeitsrechtlicher Vereinbarungen (vgl Z 2),
- Einsichtnahme in den Personalakt mit Zustimmung des AN (vgl Z 4).

Zu beachten ist, dass das – naturgemäß besonders heikle – Einsichtsrecht in den **Personalakt** von der **Zustimmung** des betroffenen AN abhängt, während die Einsichtnahme in die Lohn- und Gehaltslisten auch gegen den Willen von AN möglich ist.

E 9) OGH 30. 10. 2017 9 ObA 115/17b – Einsichtsrecht Vordienstzeitenanrechnung DRdA-InfAS 2018/36, 78 (*Chlestil*)

Nach § 89 Z 1 ArbVG ist der BR berechtigt, in die vom Betrieb geführten Aufzeichnungen über die Bezüge der AN und die zur Berechnung dieser Bezüge erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen und sie zu überprüfen. Diese verpflichtende Konnexität zwischen Einsicht und Erforderlichkeit stellt eine inhaltliche Einschränkung des Überwachungsrechts nach § 89 Z 1 ArbVG dar. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang ebenfalls von einem Einsichtsrecht in die „entsprechenden Berechnungsunterlagen“ bzw in „alle Unterlagen, die zur Überprüfung der Richtigkeit der Berechnung sowie der Richtigkeit und Pünktlichkeit der Auszahlung des Entgelts und der sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Abgaben nötig sind“, gesprochen.

Der BR ist demnach aufgrund des Überwachungsrechts befugt, die richtige Anrechnung der Vordienstzeiten durch den AG zu überprüfen. Die dazu erforderlichen Informationen hat der AG durch Einsicht in die dazu nötigen Unterlagen (etwa Vordienstzeiten-Beiblätter zum Arbeitsvertrag) zu gewähren. Zur Überprüfung der korrekten Anrechnung von Vordienstzeiten durch den AG benötigt der BR im konkreten Fall aber nicht zwangsläufig auch die Einsicht in die Einzelarbeitsverträge. Die Frage, ob dem BR in einer anderen Konstellation das Recht auf Einsicht auch in die Arbeitsverträge der von ihm vertretenen Mitarbeiter zukommt bzw ob der BR ein Überwachungsrecht betreffend die Einhaltung einzelvertraglicher Vereinbarungen zusteht, muss hier nicht näher erörtert werden.

Die in § 96 a ArbVG angeführten Materien sind Gegenstand der **notwendigen BV mit Zwangsschlichtung**.

Diese Materien sind gem § 96 a Abs 1 ArbVG:

- Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des AN, die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen (sog **Personaldatensysteme**). Eine Zustimmung ist nicht

erforderlich, soweit die tatsächliche oder vorgesehene Verwendung dieser Daten über die Erfüllung von Verpflichtungen nicht hinausgeht, die sich aus G, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag ergeben (Z 1 leg cit);

- Einführung von Systemen zur Beurteilung von AN, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind (sog **Mitarbeiterbeurteilung**; Z 2).

Wie bei der BV nach § 96 ArbVG besteht „**Notwendigkeit**“, was eine gültige Regelung der Materie durch nachgeordnete Rechtsquellen, insb den Arbeitsvertrag, ausschließt. Im Gegensatz zur Situation bei der notwendigen BV kann die **Zustimmung** des BR durch Entscheidung der **Schlichtungsstelle** (vgl §§ 144 ff ArbVG) ersetzt werden.

E 10) OGH 27. 2. 2018 9 ObA 94/17i – Persönlichkeitstests
DRdA-InfA 2018/107, 217 (*Chlestil*) = ARD 6595/8/2018

Setzt der AG im Rahmen von Verkaufsschulungen und zur Rekrutierung von Führungskräften ein Bewertungsverfahren zur Beurteilung der in Frage kommenden AN ein, , das in die Tiefe der Persönlichkeit geht und nicht das Verhalten misst, sondern an der wesentlich stabileren, persönlichen Werteheftung ansetzt, Schicksalsschläge und all das, was die getestete Person in den letzten zwölf Monaten bewegt hat, abbildet und nicht nur die Berufswelt, sondern auch das berufliche Selbst, alle Aspekte der Welt und das gesamthafte Selbst über alle Lebensbereiche anschaut, die Wertedimension (des Getesteten) gut erkennen lässt und sodann computerunterstützt Abweichungen zu einer mathematisch-logischen Grundeinstellung ermittelt, so stellt dies eine Mitarbeiterbeurteilung iSd § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG dar.

Eine solche könnte „durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt“ sein. Das eingesetzte Bewertungsverfahren, bei dem ausschließlich „soft skills“ wie Neigungen, Interessen und andere Persönlichkeitsmerkmale wie Belastbarkeit, Frustrationstoleranz und höchstpersönliche „Werte“, nicht aber „hard skills“, also die Fachkompetenz, abgefragt werden, berührt massiv die Persönlichkeit der getesteten Personen und ist nicht durch überwiegende berufliche Interessen gerechtfertigt.

Für die Verwendung dieses Systems bedarf es daher nach § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG der Zustimmung des BR (in Form einer BV). Auf die im Einzelfall freiwillige Teilnahme an den Tests durch die AN kommt es dabei nicht an.