

Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2019

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

Unterlage zum Vortrag
im Rahmen des Hintergrundgesprächs
der Arbeiterkammer Steiermark,
24. 10. 2019, Flughafen Graz

Referent:

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

Inhaltsverzeichnis

1. Neuerungen auf Gesetzesebene	3
1.1 Rechtsanspruch auf Vaterfreistellung – „Papamonat“	3
1.1.1 Rahmenbedingungen und Voraussetzungen des Anspruchs	3
1.1.2 Zeitliche Lage und Dauer der Vaterfreistellung	5
1.1.3 Vorankündigung und Bekanntgabe der Vaterfreistellung	6
1.1.4 Verhältnis zu anderen Ansprüchen auf Dienstfreistellung	8
1.1.5 Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz	8
1.2 Entgeltfortzahlung wegen Einsatzes des AN in der freiwilligen Katastrophenhilfe	9
 2. Wichtige neue Entscheidungen zum Arbeitsrecht	 10
2.1 Entgelt – Festlegung	10
2.2 Urlaubsanspruch – Verlust	12
2.3 Gleichbehandlung – geschütztes Merkmal Religion oder Weltanschauung	13
2.4 Abfertigung (alt) – Bemessung	15
2.5 Beendigung des Arbeitsverhältnisses	16
2.5.1 Entlassung von Seiten des AG	16
2.5.2 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz	17
2.5.3 Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz	18
2.6 Betriebliche Mitbestimmung	19
2.6.1 Überwachungsrechte	19
2.6.2 Freistellung und Entgeltfortzahlung bei Betriebsratsmitgliedern	20

1. Neuerungen auf Gesetzesebene

Durch die Novelle BGBI I 2019/73 wurde ein Anspruch auf einen sog „Papamonat“ geschaffen (s 1.1), die Novelle BGBI I 2019/74 führte eine Entgeltfortzahlung für den wegen eines Katastrophenhilfeinsatzes am Dienst verhinderten AN ein (s 1.2). Beide Neuerungen sind mit 1. 9. 2019 in Kraft getreten.

1.1 Rechtsanspruch auf Vaterfreistellung – „Papamonat“

Zur 2016 eingeführten sozialrechtlichen Leistung eines Familienzeitbonus waren arbeitsrechtlich von Gesetzes wegen keine ausdrücklichen Begleitmaßnahmen vorgesehen. Nunmehr gibt es eine begleitende Regelung in § 1a VKG über einen **„Anspruch“ des Vaters „auf Freistellung anlässlich der Geburt eines Kindes“** („Papamonat“),¹ welcher für Geburten ab 1. 9. 2019 in Betracht kommt. Der gesetzliche Anspruch besteht ohne Bedachtnahme auf die Interessen des AG.

1.1.1 Rahmenbedingungen und Voraussetzungen des Anspruchs

Gem § 1a Abs 1 VKG ist dem AN unbeschadet des Anspruchs auf Väterkarenz (§§ 2 ff VKG) auf sein Verlangen für den Zeitraum von der Geburt seines Kindes bis zum Ablauf des Beschäftigungsverbot der Mutter nach der Geburt des Kindes (§ 5 Abs 1 MSchG bzw gleichartige Rechtsvorschriften) eine Freistellung in der Dauer von einem Monat zu gewähren, wenn er mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt.

- **„Freistellung“** bedeutet Karenzierung. Beide Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis – also nicht nur die Arbeitspflicht des AN, sondern auch die Entgeltspflicht des AG – werden stillgelegt, wobei das Arbeitsverhältnis dem Grunde nach aufrecht besteht. Auch die Nebenpflichten, namentlich Treuepflichten wie die Verschwiegenheitspflicht oder das sog Konkurrenzverbot, bleiben aufrecht.

¹ § 1a VKG gilt sinngemäß auch für das Arbeitsverhältnis einer Frau, die gem § 144 Abs 2 und 3 ABGB Elternteil ist. Es gibt daher auch einen **„Elternteil-Monat“**. Im Folgenden wird grundsätzlich nur vom Vater gesprochen, die Ausführungen gelten sinngemäß auch für den anderen Elternteil.

- Die Freistellung ist dem AN „**auf sein Verlangen**“ zu gewähren, welches innerhalb gewisser Zeitfenster zu äußern ist (dazu im Detail 1.1.3).
- Der Anspruch auf Freistellung besteht nur innerhalb eines bestimmten **Rahmenzeitraumes** – grob gesagt während der ersten acht bis (im Extremfall) maximal 16 Wochen nach der Geburt des Kindes – für die **Dauer von einem Monat** (zu diesen Punkten im Detail 1.1.2).
- Der AN muss **mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt** leben. Unter „gemeinsamem Haushalt“ ist die tatsächliche Wohngemeinschaft mit dem Kind iS gemeinsamen Wohnens und Wirtschaftens zu verstehen. Die Hausgemeinschaft wird hierbei nicht aufgehoben, wenn sich das Kind vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, wie zB während eines Besuchs bei den Großeltern oder eines Spitalaufenthalts.

Ein gemeinsamer Haushalt besteht daher mE auch dann, wenn das Kind nach der Geburt länger als üblich in der Kinderklinik behalten und behandelt wird oder bei seiner kranken Mutter beispielsweise in der gynäkologischen Abteilung des Spitals verbleibt. Zu beachten ist allerdings, dass der **sozialrechtliche Anspruch** an einen sehr **engen Begriff des gemeinsamen Haushalts** anknüpft: In § 2 Abs 3 Satz 1 FamZeitbG ist davon die Rede, dass „der Vater, das Kind und der andere Elternteil in einer dauerhaften Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft an derselben Wohnadresse leben und alle drei an dieser Adresse auch hauptwohnsitzlich gemeldet“ sein müssen. Der OGH² hat aus diesem Wortlaut iVm teleologischen Argumenten abgeleitet, dass während des Krankenhausaufenthalts von Mutter und Kind nach der Geburt die Anspruchsvoraussetzungen für den Familienzeitbonus nicht erfüllt sind. Der Gesetzgeber hat mittlerweile mit BGBI I 2019/24 eine Entschärfung dieser Situation vorgenommen und in § 2 Abs 3a FamZeitbG festgeschrieben, dass bei einem medizinisch indizierten Krankenhausaufenthalt des Kindes bei persönlicher Pflege und Betreuung des Kindes durch den Vater und den anderen Elternteil im Mindestausmaß von jeweils durchschnittlich vier Stunden täglich ausnahmsweise der gemeinsame Haushalt angenommen wird.

Die Voraussetzung des gemeinsamen Haushalts muss **bei Antritt der Freistellung** erfüllt sein. Besteht bei Ankündigung der Freistellung noch kein gemeinsamer Haushalt mit dem Kind, so bildet dies für den AG keinen Grund, das Ansuchen abzulehnen.

² OGH 20. 11. 2018, 10 ObS 109/18d, DRdA 2019/41, 437 (Salcher).

1.1.2 Zeitliche Lage und Dauer der Vaterfreistellung

- Gem. § 1a Abs. 1 VKG besteht der **Rahmenzeitraum** „von der Geburt seines Kindes bis zum Ablauf des Beschäftigungsverbotes der Mutter nach der Geburt des Kindes“, verwiesen wird in Bezug auf letzteres Verbot auf § 5 Abs 1 MSchG (bzw gleichartige Rechtsvorschriften). Die sog **Schutzfrist nach der Geburt** (absolutes Beschäftigungsverbot) dauert grundsätzlich bis zum Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung. Im Falle von Frühgeburten, Mehrlings- und Kaiserschnittgeburten verlängert sich das absolute Beschäftigungsverbot auf zwölf Wochen. Bei einer Verkürzung des absoluten Beschäftigungsverbots vor der Geburt verlängert sich die Schutzfrist nach der Entbindung dementsprechend, maximal jedoch auf die Dauer von 16 Wochen.
- Gem § 1a Abs 4 Satz 1 VKG **beginnt** die gegenständliche Freistellung des Vaters frühestens **mit dem auf die Geburt des Kindes folgenden Kalendertag**. Auch daraus ist zu ersehen, dass der Vater den Antrittszeitpunkt der Freistellung innerhalb des Zeitrahmens zwischen Geburt des Kindes – genauer: dem Tag nach der Geburt des Kindes – und dem Ende des Beschäftigungsverbotes der Mutter (s oben) frei wählen kann.
- Der Freistellungsanspruch besteht gem § 1a Abs 1 VKG „**in der Dauer von einem Monat**“. Für die Berechnung dieses Monats ist mE nicht vom frühesten Anspruchsbeginn, dem Tag **nach** der Geburt, sondern **vom Tag der Geburt auszugehen**.

Das bedeutet, dass beispielsweise bei einer Geburt am 16. 10. dann, wenn der Vater die Freistellung ab 17. 10. in Anspruch nimmt, der Monatszeitraum am 16. 11. endet; der Freistellungsanspruch umfasst hier sohin 31 Kalendertage. Wären die Geburt am 16. 11. und der gewünschte Beginn der Freistellung am 17. 11., so endete der Anspruch diesfalls am 16. 12., sodass er in dieser Konstellation 30 Kalendertage umfasst. Ist der Tag der Geburt der 31. 1. 2020 und wählt der Vater wieder den erstmöglichen Freistellungsbeginn, so geht sein Anspruch vom 1. 2. bis zum 29. 2. 2020, also hier – im Schaltjahr – über 29 Tage. Bei analoger Angabe in einem Nicht-Schaltjahr würde der Anspruch nur 28 Tage umfassen. Nimmt der Vater nicht den erstmöglichen Tag, sondern zB im Fall einer Geburt am 29. 5. den 10. 6. als Beginn der Freistellung, so wird man auch hier eine 30-Tage-Rechnung – der Juni hat 30 Tage – zu machen haben, sodass die Freistellung am 9. 7. endet.

Für eine derartige Sichtweise spricht – bei aller Vorsicht gegenüber systematischen Argumenten zwischen Sozialrecht und Arbeitsrecht und umgekehrt – auch die sozialrechtliche Begleitregelung, welche eine Anspruchsdauer zwischen 28 und 31 Kalendertagen vorsieht (vgl §§ 2 Abs 4, 3 Abs 2 FamZeitbG). Arbeitsrechtlicher Anspruch und sozialrechtliche Leistung gehen hier somit synchron.

- Das Gesetz spricht apodiktisch von einer „Dauer von einem Monat“. Die Frage ist, ob der AN auch einen **kürzeren Freistellungszeitraum** beanspruchen kann. ME ist dies möglich, und zwar unbeschadet des Umstands, dass damit der Anspruch auf den Familienzeitbonus – angesichts etwa der Formulierungen in den §§ 2 Abs 4, 3 Abs 2 FamZeitbG – verloren gehen mag. Ein arbeitsrechtlich durch Vereinbarung mit dem AG festgelegter längerer Zeitraum schadet hingegen in Bezug auf die sozialrechtliche Leistung des Familienzeitbonus nicht.³

1.1.3 Vorankündigung und Bekanntgabe der Vaterfreistellung

Für den „durchschnittlichen“ Ablauf einer Elternschaft sieht § 1a Abs 3 Satz 1 und 2 VKG **mehrgliedrige Mitteilungspflichten in zwei Phasen** vor:

- In Phase 1 erfolgt die vom Gesetzgeber so bezeichnete **Vorankündigung**.
 - Diese beinhaltet einerseits die **Bekanntgabe des errechneten Geburtstermins**. Eine ausdrückliche Nachweispflicht, etwa mit ärztlicher Bestätigung, wird hierbei nicht festgelegt, womit auch vom AN angebotene sonstige Beweismittel, zB die Auskunft der Partnerin, reichen können.
 - Andererseits ist in dieser Phase der **voraussichtliche Beginn der Freistellung** anzukündigen. Hier werden nicht nur genaue (zB „am Tag nach der Geburt“, „eine Woche nach Geburt“), sondern auch ungefähre Angaben (z. B. „sobald die Partnerin mit dem Baby nach Hause kommt“) möglich sein.

Die Vorankündigung mit den beiden genannten Inhalten hat **„spätestens drei Monate vor dem errechneten Geburtstermin“** zu erfolgen. Die Fristenberechnung kann hier

³ Vgl OGH 19. 2. 2019, 10 ObS 10/19x, RdW 2019/260, 329 = ZAS-Judikatur 2019/49, 172.

nach § 902 Abs 2 ABGB vorgenommen werden. Ist also zB der errechnete Geburtstermin der 5. 1., so ist eine Vorankündigung bis spätestens 5. 10. des Vorjahres möglich. Dass der errechnete und der tatsächliche Geburtstermin i. d. R. nicht übereinstimmen, ist dabei irrelevant, die Frist ist gewahrt (zum Sonderfall einer Frühgeburt vor Beginn der Dreimonatsfrist s unten). Der AN kann auch deutlich früher vorankündigen, er muss dabei aber bedenken, dass der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz frühestens vier Monate vor dem errechneten Geburtstermin beginnt (dazu genauer 1.1.5).

Wird die Frist für die Vorankündigung nicht eingehalten, wird dies zum **Verlust des Anspruchs** auf Freistellung anlässlich der Geburt des Kindes führen.

- Die aus § 1a Abs 3 Satz 2 VKG zu entnehmende Phase 2 betrifft die Zeit nach der Geburt des Kindes:
 - Hier hat der AN gegenüber dem AG zum einen eine **Verständigung von der Geburt des Kindes** zu tätigen, und zwar **unverzüglich**. „Unverzüglich“ bedeutet allgemein formuliert ohne unnötigen Aufschub zwischen Geburt und Verständigung. Die Unverzüglichkeit wird man angesichts der besonderen Lebenssituation in zeitlicher Nähe zur Geburt seines Kindes nicht zu streng sehen dürfen. Für die Verständigung ist keine Form vorgesehen, sie kann demnach schriftlich, mündlich, aber auch per elektronischen Medien an die zuständige Stelle im Bereich des AG erfolgen.
 - Zum anderen ist vom AN **spätestens eine Woche nach der Geburt** der **Antrittszeitpunkt** der Freistellung bekanntzugeben. Ist also das Kind an einem Mittwoch geboren, müsste iSd § 902 Abs 2 ABGB der Antrittszeitpunkt bis einschließlich Mittwoch der Folgewoche dem AG bekanntgegeben sein. Auch die Bekanntgabe ist an keine Form gebunden, sie muss der Arbeitgeberseite aber bis 24 Uhr des letzten Tages der Wochenfrist zugehen.

Einen Sonderfall behandelt § 1a Abs 3 Satz 3 VKG. Kann demnach die **Vorankündigung** der Freistellungsabsicht **auf Grund einer Frühgeburt nicht erfolgen**, hat der AN dem AG die **Geburt unverzüglich anzuzeigen** und den **Antrittszeitpunkt** der

Freistellung **spätestens eine Woche nach der Geburt bekanntzugeben**. Die Vorankündigung entfällt somit.

§ 1a Abs 3 Satz 4 VKG hält abschließend fest, dass „unbeschadet des Ablaufs dieser Fristen“ eine **Freistellung** nach § 1a Abs 1 VKG **vereinbart** werden kann. Gegebenenfalls löst auch eine derartige Vereinbarung den besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz (dazu 1.1.5) aus.

1.1.4 Verhältnis zu anderen Ansprüchen auf Dienstfreistellung

Gem § 1a Abs 4 Satz 2 VKG ist ein gesetzlicher, kollektivvertraglicher oder einzelvertraglicher Anspruch auf Dienstfreistellung anlässlich der Geburt eines Kindes auf die gegenständliche Freistellung nicht anzurechnen.

Gesetzliche Ansprüche auf Dienstfreistellung anlässlich der Geburt eines Kindes sind vor allem im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die **sonstigen wichtigen Gründe in der Person des AN** gem § 8 Abs 3 AngG, § 1154b Abs 5 ABGB denkbar. Als lex specialis dazu, welche die allgemeinen Ansprüche jedoch nicht verdrängt, ist die Regelung über die **Pflegefreistellung** in § 16 UrlG zu nennen. Beide Rechtsgrundlagen sehen zeitlich beschränkte Entgeltfortzahlungsansprüche vor, was im konkreten Fall für die sozialrechtliche Leistung wohl schädlich wäre (vgl § 2 Abs. 4 FamZeitbG, wo allerdings nur von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall die Rede ist).

1.1.5 Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz

Laut Satz 1 des § 1a Abs 6 VKG darf der AN, der die Vaterfreistellung nach Abs 1 dieser Bestimmung in Anspruch nimmt, weder gekündigt noch entlassen werden. Die Sanktion einer dennoch getätigten Kündigung oder Entlassung besteht in der **Rechtsunwirksamkeit der Lösungserklärungen**.

Gem § 1a Abs 6 Satz 2 VKG **beginnt** der Kündigungs- und Entlassungsschutz mit der **Vorankündigung** oder einer **späteren Vereinbarung** gem § 1a Abs 3 VKG, **frühestens jedoch vier Monate vor dem errechneten Geburtstermin**. Entfällt die Vorankündigung auf

Grund einer Frühgeburt (dazu 1.1.3), beginnt der Kündigungs- und Entlassungsschutz gem § 1a Abs 6 Satz 3 VKG mit der Meldung des Antrittszeitpunktes.

Laut § 1a Abs 6 Satz 4 VKG **endet** der Kündigungs- und Entlassungsschutz vier Wochen nach dem Ende der Freistellung.

Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz ist **jenem des MSchG nachgezeichnet**. Eine gültige Kündigung bzw Entlassung setzt also eine Zustimmung des ASG im Falle des Vorliegens eines im Gesetz genannten Grundes voraus.

Vor oder nach dem besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz ist ein individueller Bestandschutz nach dem GIBG gegeben. Das geschützte Merkmal im I. Teil des Gesetzes („Geschlecht, insb unter Bezugnahme auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat“; vgl § 3 GIBG) ist ja sehr weit gefasst und wird sich beispielsweise auch auf den Fall, dass jemand ein Kind insofern „hat“, als er es gerade bekommt, beziehen.

1.2 Entgeltfortzahlung wegen Einsatzes des AN in der freiwilligen Katastrophenhilfe

Gem § 8 Abs 3a AngG, § 1154b Abs 6 ABGB hat der AN – unbeschadet allfälliger Ansprüche aus einem sonstigen in seiner Person gelegenen Grund (§ 8 Abs 3 AngG, § 1154b Abs 5 ABGB) – einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn er nach Antritt des Dienstverhältnisses wegen eines Einsatzes als freiwilliges Mitglied einer Katastrophenhilfsorganisation, eines Rettungsdienstes oder einer freiwilligen Feuerwehr bei einem Großschadensereignis nach § 3 Z 2 lit b des Katastrophenfondsgesetzes oder als Mitglied eines Bergrettungsdienstes an der Dienstleistung verhindert ist, sofern das Ausmaß und die Lage der Dienstfreistellung mit dem AG vereinbart wird.

- Diese Bestimmungen sind nur dann relevant, wenn der AN **nicht ohnehin** einen **wichtigen Grund in seiner Person** und damit einen zwingenden Anspruch auf Freistellung unter Fortzahlung des Entgelts hat.
- Die Regelungen erfassen **nur bestimmte Aktivitäten der freiwilligen Katastrophenhilfe**, nämlich

- als freiwilliges Mitglied einer Katastrophenhilfsorganisation, eines Rettungsdienstes oder einer freiwilligen Feuerwehr bei einem Großschadensereignis oder
 - als Mitglied eines Bergrettungsdienstes.
- Es besteht kein Anspruch auf Freistellung, vielmehr muss deren **Ausmaß** und **Lage mit dem AG vereinbart** sein.

Im Hintergrund steht das Katastrophenfondsgesetz, in dem es dem Bund nunmehr ermöglicht wird, Zuschüsse an die Länder für Auszahlungen an AG, welche Entgeltfortzahlungen an ihre bei Großschadensereignissen oder Bergrettungseinsätzen eingesetzten AN leisten, zu tätigen.

2. Wichtige neue Entscheidungen zum Arbeitsrecht

2.1 Entgelt – Festlegung

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 (zur betrieblichen Übung s unten).

Die freie Vereinbarung des Entgelts ist in der Praxis dadurch beschränkt, dass diesbezüglich weitgehend **zwingende Mindeststandards zu Gunsten des AN** zu beachten sind. Primäres Mittel der Entgeltgestaltung ist dabei der KollV.

Gem § 1152 ABGB **gilt**, sofern im Arbeitsvertrag kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist, ein **angemessenes Entgelt** als bedungen (vgl auch § 6 Abs 1 AngG).

E 1) OGH 25. 1. 2019 8 ObA 61/18f – Ständige Erreichbarkeit
ZAS-Judikatur 2019/44, 171 = ARD 6641/9/2019

Sachverhalt: Die Bekl, die keinem KollV unterliegt, beschäftigte den Kl für den Objekt- und Personenschutz. Er musste wie die anderen AN auch in der Freizeit ständig erreichbar sein und jederzeit damit rechnen, in den Dienst gesetzt zu werden. Ihm wurde ein Diensthandy zur Verfügung gestellt, das stets aufgeladen sein musste, nicht auf lautlos geschaltet werden durfte und auf das er regelmäßig zu schauen hatte. Über finanzielle Aspekte dieser ständigen Erreichbarkeit wurde nicht gesprochen. Der Kl beehrte nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses die Abgeltung der Rufbereitschaft.

Leitsätze: Durch die dargestellte Verpflichtung zur Erreichbarkeit wurde mit dem Kl konkludent die ständige Rufbereitschaft vereinbart. Das geforderte Verhalten hatte spürbare Auswirkungen auf seine Freizeitgestaltung. Wie oft die Arbeitsleistung des Kl tatsächlich abgerufen wurde, ist unerheblich.

Weder die Unentgeltlichkeit noch eine pauschale Abgeltung der Rufbereitschaft sind (konkludent) vereinbart worden. Es gebührt daher ein angemessenes Entgelt (§ 1152 ABGB). Da das Erstgericht keine Feststellungen getroffen hat, die eine Beurteilung der Ortsüblichkeit des vom Kl beehrten Stundensatzes in diesem Sinne erlauben würden, war ihm die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen. Zur Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage bietet sich hier – nach Erörterung mit den Parteien – in erster Linie die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens an.

Gewährt ein AG **regelmäßig** und **vorbehaltlos** gewisse Zusatzleistungen, insb Zusatzentgelte, an die Belegschaft oder Teile davon, so darf der AN nach Maßgabe des § 863 ABGB **darauf vertrauen**, dass er diese **Leistungen auch weiterhin erhalten** wird. Es entsteht ein Rechtsanspruch auf diese Leistungen, indem der Einzelarbeitsvertrag ergänzt wird.

Aus dem spezifischen Verhalten des AG ist sein Verpflichtungswille für die Zukunft abzuleiten. Er verhält sich so, dass der AN „keinen vernünftigen Grund . . . zu zweifeln“ (vgl § 863 Abs 1 ABGB) hat, dass sich dieser binden will. Der rechtsgeschäftliche Wille des AN ist aus der Entgegennahme der Leistung zu entnehmen.

E 2) OGH 28. 3. 2019 9 ObA 137/18i – Essenbons für Pensionisten
ARD 6651/6/2019 = ASoK 2019, 230

Für die Frage, welche Leistungen durch schlüssiges Verhalten des AG individuelle Ansprüche der AN begründen, kann es eine Rolle spielen, ob und inwieweit die Leistungen mit den Arbeitsleistungen zusammenhängen oder vorrangig andere Ziele verfolgen. Ist nur Letzteres der Fall, wird idR keine schlüssige Verpflichtung des AG zu einer dauerhaften, nicht einseitig widerruflichen Leistung aus dem Arbeitsverhältnis angenommen.

Der Zweck der Gewährung freier oder verbilligter Mahlzeiten am Arbeitsplatz liegt primär in der arbeitsökonomischen Essensversorgung der Mitarbeiter und der Verringerung ihres typischerweise höheren finanziellen Aufwands für arbeitsbedingt außer Haus zu konsumierende Mahlzeiten. Nach einer Vorentscheidung geht dieser Zweck schon bei einer Arbeitsverhinderung im aufrechten Dienstverhältnis ins Leere, umso mehr aber bei pensionierten AN. Die Ausnützung von Essensbons hängt bei ihnen idR von persönlichen Lebensumständen und Gegebenheiten ab, die mit dem Arbeitsverhältnis in keinem Zusammenhang mehr stehen. Das führt bei dieser Personengruppe zu einem Funktionswandel der Essensbons. Sie können danach zwar noch als Sozialleistung, nicht aber als vertraglich geschuldete Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung iS eines aufgesparten Entgelts aufgefasst werden. Da sie daher einseitig abänderbar sind, ist im vorliegenden Fall ein Anspruch des Kl auf die weitere Ausgabe von Essensbons sowie die Herausgabe der Wertkarte zu verneinen.

2.2 Urlaubsanspruch – Verlust

Der Urlaubsanspruch **entsteht** – außer im ersten Dienstjahr – im vollen Ausmaß **am Beginn des Arbeitsjahres** (§ 2 Abs 2 Satz 2 UrlG).

Nur im ersten halben Jahr des Arbeitsverhältnisses entsteht der Urlaub aliquot zur zurückgelegten Dienstzeit, nach Ablauf der sechs Monate (sog Wartezeit) gebührt er in voller Höhe des Jahresurlaubs (§ 2 Abs 2 Satz 1 UrlG).

Eine Verjährung des Urlaubs tritt gem § 4 Abs 5 Satz 1 UrlG mit Ablauf von **zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem der Urlaub entstanden** ist, ein.

E 3) EuGH 6. 11. 2018 C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft
ECLI:EU:C:2018:874 = DRdA-infas 2019/20, 28 (*Tinhof*)
(vgl auch EuGH 6. 11. 2018, C-619/16, Kreuziger)

Art 7 der RL 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung und Art 31 Abs 2 der Charta der Grundrechte der EU sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, nach der ein AN, der im betreffenden Bezugszeitraum keinen Antrag auf Wahrnehmung seines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gestellt hat, am Ende des Bezugszeitraums die ihm gemäß diesen Bestimmungen für den Bezugszeitraum zustehenden Urlaubstage und entsprechend seinen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Urlaub verliert, und zwar automatisch und ohne vorherige Prüfung, ob er vom AG zB durch angemessene Aufklärung tatsächlich in die Lage versetzt wurde, diesen Anspruch wahrzunehmen. Es ist insoweit Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der darin anerkannten Auslegungsmethoden zu prüfen, ob es in

der Lage ist, zu einer Auslegung dieses Rechts zu gelangen, mit der die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet werden kann.

In dem Fall, dass eine nationale Regelung wie die in den Ausgangsverfahren fragliche nicht im Einklang mit Art 7 der RL 2003/88 und Art 31 Abs 2 der GRC ausgelegt werden kann, ergibt sich aus Art 31 Abs 2 der GRC, dass das mit einem Rechtsstreit zwischen einem AN und seinem früheren privaten AG befasste nationale Gericht diese nationale Regelung unangewendet zu lassen und dafür Sorge zu tragen hat, dass der AN, wenn der AG nicht nachweisen kann, dass er mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt hat, um ihn tatsächlich in die Lage zu versetzen, den ihm nach dem Unionsrecht zustehenden bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, weder seine erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub noch entsprechend – im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – die finanzielle Vergütung für nicht genommenen Urlaub, deren Zahlung in diesem Fall unmittelbar dem betreffenden AG obliegt, verlieren kann.

2.3 Gleichbehandlung – geschütztes Merkmal Religion oder Weltanschauung

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

E 4) EuGH 22. 1. 2019 C-193/17 – Cresco Investigation
ECLI:EU:C:2019:43 = ARD 6634/7/2019
(vgl auch OGH 27. 2. 2019, 9 ObA 11/19m, ARD 6641/7/2019)

1. Art 1 und Art 2 Abs 2 der RL 2000/78/EG sind dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung, nach der zum einen der Karfreitag ein Feiertag nur für die AN ist, die bestimmten christlichen Kirchen angehören, und zum anderen nur diese AN, wenn sie zur Arbeit an diesem Feiertag herangezogen werden, Anspruch auf ein Zusatzentgelt für die an diesem Tag erbrachte Arbeitsleistung haben, eine unmittelbare Diskriminierung der Religion wegen darstellt.

Die mit dieser nationalen Regelung vorgesehenen Maßnahmen können weder als zur Wahrung der Rechte und Freiheiten anderer notwendige Maßnahmen iSd Art 2 Abs 5 der RL 2000/78 noch als spezifische Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen wegen der Religion iSd Art 7 Abs 1 dieser RL angesehen werden.

2. Art 21 der Charta der Grundrechte der EU ist dahin auszulegen, dass, solange der betroffene Mitgliedstaat seine Regelung, nach der nur den AN, die bestimmten christlichen Kirchen angehören, der Anspruch auf einen Feiertag am Karfreitag zusteht, nicht zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung geändert hat, ein privater

AG, der dieser Regelung unterliegt, verpflichtet ist, auch seinen anderen AN das Recht auf einen Feiertag am Karfreitag zu gewähren, sofern diese zuvor mit dem Anliegen an ihn herangetreten sind, an diesem Tag nicht arbeiten zu müssen, und ihnen folglich, wenn er sie abschlägig beschieden hat, das Recht auf ein Zusatzentgelt für die an diesem Tag erbrachte Arbeitsleistung zuzuerkennen.

Durch BGBl I 2019/22 hat der Gesetzgeber die Sonderfeiertagsregelung in § 7 Abs 3 ARG gestrichen. Eingefügt wurde ein neuer § 7a ARG mit dem Titel „**Einseitiger Urlaubsantritt (,persönlicher Feiertag‘)**“:

- Demnach kann der AN den Zeitpunkt des Antritts eines Tages des ihm zustehenden Urlaubs einmal pro Urlaubsjahr einseitig bestimmen. Der AN hat den Zeitpunkt spätestens drei Monate im Vorhinein schriftlich bekannt zu geben (Abs 1 leg cit).
- Es steht dem AN frei, auf Ersuchen des AG den bekannt gegebenen Urlaubstag nicht anzutreten. In diesem Fall hat der AN weiterhin Anspruch auf diesen Urlaubstag. Weiters hat er für den bekannt gegebenen Tag außer dem Urlaubsentgelt Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt, insgesamt daher das doppelte Entgelt, womit das Recht gem § 7a Abs 1 Satz 1 ARG konsumiert ist.
- Die Bestimmung gilt auch für an sich aus dem ARG gem § 1 Abs 2 Z 2 – 9 ausgenommene Personengruppen, zB leitende Angestellte und sonstige AN iSd Z 5 leg cit.
- Gem § 33a Abs 28 ARG sind Bestimmungen in Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, die nur für AN, die den evangelischen Kirchen AB und HB, der Altkatholischen Kirche oder der Evangelisch-methodistischen Kirche angehören, Sonderregelungen für den Karfreitag vorsehen, unwirksam und künftig unzulässig. Dies gilt auch für AN gem § 1 Abs 2 ARG.
- Die Neuregelungen – die entsprechend auch im BäckAG, im FRG und im Grundsatzgesetz LAG eingefügt wurden – sind am 22. 3. 2019 in Kraft getreten. Binnen drei Monaten nach Inkrafttreten der Novelle kann der AN einen Zeitpunkt für den Urlaubsantritt wählen, ohne die Frist gem § 7a ARG einzuhalten. In diesem Fall hat der AN den Zeitpunkt des Urlaubsantrittes frühestmöglich, spätestens aber zwei Wochen vor diesem Zeitpunkt dem AG bekannt zu geben.

2.4 Abfertigung (alt) – Bemessung

Die Abfertigung wird nach einem Vielfachen des **Monatsentgelts** (vgl § 23 Abs 1 Satz 2 AngG) bemessen. Nach dem Wortlaut des G ist als Berechnungsgrundlage **„das für den letzten Monat gebührende Entgelt“** heranzuziehen. Zu verstehen ist darunter der (typische) **Durchschnittsverdienst, der sich aus den mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrenden Bezügen ergibt.**

In Sonderregelungen, etwa in den §§ 11 ff AVRAG, wird die Berechnungsbasis für die Abfertigung modifiziert:

E 5) OGH 17. 12. 2018 9 ObA 126/18x – Abfertigung bei Teilzeit zur Kinderbetreuung DRdA-InfA 2019/51, 81 (*Kaltschmid*)
(vgl schon OGH 25. 7. 2017, 9 ObA 41/17w, DRdA-InfA 2017/195, 354; 19. 7. 2018, 8 ObA 29/18z, ASoK 2018, 369; 17. 12. 2018, 9 ObA 102/18t, RdW 2019/259, 328)

Sachverhalt: Die Kl war bei der Bekl von 10. 7. 1995 bis 31. 3. 2017 angestellt. Bis 31. 10. 2003 war sie mit 40 Wochenstunden vollzeitbeschäftigt. Am 15. 12. 2003, 15. 1. 2005 und 15. 9. 2006 wurden ihre drei Kinder geboren. Nach dem Ende der Karenz war die Kl von 15. 4. 2009 bis 31. 5. 2016 mit zehn Wochenstunden und von 1. 6. 2016 bis zur einvernehmlichen Auflösung des Dienstverhältnisses mit 14 Wochenstunden teilzeitbeschäftigt. Durchschnittlich arbeitete die Kl in ihrem Dienstverhältnis bei der Bekl 25,5 Wochenstunden. Die Bekl zahlte der Kl auf Basis der zuletzt ausgeübten Teilzeitbeschäftigung im Ausmaß von 14 Wochenstunden eine Abfertigung von zehn Monatsentgelten. Die Kl begehrte die Differenz zu einer Abfertigung auf Basis einer Vollzeitbeschäftigung (§ 14 Abs 4 [nunmehr: „Abs 3“; Anm des Bearbeiters] AVRAG).

Leitsätze: **Weder das MSchG noch das VKG schließen die Anwendung des § 14 AVRAG aus. Derjenige, der ein Kind betreut, kann sich daher immer dann, wenn die (engeren) Voraussetzungen des MSchG bzw VKG nicht vorliegen, jedenfalls auf § 14 AVRAG berufen. Für die Annahme einer Vereinbarung nach § 14 Abs 2 [nunmehr: „Abs 1“] Z 2 AVRAG ist es als ausreichend anzusehen, wenn beiden Parteien bewusst war, dass die AN die Teilzeit zur Betreuung ihres Kindes wünschte und benötigte.**

Auch die familiäre Beistandspflicht gegenüber einem gesunden Kind, das noch die Volksschule besucht, erfordert normalerweise eine Betreuung des Kindes iSd § 14 Abs 2 § 14 Abs 2 [nunmehr: „Abs 1“] Z 2 AVRAG, die mit einer Vollzeitbeschäftigung des betreuenden Elternteils häufig nicht so leicht in Einklang gebracht werden kann.

2.5 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

2.5.1 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
- Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit und der Ehre

§ 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
- 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

Für eine gerechtfertigte Entlassung müssen so schwerwiegende Gründe vorliegen, dass die **Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses** auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist **nicht zumutbar** ist.

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 bzw der Austritt **ungerechtfertigt**.

E 6) OGH 15. 5. 2019 9 ObA 29/19h – Wünsche an das Christkind
ZAS-Judikatur 2019/75, 272

Sachverhalt: Der Kl äußerte sich aus Unzufriedenheit mit seiner Dienstzuteilung gegenüber Vorgesetzten mit harschen und beleidigenden Ausdrücken, wurde deshalb jedoch

nicht verwarnt. Im Rahmen eines Gewinnspiels versandte er später zur Auslosung eine Postkarte als „Wunschzettel ans Christkind“. Darauf äußerte er den „Wunsch“, dass der Personalleiter der Bekl gepfählt und der Vorstandsvorsitzende gehängt werde, und fügte an, „hört auf zu lügen betrügen + diskriminieren“. Der Kl wurde daraufhin entlassen. Er begehrte (als besonders bestandgeschützter AN), sein aufrechtes Dienstverhältnis festzustellen.

Leitsatz: Der Entlassungsgrund der erheblichen Ehrverletzung ist verwirklicht. Sich vom „Christkind“ den Tod oder die Tötung zweier namentlich genannter Vorgesetzter zu wünschen, hatte mit einer noch sozialadäquaten Darlegung der Unzufriedenheit mit einer bestimmten beruflichen Situation nichts zu tun, sondern war nur kränkend und herabwürdigend, wozu die ebenfalls beleidigende, nicht näher substantiierte Aufforderung kam, das Lügen, Betrügen und Diskriminieren zu beenden. Diese schriftlichen Äußerungen des Kl waren objektiv geeignet, in erheblichem Maße ehrverletzend zu wirken. Eine vorherige Ermahnung des Kl war aufgrund der Schwere der Äußerungen nicht erforderlich.

2.5.2 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.

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 7) OGH 15. 5. 2019 9 ObA 43/19t – Austausch Kündigung bei Einstellung freier DN DRdA-InfA 2019/139, 261

Der kündigende Betriebsinhaber ist im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht angehalten, trotz Rationalisierungsmaßnahmen alle Möglichkeiten auszuschöpfen, seine bisherige, im Falle einer Kündigung wesentlich in ihren Interessen beeinträchtigte AN weiter zu beschäftigen. Der AG darf nicht ohne triftigen Anlass AN kündigen und dafür

neue einstellen. Die Kündigung ist nur dann in den Betriebsverhältnissen gerechtfertigt, wenn im gesamten Betrieb gerade für den betroffenen AN kein Bedarf mehr gegeben ist und schließlich dem AG auch durch keine andere soziale Maßnahme die Erhaltung des Arbeitsplatzes zuzumuten ist.

Zwar wurde der Betriebsstandort, dem die Kl zugeordnet war, aufgelassen, ihre (Außendienst-)Tätigkeit wird aber nach wie vor – vom benachbarten Standort aus – ausgeübt. Dies erfolgt durch angestellte Mitarbeiter, freie DN und in Zusammenarbeit mit selbstständig Erwerbstätigen. Die Bekl sucht für diese Tätigkeit laufend neue Mitarbeiter und hat nach der Kündigung der Kl zumindest eine freie DN und zwei selbstständig Erwerbstätige aufgenommen. Der Bekl hat nicht vorgebracht, dass ein Einsatz der gekündigten AN zB wegen Änderungen der betrieblichen Organisation oder von Abläufen nicht mehr möglich bzw zumutbar wäre.

2.5.3 Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz

Der besondere Bestandschutz nach MSchG beginnt mit dem Eintritt der Schwangerschaft.

Entscheidend für die Frage, ob Mutterschutz besteht, ist der Zeitpunkt des **Kündigungszugangs**: Eine vor Beginn der Schwangerschaft ausgesprochene Kündigung wird durch den Kündigungsschutz nicht berührt.

E 8) OGH 17. 12. 2018 9 ObA 116/18a – Kündigungsschutz und Fehlgeburt
DRdA-InfAS 2019/49, 80 = ARD 6638/5/2019

Sachverhalt: Am 16. 11. 2016 teilte die Kl ihrer Vorgesetzten den auf Grund eines positiven Schwangerschaftstests bestehenden Verdacht mit, schwanger zu sein. Die Schwangerschaft konnte am 21. 11. 2016 ärztlich nicht bestätigt werden, weil weder ein Embryo noch ein Herzschlag sichtbar waren. Auf Grund der in weiterer Folge festgestellten niedrigen Beta-HCG-Werte zeichnete sich eine Fehlgeburt ab. Am 5. 12. 2016 war die Schwangerschaft der Kl endgültig beendet. Es ist nicht feststellbar, ob zu irgendeinem Zeitpunkt ein entwicklungsfähiger Embryo vorhanden war, der abgegangen war, oder ob es sich zu keinem Zeitpunkt um eine intakte entwicklungsfähige Schwangerschaft gehandelt hat. Die Bekl sprach mit Schreiben vom 25. 11. 2016, welches der Kl am 29. 11. 2016 zugeing, die Kündigung aus. Die Kl begehrte die Feststellung eines aufrechten Dienstverhältnisses zur Bekl.

Leitsätze: Der Kündigungsschutz gem § 10 Abs 1 MSchG kommt nur dann zum Tragen, wenn im Zeitpunkt der Kündigung eine Schwangerschaft tatsächlich schon eingetreten ist. Der Gesetzgeber stellt auf den schützenswerten Zustand der Frau ab der grundsätzlich zu einer Geburt führenden Empfängnis bis zum Eintritt der Geburt ab, weil die Schutzbedürftigkeit für die Dauer dieses veränderten körperlichen Zustandes der Frau unabhängig davon besteht, ob schon eine Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutterschleimhaut stattgefunden hat und ob der Nachweis der Schwangerschaft leicht zu erbringen ist. Maßgeblich in Hinblick auf den

Kündigungsschutz gem § 10 MSchG ist die mit Vereinigung der Ei- und Samenzelle begonnene Schwangerschaft.

Dass im vorliegenden Fall eine Befruchtung stattgefunden hat, war hier aus der festgestellten Fehlgeburt zu erschließen. Hingegen ist es irrelevant, ob eine „intakte“ Schwangerschaft und ein entwicklungsfähiger Embryo vorlagen oder ein schwangerschaftsähnlicher Zustand wie etwa bei einer Eileiterschwangerschaft gegeben war.

2.6 Betriebliche Mitbestimmung

2.6.1 Überwachungsrechte

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).

E 9) OGH 27. 2. 2019 9 ObA 9/19t – Einhaltung von Betriebsübungen
DRdA-infas 2019/103, 190 (*Chlestil*) = RdW 2019/222, 289

Der in der Generalklausel des § 89 ArbVG enthaltene Begriff „Rechtsvorschrift“ ist nicht auf Gesetz, Verordnung oder KollV, Satzung, Mindestlohn oder BV beschränkt, sondern umfassender auch iS von betrieblichen Übungen, die zumindest einen Teil der Belegschaft betreffen, zu verstehen.

Dem BR ist es aber nur dann möglich, seine durch § 89 ArbVG eingeräumten Überwachungsrechte wirkungsvoll wahrzunehmen, wenn er in Kenntnis aller dafür erforderlichen Informationen ist bzw er sich diese durch Einsicht in die entsprechenden Unterlagen beschaffen kann. Er hat somit das Recht, in die „Freiwunschlisten“ der Mitarbeiter – in welcher Form auch immer – Einsicht zu nehmen. Nur so kann er seiner Pflicht nachkommen, die Einhaltung der die AN des Betriebs betreffenden Rechtsvorschriften, wozu auch betriebliche Übungen zählen, zu überwachen.

2.6.2 Freistellung und Entgeltfortzahlung bei Betriebsratsmitgliedern

Das Mandat des Betriebsratsmitglieds ist gem § 115 Abs 1 Satz 1 ArbVG ein Ehrenamt, welches grundsätzlich neben den Berufspflichten auszuüben ist.

Ist eine Ausübung nicht neben den Berufspflichten möglich, sind in den §§ 116 ff ArbVG Freistellungsansprüche (iwS) vorgesehen. Im gegebenen Zusammenhang sind folgende Ansprüche hervorzuheben:

- Gem § 116 ArbVG ist den Betriebsratsmitgliedern die **zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten notwendige Freizeit** unter **Fortzahlung des Entgelts** zu gewähren.
- **Jedes Mitglied des BR** hat gem § 118 ArbVG grundsätzlich Anspruch auf **Freistellung von der Arbeitsleistung** zur **Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen** bis zum **Höchstausmaß von drei Wochen und drei Arbeitstagen innerhalb einer Funktionsperiode** unter **Fortzahlung des Entgelts** (Abs 1 leg cit).

E 10) OGH 30. 10. 2018 9 ObA 72/18f – Teilzeitbeschäftigtes Betriebsratsmitglied
ASoK 2019, 158 = DRdA-InfAS 2019/44, 74 (*Chlestil*)

Für den die Zeit der Freistellung betreffenden Anspruch auf Entgeltfortzahlung ist das Ausfallprinzip maßgeblich. Die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts richtet sich danach, was das Betriebsratsmitglied verdienen hätte können, wenn es während der Freistellung in vollem Umfang gearbeitet hätte.

Im vorliegenden Fall hat die Kl für ihr Begehren neben § 116 ArbVG zwar auch das EuGH-Urteil vom 4. 6. 1992, Rs C-360/90, Bötzel, betreffend die mittelbare Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten Frauen nominell angeführt, darüber hinaus aber nicht einmal ansatzweise vorgebracht, warum ihre Situation mit der Ausgangslage in jener Rechtssache vergleichbar wäre. Die österreichische Rechtslage sieht keinen § 37 Abs 3 dBetrVG vergleichbaren Anspruch auf entgeltspflichtigen Freizeitausgleich für in der Freizeit erbrachte Betriebsratsstätigkeiten vor. Ungeachtet dessen hat die Kl aber auch nicht behauptet, dass die von ihr aufgelisteten Betriebsratsstätigkeiten, für die sie Entgelt begehrt, solche gewesen wären, die bei vollzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern sehr wohl zu einer Lohnfortzahlung geführt hätten.