

Jahresseminar Sage 2022

Arbeitsrecht

Dr. Stefan Zischka

Sage

Agenda

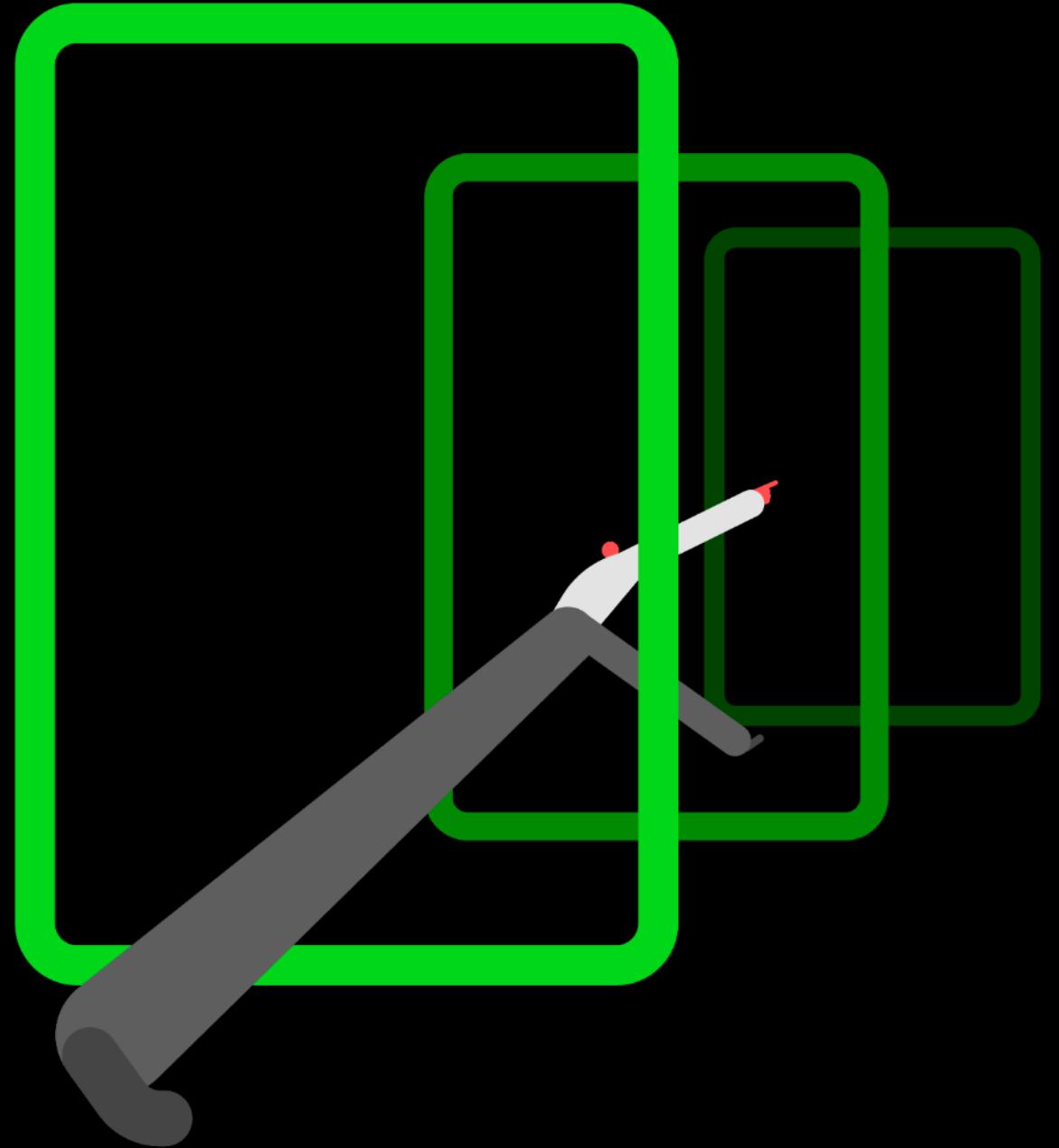
1. Übersicht über die wichtigsten gesetzlichen Änderungen

- I. Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen HinweisgeberInnenschutzgesetzes (HSchG)
- II. Homeoffice-Gesetz – Gekommen, um zu bleiben?

2. Aktuelle Rechtsprechung im Arbeitsrecht

- I. Kein individueller Kündigungsschutz während COVID-19-KUA
- II. Verständigung des Betriebsrates bei wiederholter Kündigung
- III. Urlaubersatzleistung bei unberechtigtem Austritt
- IV. Elternteilzeit und besonderer Kündigungsschutz nach dem Väter-Karenzgesetz (VKG)
- V. Freiwilliges Duschen am Dienstort - keine Arbeitszeit
- VI. Kürzung des All-In-Gehalts während Elternteilzeit

Übersicht über die wichtigsten gesetzlichen Änderungen



Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen HinweisgeberInnenschutz- gesetzes (HSchG)



Einleitung

Aktuelle Rechtslage

- Richtlinie (EU) 2019/1937 des europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (**Whistleblowing-RL**)
- Seit 16.12.2019 in Kraft und sollte bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umgesetzt werden.
- Nach längerer Säumigkeit und der zwischenzeitlichen Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die EU-Kommission wurde der erste Entwurf des **HinweisgeberInnenschutzgesetzes (HSchG)** in Begutachtung geschickt.
- Der **Zweck** des HSchG besteht in dem Schutz eines Hinweisgebers vor **Repressalien**.

Einleitung

Aktuelle Rechtslage

- Der Entwurf macht nur in zwei Bereichen Gebrauch von möglichen Abweichungen von der Whistleblowing-RL:
 - Aufnahme diverser **Korruptionstatbestände**
 - Zulassung **anonymer Meldungen**
- Im Gesetzentwurf ist die Option einer späteren Erweiterung des sachlichen Geltungsbereichs und der Instrumente zur Unterstützung des Whistleblowings enthalten.
- Bisher wurde kein überarbeiteter Entwurf veröffentlicht.

Einleitung

Persönlicher Anwendungsbereich

Das HSchG gilt für Personen, die aufgrund

- **beruflicher Verbindung** zu einem Rechtsträger (Unternehmen oder juristische Person des öffentlichen Rechts)
- **Informationen über Rechtsverletzungen** erlangt haben, indem sie ua
 - AN oder Bedienstete des Rechtsträgers sind oder waren oder als Arbeitskräfte an den Rechtsträger überlassen wurden oder
 - Bewerber um eine Stelle, Praktikanten, Volontäre beim Rechtsträger oder sonstige beim Rechtsträger Auszubildende sind oder waren oder
 - selbständig erwerbstätige Personen oder

Einleitung

Persönlicher Anwendungsbereich

- Mitglieder eines Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Rechtsträgers sind oder
- unter der Aufsicht und Leitung eines Auftragnehmers oder eines Subunternehmers des Rechtsträgers oder Lieferanten arbeiten.

Der Schutz des HSchG gilt aber ua auch für

- natürliche Personen, die Hinweisgeber bei der Hinweisgebung unterstützen, und
- natürliche Personen im Umkreis von Hinweisgebern, die, ohne die Hinweisgebung zu unterstützen, von nachteiligen Folgen der Hinweisgebung wie Vergeltungsmaßnahmen betroffen sein können (zB Arbeitskollegen).

Einleitung

Sachlicher Anwendungsbereich

- Das HSchG schützt das Melden von Verstößen ua auf folgende Bereiche:
 - Öffentliches Auftragswesen
 - Finanzdienstleistungen, Finanzprodukte und Finanzmärkte sowie Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung
 - Produktsicherheit und -konformität
 - Umweltschutz
 - Verbraucherschutz
 - Korruptionstatbestände nach dem StGB (zB Bestechlichkeit, Vorteilsannahme etc)

Einführung im Betrieb

Pflicht zur Implementierung

- Verpflichtende Einrichtung eines internen Meldekanals, für
 - i. **juristische Personen**
 - ii. **juristische Personen des öffentlichen Sektors** (zB Gemeinden), einschließlich staatlich beherrschter Stellen bzw Einrichtungen

mit **50 oder mehr AN**
- Der Schwellenwert gilt nicht für juristische Personen, die in den Bereichen der Finanzdienstleistungen, Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, etc tätig sind.

Einführung im Betrieb

Betriebsverfassungsrecht

- Weder in der Whistleblowing-RL noch im Entwurf des HSchG wurden eigene Regelungen zur Mitbestimmung des BR vorgesehen. Die Erläuterungen lassen diese Thematik ebenso unerwähnt.
- Daher muss geprüft werden, ob sich aus den bereits bestehenden BV-Tatbeständen eine Mitbestimmungspflicht des BR ergibt. Folgende BV könnten bei der Einführung eines Hinweisgebersystems in Fragen kommen:
 - a) **Kontrollmaßnahmen** oder technische Systeme zur Kontrolle der AN, **die die Menschenwürde berühren** (§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG)
 - b) **Automationsunterstützte Personaldatensysteme** (§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG)

Einführung im Betrieb

a) Kontrollmaßnahmen, die die Menschenwürde berühren

- Kontrollmaßnahmen sind alle zur Überwachung von AN geeigneten **menschlichen Verhaltensweisen und technischen Vorrichtungen, die zur Kontrolle von AN geeignet sind**. Auf die tatsächliche Überwachung bzw die subjektive Absicht des AG kommt es dabei nicht an. Außerdem sind nur auf Dauer angelegte Kontrollmaßnahmen zustimmungspflichtig.
- Es handelt sich hierbei um eine **notwendige BV**, die nicht durch eine Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt werden kann. Verweigert der BR die Zustimmung, kann diese daher nicht erzwungen werden.

Einführung im Betrieb

a) Kontrollmaßnahmen, die die Menschenwürde berühren

- In § 10 AVRAG ist vorgesehen, dass der Tatbestand des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG in das Individualarbeitsrecht transformiert und im **betriebsratslosen Betrieb** für die Vornahme von Kontrollmaßnahmen die **einzelvertragliche Zustimmung der AN** erfordert.

Einführung im Betrieb

a) Kontrollmaßnahmen, die die Menschenwürde berühren

- Kontrollmaßnahmen sind aber nur **mitbestimmungspflichtig, wenn sie die Menschenwürde berühren**. Das bedeutet, dass
 - i. Kontrollmaßnahmen, die die Menschenwürde nicht einmal tangieren, mitbestimmungsfrei bleiben.
 - ii. Kontrollmaßnahmen, bei denen Aspekte der Würde des Menschen ins Spiel kommen, mitbestimmungspflichtig sind.
 - iii. Kontrollmaßnahmen, die die Menschenwürde verletzen, in jedem Fall unzulässig (sittenwidrig) sind und auch nicht durch eine BV geheilt werden können.

Einführung im Betrieb

b) Automationsunterstützte Personaldatensysteme

- Der BV-Tatbestand umfasst die Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung personenbezogener Daten der AN.
Werden diese **Daten automationsunterstützt verarbeitet oder übermittelt**, ist die Zustimmung des BR erforderlich.
- Eine Zustimmung ist nicht erforderlich, soweit die tatsächliche oder vorgesehene Verwendung dieser Daten über die **Erfüllung von Verpflichtungen nicht hinausgeht, die sich aus Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag** ergeben.

Einführung im Betrieb

b) Automationsunterstützte Personaldatensysteme

- Bei der Einführung eines internen Meldekanals auf Grundlage des HSchG wäre eine **bloße Datenverwendung** anzunehmen, **welche nicht über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgeht**, und somit würde auch keine BV nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG notwendig sein.
- Wenn die Einrichtung eines Meldekanals aber nicht verpflichtend ist (zB anderer sachlicher Anwendungsbereich) wäre eine BV nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG hingegen notwendig.
- Die mangelnde Zustimmung des BR kann jedoch durch eine Entscheidung der **Schlichtungsstelle** ersetzt werden.

Einführung im Betrieb

- Wenn weder § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG noch 96a Abs 1 Z 1 ArbVG zu tragen kommen würde, wären auch folgende BV-Tatbestände denkbar:

c) **Regelung von Allgemeinen Ordnungsvorschriften im Betrieb** (§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG)

- Generelle Vorschriften, die das Verhalten der AN im Betrieb regeln. Bei Nichteinigung kann die Schlichtungsstelle angerufen werden.

d) **Betriebliches Beschwerdewesen** (§ 97 Abs 1 Z 20 ArbVG)

- Hierbei handelt sich um eine freiwillige BV, die keiner Zustimmung durch den BR bedarf.

Schutzbestimmungen

Schutz vor Vergeltungsmaßnahmen

Maßnahmen, die in Vergeltung eines berechtigten Hinweises erfolgt sind, sind **rechtsunwirksam**, insbesondere:

- Suspendierung, Kündigung oder vergleichbare Maßnahmen
- Nichtverlängerung oder vorzeitige Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrags
- vorzeitige Kündigung oder Aufhebung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen
- Herabstufung oder Versagung einer Beförderung
- Aufgabenverlagerung, Änderung des Arbeitsortes, Minderung des Entgelts, Änderung der Arbeitszeit

Schutzbestimmungen

Schutz vor Vergeltungsmaßnahmen

Maßnahmen, die in Vergeltung eines berechtigten Hinweises erfolgt sind, sind **rechtsunwirksam**, insbesondere:

- Versagung der Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen
- negative Leistungsbeurteilung oder Ausstellung eines schlechten Dienstzeugnisses
- Disziplinarmaßnahme, Rüge oder sonstige Sanktion einschließlich finanzieller Sanktionen
- Entzug einer Lizenz oder einer Genehmigung

Schutzbestimmungen

Glaubhaftmachung

- In **gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren**, in denen ein Hinweisgeber geltend macht, durch eine der genannten Maßnahmen als Folge eines Hinweises benachteiligt worden zu sein, ist glaubhaft zu machen, dass die Maßnahme als Vergeltung für den Hinweis erfolgte.
- Der Umstand muss demnach nicht bewiesen werden, sondern (nur) **plausibel** mit einem nachvollziehbaren Sachverhalt **dargestellt werden**.
- Dass die Maßnahme als Vergeltung für den Hinweis erfolgte, ist nicht anzunehmen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine **höhere Wahrscheinlichkeit** dafür spricht, dass ein **anderes Motiv** für die Maßnahme ausschlaggebend war. Dieses Motiv ist von der Person, die die Maßnahme gesetzt hat, **glaubhaft** zu machen.

Homeoffice-Gesetz – Gekommen, um zu bleiben?



Allgemeines

- Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Homeoffice-Paketes wurden am 25.03.2021 beschlossen. Die **arbeitsrechtlichen Neuregelungen traten mit 01.04.2021** – im Unterschied zu den steuerrechtlichen Regelungen – **unbefristet in Kraft**.
- Allerdings sollen die gesetzlichen Neuregelungen **bis Ende 2022** evaluiert werden, um Verbesserungspotenziale so rasch wie möglich zu erkennen.

Remote Work vs. Homeoffice

- § 2h Abs 1 AVRAG definiert, dass Arbeit im Homeoffice dann vorliegt, wenn ein AN **regelmäßig Arbeitsleistungen in der Wohnung** erbringt.
- Der Begriff Arbeit im Homeoffice umfasst Arbeitsleistungen, die in der Privatwohnung bzw im Wohnhaus, dh am **Hauptwohnsitz des AN** oder an einem **Nebenwohnsitz des AN** oder am **Wohnsitz eines nahen Angehörigen oder Lebensgefährten** erbracht werden.
- Die gesetzliche Definition umfasst **nicht** Arbeitsleistungen in einem **öffentlichen Coworking Space**.

Remote Work vs. Homeoffice

- Der Gesetzgeber hebt mit der Definition von Homeoffice hervor, dass die gesetzlichen Regelungen bewusst
 - a) nur für Tätigkeiten in einer **Privatwohnung** gelten sollen,
 - b) **nicht** jedoch für **sonstige, außerbetriebliche Arbeit** (Remote Work), wie zB Arbeiten im Kaffeehaus, Zug, Freibad, Park, Vereinslokal etc
- In der Praxis ist diese Bestimmung nicht praktikabel, da viele AG ihren AN ein freieres Arbeiten – ua auch im Ausland – ermöglichen wollen.

Kein Rechtsanspruch auf Homeoffice

- § 2h Abs 2 AVRAG regelt, dass die Arbeit im Homeoffice zwischen AN und AG aus Beweisgründen **schriftlich zu vereinbaren** ist.
- Homeoffice kann weder einseitig durch den AG angeordnet werden noch hat der AN einen Rechtsanspruch auf Homeoffice.
- Aufgrund der AG-Fürsorgepflicht bzw der AN-Treuepflicht kann eine Situation vorliegen (zB COVID bedingt; Kinderbetreuungspflicht, etc), in der der AG oder AN dem **Homeoffice-Wunsch des anderen Vertragspartners zustimmen muss**, sofern keine begründeten Interessen dagegensprechen.

Kein Rechtsanspruch auf Homeoffice

- Die schriftliche Vereinbarung kann auch in **elektronischer Form** – betriebliche IT-Tools, Handy-Signatur, E-Mail – erfolgen.
- Fehlt die Schriftlichkeit, führt dies allerdings nicht dazu, dass die Homeoffice-Vereinbarung nichtig ist. Daraus folgt, dass diese auch **mündlich oder konkludent (stillschweigend)** wirksam abgeschlossen werden kann.
- Werden bereits im Arbeitsvertrag **zwei Arbeitsorte** vereinbart (zB Büro und Wohnadresse), dann kann – mangels derzeit noch fehlender Rsp – die Rechtsmeinung vertreten werden, dass Arbeiten zu Hause vom AG angeordnet werden kann, da **keine Homeoffice-Vereinbarung**, sondern eine **Vereinbarung über zwei Arbeitsorte** vorliegt.

Betriebsvereinbarung

- BV nach § 97 Abs 1 Z 27 ArbVG
- Eine BV kann nur **Rahmenbedingungen** festlegen.
- Es handelt sich um eine **fakultative BV**, dh der Abschluss einer solchen BV kann nicht erzwungen werden.

Richtlinie

- Eine Richtlinie ist eine **einseitige generelle Dienstanweisung**. Diese darf keinen gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder dienstvertraglichen Regelungen zum Nachteil der AN widersprechen.
- Die Richtlinie sollte allenfalls mit einem **Änderungsvorbehalt** kombiniert werden, damit diese zukünftig nach Ermessen, aus sachlich nachvollziehbaren Gründen, vom AG angepasst werden kann.

Digitale Arbeitsmittel

- Gemäß § 2h Abs 3 AVRAG hat der AG die für das regelmäßige Arbeiten im Homeoffice erforderlichen **digitalen Arbeitsmittel** bereitzustellen. Davon kann durch Vereinbarung abgewichen werden, wenn der AG die angemessenen und erforderlichen Kosten für die von dem AN für die Erbringung der Arbeitsleistung zur Verfügung gestellten digitalen Arbeitsmittel trägt. Die Kosten können auch **pauschaliert** abgegolten werden.
- Unter digitalen Arbeitsmitteln sind die erforderliche **IT-Hardware** und **Software**, die tatsächlich **notwendige Datenverbindung** und erforderlichenfalls ein **Diensthandy** zu verstehen.
- Grundsätzlich ist der AG verpflichtet, die für **regelmäßiges Arbeiten** im Homeoffice gegebenenfalls erforderlichen digitalen Arbeitsmittel dem AN zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung besteht dann **nicht**, wenn **ausnahmsweise**, dh lediglich aufgrund eines **bestimmten Anlassfalles**, im Homeoffice gearbeitet wird („Eintagsfliege“).

Digitale Arbeitsmittel

- Werden digitale Arbeitsmittel vom AN bereitgestellt, hat der AG einen angemessenen und erforderlichen Kostenersatz, auch in Form einer **Pauschale**, zu leisten. Der Kostenersatz durch den AG kann sowohl in einer Einzelvereinbarung, Richtlinie als auch in einer BV geregelt werden.
- Für **nicht digitale Arbeitsmittel** (Papier, Schreibtisch etc) gilt weiterhin § 1014 ABGB, wonach der AN dann einen **Aufwandersatzanspruch** hat, wenn er im AG-Interesse eigene Mittel einsetzt. Diese Regelung ist jedoch – anders als die gemäß § 2h Abs 3 AVRAG verpflichtende Bereitstellung erforderlicher digitaler Arbeitsmittel – **abdingbar**.

Aktuelle Rechtsprechung im Arbeitsrecht



Kein individueller Kündigungsschutz während COVID-19-KUA

OGH 22.10.2021, 8 ObA 48/21y
OGH 29.11.2021, 8 ObA 50/21t

OGH 22.10.2021, 8 ObA 48/21y

Sachverhalt

- Ein AG schloss im ersten Lockdown **mit 15 AN eine SPV in Form einer Einzelvereinbarung über die KUA** ab; jedoch **nicht mit dem klagenden AN**. Das Arbeitsverhältnis zu diesem wurde zum 31.07.2020 mittels **AG-Kündigung aus personenbezogenen Gründen** beendet. Der aufgrund der Kündigung des AN reduzierte Beschäftigtenstand wurde wieder aufgefüllt. Der AN machte ua die Zahlung einer Kündigungsentschädigung geltend und argumentierte, dass der AG aufgrund der für die gesamte Belegschaft geltenden dreimonatigen KUA-Vereinbarung nicht berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis vor dem Ende der Behaltefrist aufzulösen.
- Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab und sprach aus, dass die Kündigung des AN den Bedingungen der COVID-19-KUA nicht widersprochen habe. Gegenständlich liege ein zulässiger Ausnahmefall einer Auflösung aus persönlichen Gründen bei Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes vor. Das Berufungsgericht teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts.

OGH 22.10.2021, 8 ObA 48/21y

Entscheidung

- Der OGH bestätigte die Abweisung der Klage. Zusammenfassend kam der OGH zu dem Ergebnis, dass sich aus den Bestimmungen des § 37b AMMSG iVm den maßgeblichen Regelungen der KUA-Vereinbarungen **keine Unwirksamkeit einer, während der COVID-19-KUA oder der anschließenden Behaltefrist ausgesprochenen, Kündigung** ergibt.
- Die Förderung (COVID-19-KUA-Beihilfe) sei aber im Rahmen einer Kündigungsanfechtung bei der Beurteilung des Vorliegens von „betrieblichen Erfordernissen“ für die Kündigung zu berücksichtigen. Da der AN jedoch nicht von der SPV in Form einer Einzelvereinbarung erfasst war, weil er diese nicht unterzeichnete, ließ der OGH offen, ob durch den Abschluss der Einzelvereinbarung ein individueller Kündigungsschutz gegeben ist.

OGH 22.10.2021, 8 ObA 50/21t

Sachverhalt

- In der gegenständlichen Entscheidung wurde mit der klagenden AN eine **SPV in Form einer Einzelvereinbarung über die COVID-19-KUA** abgeschlossen. Das Arbeitsverhältnis zu ihr wurde durch **AG-Kündigung aus personenbezogenen Gründen** zum 02.10.2021 beendet. Bereits am 01.10.2020 wurde ein neuer Mitarbeiter eingestellt, der die Tätigkeiten der AN verrichtete. Somit wurde der Beschäftigtenstand wieder aufgefüllt.
- Die klagende AN machte die Zahlung einer Kündigungsentschädigung geltend. Sie argumentierte, dass wegen der Behaltspflicht in der Einzelvereinbarung ein Kündigungsverbot bestanden habe.

OGH 22.10.2021, 8 ObA 50/21t

Entscheidung

- Im gegenständlichen Fall knüpfte der OGH an die Vorentscheidung zu 8 ObA 48/21y an. Zusammengefasst führte der OGH aus, dass jedenfalls vom **Wortlaut der SPV** auszugehen ist. Nach dieser können AG-Kündigungen frühestens nach Ablauf der Behaltefrist ausgesprochen werden. Die SPV nennt aber **keine Rechtsfolge** (also die Rechtsunwirksamkeit einer vereinbarungswidrig ausgesprochenen Kündigung) **für den Fall eines Verstoßes** gegen diese Vorgabe. Aus dem Wortlaut der Vereinbarung lässt sich die Unwirksamkeit einer dennoch ausgesprochenen Kündigung daher nicht ableiten.
- Der OGH verweist in seiner Entscheidung auch auf eine vor der COVID-19-Pandemie von der Gewerkschaft (auf Grundlage des § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG) erarbeitete **Muster-BV**, welche explizit die Rechtsunwirksamkeit einer vereinbarungswidrig ausgesprochenen Kündigung vorsah. Sollte ein **individueller Kündigungsschutz** auch gegenständlich gewollt gewesen sein, wäre angesichts dessen eine ebensolche **explizite Formulierung** zu erwarten gewesen.

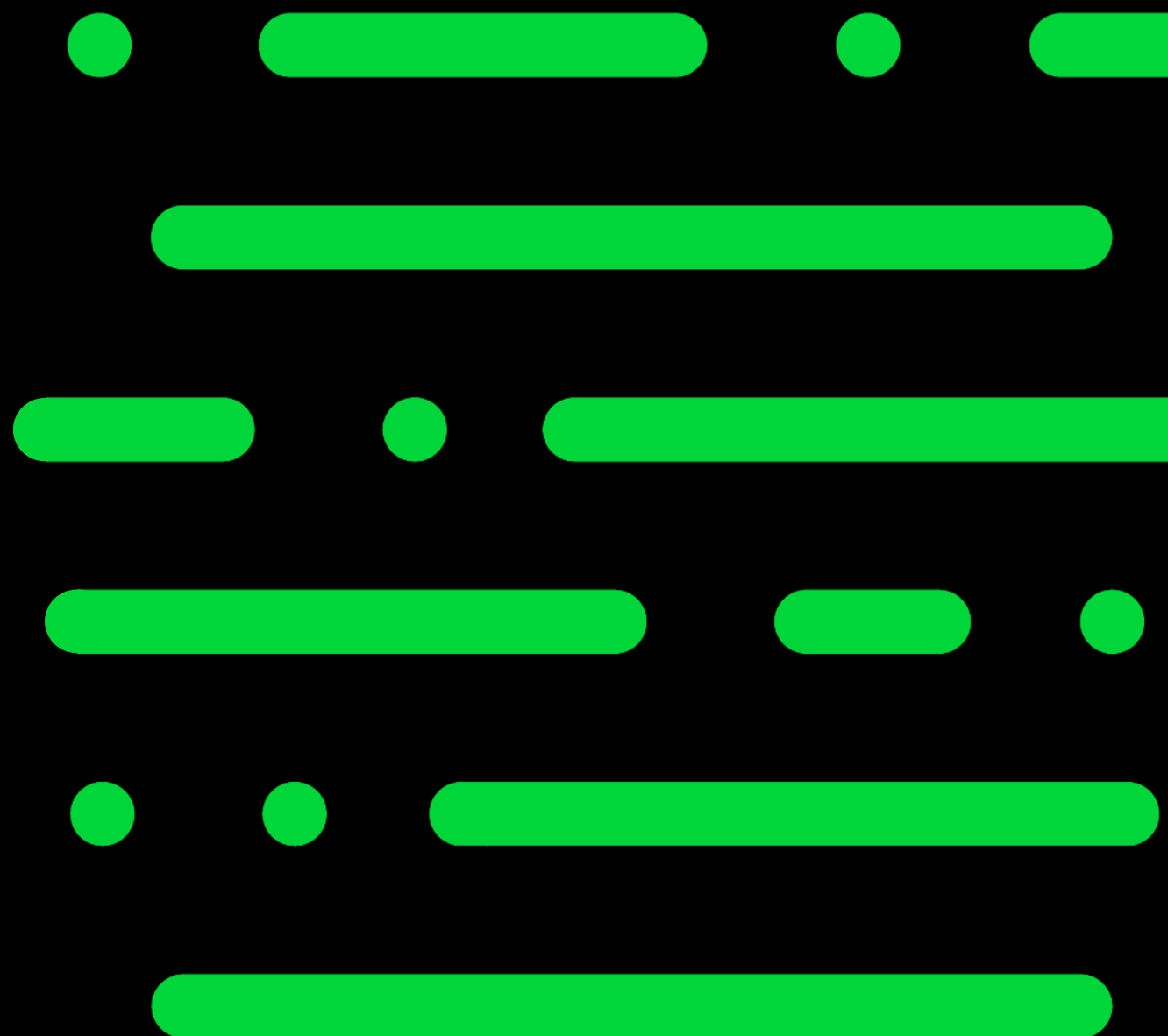
OGH 22.10.2021, 8 ObA 50/21t

Fazit

- Im Ergebnis begründet daher auch der **Abschluss einer SPV** in Form einer Einzelvereinbarung **keinen individuellen Kündigungsschutz** während der KUA bzw. Behaltefrist.
- Die in der Literatur strittige Frage zur Rechtswirksamkeit von Kündigungen, die während der KUA und der Behaltefrist ausgesprochen werden, ist damit abschließend höchstgerichtlich geklärt.

Verständigung des Betriebsrates bei wiederholter Kündigung

OGH 02.09.2021, 9 ObA 86/21v



OGH 02.09.2021, 9 ObA 86/21v

Allgemeiner Kündigungsschutz und Vorverfahren

- In Betrieben mit **mindestens fünf stimmberechtigten AN** gilt für AN (iSd § 36 ArbVG) ein **allgemeiner Kündigungsschutz** (§ 105 ArbVG). Dieser sieht die obligatorische Einhaltung eines **Vorverfahrens** (wenn ein BR errichtet ist) und die Möglichkeit der **Kündigungsanfechtung** vor.
- Der BI hat vor jeder Kündigung eines AN den BR zu verständigen. Der BR hat diesbezüglich **binnen einer Woche** folgende Möglichkeiten der **Stellungnahme**: (i) Zustimmung, (ii) Widerspruch oder (iii) Schweigen.
- Von der Art der Stellungnahme hängen wesentliche **Rechtsfolgen** ab (Art der Kündigungsanfechtung, Anfechtungsberechtigte).
- Wird das Vorverfahren nicht eingehalten, ist die Kündigung **unwirksam**. Die Kündigung muss nicht sofort nach Beendigung des Vorverfahrens ausgesprochen werden, es muss allerdings noch ein **zeitlicher Zusammenhang** bestehen, andernfalls muss ein neues Vorverfahren durchgeführt werden.

OGH 02.09.2021, 9 ObA 86/21v

Sachverhalt

- Am **27.06.2019** sprach der AG die **Kündigung** der AN per 15.08.2019 aus. Der BR erteilte bereits zuvor am 17.06.2019 die **Zustimmung** zur Kündigung der AN.
- Die AN erklärte, am **24.06.2019** einen **Spontan-Abortus** erlitten zu haben und legte in der Folge ein ärztliches Attest vor.
- Am **28.06.2019** teilte der AG dem BR mit, dass die Kündigung nicht wirksam geworden sei und nach Ablauf der Frist wiederum ausgesprochen werde. Gegenüber der AN gab der AG schriftlich die **Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung** (nach § 10 Abs 1a MSchG ist eine Kündigung bis zum Ablauf von vier Wochen nach einer erfolgten Fehlgeburt rechtsunwirksam) bekannt und ließ sich dies am 03.07.2019 von ihr bestätigen.
- Mit Schreiben vom **24.07.2019** sprach der AG gegenüber der AN erneut die **Kündigung** per 15.09.2019 aus. Zu dieser holte sich der AG aber **keine neue Erklärung** des BR ein.

OGH 02.09.2021, 9 ObA 86/21v

Entscheidung

- Die AN machte geltend, dass durch die zwischen dem AG und ihr geschlossenen Aufhebungsvereinbarung über die erste Kündigung auch die Zustimmung des BR ihre Wirksamkeit verloren habe.
- Der OGH führte aus, dass eine **unwirksame Kündigung** (§ 10 Abs 1a MSchG) **nicht aufzuheben** ist. Die „Vereinbarung“ über eine einvernehmliche „Rücknahme der Kündigung“ habe daher nicht die von der AN behauptete Reichweite, hatte der AG doch nur mitgeteilt, dass die Kündigung unwirksam war, was auch von der AN bestätigt wurde.

OGH 02.09.2021, 9 ObA 86/21v

Entscheidung

- Zwischen der gemäß § 105 Abs 1 ArbVG erforderlichen **Verständigung** des BR durch den BI einerseits und der **Kündigungserklärung** andererseits muss ein **sachlicher und zeitlicher Zusammenhang** bestehen. Ein solcher Zusammenhang wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn es sich um einen einzigen Kündigungsfall handelt und wenn die Kündigung zum ehest zulässigen Termin oder innerhalb einer Frist von wenigen Wochen ausgesprochen wird.
- Es entspricht auch der Rsp, dass der Fall, dass eine Kündigung wegen Rechtsunwirksamkeit der ersten Kündigung wiederholt wird, als typischer Fall für so einen Zusammenhang anzusehen ist und, dass eine „**unwirksame Kündigung nicht die Verständigung konsumiert**“. Somit ist die **erneute AG-Kündigung rechtswirksam**, obwohl keine neuerlich BR-Stellungnahme eingeholt wurde.

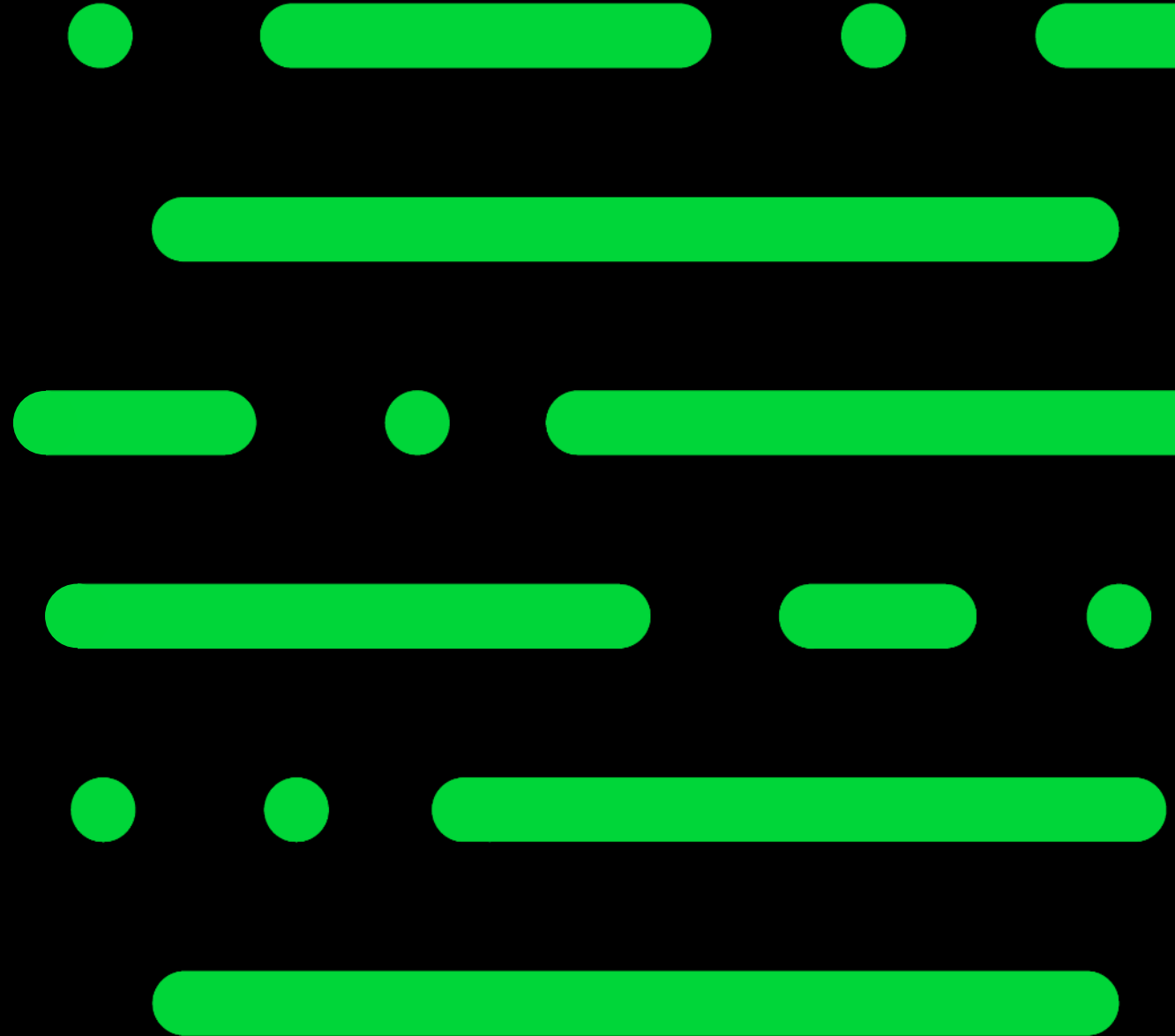
OGH 02.09.2021, 9 ObA 86/21v

Fazit

- Nachdem der BR über die geplante Kündigung informiert wurde und seine Stellungnahme vorliegt, muss die **Kündigung zum ehest zulässigen Termin** oder innerhalb einer Frist von wenigen Wochen ausgesprochen werden muss (**zeitlicher Zusammenhang**).
- Ist eine Kündigung rechtsunwirksam, dann ist diese **rechtlich nicht existent**, sie kann daher (auch einvernehmlich) **nicht zurückgenommen** werden. Daher bleibt ein unmittelbarer, **sachlicher Zusammenhang** zwischen der ursprünglichen Verständigung des BR und der wiederholten Kündigung bestehen.

Urlaubersatzleistung bei unberechtigtem Austritt

OGH 17.02.22, 9 ObA 150/21f



OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f

Sachverhalt

- Der klagende AN war von 25.06.2018 bis 09.10.2018 bei dem beklagten AG als Arbeiter beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch **unberechtigten vorzeitigen Austritt** des AN.
- Von dem im Beschäftigungszeitraum erworbenen Urlaubsanspruch von 7,33 Arbeitstagen verbrauchte der AN vier Tage. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses waren daher noch 3,33 Arbeitstage an Urlaubsanspruch offen.
- Der AN beehrte eine **Urlaubersatzleistung** von EUR 322,06 für den noch offenen Urlaubsanspruch und brachte vor, dass § 10 Abs 2 UrlG, wonach bei vorzeitigem Austritt ohne wichtigen Grund kein Anspruch auf Urlaubersatzleistung bestehe, gegen Unionsrecht verstoße.

OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f

Sachverhalt

- Der AG bestritt das Klagebegehrens dem Grunde nach und wandte ein, dass selbst wenn man von einem unionsrechtlichen Ersatzanspruch ausgehe, ein solcher auf Basis des unionsrechtlichen Urlaubsanspruchs von vier Wochen zu berechnen sei.
- Dies ergebe einen Anspruch auf 5,864 Tage Urlaub. Abzüglich der vier schon verbrauchten Urlaubstage stünde höchstens eine Ersatzleistung für 1,864 Tage zu. Daher errechne sich konkret ein Betrag von EUR 153,79.
- Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab.

OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f

Sachverhalt

- Der OGH legte dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor, die wie folgt beantwortet wurden (EuGH 25.11.2021, C-332/20):
 - Art 7 der Arbeitszeit-Richtlinie (2003/88/EG) in Verbindung mit Art 31 Abs 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Vorschrift entgegensteht, wonach eine Urlaubersatzleistung für das laufende letzte Arbeitsjahr nicht gebührt, wenn der AN das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund vorzeitig einseitig beendet. Der nationale Richter braucht nicht zu prüfen, ob der Verbrauch der Urlaubstage, auf die der AN Anspruch hatte, für diesen unmöglich war.

OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f

Sachverhalt

- Für das Entstehen einer finanziellen Vergütung sei keine andere Voraussetzung heranzuziehen, als dass
 - zum einen das Arbeitsverhältnis beendet ist und
 - der AN nicht den gesamten Jahresurlaub genommen hat, auf den er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch gehabt hat.
- Somit sei der **Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses** im Hinblick auf den Anspruch auf eine finanzielle Vergütung **nicht maßgeblich**.

OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f

Entscheidung

- Auf Grundlage der Ausführungen des EuGH hat der **unberechtigt vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis ausgetretene AN** grundsätzlich einen **Anspruch auf Abgeltung** des zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses **noch nicht verbrauchten Urlaubsrestes**.
- Art 7 Abs 2 der Richtlinie 2003/88 räumt dem AN einen **Mindesturlaubsanspruch von vier Wochen** ein. Da das UrlG dagegen dem AN einen Urlaubsanspruch von fünf bzw sechs Wochen gewährt, geht die innerstaatliche Rechtslage über die unionsrechtlich erforderlichen Mindestansprüche hinaus und ist insoweit günstiger als das Unionsrecht. Um der Auslegung des EuGH gerecht zu werden, genügt es daher nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, § 10 Abs 2 UrlG (nur) insoweit unangewendet zu lassen, dass im Ergebnis der AN auf Grundlage des unionsrechtlich garantierten Mindesturlaubs von vier Wochen eine Urlaubersatzleistung für den zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht verbrauchten Jahresurlaub erhält.

OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f

Fazit

- § 10 Abs 2 UrlG, wonach dem AN keine Urlaubersatzleistung für den noch offenen Urlaubsanspruch gebührt, wenn er ohne wichtigen Grund vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis austritt, ist **unionsrechtswidrig**.
- Art 7 der Arbeitszeit Richtlinie und Art 31 Abs 2 GRC gewährleisten ein **Grundrecht auf einen bezahlten Jahresurlaub**. Dieses Grundrecht beinhaltet auch den Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für den Jahresurlaub, den der AN vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht konsumieren konnte.
- Somit ist der **Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses** im Hinblick auf den Anspruch auf eine finanzielle Vergütung **nicht maßgeblich**.

OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f

Fazit

- Da § 2 Abs 1 UrlG dem AN einen Urlaubsanspruch von fünf bzw sechs Wochen gewährt, geht die innerstaatliche Rechtslage über die unionsrechtliche erforderlichen Mindestansprüche von vier Wochen hinaus und ist somit günstiger als das Unionsrecht.
- Für diesen **günstigeren Urlaubsanteil** – also jenen der über die vier Wochen hinausgeht – kann das innerstaatliche Recht aber die Bedingungen für die Gewährung selbst festlegen und regeln, dass in bestimmten Fällen (unberechtigter vorzeitiger Austritt nach § 10 Abs 2 UrlG) für offene Urlaube **keine Urlaubersatzleistung** zu zahlen ist.

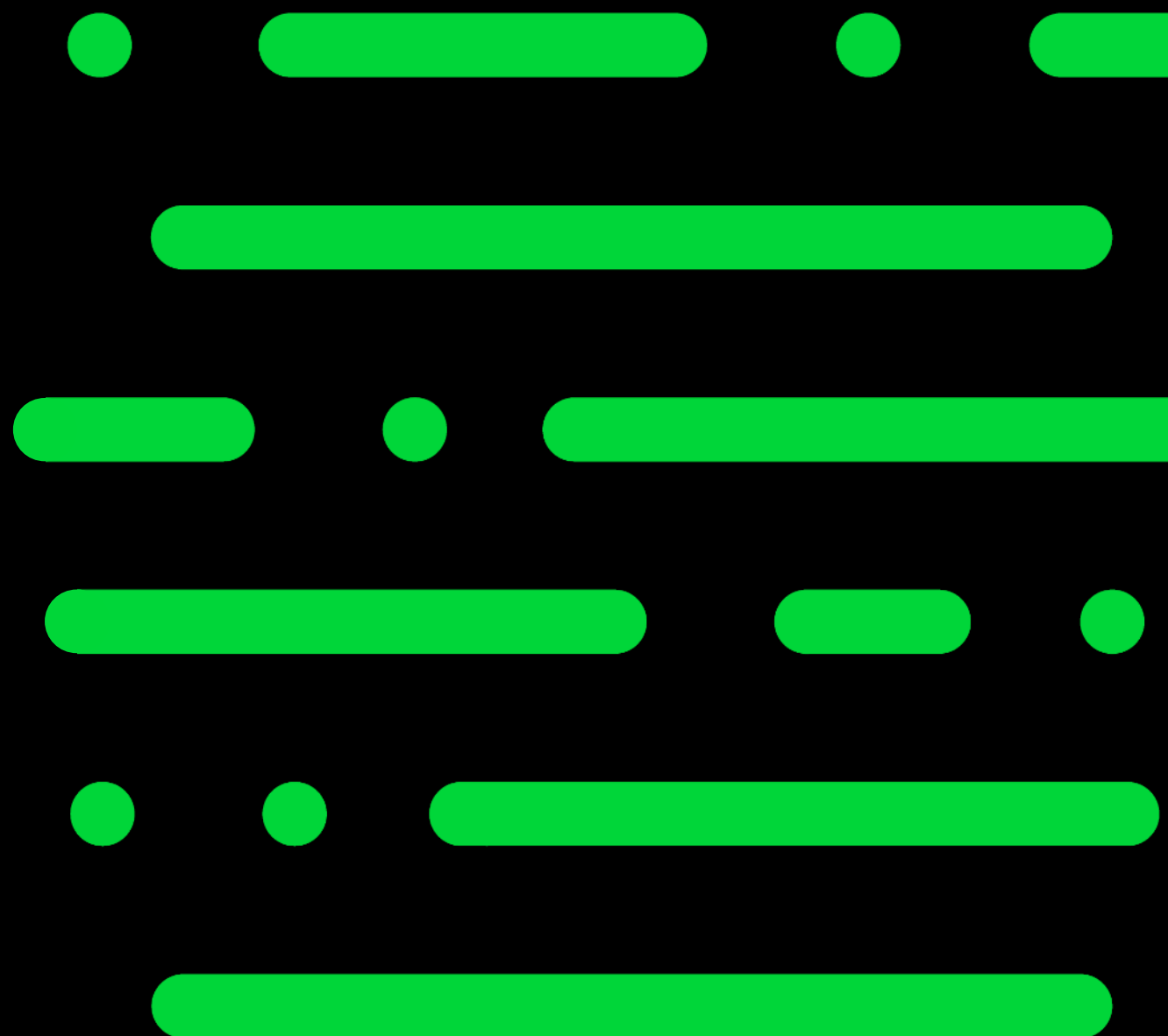
OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f

Fazit

- **§ 10 Abs 2 UrlG neu:** „Abweichend von Abs 1 gebührt im Fall eines unberechtigten vorzeitigen Austritts keine Ersatzleistung für die fünfte und sechste Woche des Anspruchs auf Urlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr.“
- Die Änderung trat mit **01.11.2022** in Kraft.

Elternteilzeit und besonderer Kündigungsschutz nach dem Väter- Karenzgesetz (VKG)

OGH 31.08.2022, 9 ObA 92/22b



OGH 31.08.2022, 9 ObA 92/22b

Sachverhalt

- Die Tochter des AN wurde am 02.05.2019 geboren. Am 02.08.2021 äußerte der AN gegenüber seinem unmittelbaren Vorgesetzten erstmals, dass er in Elternteilzeit gehen wolle – ein konkretes wöchentliches Stundenausmaß nannte er hierbei nicht. Der AN wurde vom direkten Vorgesetzten an die HR weiterverwiesen.
- Daraufhin übermittelte der AN eine Outlook-Termineinladung an seinen unmittelbaren Vorgesetzten und den stellvertretenden Leiter der HR-Abteilung, in der er ausführte, dass er beabsichtige, in Elternteilzeit zu gehen, der Termin solle der weiteren Abstimmung dienen. Am 06.08.2021 sprach der AG die Kündigung des AN aus.

OGH 31.08.2022, 9 ObA 92/22b

Sachverhalt

- Der AN beehrte die Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses. Die Vorinstanzen gingen davon aus, dass der Kündigungsschutz aufgrund des Nichtvorliegens der Formerfordernisse des § 8b Abs 4 VKG noch nicht begonnen habe.
- Dem hielt der AN entgegen, dass § 8b VKG dahin ausgelegt werden müsse, dass den darin genannten Kriterien keine konstitutive Bedeutung zukomme. Maßgeblich für das Vorliegen des Kündigungsschutzes sei, ob dem AG gegenüber klar zum Ausdruck komme, dass der AN aufgrund der erforderlichen Betreuung des Kindes nur mehr einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen wolle. Zumindest analog bestehe der Kündigungsschutz dann zumindest so lange, bis die Gespräche über die konkrete Ausgestaltung der Elternteilzeit stattgefunden hätten.

OGH 31.08.2022, 9 ObA 92/22b

Entscheidung

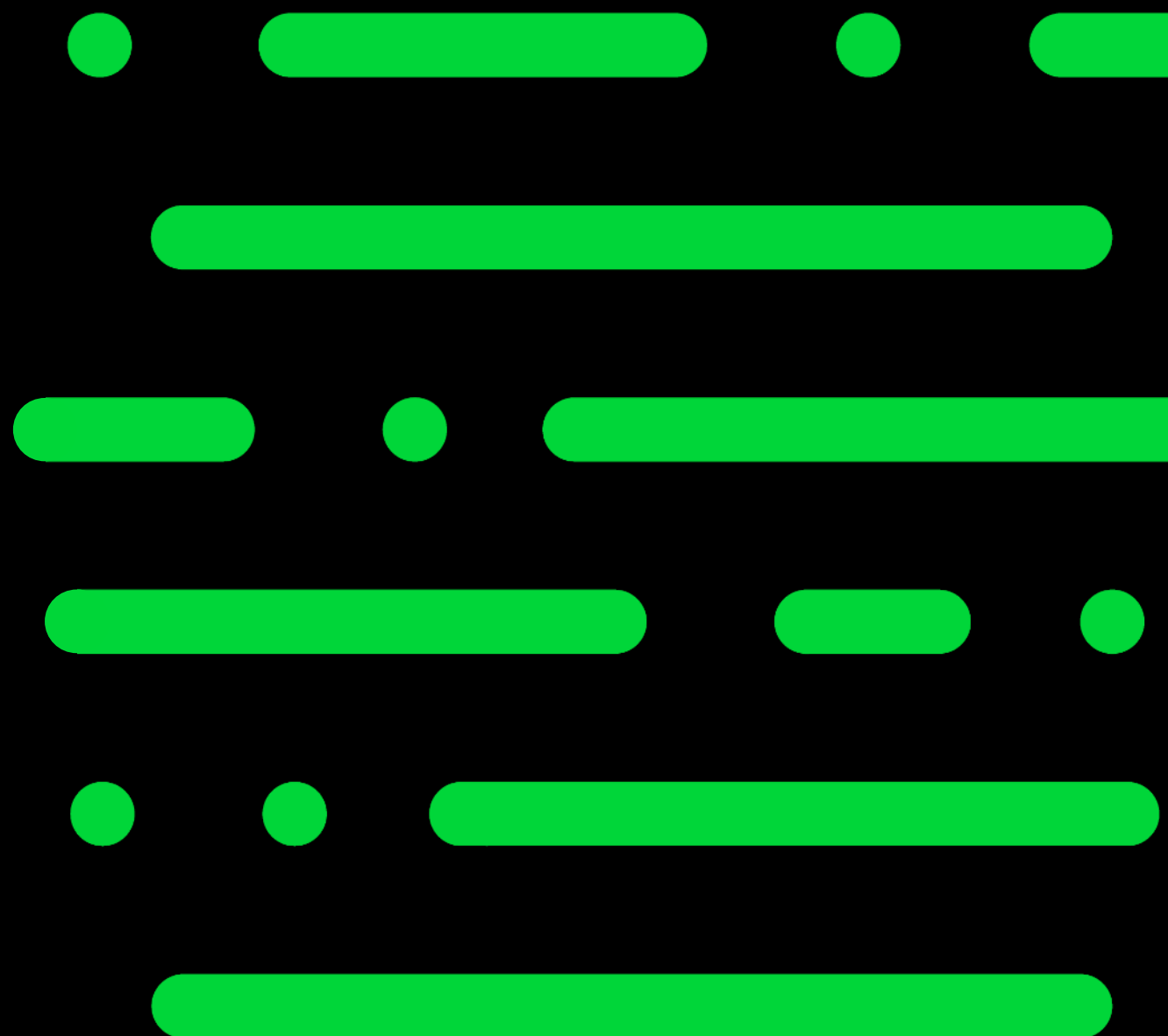
- Die **strengen Formerfordernisse** – wonach der AN Beginn, Dauer, Ausmaß und Lage der Teilzeitbeschäftigung dem AG schriftlich bekanntzugeben hat – dienen dazu, eine **ausreichende Entscheidungs- bzw Dispositionsgrundlage** für den AG darzustellen.
- Andererseits ist das Formerfordernis gerade auch für die **verfahrensrechtliche Durchsetzung der Interessen des AN** erforderlich: Dieser kann nämlich die von ihm vorgeschlagene Teilzeitbeschäftigung zu den von ihm bekanntgegebenen Bedingungen ohne weiteres antreten, sofern der AG nicht einen der vorgesehenen verfahrensrechtlichen Schritte dagegen vornimmt. Bei Einhaltung der gesetzlichen Formerfordernisse für die Bekanntgabe der Teilzeitbeschäftigung wirkt sich rechtliche Untätigkeit allein zum Nachteil des AG aus.
- Selbst wenn man davon ausgeht, der AN habe gegenüber dem AG erkennbar seinen objektiven Willen geäußert, hat sich der AG hierbei **weder auf Verhandlungen** eingelassen, **noch** ist es zu einer **Vereinbarung** zwischen den Arbeitsvertragsparteien gekommen.

OGH 31.08.2022, 9 ObA 92/22b

Fazit

- Bei fehlender Einigung der Arbeitsvertragsparteien lässt (nur) die **präzise und rechtzeitige Bekanntgabe der Bedingungen der Teilzeitbeschäftigung** durch den AN den Kündigungsschutz mit der erforderlichen objektiven Sicherheit für beide Vertragsparteien beginnen. Nur sie ermöglicht die Durchsetzung der wechselseitigen Interessen beider Parteien in dem vorgesehenen Verfahren.
- Zudem steht dem AN im Fall einer AG-Kündigung iZm der Geltendmachung des Anspruchs auf Teilzeitbeschäftigung nach dem VKG auch noch die **Anfechtungsklage nach § 105 Abs 1 lit i ArbVG** (wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom AG in Frage gestellter Ansprüche) sowie nach dem **GIBG (§ 3 Z 7, § 12 Abs 7)** zur Verfügung.

Freiwilliges Duschen am Dienstort - keine Arbeitszeit



OGH 31.03.2022, 8 ObA 14/22z

OGH 31.03.2022, 8 ObA 14/22z

Sachverhalt

- Die AN arbeitete als diplomierte Gesundheits- und Krankenpflegerin in Krankenanstalten des AG. Sie musste Anstaltskleidung tragen, die sie nicht nach Hause mitnehmen durfte. Nach ihrem Dienst duschte sie sich für gewöhnlich wie auch einige, aber nicht alle Kollegen in der Krankenanstalt, bevor sie die Privatkleidung anlegte und den Arbeitsort verließ.
- Dieses Duschen war weder angeordnet noch aus hygienischen Gründen erforderlich. Es erfolgte allein aufgrund der persönlichen Hygienestandards der AN. Die AN benötigte für das Duschen jeweils rund 15 Minuten.
- Die AN begehrte die Umkleidezeit samt Wegzeit sowie die Duschzeit als Arbeitszeit zu werten und entsprechend zu entlohnen.

OGH 31.03.2022, 8 ObA 14/22z

Entscheidung

- Ist ein AN so weit gebunden, dass er bei einer bestimmten Handlung über seinen Aufenthaltsort nicht selbst entscheiden kann, ist ein solches Mindestmaß an **Intensität der Fremdbestimmung** gegeben, dass eine arbeitsleistungsspezifische Tätigkeit oder Aufgabenerfüllung für den Arbeitgeber zu bejahen ist.
- Der OGH schloss sich in seiner Entscheidung den Vorinstanzen an, die unter Berufung auf die jüngere Judikatur des OGH sowie des EuGH zwar Umkleidezeiten samt (innerbetrieblicher) Wegzeiten, aber nicht freiwillige Duschzeiten als Arbeitszeit werteten. Nachdem es die **freie Entscheidung der AN** war, sich nicht sogleich anzuziehen und nach Hause zu gehen, sondern noch zu duschen, liegt für diese Tätigkeit **keine Fremdbestimmung** vor.

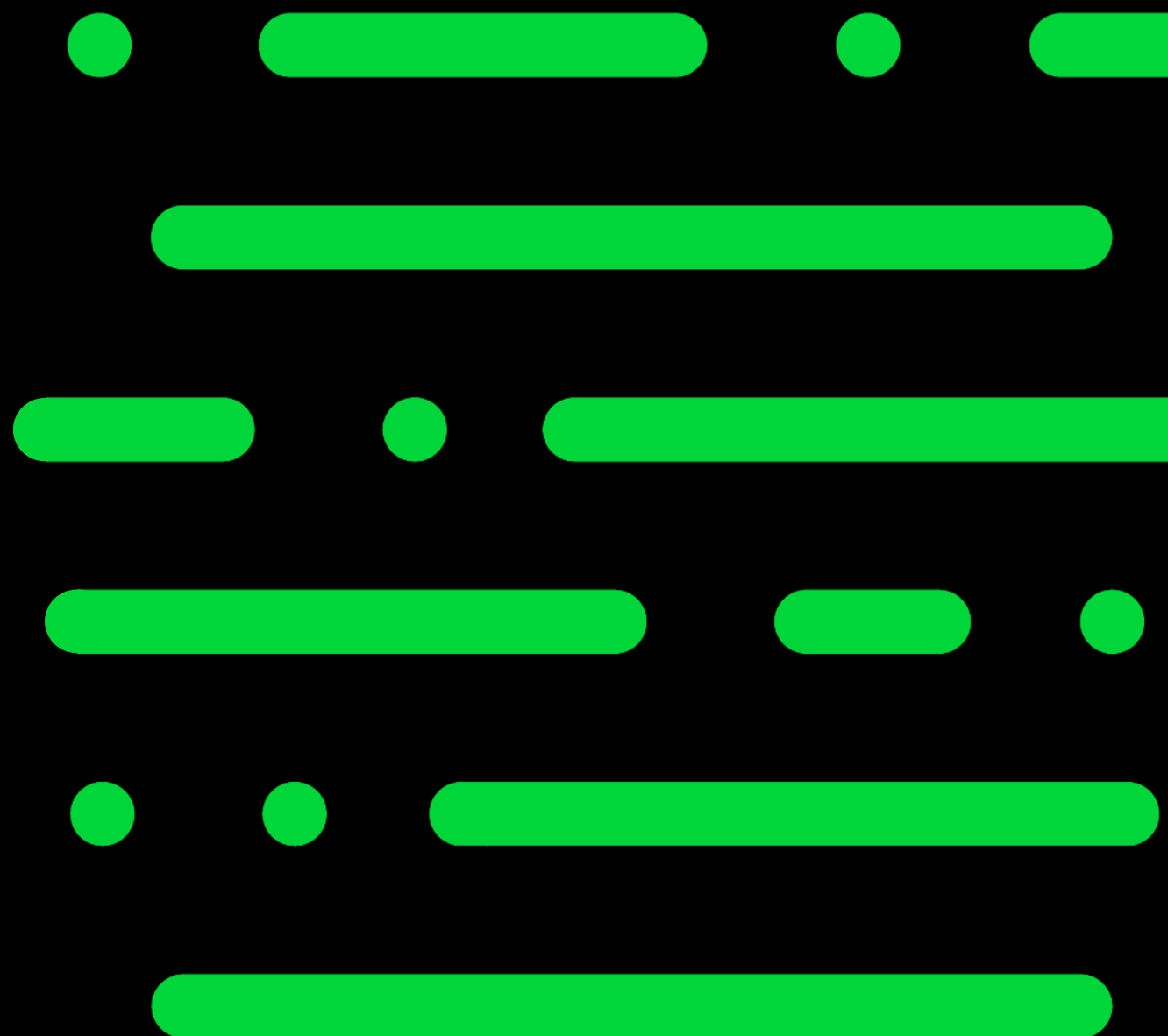
OGH 31.03.2022, 8 ObA 14/22z

Fazit

- Kann der AN frei über seine Zeit verfügen und fehlt es an einer entsprechenden Fremdbestimmung, ist diese Zeit nicht als Arbeitszeit zu werten.

Kürzung des All-In-Gehalts während Elternteilzeit

OGH 28.09.2022, 9 ObA 83/22d



OGH 28.09.2022, 9 ObA 83/22d

Sachverhalt

- AN und AG trafen eine Entgeltvereinbarung mit der **jedenfalls eine bestimmte Anzahl von Überstundenleistungen** abgegolten sein sollte.
- Die Vereinbarung lag in der gegenseitigen Annahme der Vertragsparteien, dass die Mehr- bzw Überstunden vom AN auch tatsächlich geleistet werden (dürfen).

OGH 28.09.2022, 9 ObA 83/22d

Sachverhalt

- Der AN nahm ab 01.10.2018 Elternteilzeit im Ausmaß von 37,5 Wochenstunden für sein erstes Kind in Anspruch, wobei in seinem entsprechend reduzierten Gehalt wiederum eine Mehr- und Überstundenpauschale enthalten war.
- Nach der Geburt des zweiten Kindes nahm der AN Elternteilzeit im Ausmaß von 30 Wochenstunden in Anspruch. Die vereinbarte Mehr- und Überstundenpauschale wurde vom AG nicht ausbezahlt, zumal dieser während der zweiten Elternteilzeit auch keine Mehr- und Überstundenleistungen vom AN verlangte.
- Zwischen den Parteien war im Wesentlichen strittig, wie sich das Entgelt für den Zeitraum der Elternteilzeit nach dem VKG aufgrund der konkreten Entgeltvereinbarung vor der Elternteilzeit berechnet.

OGH 28.09.2022, 9 ObA 83/22d

Entscheidung

- Die bisherige Rechtsprechung bezog sich nur auf das Ruhen einer **Überstundenpauschale** während der Elternteilzeit. Der OGH begründete dies zusammengefasst damit, dass die Grundlage für die Vereinbarung einer Überstundenpauschale in der beiderseitigen Annahme liege, dass solche Überstunden auch tatsächlich geleistet werden „dürften“.
- Der OGH schloss sich der im Schrifttum herrschenden Ansicht an: Haben die Arbeitsvertragsparteien eine **All-in-Vereinbarung** abgeschlossen, dann ruht während der Elternteilzeit (nur) jener Teil des Arbeitsentgelts, der über das Grundentgelt hinaus regelmäßig für die Leistung von Mehr- und Überstunden bezahlt wird. Für die tatsächliche Leistung von Mehr- und Überstunden gebührt dem Elternteilzeitbeschäftigten auch die entsprechende Abgeltung, allerdings im Wege der Einzelverrechnung der erbrachten Mehrleistungen.

OGH 28.09.2022, 9 ObA 83/22d

Fazit

- Während der Elternteilzeit ist nicht nur die **Kürzung** des Entgelts um einer **Überstundenpauschale**, sondern auch um eine **All-In-Vereinbarung** zulässig.

Vielen Dank!

Ihr Ansprechpartner



Dr. Stefan Zischka

Rechtsanwalt | Partner

Tel: +43 1 513 09 13

E-Mail: s.zischka@jankweiler.at

www.jankweiler.at

Profil

Stefan Zischka ist Partner und leitet den Fachbereich Arbeitsrecht bei Jank Weiler Operenyi Rechtsanwälte (JWO), dem österreichischen Mitglied des globalen Anwaltsnetzwerkes Deloitte Legal.

Er verfügt über fundierte und langjährige Berufserfahrung und Beratungspraxis in den Bereichen Arbeits- und Sozialrecht.

Er ist Vortragender und Autor zahlreicher Fachpublikationen.

Spezialgebiete

- Arbeitsrecht
- Fremdenrecht
- Sozialrecht
- Litigation