

Mag. Kristina Silberbauer

A-1030 Wien, Dapontegasse 3

Tel.: +43 1 409 79 78-0

office@silberbauer.co.at

www.silberbauer.co.at

SAGE – Jahresseminar 2021

ARBEITSRECHT

*** <https://www.derstandard.at/recht/blog-klartext-arbeitsrecht> ***

*** *Who's Who Legal: Global Leader Labour & Employment 2020 & 2021* ***

INHALT

JUDIKATUR	3
1. Schadenersatz für Mobbing	3
2. Frühwarnsystem / Massenkündigungen	4
2.1 Wiederholung einer Massenkündigung	4
2.2 Nichtigkeit einer einvernehmlichen Auflösung im Zuge einer Massenkündigung?	5
3. Neuerlicher Kündigungsausspruch nach einmaliger Verständigung des BR	7
4. Sozialplan und zulässige Anspruchsvoraussetzungen	7
5. Ausbildungskostenrückerstattung für Berufsausbildung / pflegschaftsgerichtliche Bewilligung	9
6. Ausbildung im Urlaub	11
6.1 Urlaubsabzug bei geschuldetem Ausbildungserfolg	11
6.2 Urlaubsabzug vor Jahrzehnten	11
7. Zwingender Urlaubskonsum während Freistellung?	12
8. Rufbereitschaft als (bezahlte) Arbeitszeit	13
9. Sachbezugswert eines (Luxus-)Dienstwagens	14
10. Entlassungsjudikatur	15
10.1 Entlassung wegen Missachtung der Absonderung als Corona-Verdachtsfall	15
10.2 Rechtzeitigkeit der Entlassung eines Vortragenden	16
10.3 Verschweigen Millionenverlust durch Financial Director	17
10.4 Detektivkosten	17
11. Splitter	18
11.1 Anrechnung von Arbeiterzeiten für EFZ	18
11.2 EFZ über einvernehmliche Auflösung hinaus / Ruhen Krankengeld	19
11.3 Bildungskarenz – keine Anrechnung der Karenzzeiten	20
11.4 3G am Arbeitsplatz – arbeitsrechtliche Konsequenzen	20
GESETZESÄNDERUNGEN	20
1. Novelle LSD-BG (AÜG, AVRAG) – neue Verwaltungsstrafen	20
2. Whistleblowing – eine Vorschau	21

Abkürzungsverzeichnis

AN	Arbeitnehmer, Dienstnehmer
AG	Arbeitgeber, Dienstgeber
AV	Arbeitsverhältnis, Dienstverhältnis
BR	Betriebsrat
BV	Betriebsvereinbarung

JUDIKATUR

1. Schadenersatz für Mobbing

OLG Wien 27.05.2021, 7 Ra 46/21t

Im Zeitraum 2016 bis 2018 wurde der AN von seinen **Vorgesetzten systematisch**, mit einer gewissen **Regelmäßigkeit** und über einen längeren Zeitraum ausgegrenzt; ihm wurden auf **herablassende Weise Arbeitsanweisungen** erteilt, die Dauer seiner Arbeitsschritte wurde **mitgestoppt**, die Einhaltung seiner Pausenzeiten und seiner **Toilettengänge** wurde **penibel kontrolliert**, wobei anderen, den vorgesetzten Teamleitern "näher stehenden" Mitarbeitern solche Behandlungsweisen nicht widerfahren sind. Über einen längeren Zeitraum im Winter 2017/2018 bis ins Frühjahr 2018 hatten Mitarbeiter die Anweisung der beiden Teamleiter zu befolgen, dem Kläger auf dessen Ersuchen **nicht bei der Arbeit zu helfen**. Anlass dazu hat der AN nicht gegeben, vielmehr hat er damals mit chronischen Schulterschmerzen zu kämpfen gehabt und sich durch die ihn systematisch ausgrenzenden Handlungen seiner Vorgesetzten und der diesen loyal gestimmten Mitarbeitern psychisch belastet gefühlt. Die damit einhergehende Überforderung wurde dadurch verstärkt, dass die beiden Teamleiter ihre **Mitarbeiter auf eine gezielte Fehlersuche** bei der Arbeit des Klägers angesetzt haben, was - weil bei der Arbeit naturgemäß Fehler passieren können - in die **Herabsetzung seiner Leistungsbeurteilung** gemündet ist.

All das hat zur zunehmenden psychischen Belastung, Konzentrationsstörungen, Schlafstörungen, Selbstzweifel, Angst vor der Arbeit etc geführt, bis hin zu einer **krankheitswertigen Anpassungsstörung** und einem längeren Krankenstand über 7 Monate.

Über die anhaltenden Mobbinghandlungen seiner Vorgesetzten und der von diesen instruierten Kollegen hat der Kläger seinen **Referatsleiter und dessen Stellvertreter regelmäßig in Kenntnis** gesetzt. Der AG hat von den festgestellten Mobbinghandlungen jedenfalls Kenntnis erlangt, jedoch **keine** den Kläger schützenden **Maßnahmen** ergriffen. Spätestens durch ein E-Mail des Klägers im Juli 2018 an seine Vorgesetzten und die **Compliance-Stelle**, in dem er **dringend um Hilfe** gebeten hat, wäre "Gefahr in Verzug" gegeben gewesen. Der AG hat jedoch weiterhin trotz Kenntnis von den dem Kläger psychisch zusetzenden Mobbingvorgängen am Arbeitsplatz schuldhaft die unverzügliche Setzung von Abhilfe schaffenden Maßnahmen unterlassen. Erst im Mai 2019 wurde der Kläger auf seinen Wunsch hin versetzt.

Das OLG Wien bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts, dass der AG schuldhaft durch Unterlassen entsprechender Abhilfemaßnahmen gegen das rechtswidrige Mobbinggeschehen am Arbeitsplatz des AN diesem einen Körperschaden verursacht hat und dem Kläger dafür ein **Schmerzensgeld für 40 Tage leichter Schmerzen in Höhe von € 4.400,-** gebühre. (Revision vom OLG nicht zugelassen)

Bisherige Judikatur des OGH

Bei **Mobbing** handelt es sich um eine **konfliktbelastete Kommunikation** am Arbeitsplatz unter **Kollegen** und Kolleginnen oder zwischen **Vorgesetzten** und Untergebenen, bei der die angegriffene Person **unterlegen** ist und von einer oder einigen Personen **systematisch**, oft und während **längerer Zeit** mit dem Ziel und/oder dem Effekt des **Ausstoßes** aus dem Arbeitsverhältnis **direkt** oder **indirekt angegriffen** wird und dies **als Diskriminierung empfindet** (9 ObA 131/11x ua). Für Mobbing ist das systematische, ausgrenzende und prozesshafte Geschehen über einen längeren Zeitraum typisch, etwa durch systematische

Verweigerung jeder Anerkennung, Isolation, Zurückhaltung von Informationen, Rufschädigung etc (RIS-Justiz RS0124076 [T2]).

Die **allgemeine Fürsorgepflicht** verpflichtet den AG nicht nur dazu, die **Arbeitsbedingungen** so zu gestalten, dass das **Leben und die Gesundheit** der AN möglichst geschützt und auch andere immaterielle und materielle Interessen der AN gewahrt werden, sondern auch dazu, die **notwendigen Maßnahmen** gegen das **Betriebsklima** **gröblich beeinträchtigende Mitarbeiter** zu ergreifen, insbesondere wenn deren Verhalten so weit geht, dass die Arbeitsbedingungen für andere AN nahezu unzumutbar werden. Wenn dem AG Gefährdungen zur Kenntnis gelangen, hat er daher **unverzüglich** auf angemessene Weise Abhilfe zu schaffen (9 ObA 131/11x mwH; 8 ObA 3/04f; RIS-Justiz RS0119353). Dabei ist der AG in Bezug auf die **Wahl der Mittel** gegen ein allfälliges Mobbinggeschehen grundsätzlich frei (Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 6 Rz 14; 9 ObA 131/11x ua). Verletzt der AG schuldhaft seine Fürsorgepflicht und entsteht dem AN ein Schaden, so kann der AN Mobbing geltend machen (Naderhirn in Reissner, AngG § 18 Rz 74; Marhold in Marhold/Burgstaller/Preyer AngG § 18 Rz 120 ua).

Der beleidigte AN hat **keinen Anspruch** darauf, dass der AG das **AV mit dem Beleidiger beendet**. Er hat jedoch ein Recht darauf, dass der AG **aktiv wird** und die erforderlichen Mittel ergreift, um ihn vor weiteren Angriffen zu schützen. Dabei haben die Maßnahmen des AG **unverzüglich** zu erfolgen (vgl Friedrich in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 26 Rz 206 ua). Nun wird nicht verkannt, dass **voreilige Reaktionen** des AG auf behauptete Verfehlungen eines AN für den AG **riskant** sind (vgl RIS-Justiz RS0028971, RS0029127 ua). Die Reaktionen des AG wollen daher gut überlegt sein (vgl Mazal, Mobbing -Prävention ist Chefsache!, RdM 2007/44 ua). Untätigkeit führt aber bei Mobbing selten zum Erfolg, sondern wird häufig als „Freibrief“ missverstanden (vgl Smutny/Hopf, Ausgemobbt! - Wirksame Reaktionen gegen Mobbing² 213 ua). An einem Tätigwerden des AG führt daher in der Regel kein Weg vorbei. Für die Mobbingbetroffenen ist echter Schutz gefordert (vgl Binder in Löschnigg, AngG8 § 18 Rz 70 ua).

2. Frühwarnsystem / Massenkündigungen

2.1 Wiederholung einer Massenkündigung

OGH 29.04.2021, 9 ObA 33/21z

(Parallelverfahren: 9 ObA 63/21m; 29.04.2021, 9 ObA 41/21a)

Um ihr Unternehmen zu restrukturieren und Personal abzubauen, **kündigte** die Beklagte mit Schreiben vom 30.09.2019 die AV von **zehn**, davon **sieben über 50-jährigen** Mitarbeitern zum **31.03.2020** auf. Nachdem **neun Mitarbeiter Klagen** dagegen erhoben hatten und die AG im Hinblick auf das Frühwarnsystem Kenntnis von weiteren Schwellenwerten zum Alter und von der Möglichkeit einer Kündigung in Tranchen erfahren hatte, entschied sie, die **Kündigungen für dieselben Personen**, ua die Klägerin, möglichst zeitnah **neuerlich** auszusprechen, um **keine Stichtagsverschiebungen** bei den **Kündigungsterminen herbeizuführen**. Mit Schreiben vom 29.10.2019, 15.11.2019 und 23.12.2019 kündigte sie **jeweils drei** der AV erneut auf. Ihre Absicht war, zur Vermeidung des Frühwarnsystems die Schwellenwerte nicht zu überschreiten, um den Ruf des Unternehmens bei Lieferanten, Kunden und Partnern nicht unnötig zu gefährden und insofern einen Schaden zu vermeiden. Das Erfordernis der Personalfreisetzungsmaßnahmen bestand nach ihrer Ansicht weiter.

OGH: Die **30-tägige Frist** des § 45a Abs 1 AMFG wandert **kontinuierlich**. Der AG kann daher durch die **zeitliche Streuung** von Kündigungen das Erreichen des Schwellenwerts der

genannten Bestimmung verhindern (RS0125464). Nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 45a Abs 1 AMFG (arg „wenn ein Arbeitgeber *beabsichtigt*“) ist dafür die **Absicht** des AG maßgeblich. Von einer **zulässigen Streuung** ist daher auszugehen, wenn die Streuung der Kündigungen über einen längeren als 30-tägigen Zeitraum schon in der ursprünglichen Absicht des AG zur Beendigung der AV lag, **nicht aber, wenn sich die Kündigungserklärungen entgegen seiner ursprünglichen Intention** – etwa infolge längerer Bemühungen um den Erhalt der Arbeitsplätze – **faktisch über einen längeren Zeitraum erstrecken**, würde doch sonst der genannte Zweck des Frühwarnsystems verfehlt, schon die Absicht eines AG, innerhalb kurzer Zeit eine arbeitsmarktpolitisch relevante Zahl von AN freizusetzen, zum Anlass von Vorkehrungen zu nehmen (9 ObA 119/17s).

Die **Willensbildung zu neuerlichen Auflösungserklärungen** kann grundsätzlich auch nur Ausdruck der Bestrebung sein, **die ursprüngliche Absicht** zur Auflösung der AV nach dem ersten Scheitern weiter zu realisieren. Das kann sowohl dann erwünscht sein, wenn das **Auflösungsziel** – wie in 9 ObA 119/17s – wegen nicht angenommener Angebote zu einer einvernehmlichen Auflösung verfehlt wird, als auch dann, wenn es infolge einer (erfolgreich) bekämpften Erstkündigung nicht zur Auflösung der AV kommt. Wie von den Vorinstanzen zutreffend erkannt, bedarf es daher der Prüfung, **ob die verschiedenen Auflösungs Schritte Ausdruck einer einheitlichen Auflösungsabsicht sind**.

Die **zweiten Kündigungen** waren insofern aber nur vom Bestreben nach einer Korrektur der fehlerhaften ersten Kündigungen getragen, **ohne dass sich am Willen der AG zur Auflösung der betroffenen AV zum selben Kündigungstermin etwas geändert hätte**. Wenn die Vorinstanzen danach zwar formal getrennte Auflösungserklärungen, **intentional aber eine einheitliche Auflösungsabsicht** der AG sahen, die sie infolge der gescheiterten ersten Kündigungen in unterschiedlichen Kündigungstranchen verwirklichte, ist dies nicht weiter korrekturbedürftig.

2.2 Nichtigkeit einer einvernehmlichen Auflösung im Zuge einer Massenkündigung?

OGH 24.06.2021, 9 ObA 47/21h

Am Morgen des 13.03.2020 verrichtete die Klägerin wie gewohnt ihren Dienst in der Hotelküche und wurde im Lauf des Vormittags vom Geschäftsführer zu einem **Einzelgespräch** an den Personaltisch gebeten. Bei diesem Gespräch legte er ihr eine von ihm formulierte **Auflösungsregelung** vor, nach der das AV „**einvernehmlich zum 14. 3. 2020 aufgelöst**“ wird.

Diese Auflösungsregelung wurde vom Geschäftsführer aufgrund der herrschenden **COVID-19-Situation** initiiert und von der Klägerin am **13.03.2020 unterschrieben**. Vorab wurde mit der Klägerin nicht über eine etwaige Auflösung des AV gesprochen bzw wurde diese nicht darüber informiert. Im Lauf des Vormittags des 13.03.2020 legte der Geschäftsführer noch einer **Vielzahl von weiteren Mitarbeitern Auflösungsregelungen** vor und ging bei diesen Auflösungen wie bei der Auflösung des AV der Klägerin vor.

Ebenfalls am 13.03.2020 wurde die Klägerin um ca 13:20 Uhr zusammen mit anderen AN des Hotels an die Rezeption gebeten. Dabei wurde ihnen mitgeteilt, dass sie **das Tal schnellstmöglich verlassen** sollen, weil aufgrund der zu diesem Zeitpunkt in **I******* herrschenden COVID-19-Situation in Aussicht gestellt wurde, das *******tal** unter Quarantäne zu stellen. Die Klägerin nahm dies zur Kenntnis und reiste nach Vorarlberg ab.

Am **15.03.2020** wurde bei der Klägerin eine **COVID-19-Infektion** festgestellt, worauf diese per Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Bregenz vom 17.03.2020 abgesondert wurde. Mit

Bescheid vom 21.03.2020 erteilte das Arbeitsmarktservice Tirol die Zustimmung zum Ausspruch von Kündigungen vor Ablauf der Frist des § 45a Abs 2 AMFG und sprach aus, dass Kündigungen ab sofort rechtswirksam ausgesprochen werden können.

Die Klägerin beehrte die Zahlung von 7.206,79 EUR brutto sA. Da das Arbeitsmarktservice erst mit Bescheid vom 21.03.2020 auf die Einhaltung der Wartefrist verzichtet habe, sei die bereits am 13.03.2020 erfolgte einvernehmliche Auflösung des AV iSd § 45a Abs 5 AMFG rechtsunwirksam. Das AV sei somit bis 6. 5. 2020 aufrecht gewesen bzw sei in eventu durch das Festhalten an der Beendigung eine ungerechtfertigte vorzeitige Auflösung durch die AG geschehen; eine Eventualkündigung sei nicht erfolgt.

OGH: Eine Unterscheidung nach der Art der Auflösung der AV enthält Abs 1 (des § 45a AMFG) nicht. Dass neben Kündigungen auch vom AG veranlasste einvernehmliche Auflösungen von AV darunter zu subsumieren sind, wurde schon in der Entscheidung 8 ObA 258/95 festgehalten, weil die Absicht des AG, Arbeitsverhältnisse aufzulösen (§ 45a Abs 1 AMFG), sowohl zu einseitigen, empfangsbedürftigen Kündigungen als auch zu annahmbedürftigen Angeboten von Aufhebungsverträgen führen kann. Die unterschiedliche Gestaltung der Erklärung und die unterschiedliche Verhaltensweise des Erklärungsempfängers ändern nichts an der Gemeinsamkeit beider Erklärungsformen des AG, nämlich als wesentlichen Kern seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung die Auflösung des AV zu beabsichtigen. Nach ständiger Rechtsprechung ist daher auch die Zahl der einvernehmlichen Auflösungen von AV auf die zahlenmäßigen Voraussetzungen nach § 45a Abs 1 AMFG anzurechnen (RS0053050).

Dagegen ist die Nichtigkeitssanktion des § 45a Abs 5 AMFG nach ihrem klaren Wortlaut nur auf Kündigungen, die eine Auflösung von AV iSd Abs 1 bezwecken, bezogen. Sie bewirkt ein temporäres gesetzliches Kündigungsverbot.

Da weder das Vorliegen einer ungewollten Lücke noch die Notwendigkeit eines europarechtlich gebotenen ausdehnenden Verständnisses des § 45a Abs 5 AMFG auf vom AG veranlasste einvernehmliche Auflösungen indiziert ist, ist die Auslegung der Bestimmung nach ihrem Wortlaut („Kündigungen“) vorzunehmen. Ausgehend von der Rechtswirksamkeit der einvernehmlichen Auflösung des streitgegenständlichen AV kommt hier auch eine Entgeltfortzahlungspflicht für die erst ab dem 15. 3. 2020 feststehende Erkrankung der Klägerin nicht in Betracht.

§ 45a AMFG:

(1) Die AG haben die nach dem Standort des Betriebes zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice durch schriftliche Anzeige zu verständigen, wenn sie beabsichtigen, Arbeitsverhältnisse

1. von mindestens fünf AN in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Beschäftigten oder
2. von mindestens fünf vH der AN in Betrieben mit 100 bis 600 Beschäftigten oder
3. von mindestens 30 AN in Betrieben mit in der Regel mehr als 600 Beschäftigten oder
4. von mindestens fünf AN, die das 50. Lebensjahr vollendet haben,

innerhalb eines Zeitraumes von 30 Tagen aufzulösen.

(2) Die Anzeige gemäß Abs. 1 ist mindestens 30 Tage vor der ersten Erklärung der Auflösung eines AV zu erstatten. (...)

(5) **Kündigungen**, die eine Auflösung von AV im Sinne des Abs. 1 bezwecken, sind **rechtsunwirksam**, wenn sie

1. **vor** Einlagen der im Abs. 1 genannten **Anzeige** bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice

oder

2. nach Einlagen der Anzeige bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice **innerhalb** der gemäß Abs. 2 festgesetzten **Frist** ohne vorherige Zustimmung der Landesgeschäftsstelle gemäß Abs. 8

ausgesprochen werden. (...)

3. **Neuerlicher Kündigungsausspruch nach einmaliger Verständigung des BR**

OGH 02.09.2021, 9 ObA 86/21v

Ein AG informierte den BR von einer beabsichtigten Kündigung, der Betriebsratsvorsitzende erteilte am 17.06.2019 seine Zustimmung.

Zehn Tage später sprach die Geschäftsleitung die Kündigung der AN aus. Diese erklärte, **wenige Tage zuvor** einen Spontan-Abortus (Fehlgeburt) erlitten zu haben und legte in der Folge ein ärztliches Attest vor. (Eine Kündigung war wegen des besonderen Kündigungsschutzes des § 10 MSchG erst 4 Wochen nach der Fehlgeburt möglich.)

Die Geschäftsleitung gab ihr die **Unwirksamkeit** der ausgesprochenen Kündigung bekannt und ließ sich das von ihr **bestätigen**.

Genau **ein Monat nach der Fehlgeburt** sprach der AG die Kündigung erneut aus. Zu dieser holte er keine neue Erklärung vom BR ein.

Die AN klagte auf Feststellung des aufrechten Bestands ihres AV, weil ihrer Ansicht nach der BR erneut von der Kündigung hätte **verständlich** werden müssen.

Dazu der OGH: Zwischen der gemäß § 105 Abs 1 ArbVG erforderlichen Verständigung des BR durch den Betriebsinhaber 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 (RS0051425, zuletzt 9 ObA 30/18d). Es entspricht auch der Rechtsprechung, 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**“ (8 ObA 233/01z mwN). Ein solcher Zusammenhang wurde hier vom Berufungsgericht vertretbar bejaht. Die (eigentlich unnötige) „**Aufhebungsvereinbarung**“ habe nicht bewirkt, dass die Zustimmung des BR ihre Wirksamkeit verloren hätte.

4. **Sozialplan und zulässige Anspruchsvoraussetzungen**

OGH 29.04.2021 9 ObA 9/21w

Ein Unternehmen musste Arbeitsplätze abbauen und schloss mit dem BR eine BV über einen **Sozialplan**, der u.a. die Zahlung einer **freiwilligen Abfindung** vorsah. Er sollte für alle AN gelten, die im Zeitpunkt der Kundmachung dieser BV in einem **unbefristeten und aufrechten**, seit mindestens **zwölf Monaten ununterbrochen bestehenden AV** zum AG stehen und deren AV **aufgrund eines Umstands** gemäß Punkt 1.2. (sachlicher Geltungsbereich) **einvernehmlich aufgelöst** oder vom AG **aufgekündigt** wird. Der Sozialplan sollte **nicht** gelten für AN, die ihre Kündigung gemäß § 105 ArbVG **anfechten**.

Dieser AG bot einem Kundenbetreuer die **einvernehmliche Auflösung** seines AV und eine Zahlung von **Euro 40.000 br. an**, was er ablehnte. Daraufhin sprach die AG seine **Kündigung** aus, die der AN bei Gericht **anfocht**. Die freiwillige Abfindung laut Sozialplan zahlte ihm der AG nicht. Ob der Kläger überhaupt in den **Anwendungsbereich** des Sozialplans fiel, blieb bis zum Schluss offen.

Auf deren Zahlung (knapp **Euro 90.000 br.**) klagte der AN (in einem Parallelprozess zur Kündigungsanfechtung) mit dem Argument, es sei iSd § 879 ABGB **sittenwidrig**, dass es bei einer **Kündigungsanfechtung** keine Sozialplanleistungen gibt. Außerdem habe der AG seine **Aufklärungspflicht** verletzt: Bei dem Angebot der einvernehmlichen Auflösung habe er den AN nicht auf den Sozialplan hingewiesen.

Dazu der OGH: § 97 Abs 1 Z 4 ArbVG ermöglicht es, durch BV Maßnahmen zu treffen, mit denen wesentliche Nachteile einer Betriebsänderung im Sinne des § 109 Abs 1 Z 1 bis 6 ArbVG für alle oder erhebliche Teile der Arbeitnehmerschaft verhindert, beseitigt oder gemildert werden können. Derartige BV (Sozialpläne) verfolgen grundsätzlich das Ziel, dem AN bisher zugestandene Rechtspositionen solange wie möglich zu erhalten bzw deren Verlust auszugleichen (RS0107237). Typischer Inhalt eines Sozialplans ist unter anderem die Gewährung freiwilliger Abfertigungen.

Nach der Rechtsprechung können die Betriebsvereinbarungsparteien auch im Rahmen der Zuerkennung von **freiwilligen Abfertigungen** bei einem Sozialplan darauf abstellen, ob es zu einer **einvernehmlichen Auflösung** des AV gekommen ist. Dadurch werden die dem AN nach dem ArbVG zustehenden Anfechtungsrechte nicht unzulässig eingeschränkt. Lehnt er die ihm vom AG angebotene einvernehmliche Auflösung ab, so bleiben ihm die gesetzlich vorgesehenen Anfechtungsmöglichkeiten (des ArbVG) jedenfalls gewahrt. Ein Sozialplan darf auch danach differenzieren, ob eine einvernehmliche Auflösung des AV „auf Initiative“ des AN oder des AG erfolgte (9 ObA 129/12d = RdW 2013, 215 [Riegler]).

Durch eine solche Vereinbarung wird verhindert, dass der AG einerseits Sozialplanleistungen zu erbringen hat, andererseits aber dem Risiko von Kündigungsanfechtungen ausgesetzt ist (Maier, Restrukturierungen und Arbeitsrecht 2 Rz 6.90). Es ist daher gerechtfertigt, dass in Sozialplänen die Sozialplanleistung einer freiwilligen Abfertigung vom **Unterlassen der Anfechtung der Kündigung** bei Gericht (§ 105 ArbVG) durch den AN abhängig gemacht wird. Damit soll für alle Beteiligten **Rechtssicherheit** geschaffen und der Rechtsfrieden gewahrt werden.

Im gegenständlichen Sozialplan wird dem AN durch die in Rede stehende Gestaltung des Sozialplans sein (subsidiäres) Recht auf Kündigungsanfechtung nach § 105 Abs 4 ArbVG nicht genommen. Er **kann wählen**, ob er einer ihm vom AG angebotenen einvernehmlichen Auflösung zustimmt, ob er eine allfällige AG-Kündigung hinnimmt, oder ob er diese Kündigung nachher gerichtlich anfocht.

Nach der Rechtsprechung gibt es keine allgemeine Verpflichtung des AG zur Aufklärung des AN über Arbeitnehmerrechte (zuletzt 9 ObA 114/20k Pkt 6. mwN). Dies gilt auch für das Stadium der Vertragsbeendigung (9 ObA 114/20k Pkt 6).

Die Frage, ob der Kläger überhaupt in den Anwendungsbereich des Sozialplans fiel, wurde von den Vorinstanzen nicht geklärt und konnte nach Lage des Falls offen bleiben. Durch die AG-Kündigung eröffnete die AG dem Kläger ohnehin noch einen anderen Weg, um ihm – sofern er unter die BV fällt – den Zugang zur Abfindung laut Sozialplan zu eröffnen.

§ 97 Abs 1 Z 4 ArbVG:

„ BV im Sinne des § 29 können in folgenden Angelegenheiten abgeschlossen werden: (...) Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung der Folgen einer Betriebsänderung im Sinne des § 109 Abs. 1 Z 1 bis 6, sofern diese wesentliche Nachteile für alle oder erhebliche Teile der Arbeitnehmerschaft mit sich bringt“

§ 109 Abs. 1 Z 1 bis 6 ArbVG:

Als Betriebsänderungen gelten insbesondere

1. die Einschränkung oder Stilllegung des ganzen Betriebes oder von Betriebsteilen;
 - 1a. die Auflösung von AV, die eine Meldepflicht nach § 45a Abs. 1 Z 1 bis 3 Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl. Nr. 31/1969, in der jeweils geltenden Fassung, auslöst,
 2. die Verlegung des ganzen Betriebes oder von Betriebsteilen;
 3. der Zusammenschluss mit anderen Betrieben;
 4. Änderungen des Betriebszwecks, der Betriebsanlagen, der Arbeits- und Betriebsorganisation sowie der Filialorganisation;
 5. die Einführung neuer Arbeitsmethoden;
 6. die Einführung von Rationalisierungs- und Automatisierungsmaßnahmen von erheblicher Bedeutung;
5. Ausbildungskostenrückerersatz für Berufsausbildung / pflegschaftsgerichtliche Bewilligung

OGH 02.09.2021, 9 ObA 66/21b

Die AN (1998 geboren, damals minderjährig) und ihr AG (Zahnärzte) schlossen einen **Ausbildungsvertrag** zum Zwecke der Ausbildung der AN zur **Ordinationsgehilfin**, den auch ihre Mutter als gesetzliche Vertreterin unterschrieb. Nach 3 Monaten schlossen dieselben (3) Vertragsparteien eine **schriftliche Rückzahlungsvereinbarung** betreffend die Ausbildungskosten für zahnärztliche Assistentinnen in Ausbildung, ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung dieser Vereinbarung. Danach absolvierte die AN den **zweijährigen Lehrgang**, der insgesamt **3.900 EUR** kostete.

Wenige Wochen nach seinem Abschluss **kündigte die AN**, bezahlte die Ausbildungskosten zurück, klagte dann aber auf **Rückzahlung** des geleisteten Ausbildungskostenrückerersatzes (ca. 2 Jahre später).

Die Ausbildungskostenrückerersatzverpflichtung sei nicht **pflegschaftsgerichtlich genehmigt** worden und daher nichtig. Der Betrag von 3.900 EUR könne jedenfalls **nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb einer Minderjährigen zählen**. Unter Berücksichtigung des Alters der AN und ihrer Vermögensverhältnisse bei Abschluss der Rückzahlungsvereinbarung sei bei einer

Interessenabwägung von einer **groben Verletzung rechtlich geschützter Interessen** zum Nachteil der AN auszugehen. Ihre Entlohnung und der Umfang ihrer Zahlungsverpflichtung stehen in keinem vernünftigen Verhältnis zueinander.

Laut OGH bedürfen nach **§ 167 Abs 3 ABGB** Vertretungshandlungen und Einwilligungen eines Elternteils in Vermögensangelegenheiten dann der Genehmigung des Gerichts, wenn die Vermögensangelegenheit nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört. Dazu gehören insb. die Veräußerung oder Belastung von Liegenschaften, die Gründung, der, auch erbrechtliche, Erwerb, die Umwandlung, Veräußerung oder Auflösung sowie die Änderung des Gegenstands eines Unternehmens ua.

Allerdings verlangt **§ 2d Abs 3 Z 1 AVRAG** für den Abschluss einer Ausbildungskostenrückerstattungsvereinbarung mit einem Minderjährigen (u.a.) nur „**die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters**“.

Zentrale Frage war daher, ob **§ 2d AVRAG** abschließend gilt, oder zusätzlich die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung notwendig sei.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich für den OGH, dass **klarer Wille des Gesetzgebers** war, mit **§ 2d Abs 3 Z 1 AVRAG** von den Erfordernissen des **§ 167 Abs 3 ABGB**, insbesondere einer **pflegschaftsbehördlichen Genehmigung Abstand zu nehmen**. Andernfalls würde **§ 2d Abs 3 Z 1 AVRAG** keinen eigenständigen Sinn ergeben, weil sie sich erübrigt hätte.

Die vorliegende Rückersatzvereinbarung bedurfte damit unabhängig von der Frage, ob sie eine nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehörige Vermögensangelegenheit ist, **keiner pflegschaftsbehördlichen Genehmigung**.

Dennoch erfolgte die von der AN geleistete Rückzahlung rechtsgrundlos:

Die Streitteile haben in Entsprechung der gesetzlichen und kollektivvertraglichen Vorgaben einen **AV zum Zweck der Ausbildung** der AN abgeschlossen, das dem AngG unterlag. Die AN sollte weiter verpflichtet sein, an einem bestimmten **Lehrgang** für zahnärztliche Assistenz teilzunehmen, womit sie die vorgeschriebene **theoretische Berufsausbildung zur zahnärztlichen Assistentin** absolvieren sollte. Dementsprechend erhielt sie die kollektivvertraglichen Mindestgehälter für die drei Ausbildungsjahre. In Gesamtschau stellt sich ihre Situation dadurch aber **nicht entscheidend anders dar als bei einem Lehrling mit einem Lehrvertrag (§ 12 BAG)**, der **nicht zum Rückersatz ausbildungsspezifischer Kosten verpflichtet werden kann**. Danach kommt aber auch eine Überwälzung der Kosten einer erfolgreich abgeschlossenen Standard-Ausbildung zum Lehrberuf der zahnärztlichen Assistenz für den Fall, dass das AV vom AN „vorzeitig“ gekündigt wird, nicht in Betracht.

Die von ihr als Minderjährige abgeschlossene Vereinbarung über den Ausbildungskostenrückersatz unterlag zwar nicht den Anforderungen des **§ 167 Abs 3 ABGB** (pflegschaftsgerichtliche Genehmigung). Da ihr AV jedoch den Charakter eines Lehrverhältnisses zum Lehrberuf der zahnärztlichen Fachassistenz hatte, im Rahmen dessen sie die gesetzlich vorgesehene Standardausbildung absolvierte und zum kollektivvertraglichen Mindestgehalt entlohnt wurde, kommt eine Rückforderung der von den AG aufgewendeten Lehrgangskosten nicht als Gegenstand einer wirksamen Vereinbarung in Betracht. Die AN begehrte die Rückforderung ihrer Zahlung zu Recht.

6. Ausbildung im Urlaub

6.1 Urlaubsabzug bei geschuldetem Ausbildungserfolg

OGH 29.09.2020, 9 ObA 69/20t

Eine AN absolvierte die **einjährige Ausbildung zur diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegerin** mit einer Gesamtstundenanzahl von **430 Stunden**, was im Interesse beider Vertragspartner lag. Dementsprechend wollten sich die Vertragspartner den Zeitaufwand teilen:

Laut **Ausbildungsvereinbarung** verpflichtete sich der **AG**, die **Ausbildungskosten** zu tragen und die Arbeitnehmerin **vom Dienst freizustellen**. Umgekehrt trug die AN zu der Ausbildung mit **270 "Urlaubsstunden"** bei.

In den **fünf Jahren ab Beginn** der Ausbildung sollten ihr **je 54 Stunden Urlaub** mit Beginn des **Urlaubsjahres** abgebucht werden. Außerdem verpflichtete sie sich unter bestimmten Umständen zum **Ersatz der Kosten**, etwa bei **Nichterreichung des Ausbildungsziels** zum vorgesehenen Zeitpunkt beziehungsweise bei Fehlen einer Bestätigung, **zumindest zu 75 Prozent** während der Ausbildungszeit **anwesend** gewesen zu sein.

Mit dem vereinbarten **Urlaubsabzug** war die AN später allerdings nicht mehr einverstanden. Sie klagte auf **Feststellung des entsprechend höheren offenen Urlaubsanspruchs** – und gewann.

Nach Ansicht des OGH muss es dem AN freistehen, den **Urlaub völlig nach Belieben** zu verbringen. Urlaub soll dem AN durch den vorübergehenden Entfall der arbeitsrechtlichen Pflichtbindungen nämlich in erster Linie einen **Freiraum zur Selbstbestimmung** geben, damit er sich **erholen** kann. Wenn aber die AN – wie hier – gerade nicht mehr frei ist, womit sie die **Urlaubszeit** verbringt, fehlt es an dem dem Urlaub immanenten Freiraum, weshalb eine solche Zeit nicht als Urlaub im Sinn des UrlG gewertet werden kann. Die AN konnte nach Ansicht des OGH vor allem deshalb **nicht frei entscheiden**, was sie mit ihren 270 **Urlaubsstunden** macht, weil sie laut Vereinbarung einen **gewissen Ausbildungserfolg** schuldet oder **andernfalls Kostenersatz** zu leisten hatte.

6.2 Urlaubsabzug vor Jahrzehnten

OGH 27.05.2021 9 ObA 88/20m

Eine **Büroleiterin** ging nach über **30-jährigem Dienstverhältnis** 2016 in Pension und forderte danach **Ersatzleistung** für nicht konsumierte Urlaube, zurückgehend bis **1998**, im Wert von **über 14.000 Euro** brutto. Natürlich stand die **Urlaubsverjährung** im Vordergrund dieses Rechtsstreits, die gemäß § 4 Abs 5 **Urlaubsgesetz** nach Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des **Urlaubsjahres** eintritt.

Ein Teil des offenen Urlaubs (**54 Werktage**) stammte aus den Jahren **1998 bis 2001**, als die AN während des AV einen **15-wöchigen Leiter-Lehrgang** absolvierte, mit dem sie sich für eine Tätigkeit als **Führungskraft** qualifizieren konnte. Die **Kosten** übernahm der AG, **sieben der 15 Ausbildungswochen** rechnete er ihr als **Dienstzeit** an. Für die restliche Ausbildungszeit war vereinbart, dass die AN "**Urlaub hergeben**" müsse. Diese Tage wurden dementsprechend vom **Urlaubskontingent** in Abzug gebracht.

Auch hier argumentiert die AN, diese Urlaubstage hätten nicht ihrer Erholung gedient, weshalb die Vereinbarung unwirksam sei und ihr dafür Urlaubersatzleistung zustehe.

Der OGH hält an seiner bisherigen Rechtsprechung insofern fest, als es dem AN freistehen muss, den **Urlaub nach Belieben** zu verbringen. Urlaub soll in erster Linie einen **Freiraum zur Selbstbestimmung** geben. Während es in der Vorentscheidung aber noch hieß, der Urlaub müsse "**völlig nach Belieben**" und "**nach freiem Gutdünken**" verbracht werden können, stellt er nun klar: **Urlaub muss nicht primär erholsam sein.**

"(Es) bleibt einem AN grundsätzlich unbenommen, in seiner Freizeit auch Tätigkeiten nachzugehen, die nicht primär erholsam sind. Denn der **Erholungszweck** wird schon dadurch erreicht, dass vorübergehend die **arbeitsrechtlichen Pflichtbindungen** – unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts – entfallen." Leider musste er aber die Wirksamkeit der konkreten **Ausbildungsvereinbarung** nicht entscheiden, weil er ohnehin von der **Verjährung** des Urlaubs ausging:

Während die pensionierte Büroleiterin gegen die **Urlaubsverjährung** mit der **EuGH-Judikatur** (insb. C-619/16 Kreuziger) argumentierte, dass nämlich ihr AG sie nie auf den drohenden "**Urlaubsverfall**" hingewiesen und sie auch nicht zum **Urlaubsverbrauch** aufgefordert habe, sieht der OGH bei diesem AG keinerlei Verfehlung: **Weder** war es der AN (etwa wegen langer Krankheit) **unmöglich**, den Urlaub zu konsumieren, **noch benötigte sie eine Warnung**: **Unter ihrer Leitung** wurden schließlich für alle AN **Urlaubsverfalllisten** geführt – sie wusste daher ohnehin vom ihr jeweils drohenden **Urlaubsverfall**. Letztlich unterlag die Büroleiterin in allen Instanzen.

7. Zwingender Urlaubskonsum während Freistellung?

OGH 24.03.2021 9 ObA 21/21k

Es ging um ein auf ein Jahr befristetes AV. Nach rund 7 Monaten wurde die AN für die restliche Dienstzeit **dienstfrei** gestellt. Die vom AG angebotene **Vereinbarung über den Verbrauch des Resturlaubs** von 14 Tagen wurde von ihr **abgelehnt**.

Während der knapp fünfmonatigen **Dienstfreistellung** betreute die AN ihr **schulpflichtiges Kind**. In diese Zeit fiel auch der erste „**Lockdown**“.

Die AN klagte auf **Zahlung der Urlaubersatzleistung**. Der AG berief sich darauf, dass die AN – in Anbetracht der langen Freistellung – den **Urlaubskonsum rechtsmissbräuchlich** verweigert hätte – und verlor, denn:

Nach **Aufhebung des § 9 UrlG aF** durch das **ARÄG 2000** besteht grundsätzlich **keine Obliegenheit** des AN mehr, den **Urlaub** in einer **längeren Kündigungsfrist** zu verbrauchen (RS0120368). Der **Nichtabschluss** der **Urlaubsvereinbarung** durch den AN steht im Allgemeinen **nur mehr** unter der „Sanktion“ der **Verjährung** des **Urlaubsanspruchs** nach § 4 Abs 5 UrlG. Eine **Obliegenheit** des AN, seinen **Urlaub** im Fall einer **Dienstfreistellung** innerhalb einer **längeren Kündigungsfrist** zu verbrauchen, besteht **nur** im Fall einer **Verletzung der Treuepflicht** oder eines **Rechtsmissbrauchs** (RS0120368 [T2; s auch T3]).

Schikane liegt nach der Rechtsprechung nicht nur dann vor, wenn die **Schädigungsabsicht** den **einzigen Grund der Rechtsausübung** bildet, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten **eigenen Interessen** und den **beeinträchtigten Interessen** des anderen ein **ganz krasses Missverhältnis** besteht (RS0026265). Nur dann, wenn sich unter

Berücksichtigung der gesetzlichen Wertungen ein völlig eindeutiges, krasses Überwiegen der benachteiligten Interessen des AG in einer vom Gesetz wegen der Besonderheiten des Falls nicht geregelten Konstellation ergibt, kann ein Rechtsmissbrauch des AN in seiner mangelnden Bereitschaft, Urlaub zu verbrauchen, erblickt werden (RS0120368 [T4]). Wie schon zu 9 ObA 144/05z ausgeführt, erfordert diese Beurteilung eine **Gesamtschau** unter Einbeziehung insbesondere von **Dauer der Kündigungsfrist, Anzahl der Urlaubstage, Verhalten des AN in der Kündigungsfrist** sowie **Erholungsmöglichkeit des AN und Erfordernisse des Betriebs**. Auch das **Urlaubsverhalten in der Vergangenheit** ist zu berücksichtigen. Allein, dass der Urlaubsverbrauch unter Berücksichtigung der Jahreszeit, in der die Kündigungsfrist liegt, zumutbar wäre, reicht noch nicht aus, um bereits einen Missbrauchsfall als gegeben anzunehmen (dort: iE kein Rechtsmissbrauch bei zweijähriger Dienstfreistellung).

Die AN verhielt sich hier aber **nicht rechtsmissbräuchlich**, unter Berücksichtigung der knapp **fünfmonatigen Dienstfreistellung**, der (letztlich verbliebenen) **14 Tage Resturlaub**, der **Betreuungspflicht** für ein schulpflichtiges Kind und des „**Lockdown**“, der bekanntermaßen eine jegliche Urlaubsgestaltung massiv einschränkte.

8. Rufbereitschaft als (bezahlte) Arbeitszeit

EuGH 09.03.2021, C-344/19, C-580/19

Ein **slowenischer Techniker** musste während Rufbereitschaftsdiensten **telefonisch erreichbar** sein, innerhalb einer **Stunde** am Arbeitsplatz (**Sendeanlage**) eintreffen können, **dringende Tätigkeiten** sofort ausüben. Die Rufbereitschaft wurde mit **20%** des Gehalts vergütet. Der AN klagte auf **Bezahlung der Rufbereitschaftsstunden als reguläre Arbeitszeit** (d.h. 100%).

Ein **deutscher Feuerwehrmann** musste während Rufbereitschaften **ständig erreichbar** sein, **Einsatzkleidung** und **-fahrzeug** „mitführen“, in **bestimmten Fällen unverzüglich** ausrücken und **innen 20 Minuten die Stadtgrenze** erreichen können. Innerhalb von **3 Jahren** hatte er **126 Bereitschaftsdienste**, bei denen es zu **20 Einsätzen** kam (ca **16%** der Rufbereitschaften). Auch er forderte volle Bezahlung.

EuGH: Zwischen „**Arbeitszeit**“ und „**Ruhezeit**“ ist die Zwischenkategorie „**Bereitschaftszeit**“ angesiedelt. Die Mitgliedstaaten dürfen die **unionsrechtlichen Begriffe** „**Arbeitszeit**“ und „**Ruhezeit**“ nicht einseitig festlegen.

Rufbereitschaft ist als **Arbeitszeit** zu werten, wenn dem AN während der Rufbereitschaft **Einschränkungen** auferlegt werden, die geeignet sind, seine freie Zeit objektiv gesehen „**ganz erheblich**“ zu beeinträchtigen.

Relevant ist:

- **Reaktionszeit**
- **Häufigkeit der Einsätze** während der Bereitschaftszeit

vgl. OGH(z.B. 24.04.2020, 8 ObA 4/20a):

Rufbereitschaft ist ein **Mischverhältnis** zwischen Arbeit und Freizeit.

Wird – wie dies bei der Rufbereitschaft der Fall ist – die Zeit des AN **nicht so weit in Anspruch genommen**, dass von einer **eigentlichen Dienstleistung** oder einer **gleichwertigen Tätigkeit**

gesprochen werden könnte, kann für die betreffende Zeit ein **geringeres Entgelt** als für die eigentliche Arbeitsleistung und sogar **Unentgeltlichkeit vereinbart** werden.

Mangels Vereinbarung gebührt gemäß § 1152 ABGB für die Rufbereitschaft ein **ortsübliches bzw angemessenes Entgelt**. In der Regel ist die Rufbereitschaft dabei **geringer zu entlohnen als die Leistung selbst**.

9. Sachbezugswert eines (Luxus-)Dienstwagens

OGH 23.11.2020, 8 ObA 113/20f

Ein AN wünschte sich von Anfang an **als Dienstwagen ein Fahrzeug der Luxusklasse** – der AG lehnte das ab. Dennoch erhielt der AN zuerst ein bereits vorhandenes und seinen Vorstellungen ohnehin entsprechendes Fahrzeug, allerdings nur bis zum Ablauf der vorgesehenen Nutzungsdauer. Er durfte den Wagen privat nutzen, der AG übernahm auch alle Treibstoffkosten für Privatfahrten.

Danach dürfte der Streit neu aufgeflammt sein: Der AG stellte den Kläger vor die **Wahl zwischen einem angebotenen Fahrzeug oder dem Ersatz des Geldwerts des Sachbezugs**. Weitere Umstände lassen sich der E nicht entnehmen. Schlussendlich klagte der AN den AG auf **über € 12.000**, offensichtlich für den Entzug der Privatnutzungsmöglichkeit eines (Luxus-) Wagens und gewann teilweise. Der AN vertrat im Prozess den Standpunkt, dass ihm eine Abgeltung für die Nichtnutzung eines Luxusdienstwagens zustehe. Der AG hingegen argumentierte, der AN habe überhaupt auf einen Wagen verzichtet.

Laut OGH sind Naturalleistungen, die während des AV nicht in Anspruch genommen werden können, mit Geld abzulösen. Anstelle der Naturalleistung wird das geschuldet, **was sich der AN durch den Bezug der Leistung ersparen konnte** (RS0103306; 9 ObA 25/16s). In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wurde bei der Ermittlung des Werts des Naturalbezugs der Privatnutzung eines Dienstwagens wiederholt die nach der **Sachbezugswerteverordnung vorzunehmende fiskalische Bewertung als brauchbare Orientierungshilfe akzeptiert** (RS0027994; 8 ObA 42/98d). Dies ändert aber nichts daran, dass Naturalbezüge grundsätzlich mit ihrem tatsächlichen Wert zu berücksichtigen sind und **bei einem erheblichen Auseinanderfallen der fiskalischen Bewertung vom tatsächlichen Wert daher auf diese Berechnungshilfe nicht zurückgegriffen werden kann, sondern auf den tatsächlichen Wert des Naturalbezugs abgestellt werden muss** (RS0103306; 9 ObA 25/16s).

Angesichts dessen, dass der Sachbezug des Klägers nicht nur die Bereitstellung eines Pkws zur unbeschränkten Nutzung, sondern auch **alle Treibstoffkosten** für die Privatfahrten umfasste, sind die Vorinstanzen hier in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu einem den fiskalischen Sachbezugswert übersteigenden Betrag gelangt, dessen Ausmittlung nach § 273 ZPO auf Grundlage des **amtlichen Kilometergeldes** (RS0047476) sich jedenfalls im Rahmen des den Gerichten bei der Anwendung dieser Bestimmung offen stehenden Ermessens hält (vgl 9 ObA 25/16s).

Der Anspruch auf Geldersatz für einen nicht konsumierten Naturalbezug ist ebenso wie der Sachbezugswert eine **Bruttoforderung**, die den gesetzlich vorgesehenen Abzügen für Steuern und Sozialversicherung unterliegt (9 ObA 25/16s). Ist die Vertragsgrundlage ein **Bruttobetrag**, dann hat der AN bei geänderten Rahmenbedingungen Steuernachteile oder eine Erhöhung des auf ihn entfallenden Beitragsanteils hinzunehmen. Im Gegenzug kommen ihm aber auch Beitrags- und Lohnsteuersenkungen zugute (8 ObA 25/14f).

10. Entlassungsjudikatur

10.1 Entlassung wegen Missachtung der angeordneten Absonderung als Corona-Verdachtsfall

OGH 14.09.2021, 8 ObA 54/21f

Eine **Sekretärin** – mit **regelmäßigem Kontakt** zu anderen Personen – ließ sich kurz vor dem ersten Corona-Lockdown testen, weil sie sich um ihren kranken Vater kümmerte. Anlässlich des Tests in ihrer Wohnung an einem Sonntag übergab ihr die Ärztin einen "Absonderungszettel", mit dem ab sofort eine Absonderung nach § 7 Epidemiegesetz für 14 Tage bzw. bis zum Vorliegen des Testergebnisses ausgesprochen wurde und die AN angehalten wurde, für diesen Zeitraum die Wohnung nicht zu verlassen.

Die AN las den "Absonderungszettel" nicht durch, besuchte an diesem Sonntag Vater und Schwester und ging aus Pflichtbewusstsein – noch ohne Testergebnis – am Montag zur Arbeit. Dort hatte sie mit 15 - 20 Kollegen Kontakt. Sie verschwieg, dass sie getestet worden war und versicherte der Vorgesetzten über deren Nachfrage, dass sie nur verkühlt sei.

Am Dienstag erhielt sie das **positive** Testergebnis. Davon schickte sie dem AG ein Foto. Der wurde von der Gesundheitsbehörde aufgefordert, die **ganze Abteilung** für 14 Tage in Quarantäne zu schicken – sofort. Es handelte sich um 23 Personen.

Ein paar Tage später stellte sich heraus, dass sich vier Kolleginnen tatsächlich mit COVID-19 angesteckt hatten.

Nachdem dem AG bekannt wurde, dass die AN am Montag im Büro war, obwohl es eine Absonderung gegeben hatte, sprach er – **ohne Abmahnung** – ihre Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit aus.

Die AN war eine **über Jahrzehnte** durchgehend verlässliche und loyale AN mit einem „tadellosen Führungszeugnis“.

Sie klagte auf Feststellung des aufrechten AV.

Alle drei Instanzen bestätigten die **Rechtmäßigkeit der Entlassung**:

Ob die AN am Montag krank war (und ihr das bewusst war) oder nicht, ist irrelevant. Ihr wird **nicht ihre Erkrankung** zum Vorwurf gemacht, sondern dass sie die **Anordnung**, die Wohnung zur Verhinderung einer möglichen Verbreitung von SARS-CoV-2 nicht zu verlassen, **ignorierte**, obgleich sie vor Vorliegen des Testergebnisses eine Infektion nicht ausschließen konnte. Sie nahm durch ihr Verhalten eine **Gefährdung der Gesundheit ihrer Kolleginnen und der Interessen ihres AG an einem reibungslosen Dienstbetrieb** in Kauf. Als problematisch erweist sich daher ihre darin zum Ausdruck kommende Einstellung.

Auch mit der damals herrschenden **gesamtgesellschaftlichen Verunsicherung** vermag sie sich nicht zu entschuldigen: Gerade das fehlende Wissen um Gefährlichkeit und Konsequenzen einer Erkrankung hätte umso mehr die strikte Befolgung einer konkreten behördlichen Anordnung geboten.

Ob Vertrauensunwürdigkeit gegeben ist, hängt davon ab, ob beim AG vom Standpunkt vernünftigen kaufmännischen Ermessens die gerechtfertigte Befürchtung besteht, dass seine Belange durch den AN gefährdet sind. Maßgebend ist, ob das Verhalten des AN das Vertrauen

des AG so schwer erschüttert hat, dass diesem die Fortsetzung des AV nicht mehr zugemutet werden kann. Ob die Befürchtung, dass die Belange des AG durch den AN gefährdet seien, gerechtfertigt ist, entscheidet allerdings nicht das subjektive Empfinden des AG, sondern ein objektiver Maßstab, der nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des Umstandes des Einzelfalles anzuwenden ist. Die Vertrauensunwürdigkeit kann auch auf Handlungen beruhen, die mit dem AV in keinem oder keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen.

Auch dass sie den "Absonderungszettel" möglicherweise nicht gelesen hat, entschuldigt ihr Handeln nicht.

Der Entlassung musste keine belehrende Ermahnung durch den AG vorangehen, weil es um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit ging und weil ihr Verhalten bereits dazu geführt hat, dass die ganze Abteilung für 14 Tage in Quarantäne geschickt werden musste – was für jeden AG zu großen Problemen führt.

Auch wenn die AN über Jahrzehnte im Gesamtverhalten hinweg eine durchgehend verlässliche und eine loyale AN mit einem tadellosen Führungszeugnis gewesen ist, ist dieser einmalige Verstoß in seiner Tragweite so schwerwiegend, dass für den AG vom Standpunkt eines vernünftig kaufmännischen Ermessens die objektiv gerechtfertigte Befürchtung bestand, dass seine Interessen und Belange durch die AN gefährdet sind; eine Fortsetzung des AV auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist ist ihm nicht zumutbar gewesen.

10.2 Rechtzeitigkeit der Entlassung eines Vortragenden

OGH 17.12.2020, 9 ObA 109/20z

Ein Vortragender hat sich während seiner Lehrveranstaltung gegenüber einer Studentin so herabwürdigend und herabsetzend geäußert, dass laut OGH der Entlassungsgrund der Vertrauenswürdigkeit erfüllt war. (Der Vortragende hatte seine Entlassung bei Gericht angefochten.) Strittig war aber die **Rechtzeitigkeit** der Entlassung:

Die Veranstaltung fand am 13.10.2020 statt. Am 17.10.2020 erfuhr der Geschäftsführer der AG davon. Der Vortragende wurde sofort dienstfrei gestellt. Nach zweimaliger Rücksprache mit ihrer Rechtsvertretung (17./18.10.2020 und 19.10.2020) und Erörterung der Angelegenheit im Führungsgremium der AG (19. 10. 2020) sprach die Beklagte am 20. 10. 2020 die Entlassung aus.

OGH: Entlassungsgründe sind grundsätzlich unverzüglich geltend zu machen (RS0031799). Der Grundsatz, dass die Entlassung unverzüglich auszusprechen ist, beruht auf dem Gedanken, dass ein AG, der eine Verfehlung seines AN nicht sofort mit der Entlassung beantwortet, dessen Weiterbeschäftigung nicht als unzumutbar ansieht und auf die Ausübung des Entlassungsrechts im konkreten Fall verzichtet (RS0029249).

Vorläufige Maßnahmen, etwa die bis zur Klärung der tatsächlichen oder rechtlichen Lage vorgenommene Suspendierung eines AN, können die Annahme eines Verzichts des AG auf die Ausübung des Entlassungsrechts verhindern (RS0028987).

Das Erfordernis der Unverzüglichkeit der vorzeitigen Auflösung darf nicht überspannt werden (8 ObA 57/18t; RS0029273 [T16]; Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm3 § 25 AngG Rz 32 mwN). Die Entlassung war rechtzeitig, der Vortragende verlor.

10.3 Verschweigen Millionenverlust durch Financial Director

OGH 23.11.2020, 8 ObA 107/20y

Ein AN, der Financial Director, gewerberechtllicher Geschäftsführer und Prokurist des AG war, wurde wegen Vertrauensunwürdigkeit entlassen und klagte auf Zahlung von über 200.000 Euro (wohl: Kündigungsentschädigung):

Nach einer Übernahme des Konzerns, dem sein AG angehörte, musste er MPS-Berichte (monthly profit statements) an die Konzernleitung übermitteln. Ihm war bewusst, dass die MPS-Berichte von Einfluss auf geschäftliche Entscheidungen des Konzerns waren. Auch die dem Kläger und anderen Mitarbeitern zwischen 2006 und 2009 ausbezahlten Boni erfolgten auf Grundlage der in den MPS-Berichten übermittelten Zahlen.

Indem er gewisse Buchhaltungskonten in diese Berichte bzw Buchungen nicht aufnahm, meldete er in den MPS-Berichten einen Verlust für die Jahre 2006 bis 2009 von insgesamt knapp 28 Mio EUR. Bei Einhaltung der ab 2006 immer weiter entwickelten Konzernrichtlinien hätte der kumulierte Verlust der Jahre 2006 bis 2009 über 34 Mio EUR mehr betragen.

Der Kläger versuchte sich damit zu rechtfertigen, dass die Vorgaben zur Berichtserstellung mangelhaft gewesen seien und die Umbuchungen über Anweisung der Konzernmutter erfolgt seien. Tatsächlich führte er mangels konkreter Vorgaben die Zuordnung von Konten selbstständig und nach seinem Dafürhalten durch. Nach seinen teilweise willkürlichen Zuordnungen erhielt er Feedback mit Anweisungen, wie etwas anders darzustellen wäre. Durch solche Anweisungen wurden teilweise auch Aufwendungen und Kosten anders gebucht.

Dem Kläger war bewusst, dass dadurch die Verluste laut den internen Berichten niedriger waren als jene laut den UGB-gemäßen Jahresabschlüssen. Er verließ sich jedoch darauf, dass dies intern vom Konzern so erwartet und geduldet wird. Er wies interne und externe Prüfer deshalb nicht auf die Differenzen zwischen den internen Berichten und den Jahresabschlüssen hin.

Der Kläger verlor den Prozess dennoch: Er hätte sich die Frage hätte stellen müssen, welchen Sinn wissentlich falsche Berichte haben sollten. Er hätte daher, selbst wenn er sich durch Anweisungen der Konzernmutter in Sicherheit gewähnt habe, auf die Abweichung des Gesamtergebnisses im Millionenbereich hinweisen müssen.

Dieses Verhalten ist pflichtwidrig und zumindest fahrlässig, sodass Vertrauensunwürdigkeit gegeben ist.

Das Mitwirken der Konzernmutter an verschiedenen Umbuchungen ändert nichts daran, dass der Kläger seine Pflicht als verantwortlicher Financial Direktor nicht wahrgenommen hat. An dieser Pflichtverletzung ist dem AG oder der Konzernmutter kein Mitverschulden anzulasten.

10.4 Detektivkosten

OGH 25.03.2021, 8 ObA 8/21s

Der seit fünf Jahren beim AG beschäftigte zwanzigjährige AN befand sich in letzter Zeit regelmäßig im Krankenstand. Der von einem „Krankspielen“ ausgehende AG erteilte, nachdem wieder eine Bestätigung eines praktischen Arztes über eine Arbeitsunfähigkeit vom

29. April bis 10. Mai vorlag, einer Detektei den Auftrag, den AN ab dem Morgen des 3. Mai, einem Freitag, bis auf Weiteres zu observieren. Der AN wurde hierauf dabei beobachtet, wie er sich gegen Mittag zu Hause abholen ließ, anschließend in ein Kaffeehaus fuhr, dieses mit seinen Begleitern gegen 15:30 Uhr verließ und um 1:48 Uhr des Folgetags nach Hause zurückkehrte. Nachdem dies dem AG am Samstag von der Detektei mitgeteilt worden war, wies er diese nicht zur Einstellung ihrer Arbeit an.

Die fortgesetzte Observierung ergab für den Samstag und den Sonntag ein ähnliches Geschehen, woraufhin sich der AG mit der Beendigung der Überwachung einverstanden erklärte. Er entließ den AN am 7. Mai. Der AG begehrte vom AN den Ersatz der von ihm getragenen Detektivkosten 7.983,30 EUR.

OGH: Einem AG steht dann der Ersatz von Nachforschungskosten im Rahmen eines adäquaten typischen Kausalzusammenhangs zu, wenn der AN zunächst ausreichende Anhaltspunkte für ein vertragswidriges, den Interessen des AG zuwiderlaufendes Verhalten gegeben hat, die den AG veranlassen, sich durch geeignete Nachforschungen noch weitere Klarheit zu verschaffen. Der Anspruch hängt von der Notwendigkeit der getätigten Aufwendungen ab. Der AN hat daher nur jene Kosten zu ersetzen, die bis zum Vorliegen eines sichereren Beweises für sein Fehlverhalten entstehen.

Auch die Kosten für die Überwachung am zweiten und dritten Tag wurden als notwendig beurteilt. Bei früherem Abbruch der Observation hätte die Gefahr bestanden, dass der AN bei Nachweis bloß eines einmaligen Verstoßes gegen seine Verpflichtungen im Krankenstand diesen Verstoß zu rechtfertigen versuchen könnte. Dies ist nicht zu beanstanden, weil bekanntermaßen ein nicht ausreichend abgesichertes Überwachungsergebnis vor Gericht oft durch einen Hinweis auf Wahrnehmungsfehler oder Zufälle, mit anderen Worten mit unter Umständen nicht oder schwer zu widerlegenden Ausflüchten und Ausreden in Zweifel gezogen wird.

Der im vorliegenden Fall konkret begehrte Betrag ist weder existenzbedrohend noch erscheint eine dreitägige Überwachung des immerhin bereits fünf Jahre beim Kläger beschäftigt gewesenen AN exorbitant, dies nicht zuletzt auch angesichts der für den AG mit einem Krankenstand durch die Entgeltfortzahlung einhergehende Kostenbelastung.

Der – entsprechend kostenintensive – Einsatz von zwei Detektiven war der Notwendigkeit geschuldet, dem jungen und mobilen AN nach Verlassen der Wohnung zu folgen – er musste den gesamten Betrag bezahlen.

11. Splitter

11.1 Anrechnung von Arbeiterzeiten für EFZ

OGH 28.07.2021, 9 ObA 72/21k

Übernahme einer Arbeiterin in ein Angestelltenverhältnis.

Beginn als Arbeiterin:	17.09.2018
Beginn als Angestellte:	01.05.2019
krank ab:	21.06.2019
Ende AV:	15.12.2019

1. Beginnt mit der Übernahme in das Angestelltenverhältnis (1. Mai) ein neues Arbeitsjahr?

2. Zählen die Arbeiter-Vordienstzeiten für § 8 AngG mit?

OGH Ad 1:

„Damit wurde lediglich eine Vertragsänderung vorgenommen, das **Vertragsband** zwischen den Parteien bestand aber **ununterbrochen weiter.**“ -> durchgehendes AV mit Beginn Arbeitsjahr 17. September.

OGH Ad 2:

„Die Frage, ob ein AN mindestens ein Jahr in einem Angestelltendienstverhältnis zum AG gestanden haben muss, um Anspruch auf die nach § 8 Abs 1 Satz 2 AngG erhöhte Dauer der Entgeltfortzahlung zu haben, wurde vom **Obersten Gerichtshof bislang nicht beantwortet.**“

„§ 8 Abs 1 AngG ist so auszulegen, dass als „**Dienstzeiten**“ grundsätzlich sämtliche Zeiten des aufrechten AV zum selben AG gelten, also auch Zeiten des AN als Arbeiter. Eine **unterschiedliche Behandlung** von Arbeiter- und Angestelltendienstzeiten ergibt sich weder aus dem Wortlaut des § 8 AngG, der nicht einschränkend auf „Dienstzeiten als Angestellter“ abstellt, noch aus der mit der **Gesetzesänderung BGBl I 2017/153 verfolgten Intention** des Gesetzgebers, das Entgeltfortzahlungsrecht der Angestellten und Arbeiter anzugleichen.“

11.2 EFZ über einvernehmliche Auflösung hinaus / Ruhen Krankengeld

OGH 22.06.2021, 10 ObS 67/21g

Strittig war, ob dem AN im Zusammenhang mit der Beendigung seines AV Anspruch auf **Entgeltfortzahlung** gegenüber seinem AG zukommt oder ob er Anspruch auf **Krankengeld** hat.

Ein AN wurde **während seines Krankenstandes entlassen**. Es folgte ein Arbeitsprozess, der mit Vergleich endete. Darin wurde die Entlassung in eine **einvernehmliche Auflösung** zu einem **späteren Zeitpunkt** umgewandelt, sagte der AG die Nachzahlung von Lohn und SZ zu und wurde im Übrigen **Generalbereinigung** vereinbart. Der **Krankenstand dauerte** über das Ende des einvernehmlich aufgelösten AV hinaus fort.

Mit der mit 1.7.2018 in Kraft getretenen Novelle BGBl I 2017/153 wurde § 5 Abs 1 EFZG um folgenden Satz ergänzt:

„Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bleibt auch bestehen, wenn das AV während einer Arbeitsverhinderung gemäß § 2 oder im Hinblick auf eine Arbeitsverhinderung gemäß § 2 einvernehmlich beendet wird.“

Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, § 5 EFZG (bzw § 9 Abs 1 AngG) sei nicht auf sämtliche einvernehmliche Auflösungen des AV während einer Arbeitsverhinderung anzuwenden, sondern sei **teleologisch** (einschränkend) auf jene **einvernehmlichen Auflösungen** zu reduzieren, die auf **Initiative des AG** abgeschlossen würden. **Aus Sicht des OGH fehlt einer solchen Einschränkung die Grundlage.** (Der Anspruch auf Krankengeld ruhte, solange der Anspruch gem. § 5 EFZG bestand – egal ob mit Vergleich bereinigt oder nicht.)

11.3 Bildungskarenz – keine Anrechnung der Karenzzeiten

Klarstellung in § 11 Abs 2 AVRAG:

„Soweit nicht anderes vereinbart ist, bleibt die **Zeit der Bildungskarenz bei Rechtsansprüchen** des AN, die sich nach der Dauer der Dienstzeit richten, **außer Betracht.**“

Aus der Erl: *„Durch die Novelle BGBl. I Nr. 68/2019 wurde in § 15f Abs. 1 MSchG eine Regelung geschaffen, wonach die Elternkarenz nach dem Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz bei dienstzeitabhängigen Rechtsansprüchen nunmehr bis zur gesetzlich festgelegten maximalen Dauer angerechnet wird. Da es hinsichtlich der Anrechnungsbestimmungen der Bildungskarenz zu keiner inhaltlichen Änderung der bisherigen Rechtslage kommen soll, bedarf es – aufgrund des Verweises in der Bestimmung des § 11 Abs. 2 AVRAG auf § 15f Abs. 1 MSchG – einer Zitanpassung und Umformulierung des Gesetzestextes. Klargestellt wird, dass Zeiten einer Bildungskarenz bei Rechtsansprüchen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin, die sich nach der Dauer der Dienstzeit richten, weiterhin außer Betracht bleiben.“*

11.4 3G am Arbeitsplatz – arbeitsrechtliche Konsequenzen

Nach aktueller Rechtslage (§ 8 5. Covid-Notmaßnahmen-VO) dürfen AN, Inhaber und Betreiber Arbeitsorte, an denen physische Kontakte zu anderen Personen nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie über einen 3G-Nachweis verfügen. (Nicht als Kontakte im Sinne des ersten Satzes gelten höchstens zwei physische Kontakte pro Tag, die im Freien stattfinden und jeweils nicht länger als 15 Minuten dauern.) Bei Zuwiderhandeln drohen sowohl dem AN als auch dem AG Verwaltungsstrafen.

Stellt ein AG fest, dass ein AN ohne 3-G-Nachweis zur Arbeit erschienen ist, darf ihn der AG nicht zur Arbeit zulassen. Meiner Ansicht nach ist der AN an der **Dienstleistung verhindert**, ohne dass ihm ein **Entgeltanspruch** zustünde. § 1155 ABGB ist nicht einschlägig, weil dafür der AN durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen, an der Arbeitsleistung verhindert ist. Auch die Anwendung des § 8 Abs 3 AngG kommt nicht in Frage: Dazu müsste der AN durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe **ohne sein Verschulden** während einer verhältnismäßig kurzen Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert sein. Bei wiederholter Weigerung, den 3-G-Nachweis zu erbringen, ist eine Entlassung gerechtfertigt.

GESETZESÄNDERUNGEN

1. Novelle LSD-BG (AÜG, AVRAG) – neue Verwaltungsstrafen

Infolge der EuGH-Rechtsprechung wurden (unter anderem) die Verwaltungsstrafbestimmungen der § 26 bis § 29 LSD-BG überarbeitet. Es gibt nun **Strafraahmen ohne Untergrenze**, und das **Kumulationsprinzip** (Strafe pro AN) entfällt. Damit sollen unverhältnismäßig hohe Strafen verhindert werden.

Beispielsweise verhängte eine Bezirkshauptmannschaft Geldstrafen iHv € 3,3 Mio gegen die Geschäftsführer des entsendenden kroatischen Unternehmens sowie iHv jeweils € 2,6 und € 2,4 Mio gegen die Vorstandsmitglieder der in Österreich ansässigen Gesellschaft, ersatzweise bei Uneinbringlichkeit Freiheitsstrafen von jeweils zweieinhalb Jahren. Im Urteil vom

12.9.2019, Rs C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, Maksimovic bewertetete der EuGH die Höhe der Strafen (auch der Freiheitsstrafen) für unverhältnismäßig – sie stehen in keinem Verhältnis zur Schwere der Übertretungen. Nicht das Anknüpfen an die Anzahl der betroffenen Arbeiter, sondern die Höhe der Strafen sei ausschlaggebend.

Unabhängig von der Anzahl der von der Verwaltungsübertretung betroffenen AN liegt somit nur noch eine einzige Verwaltungsübertretung vor.

Verstößen iZm den Melde- und Bereithaltungspflichten	bis € 20.000
Vereitelungshandlungen iZm der Lohnkontrolle	bis € 40.000
Nichtbereithalten und Nichtübermitteln der Lohnunterlagen	bis € 20.000 Wiederholung: bis € 40.000

Unterentlohnung	
Grundsatz	bis € 50.000
Kleinstunternehmen mit bis zu 9 AN im Erstfall und Summe des vorenthaltenen Entgelts unter € 20.000	bis € 20.000
Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als € 50.000	*bis € 100.000
Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als € 100.000	*bis € 250.000
in Lohnzahlungszeiträumen der Unterentlohnung vorsätzlich durchschnittlich mehr als 40% des Entgelts vorenthalten und Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als € 100.000	bis € 400.000

*Wirkt der AG bei der Aufklärung zur Wahrheitsfindung unverzüglich und vollständig mit, ist anstelle des Strafrahmens bis € 100.000,- oder bis € 250.000,- der jeweils niedrigere Strafrahmen anzuwenden.

"Unverzüglich" im Sinne dieser Bestimmung bedeutet, dass der AG unverzüglich nach Einleitung des Strafverfahrens, dh ab wirksamer Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung zur Mitwirkung angehalten ist. Unterlässt er dies und wirkt er zu einem späteren Zeitpunkt mit, fehlt es an der Voraussetzung der "unverzüglichen" Mitwirkung. Diesfalls ist die Mitwirkung im Rahmen der Strafbemessung zu berücksichtigen.

(Sonstige Straffreiheit bzw. Milderungsgründe wie bisher, zB Straffreiheit bis Nachzahlung vor einer Erhebung, Absehen von Strafe bei Nachzahlung und geringer Unterschreitung / leichter Fahrlässigkeit; Verjährung ebenfalls unverändert.)

2. Whistleblowing – eine Vorschau

Die EU-Richtlinie 2019/1937 ("Whistleblowing-RL" oder "Hinweisgeber-RL") muss in Österreich bis 17. Dezember 2021 zum Schutz von Hinweisgebern in nationales Recht umgesetzt werden.

Übergangsfristen?

Lt. RL nur in Bezug auf Betriebe mit weniger als 250 AN: 17. 12. 2023

Hinweise in Bezug auf welche Verstöße?

Gegen **Unionsrecht**, nicht aber gegen jegliche Missstände im Unternehmen oder Verstöße gegen Arbeitsrecht.

Z.B. Steuerbetrug, Geldwäsche oder Delikte im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen, Produkt- und Verkehrssicherheit, Umweltschutz

Österreich könnte diesen Anwendungsbereich im nationalen Gesetz aber erweitern.

Wer wird geschützt?

Unter anderem alle **AN** und **Bewerber** – wenn sie **gutgläubig** sind: Sie stehen dann unter dem Schutz der Richtlinie, wenn sie hinreichenden Grund zur Annahme hatten, dass die gemeldeten Informationen der Wahrheit entsprechen und die Informationen in den Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL fallen.

Zentrale Pflicht?

Einrichtung eines **Systems**, das dem **Schutz von Hinweisgebern** dient

nur für AG mit **mindestens 50 AN** bzw. unabhängig von Mitarbeiteranzahl bei "risikogeneigten Tätigkeiten" (zB Finanzdienstleister)

Form des internen Meldekanals?

Wählbar, zB Hotline, E-Mail-Postfach, Briefkasten, Online-Plattform

Anforderungen an den Meldevorgang?

- Der Meldekanal muss sicher sein
- Die Daten und Namen müssen vertraulich behandelt werden

Reaktion auf Hinweis?

- Binnen sieben Tagen: Bestätigung des Eingangs
- binnen drei Monaten: Rückmeldung an den Hinweisgeber über Untersuchungen und Folgemaßnahmen

Alternativen zum internen Meldekanal?

Hinweisgeber dürfen sich **direkt an die zuständigen Behörden** wenden, wenn

- a) kein internes Meldesystem errichtet wurde oder
- b) nach erfolgter interner Meldung keine geeigneten Maßnahmen getroffen wurden.

Öffentliches Whistleblowing von AN?

zB über die Medien

Schutz etwa, wenn

- nach einer Meldung über interne und externe Meldekanäle **keine entsprechende Maßnahme** erfolgte oder
- hinreichender Grund zur Annahme besteht, dass der Verstoß eine unmittelbare oder offenkundige **Gefährdung des öffentlichen Interesses** darstellen kann.

Schutz des Hinweisgebers?

Die Mitgliedstaaten müssen "wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen" festzulegen, wenn Meldungen behindert oder Repressalien gegen Hinweisgeber ergriffen werden.

Hinweisgeber dürfen grundsätzlich **keine (arbeitsrechtlichen) Nachteile** erleiden (jede benachteiligende Handlung oder Unterlassung im beruflichen Kontext z.B. Kündigung, Mobbing, Diskriminierung).

Behauptet ein Hinweisgeber das und macht Ansprüche gerichtlich geltend, wird vermutet, dass die Benachteiligung eine Repressalie für die Meldung oder Offenlegung war (**Beweislastumkehr!**). Der AG soll dann nachweisen müssen, dass sein Vorgehen in keiner Weise mit der erfolgten Meldung oder Offenlegung in Verbindung stand.

Aber: Wer infolge einer Meldung oder Offenlegung **ungenauer oder irreführender Informationen** eine direkte oder indirekte **Benachteiligung** erfährt, soll weiterhin den ihm nach allgemeinem Recht zustehenden Schutz genießen und auf die nach allgemeinem nationalem Recht verfügbaren **Rechtsbehelfe** zurückgreifen können.

In Fällen, in denen diese ungenauen oder irreführenden Informationen **vorsätzlich und wissentlich** gemeldet oder offengelegt wurden, sollten betroffene Personen Anspruch auf **Schadensersatz** nach nationalem Recht haben.

Stand des Gesetzgebungsverfahrens?

(18.11.2021) noch kein offizieller Begutachtungsentwurf

Für die Richtigkeit des Inhalts wird keine Haftung übernommen. Das Skript ersetzt keine Rechtsberatung im Einzelfall. Kontakt für Rückfragen: office@silberbauer.co.at

© RA Mag. Kristina Silberbauer, Wien November 2021

*** <https://www.derstandard.at/recht/blog-klartext-arbeitsrecht> ***
*** *Who's Who Legal: Global Leader Labour & Employment 2020 & 2021* ***