

Univ.Prof.Mag.DDr.Günther Löschnigg

Seminar

Neueste arbeitsrechtliche Entwicklungen

Wien, 28.2.2013

Inhaltsübersicht

Abschluss des Arbeitsvertrages – Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Fall 1: Risiko eines freien Dienstvertrages?

Fall 2: Kombination von Rahmenvereinbarungen mit Arbeitsverträgen

Fall 3: Wiedereinstellung mit Probezeit

Betriebsratsarbeit

Fall 4: Sperre des E-Mail-Accounts

Fall 5: Online-Info des Betriebsrates nur mit Zustimmung der Geschäftsführung?

Betriebsvereinbarungsrecht

Fall 6: Differenzierung im Sozialplan

Fall 7: Übertragung von Kompetenzen an den Zentralbetriebsrat

Entgelt – Ausbildungskosten

Fall 8: Vordienstzeiten und kollektivvertragliche Einstufung

Fall 9: Rückforderung von Ausbildungskosten mit Verweis auf KV

Fall 10: Wertlose Ausbildung

Arbeitszeitrecht

Fall 11: Mehrarbeitszuschlag

Fall 12: Fahrzeit zwischen zwei Dienstorten

Urlaubsgesetz NEU

Fall 13: Umstellung auf das Kalenderjahr

Fall 14: Pflegefreistellung

Versetzung

Fall 15: Versetzung in eventum

Fall 16: Verbessерnde Versetzung und Rückversetzung

Fürsorgepflicht

Fall 17: Mobbing und Schadenersatz

Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Fall 18: Kündigungsanfechtung nach § 105 Abs 1 lit i ArbVG

Fall 19: Vermittlungsprovision zwischen Überlasser und Beschäftiger
Fall 20: Kündigungsentschädigung und Wiedereinstellungsklausel
Fall 21: Austritt während der Karenz und neue Schwangerschaft
Fall 22: Wiedereinstellungszusage und Abfertigung
Fall 23: Postensuchtage

ANHANG 1

Auszüge aus Entscheidungen

ANHANG 2

Gesetzestexte

Fall 1:

Herr B war über mehrere Jahre auf Basis von jeweils befristeten „Honorarvereinbarungen“ bei einem Sozialverein als Trainer, Koordinator und sozialpädagogischer Betreuer zu einem Stundenlohn von zuletzt € 24,-- beschäftigt. Zwischendurch bot ihm der Arbeitgeber ein Angestelltendienstverhältnis mit kollektivvertraglicher Entlohnung an, was jedoch von Herrn B abgelehnt wurde.

Nach Ende der letzten Honorarvereinbarung verlangte Herr B eine Urlaubersatzleistung für 63 Werktage, Überstundenentgelte und Sonderzahlungen.

Fall 2:

Eine Arbeitnehmerin, die hauptberuflich als Croupier tätig war, schloss mit einem Unternehmen eine Rahmenvereinbarung über tageweise Expeditarbeiten ab.

Aufgrund ihrer Tätigkeit als Croupier akzeptierte die Mitarbeiterin keine langfristigen Einteilungen. Die Mitarbeiterin behielt sich auch die Auswahl von Zahl, Lage und Häufigkeit ihrer Einsätze, ihren Interessen entsprechend vor.

Handelt es sich hierbei um ein durchgehendes Arbeitsverhältnis?

Fall 3:

Auf Initiative des Arbeitnehmers wird ein Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst. Der Dienstnehmer möchte einige Monate Auslandserfahrung bei einem Schwesterunternehmen der Arbeitgebergesellschaft in Spanien zahlen. Der Dienstgeber sagte ihm eine Wiedereinstellung zu.

Als der Arbeitnehmer zwei Jahre danach eine Wiedereinstellung anstrebte, erhielt er vom Arbeitgeber einen Dienstvertrag, der neuerlich ein Probemonat sowie eine Befristung des Dienstverhältnisses enthielt.

In weiterer Folge beendete der Arbeitgeber das zweite Dienstverhältnis noch im Probemonat. Der Dienstnehmer klagte auf Kündigungsentschädigung mit Hinweis auf die Unzulässigkeit der Probezeit.

Fall 4:

Ein Mitglied des Betriebsrates wurde wiederholt darauf aufmerksam gemacht, Aussendungen, die mit seiner Fraktionstätigkeit für die wahlwerbende Gruppe CG im Zusammenhang standen, zu unterlassen. Nachdem der Arbeitnehmer neuerlich gegen diese Weisung verstoßen hatte, sperrte ihm der Arbeitgeber den Postausgang seines betrieblichen E-Mail-Accounts, wodurch im das Versenden oder das Weiterleiten an ihm gerichtete E-Mails nicht mehr möglich war.

Fall 5:

Ein Unternehmen gewährte die Selbstbearbeitung der Betriebsratsseite im betriebsinternen Internet nur nach vorheriger Zustimmung durch die Geschäftsleitung. Der Dienstgeber begründet seine Entscheidung mit seinem Eigentumsrecht an den Betriebsmitteln.

Fall 6:

Aufgrund der geplanten sukzessiven Betriebsschließung kommt es zu einem Sozialplan nach § 97 Abs 1 Z 4 ArbVG. Dieser Sozialplan sieht eine freiwillige Abfertigung nur für jene Dienstverhältnisse vor, die über Initiative des Arbeitgebers einvernehmlich aufgelöst werden. Im Fall einvernehmlicher Auflösungen auf Initiative des Arbeitnehmers steht keine freiwillige Leistung zu.

Fall 7:

Mit der Betriebsvereinbarung "Pensionsreform 99" wurden die Betriebspensions-Anwartschaften der Mitarbeiter auf eine Pensionskasse übertragen. Auf Seiten der Belegschaft wurde die Betriebsvereinbarung vom Zentralbetriebsrat abgeschlossen.

Ein Arbeitnehmer begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit dieser Betriebsvereinbarung bei Gericht, weil die Kompetenz zum Abschluss der Betriebsvereinbarung nicht wirksam auf den Zentralbetriebsrat übertragen worden ist. Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, dass ihm daher eine Betriebspension aufgrund direkter Leistungszusage zustehe.

Fall 8:

Der Kollektivvertrag für die Tyrolean Airways sieht vor, dass für die Einstufung in die kollektivvertraglichen Verwendungsgruppen und damit für die Höhe des Entgelts nur die als Flugbegleiter bei einem bestimmten Luftlinie erworbene Berufserfahrung berücksichtigt wird, nicht aber die inhaltlich identische Erfahrung, die bei einer anderen konzerninternen Luftlinie erworben wurde.

Widerspricht eine derartige Kollektivvertragsregelung der Gleichbehandlungsrahmen-Richtlinie?

Fall 9:

Im Dienstvertrag eines angestellten Wirtschaftstreuhanders findet sich der Passus, dass „die vom Dienstgeber getragenen Aus- und Fortbildungskosten gem Art XXI des Kollektivvertrags vom Dienstnehmer zu refundieren sind“.

Anlässlich einer konkreten Fortbildungsveranstaltung wurde zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Vereinbarung getroffen, in der die konkreten Kosten der Ausbildung beziffert wurden und worin nochmals die „Verpflichtung des Dienstnehmers zur Rückzahlung der Kosten ausdrücklich vereinbart“ wurde.

Art XXI Z 1 KV-Wirtschaftstreuhandler lautet:

Im Falle ihres Ausscheidens durch Selbstkündigung, einvernehmliche Lösung haben Dienstnehmer die vom Dienstgeber zur Aus- oder Fortbildung aufgewendeten Kosten nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zurückzuerstatten:

- a. Die Kosten sind zwischen Dienstgeber und Angestellten im Vorhinein schriftlich festzulegen. Dabei ist auch Übereinstimmung über den Veranstalter zu erzielen.
- b. Die Aus- bzw Fortbildung muss vom Angestellten freiwillig erfolgen.
- c. Die vermittelten Kenntnisse dürfen nicht nur betriebsbezogen Verwendung finden können.
- d. Die Rückverrechnung kann für höchstens fünf Jahre erfolgen und mindert sich pro Jahr um mindestens 20%.

Als der Arbeitnehmer zwei Jahre nach absolvierter Ausbildung sein Dienstverhältnis kündigt, verlangt der Arbeitgeber den Rückersatz der Ausbildungskosten unter Bezugnahme auf die Vereinbarung bzw auf den Kollektivvertrag. Zu Recht?

Fall 10:

Auf Kosten des Arbeitgebers besuchte ein Arbeitnehmer einen Lotus-Notes-Kurs. Bei seiner zuletzt ausgeübten Tätigkeit hatte er auch mit Lotus-Notes gearbeitet, allerdings mit Vorversionen und nur als Benutzer. Die im vorliegenden Fall relevante Schulung war allerdings keine Schulung für Anwender des Systems, sondern für Systemadministratoren.

Im Unternehmen des Arbeitgebers wurde diese Systemadministration von einer externen Gesellschaft übernommen. Der Arbeitnehmer hatte keinerlei Administratorenrechte. Die anderen Teilnehmer des Kurses waren hingegen Administratoren anderer Firmen. Die Fachkenntnisse des Arbeitnehmers reichten nicht aus, um den Kurs überhaupt folgen zu können.

Eine dem Grunde nach gültige Vereinbarung zur Rückforderung von Ausbildungskosten hatte der Arbeitnehmer unterschrieben. Als der Arbeitnehmer kündigte, forderte der Arbeitgeber den Ersatz der Ausbildungskosten.

Fall 11:

Der Kollektivvertrag für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger sieht einen Mehrarbeitszuschlag von nur 5% vor. Diese Regelung galt bereits vor Inkrafttreten des § 19d Abs 3a AZG, dh bereits vor dem 1.1.2008. Nach Inkrafttreten des § 19d AZG wurde die Kollektivvertragsregelung nicht verändert.

Hat ein Arbeitnehmer, wenn er sich auf das AZG stützt, Anspruch auf einen Mehrarbeitszuschlag von 25% oder nur auf den geringeren Zuschlag nach Kollektivvertrag?

Fall 12:

Eine Raumpflegerin hat bei ein und demselben Arbeitgeber zwei Dienstorte. Beim Objekt 1 ist sie von 6.00 bis 10.30 Uhr mit Reinigungsarbeiten betraut. Von 11.00 bis 14.00 Uhr wird sie beim Objekt 2 eingesetzt. Die Fahrtzeit von einer halben Stunde ist regelmäßig zu knapp bemessen, da die Arbeitnehmerin mit öffentlichen Verkehrsmitteln in etwa 45 Minuten benötigt.

Der Weg vom Objekt 1 zum Objekt 2 wird vom Arbeitgeber nicht als Arbeitszeit gewertet und auch nicht entlohnt. Die Arbeitnehmerin will sich dagegen zur Wehr setzen!

Fall 13:

Zwischen der Unternehmensleitung und dem Betriebsrat konnte über eine Umstellung des Urlaubsjahres auf das Kalenderjahr bisher keine Einigung erzielt werden. Der Betriebsrat hatte eine entsprechende Betriebsvereinbarung immer mit anderen Forderungen verknüpft.

Ab 1.1.2013 stützt sich der Arbeitgeber auf den novellierten § 2 UrlG und nimmt eine entsprechende Umstellungsklausel direkt in die Arbeitsverträge auf.

Kann der Betriebsrat dagegen vorgehen?

Fall 14:

Der Arbeitnehmer A ist seit einem Jahr mit der Arbeitskollegin B verheiratet. B hat aus einer vorangegangenen Ehe einen Sohn im Alter von 4 Jahren. Das Kind lebt nunmehr im gemeinsamen Haushalt von A und B.

Als das Kind wegen einer (leichten) Operation (Entfernung der Halsmandeln) für 2 Tage in einem Sanatorium stationär aufgenommen wird, bleibt A beim Kind seiner Frau im Sanatorium und begehrt vom Dienstgeber Pflegefreistellung. Zu Recht?

Fall 15:

Der Betriebsrat ist der Auffassung, dass im Fall einer Veränderung des Arbeitsortes eines Arbeitnehmers keine verschlechternde Versetzung vorliegt. Aufgrund der Vorinformationen seitens des Arbeitnehmers und seitens der Geschäftsführung war dem Betriebsrat klar, dass es eine gerichtliche Auseinandersetzung geben würde. Da der Sachverhalt außerdem nicht ganz eindeutig war, beschloss der Betriebsrat, der Versetzung „die Zustimmung (in eventu) gem § 101 ArbVG zu erteilen“.

Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, dass die Zustimmung zur Versetzung als generelle „Vorratszustimmung“ rechtsunwirksam wäre.

Fall 16:

Ein Arbeitnehmer war seit 1991 als Sachbearbeiter bei einer Sozialversicherungsanstalt beschäftigt. Mit 1.1.2001 wurde der neue Posten eines Fachbereichs-Koordinators geschaffen, für den eine erfolgreiche Ablegung der „B-Prüfung“ (nunmehr: Prüfung der Allgemeinen Fachausbildung) vorausgesetzt wurde. Da der Arbeitnehmer der Wunschkandidat des Arbeitgebers für diesen Posten war, wurde die Funktion zunächst nicht ausgeschrieben, sondern der Arbeitnehmer mit der Funktion vorübergehend betraut. Die „B-Prüfung“ hatte er allerdings nicht absolviert. Bis auf Widerruf wurde dem Arbeitnehmer eine Verwendungszulage gewährt.

Der Arbeitnehmer bekleidete bis 2010 die Funktion des Fachbereichs-Koordinators, obwohl er weiterhin die B-Prüfung nicht absolvierte. Zwar wurde er von seinem Vorgesetzten wiederholt dazu aufgefordert, er zog seine Prüfungsanmeldungen jedoch stets wieder zurück.

Mit 2011 wurde die Stelle des Fachbereichs-Koordinators mit einem anderen Mitarbeiter besetzt. Der Arbeitnehmer wurde als Sachbearbeiter wieder zurückversetzt. Die Verwendungszulage wurde gestrichen.

Der Betriebsrat wurde mit der Versetzung nicht befasst. Wurde damit der Versetzungsschutz nach § 101 ArbVG umgangen?

Fall 17:

Ein Arbeitnehmer fühlte sich über längere Zeit hindurch an seinem Arbeitsplatz von seinen Kollegen ausgeschlossen und nicht in die Gemeinschaft eingegliedert. Die Ursache sah er darin, dass er keinen Alkohol konsumierte. Im September 2008 informierte er per E-Mail seine Dienstvorgesetzten, die zum einen alle Mitarbeiter auf das Alkoholverbot während der Arbeit hinwiesen und zum anderen ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer führten. In weiterer Folge wurde der Arbeitnehmer mit einem Kollegen zusammen eingeteilt, mit dem er gerne zusammenarbeitete. Dem Wunsch nach einer Versetzung konnte nicht entsprochen werden.

Als die Beleidigungen und Schikanen der Arbeitskollegen nicht aufhörten, kam es unter Einbeziehung des Betriebsrats und der vom Arbeitgeber bezeichneten Arbeitskollegen zu einem neuerlichen Gespräch im November 2008. Die wechselseitigen Vorwürfe waren derart gravierend, dass der Dienstgeber ankündigte, einen Mediator beiziehen zu wollen. Dazu kam es jedoch in weiterer Folge nicht.

Weitere Beschimpfungen und Beleidigungen führten letztlich ab Jänner 2009 zu längeren Krankenständen und im Dezember 2009 zu einem vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers.

Der Arbeitnehmer machte Schadenersatzansprüche geltend, die er darauf stützte, dass der Arbeitgeber gegen die Mobbing-Handlungen keine Abhilfe geleistet habe. Insb habe der Arbeitnehmer dadurch eine psychische Erkrankung erlitten.

Fall 18:

Ein Arbeitnehmer war in einem Reisebusunternehmen als Busfahrer beschäftigt. Die konkreten durchzuführenden Fahrten wurden ihm regelmäßig erst ein bis zwei Tage vor Fahrtbeginn bekanntgegeben.

Da der Arbeitnehmer dies nicht länger hinnehmen wollte, forderte er den Arbeitgeber wiederholt auf, die Fahrten früher bekannt zu geben. Daraufhin wurde der Arbeitnehmer gekündigt. Ein Grund für die Kündigung wurde nicht angegeben.

Fall 19:

Die Personalbereitstellungsverträge eines Arbeitskräfteüberlassers enthalten unter anderem die Bestimmung, dass eine Übernahme der überlassenen Arbeitskräfte durch den Beschäftigerbetrieb jederzeit möglich sei, dafür vom Beschäftiger jedoch – abhängig von der Überlassungsdauer – ein bestimmter Betrag in Rechnung gestellt werde.

Ist die „Vermittlungsprovision“ aus arbeitsrechtlicher Sicht zulässig?

Fall 20:

Das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers wurde einvernehmlich beendet, gleichzeitig erhielt der Arbeitnehmer aber eine Wiedereinstellungszusage zum 1. Oktober.

Als der Arbeitnehmer am 1. Oktober in den Betrieb kam, erklärte ihm der Arbeitgeber, dass es zurzeit keine Arbeit für ihn gäbe.

Da der Arbeitnehmer nicht eingestellt wurde, obwohl er sich Arbeitsbereit erklärt hatte, klagte er auf Kündigungsentschädigung.

Fall 21:

Während sich eine Arbeitnehmerin in Mutterschaftskarenz befindet, wird der Arbeitgeber insolvent. Die Arbeitnehmerin tritt daraufhin begünstigt nach § 25 IO aus. Zu diesem Zeitpunkt war die Arbeitnehmerin nicht schwanger. Noch vor dem Ende der (im Anschluss an die Karenz samt Behaltefrist nach § 15 Abs 4 MSchG errechneten) fiktiven Kündigungsfrist brachte die Arbeitnehmerin ihr zweites Kind auf die Welt.

Die Arbeitnehmerin begehrt nun von der IEF-Service-GmbH Insolvenz-Entgelt unter Berücksichtigung der Geburt ihres zweiten Kindes; konkret bis zum Beginn des Wochengeldbezugs für das zweite Kind sowie darüber hinaus ab dem Ende dieses Wochengeldbezugs, wobei sie die Frist mit vier Monaten nach der Entbindung zuzüglich der Kündigungsfrist errechnet.

Fall 22:

Ein Arbeitnehmer ist seit 1992 im Unternehmen des Dienstgebers beschäftigt. Der Dienstgeber kündigt das Arbeitsverhältnis, macht aber im Kündigungsschreiben eine Wiedereinstellungszusage. Mündlich wird dem Arbeitnehmer erläutert, dass er zwar gekündigt sei, in sechs Monaten aber wieder zur Arbeit kommen soll. In der Zwischenzeit beziehe er Arbeitslosengeld. Wenn der Arbeitnehmer „nicht wieder zu arbeiten beginne, verliere er seine Abfertigung“.

Drei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses teilt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber mit, dass er nicht beabsichtige, wieder bzw weiter für das Unternehmen zu arbeiten. Der Arbeitgeber zahlte daraufhin keine Abfertigung aus. Das Verhalten des Arbeitnehmers verstoße gegen Treu und Glauben.

Fall 23:

Ein Angestellter wurde von seinem Arbeitgeber am 7.4.2011 zum 15.6.2011 gekündigt. Kurz davor hatte er seinen Urlaubswunsch vom 18. bis 22.4.2011 sowie vom 27.5.2011 bis 30.6.2011 übermittelt. Im Kündigungsschreiben teilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit, dass er seinen Urlaub wie gewünscht vom 18. bis 22.4.2011 und vom 26.5.2011 bis zum 15.6.2011 konsumieren könne.

Nach Zugang dieses Kündigungsschreibens forderte der Arbeitnehmer neun Postensuchtage. Der Arbeitgeber genehmigte jedoch nur sechs Tage mit dem Argument, dass dem Arbeitnehmer für die drei Wochen Urlaub keine Freizeit gem § 22 AngG zustehen würde.

ANHANG 1

ad Fall 1:

OGH 26.7.2012, 8 Ob A 56/11k, ARD 6276/3/2012; OGH 24.9.2012, 9 Ob A 51/12h, ARD 6283/5/2012

„Das Verhältnis von Dienstgeberbeiträgen zu einem in einem vermeintlich freien Dienstvertrag vereinbarten Stundenhonorar wurde bereits in der Entscheidung 9 ObA 185/97i klargestellt. Darin wurde - wenngleich bloß anlässlich der Zurückweisung einer außerordentlichen Revision - ausgesprochen, dass das vereinbarte Entgelt dann, wenn es sich um einen Dienstvertrag handelt, nur als Bruttomonatsentgelt angesehen werden kann, auch wenn es unrichtig als Werklohn bezeichnet worden ist. Ein Abzug der Dienstgeberbeiträge vom vereinbarten Betrag wurde verneint.

Zu Sonderzahlungen ist es ständige Rechtsprechung, dass es den Parteien des Arbeitsvertrags freisteht, durch eine über dem Mindestansatz des Kollektivvertrags liegende Entgeltvereinbarung eine Abgeltung von Sonderzahlungen vorzusehen. Erhielt daher der Arbeitnehmer auf Basis eines „freien Dienstvertrags“ „Honorare“ und wird festgestellt, dass er in Wahrheit kraft der Art und Gestaltung seiner Verwendung in einem echten Arbeitsverhältnis gestanden ist, das einem bestimmten Kollektivvertrag unterliegt, dann muss bei der Prüfung der Frage, ob er aufgrund dieses Kollektivvertrags noch offene Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber auf Sonderzahlungen hat, das gesamte von ihm bezogene „Honorareinkommen“ in Anschlag gebracht werden (RIS-Justiz RS0028906, etwa 8 ObA 20/04f; 9 ObA 150/08m mwN; 8 ObA 56/11k).

Anders sind nach ständiger Rechtsprechung Ansprüche auf eine Urlaubersatzleistung zu beurteilen: Die zwingenden Regelungen über das Urlaubsentgelt sollen sicherstellen, dass der Arbeitnehmer den ihm zustehenden Urlaub auch tatsächlich konsumiert. Eine Vereinbarung, wonach das Urlaubsentgelt unabhängig vom Verbrauch des Urlaubs mit einem erhöhten laufenden Entgelt abgegolten werden soll, ist unwirksam (RIS-Justiz RS0077538). Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass die Geltendmachung von Ansprüchen auf Urlaubersatzleistung im Hinblick auf diese klare Zielsetzung des Gesetzgebers nicht einmal dann als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist, wenn sie mit dem früheren Verhalten eines Arbeitnehmers im Widerspruch steht. Der Berechnung dieses Anspruchs ist daher die von den Parteien getroffene Entgeltabrede zugrunde zu legen (8 ObA 20/04f; zuletzt 8 ObA 56/11k).

Das gilt in gleicher Weise für die Berechnung von Überstundenzuschlägen und Feiertagsentgelten (8 ObA 56/11k mwN).

(...)

Es ist ständige Rechtsprechung, dass es für die Qualifikation einer Vereinbarung als freier oder echter Dienstvertrag weder auf die Bezeichnung durch die Parteien noch darauf ankommt, ob sie sich der rechtlichen Tragweite ihres Verhaltens bewusst waren. Maßgeblich ist vielmehr die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen (zB 9 ObA 96/06t; 8 ObA 93/09x ua). Die unrichtige Qualifikation der Art einer Dienstleistung ändert daher grundsätzlich nichts am Inhalt einer Vereinbarung, nach der für einen festgelegten Leistungsumfang ein bestimmtes Entgelt geschuldet wird.

Nicht zu verkennen ist, dass sich durch die Qualifizierung eines vermeintlich freien Dienstvertrags als echter Arbeitsvertrag der vereinbarte Leistungsumfang der Parteien zu Lasten des Arbeitgebers verschieben und aufgrund zwingender gesetzlicher Bestimmungen ein durchaus erhebliches Ausmaß erreichen kann.

Allgemein kann aber nicht schon dann vom Wegfall einer Entgelt- oder sonstigen Gegenleistungsvereinbarung und folglich vom Entstehen einer Lücke ausgegangen werden, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Leistungspflichten eines Vertragspartners geringer oder größer als ursprünglich vereinbart sind, obwohl es dadurch zweifelsfrei gegenüber der ursprünglichen Parteienabsicht zu einer Veränderung des Äquivalenzverhältnisses kommt (so kann ein Verkäufer nicht alleine deshalb nachträglich einen höheren Kaufpreis verlangen, weil er entgegen einem unwirksam vereinbarten Gewährleistungsausschluss doch gewährleistetspflichtig wird usw). Die aus einer Vereinbarung resultierenden unabdingbaren gesetzlichen Pflichten sind vielmehr nur die Rechtsfolgen der Vereinbarung. Da die Rechtsprechung einen Irrtum über Rechtsfolgen im Bereich des zwingenden Rechts schon unter Umgehungsaspekten als unbeachtlich ansieht (RIS-Justiz RS0008653 [T2]), kann der Umstand, dass eine als freier Dienstvertrag bezeichnete Vereinbarung auch zwingende arbeitsrechtliche Verpflichtungen nach sich zieht, noch nicht dazu führen, dass im Gegenzug auch die Gegenleistung zu erhöhen wäre.

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Parteien - mit oder ohne Umgehungsabsicht - ausdrücklich festgelegt haben, einen freien Dienstvertrag abschließen zu wollen und deshalb der Vertragstyp und die damit verbundene Rechtsfolge der Nichtanwendbarkeit des Arbeitsrechts jedenfalls zum Geschäftsinhalt gehörten (vgl *Kietzbl*, JBI 2004, 626), weil es gerade nicht auf die Bezeichnung der Vereinbarung ankommt und die Frage der Anwendbarkeit zwingenden Arbeitsrechts der Parteiendisposition entzogen ist.

Die Unbeachtlichkeit eines Rechtsfolgenirrtums erübrigt auch Erwägungen zu dem in der Revision angesprochenen Wegfall der Geschäftsgrundlage. Sie könnten aber ohnehin nur auf von den Parteien nicht bedachte geschäftstypische Voraussetzungen bezogen werden, wozu weder die rechtliche Qualifikation eines Vertrags noch die Entgeltvereinbarung zählen.“

ad Fall 2:

OGH 30.8.2011, 8 Ob A 87/10t, ARD 6216/4/2012

„Der hier bestehenden grundsätzlichen (Rahmen-)Einigung der Beteiligten lag keine schriftliche Unterlage zugrunde. Zwar trifft es zu, dass zwischen den Parteien dennoch eine Einigung über die Umstände der Tätigkeit der Klägerin bestand. Die Klägerin, die immer einen Hauptberuf hatte (zuletzt: Croupier), stellte aber von Anfang an klar, dass sie nur zu bestimmten Zeiten und nur in beschränktem Umfang zur Verfügung stehen werde. Tatsächlich ließ sie sich nur zu bestimmten Zeiten einteilen, wobei sie oft auch über längere Zeit (mehrere Wochen, etwa wegen ihrer Tätigkeit als Croupier; urlaubsbedingt dreimal jährlich bis zu zwei Monate) keine Einteilung akzeptierte. Die Klägerin lehnte Arbeitseinsätze durchaus auch ab, ohne mit Sanktionen rechnen zu müssen. Die Rahmenvereinbarung war somit von vornherein dadurch gekennzeichnet, dass die Klägerin die Auswahl von Zahl, Lage und Häufigkeit ihrer Einsätze ihren Interessen entsprechend vorbehielt, was die Beklagte auch akzeptierte. Diese Freiheit, die Arbeitstätigkeit selbst einzuteilen und nach eigenem Gutdünken auch wieder zu ändern, ist aber mit persönlicher Abhängigkeit und damit mit der Annahme eines echten Arbeitsvertrags nicht vereinbar.

Damit erweist sich die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts als richtig, dass die Rahmenvereinbarung zwischen den Streitteilen als solche nicht als echtes Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, sondern dass diese Qualifikation nur auf die den einzelnen Arbeitseinsätzen zugrunde liegenden Vereinbarungen zutrifft. Damit fehlt es aber an einem mindestens drei Jahre ununterbrochen dauernden Arbeitsvertrag, sodass der Anspruch der Klägerin auf die geltend gemachte Abfertigung (alt) nicht zu Recht besteht.“

ad Fall 3:

OGH 22.8.2012, 9 Ob A 68/12h, ARD 6273/3/2012

„Hervorzuheben ist davon der Zweck eines Probearbeitsverhältnisses, dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu geben, sich von der Eignung des Arbeitnehmers für die zuge dachte Stelle zu überzeugen, bevor er ihn endgültig in den Dienst nimmt; umgekehrt soll auch der Arbeitnehmer Gelegenheit haben, die Verhältnisse im Betrieb kennenzulernen (RIS-Justiz RS0028444). Der Gefahr einer Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften trägt der Gesetzgeber durch die enge zeitliche Beschränkung der Probezeit auf einen Monat Rechnung. Demgemäß gehen die herrschende Lehre und die Rechtsprechung, zuletzt etwa 8 ObA 3/11s, davon aus, dass es den Parteien selbst dann, wenn zwischen ihnen vorher bereits ein Dienstverhältnis bestanden hat, grundsätzlich freisteht, zu Beginn des Dienstverhältnisses eine Probezeit zu vereinbaren, sofern nicht unter den gegebenen Umständen eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zu befürchten ist. Sei daher etwa der Gegenstand der Probearbeit ein anderer als die frühere Tätigkeit des Arbeitnehmers, seien Abfertigungsansprüche nicht berührt oder gehe es nach der Beendigung eines Dienstverhältnisses durch Arbeitgeberkündigung darum, die Ernstlichkeit des Entschlusses des Arbeitnehmers zu einem Neuanfang zu überprüfen, so sei auch im Anschluss an ein früheres Dienstverhältnis in einem neuen Dienstverhältnis die Vereinbarung einer Probezeit zulässig (RIS-Justiz RS0028216; 8 ObA 3/11s mwN; vgl auch *Rauch*, Probezeit bei weiteren Arbeitsverhältnissen, ASoK 2011, 347). Maßgeblich ist somit, ob es durch die Vereinbarung einer zweiten Probezeit zur Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften kommt. Das ist hier nicht ersichtlich.

Richtig ist, dass eine Beendigung des zweiten Dienstverhältnisses noch im vereinbarten Probemonat nachträglich die Wiedereinstellungszusage entwerten könnte (sofern sie dahin zu verstehen ist, dass die Wiedereinstellung des Dienstnehmers ohne Probemonat erfolgen soll, was hier nicht feststeht). Darin liegt aber keine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften, weil die Wiedereinstellungszusage nicht aus einer besonderen gesetzlichen oder vertraglichen Schutzpflicht resultiert, sondern hier ein Entgegenkommen der Beklagten darstellte, um der Klägerin den gewünschten Auslandsaufenthalt zu ermöglichen. Sie bewirkte auch keine zweiseitige Bindung (vgl 9 ObA 62/11z).“

ad Fall 4:

OLG Linz 29.8.2012, 12 Ra 63/12i, ARD 6298/1/2013
 Auszug aus ARD 6298/1/2013:

Im vorliegenden Fall ist zunächst im Sinne des klägerischen Vorbringens zu prüfen, ob der Arbeitgeber mit der Komplettsperre des Postausgangs des E-Mail-Accounts des Personalvertreters nicht überschießend gehandelt und dadurch entgegen § 6 Abs 1, § 65 Abs 3 PBVG (§ 115 Abs 3 ArbVG) den Personalvertreter in Ausübung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse beschränkt hat. Dass der Personalvertreter zur Durchsetzung des gesetzlichen Beschränkungsverbots auch (und gerade) als einzelnes Mitglied des Kollegialorgans klagslegitimiert ist, kann nicht zweifelhaft sein und entspricht der ständigen Rechtsprechung zu § 115 ArbVG.

Auszugehen ist davon, dass der Arbeitgeber die Zurverfügungstellung eines eigenen E-Mail-Accounts für jedes Personalausschuss-Mitglied nicht nur im dienstlichen Interesse, sondern auch zur Wahrnehmung der Personalvertretungstätigkeit für notwendig erachtet; dementsprechend verfügen auch alle Belegschaftsvertreter über einen derartigen Anschluss. Es ist daher zwischen den Parteien grundsätzlich nicht strittig, dass ein persönlicher (aktiver) E-Mail-Account für jedes einzelne Mitglied des Kollegialorgans zu den notwendigen Sacherfordernissen des Personalausschusses gehört, was sich im Übrigen schon aus § 6 Abs 2 PBVG klar ergibt: Demnach können die Arbeitnehmer Anfragen, Wünsche, Beschwerden, Anzeigen oder Anregungen bei jedem Mitglied eines Personalvertretungsorgans vorbringen, was festgestelltermaßen gerade auch im Wege

betriebsinterner E-Mails erfolgt, sodass es zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben unerlässlich ist, den betroffenen Arbeitnehmern auf dem gleichen Kommunikationsweg (also per E-Mail) zu antworten.

Gerade diese Möglichkeit hat der Arbeitgeber aber dem Kläger durch die Sperre des Postausgangs seines E-Mail-Accounts zur Gänze abgeschnitten und zwingt ihn nach den Feststellungen zu einer umständlichen und zeitraubenden Vorgangsweise, um die elektronische Kommunikation mit den Arbeitnehmern in seinem Wirkungsbereich aufrechterhalten zu können (der Kläger tippte die einlangenden Mails in seinem privaten E-Mail-Account ab, um sie dann dort beantworten oder weiterleiten zu können, Anm); schon 400 E-Mails liegen infolge dessen noch unerledigt im Posteingang. Damit hat der Personalvertreter auch hinlänglich einen unwiederbringlichen Schaden bei der Ausübung seiner Personalvertretungstätigkeit iSd § 381 Z 2 EO nachgewiesen, sodass hinsichtlich dieses Punktes des Sicherungsbegehrens alle Voraussetzungen für die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vorliegen.

Die vollständige und damit gerade auch die Personalvertretungstätigkeit im engeren Sinn betreffende Sperre des E-Mail-Accounts kann seitens des Arbeitgebers jedenfalls nicht mit der E-Mail-Aussendung des Klägers vom 3. 5. 2012 gerechtfertigt werden, weil es zweifelhaft ist, ob es sich dabei überhaupt um den Ausfluss einer nicht von der Sachbereitstellungspflicht des Dienstgebers erfassten fraktionellen (gewerkschaftlichen) Tätigkeit gehandelt hat; selbst wenn die betreffende E-Mail als ausschließlich oder überwiegend fraktionelle Aussendung qualifiziert werden sollte, ist der Arbeitgeber aber nur berechtigt, auf andere Weise als durch den hier evidenten unmittelbaren Eingriff in die Mandatsausübung Abhilfe gegen eine allfällige zweckwidrige Verwendung der Büroausstattung zu schaffen, etwa durch das Verlangen eines entsprechenden Kostenersatzes oder die Androhung von disziplinarischen Folgen im Falle des weiteren Verstoßes gegen die festgestellte Dienstanweisung.

Mit seiner überschießenden Vorgangsweise gibt der Arbeitgeber hier geradezu ein Musterbeispiel dafür, wie ein Arbeitgeber einzelne Mitglieder eines Personalvertretungsorgans entgegen § 65 Abs 3 PBVG (§ 115 Abs 3 ArbVG) beschränkt und damit unzulässigerweise in die Rechtsstellung der Mitglieder der Personalvertretungsorgane eingreift, auch wenn ein grundsätzlich berechtigtes Interesse des Arbeitgebers besteht, jedwede fraktionelle Tätigkeit auf seine Kosten zu unterbinden.

ad Fall 5:

ASG Wien 30.10.2012, 25 Cga 2/12i, ARD 6293/3/2013
Auszug aus ARD 6293/3/2013:

Strittig blieb im gegenständlichen Verfahren nur, ob betriebsrätliche Intranetseiten vor deren Veröffentlichung der Genehmigung der Geschäftsführung bedürfen. Nach - soweit überblickbar - einhelliger Meinung ist die Verpflichtung des Betriebsinhabers zur Bereitstellung von Sacherfordernissen nur dann erfüllt, wenn dem BR darüber auch unbeschränkte Verfügungsmacht eingeräumt wird. So wird im Schrifttum vertreten, dass eine Überprüfung der vom BR geführten Telefongespräche nicht zulässig ist (vgl ua *Preiss* in *Cerny*, ArbVG⁴, § 72, Erl 7; *Kallab* in *ZellKomm*² § 72 ArbVG Rz 8). Das Eigentumsrecht an den Sacherfordernissen bleibt zwar beim Betriebsinhaber, es ist allerdings durch die dem BR eingeräumte unbeschränkte Verfügungsmacht begrenzt.

Gegenteilige Auffassungen werden - soweit überblickbar - nicht vertreten. Nichts anderes kann für die Veröffentlichung betriebsrätlicher Seiten im Intranet eines Unternehmens gelten. Die Onlinestellung kann daher nicht von der Zustimmung der Geschäftsführung abhängig gemacht werden.

ad Fall 6:

OGH 26.11.2012, 9 Ob A 129/12d, ARD 6298/3/2013

“Der normative Teil von (hier: Sozialplan-) Betriebsvereinbarungen ist - wie jener von Kollektivverträgen - nach den für die Interpretation von Gesetzen geltenden Regeln (§§ 6, 7 ABGB) auszulegen (RIS-Justiz RS0050963). In erster Linie ist bei der Auslegung einer Betriebsvereinbarung der Wortsinn - auch im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen - zu erforschen und die sich aus dem Text der Betriebsvereinbarung ergebende Absicht der Betriebsparteien zu berücksichtigen (vgl RIS-Justiz RS0010089 ua). Bei der Auslegung muss zumindest im Zweifel unterstellt werden, dass die Parteien eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung treffen sowie einen gerechten Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen herbeiführen und daher eine Ungleichbehandlung der Normadressaten vermeiden wollten (vgl RIS-Justiz RS0008897 ua).

Es ist kein rechtlicher Grund ersichtlich, warum im Rahmen eines Sozialplans nicht in der hier vorgesehenen Weise unterschieden werden dürfte. Mit der Anknüpfung an eine von der Beklagten ausgehende Initiative zur einvernehmlichen Auflösung eines Dienstverhältnisses ist sie offenkundig bestrebt, jenen Mitarbeitern eine freiwillige Leistung zu erbringen, deren Arbeitsverhältnis sie aufgrund der geplanten sukzessiven Betriebsschließung beenden möchte, während sie ein Interesse daran haben kann, die weiterhin benötigten Mitarbeiter bis zur Betriebsschließung zur Verfügung zu haben. Das ist auch nicht unsachlich.“

ad Fall 7:

OGH 24.9.2012, 9 Ob A 108/11i, ARD 6284/2/2012

„Die gegenständliche Betriebsvereinbarung wurde auf Seite der Belegschaft nicht von einem oder mehreren Betriebsratskollegien, sondern vom Zentralbetriebsrat abgeschlossen. Ein ausdrücklicher Beschluss auf Übertragung der Befugnis zum Abschluss der Betriebsvereinbarung durch den Betriebsrat auf den Zentralbetriebsrat sowie die ausdrückliche Übernahme der Übertragung durch den Zentralbetriebsrat waren nicht feststellbar. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist der Betriebsinhaber allerdings weder berechtigt noch verpflichtet, Untersuchungen über die innere Willensbildung des Betriebsrats anzustellen, wenn ihm nicht bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, dass die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden beschlussmäßig nicht gedeckt ist (RIS-Justiz RS0051490 ua). Wie der Oberste Gerichtshof ebenfalls schon mehrfach ausgesprochen hat, kann ein außenstehender Dritter - also insbesondere auch der Betriebsinhaber - die Erklärungen des Betriebsratsobmannes jedenfalls dann als rechtswirksame Stellungnahme des Betriebsratskollegiums ansehen, wenn ihm die dabei unterlaufene Verletzung der Vorschriften über die Willensbildung des Betriebsratskollegiums nicht bekannt war und auch nicht auffallen musste (RIS-Justiz RS0051485 ua).

Den häufigsten Anwendungsfall der vorstehend zitierten Rechtsprechung bildet die Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden zu einer vom Betriebsinhaber beabsichtigten Kündigung eines Arbeitnehmers (§ 105 ArbVG) und die dabei auftauchende Frage, ob sich die Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden auf einen entsprechenden Beschluss des Betriebsratskollegiums stützen kann (vgl 4 Ob 83/85; 9 ObA 26/88; 9 ObA 208/90; 9 ObA 300/97a; 9 ObA 8/04y ua). Der Oberste Gerichtshof machte in diesem Zusammenhang deutlich, dass der grundlegende Gedanke, dass der Arbeitgeber keine Untersuchungen über die innere Willensbildung des Betriebsratskollegiums anstellen soll oder muss, wenn ihm nicht bekannt ist oder bekannt sein muss, dass die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden beschlussmäßig nicht gedeckt ist, verallgemeinerungsfähig ist und über die Fälle der Zustimmung nach § 105 ArbVG hinausreicht. So wurden die vorstehenden Überlegungen auch schon auf den Fall von Mitteilungen des Betriebsratsvorsitzenden an den Betriebsinhaber im Zusammenhang mit dem Ergebnis einer Betriebsratswahl nach § 57 ArbVG angewendet (9 ObA 117/92). Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts, dass

die vorstehenden Grundsätze sinngemäß auch auf die gegenständliche Situation der Willensbildung im Zusammenhang mit einer Kompetenzübertragung vom Betriebsrat auf den Zentralbetriebsrat und die Frage der Rechtswirksamkeit der Willensbildung gegenüber dem Betriebsinhaber (§ 114 ArbVG) anzuwenden sind, ist nicht zu beanstanden. Auch hier hatte der Betriebsinhaber keinen Einblick in die innere Willensbildung der beteiligten Kollegialorgane der Belegschaft.

§ 114 Abs 4 ArbVG hebt ausdrücklich hervor, dass die Kompetenzübertragung erst mit der Verständigung des Betriebsinhabers von den vorhergehenden Beschlüssen Rechtswirksamkeit erlangt. Vom Vorliegen der gebotenen Verständigung ist hier auszugehen. Zum einen gaben nach den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen die Betriebsratsvorsitzenden im Juni oder Juli 1999 in Anwesenheit der Vertreter der Beklagten bekannt, dass der Zentralbetriebsrat die Betriebsvereinbarung entwickeln und abschließen solle. Zum anderen ließ der Zentralbetriebsrat in der Folge bis einschließlich der Unterfertigung der fertigen Betriebsvereinbarung im Dezember 1999 gegenüber dem Betriebsinhaber sichtlich keinen Zweifel daran, dass er die übertragene Zuständigkeit auch tatsächlich in Anspruch nimmt. Die Frage, ob dem Betriebsinhaber eine allenfalls unterlaufene Verletzung der Vorschriften über die Willensbildung der Betriebsrats- und Zentralbetriebsratskollegien hätte bekannt sein müssen, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Hier bestehen jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass der Betriebsinhaber von Mängeln in der Willensbildung ausgehen musste.

Überzeugende Argumente, weshalb die bisherige Rechtsprechung, wonach ein Betriebsinhaber bei Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden darauf vertrauen kann, dass diese durch ordnungsgemäße kollegiale Willensbildung zustande gekommen sind, nicht auch auf die vorliegende Konstellation übertragen werden kann, vermag der Revisionswerber nicht zu nennen. Der in der Revision anklingende Ansatz, die vorliegende Frage sei für die Belegschaft „bedeutender“ als die bisher dem Grundsatz, dass der Betriebsinhaber weder berechtigt noch verpflichtet ist, Untersuchungen über die innere Willensbildung des Betriebsrats anzustellen, unterstellten Fälle, ist schon vom Ansatz her verfehlt. Der Revisionswerber übergeht, dass auch der allgemeine Kündigungsschutz (§ 105 ArbVG) im Rahmen der Betriebsverfassung als Mitwirkungsrecht der Belegschaft geregelt ist und kollektivrechtlichen Charakter mit dem Ziel der Wahrnehmung der Gesamtinteressen der Arbeitnehmerschaft hat. Ob in Fällen anderer Betriebsvereinbarungen Unterschriftenblätter der Unterzeichnenden vorlagen oder nicht, ist hier nicht entscheidend. Dass der Zentralbetriebsrat bei der Unterfertigung der Betriebsvereinbarung nicht gehörig vertreten war, behauptet ohnehin niemand.

Richtig ist, dass der Dritte bei Fehlen einer Vollmacht im Innenverhältnis nur dann geschützt ist, wenn für ihn die Herstellung des Rechtsscheins kausal für den Abschluss des Rechtsgeschäfts war, wozu gehört, dass ihm zu diesem Zeitpunkt das den Rechtsschein auslösende Verhalten überhaupt bekannt war (RIS-Justiz RS0019490 ua). Daraus ist aber für den Klagestandpunkt nichts zu gewinnen. Denn wie bereits ausgeführt, war der Beklagten bekannt, dass die Betriebsratskollegien die Kompetenz zur Entwicklung und zum Abschluss der Betriebsvereinbarung an den Zentralbetriebsrat abgegeben hatten und dass der Zentralbetriebsrat in der Folge bis einschließlich der Unterfertigung die Kompetenz zum Abschluss der Betriebsvereinbarung auch tatsächlich in Anspruch nahm. Soweit dies der Revisionswerber negiert, geht er mit seinen Überlegungen nicht vom bindend festgestellten Sachverhalt aus. Ob die Beklagte ursprünglich der Meinung war, der Zentralbetriebsrat könne die Betriebsvereinbarung auch ohne Kompetenzübertragung abschließen, ist nicht entscheidend. Die Beklagte bezweifelte jedenfalls nie, mit dem zuständigen Belegschaftsorgan eine wirksame Betriebsvereinbarung abzuschließen.“

ad Fall 8

EuGH 7.6.2012, C-132/11, Tyrolean Airways, ARD 6253/6/2012

„Nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 in Verbindung mit ihrem Art. 1 verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung u. a. wegen des Alters geben darf. Eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters im Sinne der Richtlinie liegt gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines bestimmten Alters gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

Eine Bestimmung wie die, deren Inhalt in Randnr. 21 des vorliegenden Urteils wiedergegeben worden ist, kann zwar zu einer Ungleichbehandlung in Abhängigkeit vom Einstellungsdatum bei dem betreffenden Arbeitgeber führen, doch beruht ein solcher Unterschied weder unmittelbar noch mittelbar auf dem Alter oder auf einem an das Alter anknüpfenden Ereignis. Bei der Einstufung nicht berücksichtigt wird nämlich die etwaige Berufserfahrung, die ein Flugbegleiter bei einer anderen konzerninternen Luftlinie erworben hat, und zwar unabhängig von seinem Alter zum Zeitpunkt der Einstellung. Die Bestimmung beruht daher auf einem Kriterium, das weder untrennbar mit dem Alter der Arbeitnehmer verbunden ist (vgl. im Umkehrschluss Urteil vom 12. Oktober 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 23) noch mittelbar daran anknüpft, auch wenn nicht ausgeschlossen ist, dass die Anwendung des streitigen Kriteriums in bestimmten Einzelfällen dazu führen kann, dass die Umstufung von Verwendungsgruppe A auf Verwendungsgruppe B bei den betroffenen Flugbegleitern in höherem Alter erfolgt als bei Flugbegleitern, die eine entsprechende Berufserfahrung bei Tyrolean Airways erworben haben.

Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die streitige Klausel des Kollektivvertrags von Tyrolean Airways zu einer Ungleichbehandlung wegen des Alters im Sinne von Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78 führt.“

ad Fall 9:

OGH 17.12.2012, 9 Ob A 94/12g, ARD 6297/3/2013

“Die Vorgängerbestimmung des Art XXI KV, Art XXII KV idF des Rahmens vom 1. 1. 2000, lautete wie folgt:

„XXII. Beendigung des Dienstverhältnisses (Sonderbestimmungen)

Im Falle ihres Ausscheidens durch Selbstkündigung, einvernehmliche Lösung, vorzeitigen unberechtigten Austritt oder Entlassung (§ 27 AngG) haben Dienstnehmer die vom Dienstgeber zur Aus- oder Fortbildung aufgewendeten Kosten nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zurückzuerstatten. Zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer sind die jeweiligen Kosten konkreter Aus- und Fortbildungsmaßnahmen bzw -veranstaltungen im Vorhinein festzulegen. Diese Vereinbarung sollte tunlichst schriftlich erfolgen.

Die Verpflichtung zur Rückerstattung mindert sich pro vollendetem halben Jahr Tätigkeit beim Dienstgeber, welches seit dem Abschluss der jeweiligen Fort- und Ausbildung vergangen ist, um 10 % der ursprünglichen Kosten, erlischt aber jedenfalls nach 5 Jahren zur Gänze.“

Diese noch vor dem § 2d AVRAG geschaffene Regelung ist in der Struktur der geltenden Bestimmung des Art XXI KV vergleichbar. Der Oberste Gerichtshof sprach zu dieser Bestimmung aus, dass sie in „unmissverständlicher Weise“ die Möglichkeit des Arbeitgebers, Ausbildungskosten zurückzufordern, von einer konkreten Vereinbarung abhängig mache. Es reiche auch nicht aus, dass im Arbeitsvertrag eine Maximalgrenze des möglichen Rückersatzes festgelegt worden sei (9 ObA 278/01z).

Daran ist auch für Art XXI KV in der geltenden Fassung festzuhalten. Dass diese Bestimmung ausdrücklich auf eine zwischen den Parteien des Arbeitsvertrags noch abzuschließende Vereinbarung hinweist, ergibt sich schon aus Art XXI Z 1 lit a KV, wonach die Kosten einer Aus- oder Fortbildung im Vorhinein zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber schriftlich festzulegen sind und auch Übereinstimmung über den Veranstalter zu erzielen ist. Art XXI Z 1 lit d KV gibt - ebenso wie der frühere Art XXII Abs 2 KV - lediglich einen Rahmen für diese noch abzuschließende Vereinbarung der Parteien des Arbeitsvertrags vor, indem er festlegt, dass eine Rückverrechnung für höchstens fünf Jahre erfolgen kann, die sich in diesem Fall um mindestens 20 % pro Jahr vermindert. Diese Bestimmung ermöglicht den Parteien des Arbeitsvertrags im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben selbstverständlich, einen kürzeren Bindungszeitraum oder eine höhere Minderung des Rückersatzanspruchs zu vereinbaren.

Das Argument der Beklagten, eine von den kollektivvertraglichen Grenzen abweichende Vereinbarung könne nur günstiger für die Klägerin sein, sodass die Vereinbarung eines Aliquotierungszeitraums von maximal fünf Jahren ausreichend Rechtssicherheit für den Arbeitnehmer schaffen würde, trifft nicht zu. Der erkennende Senat hat in der Entscheidung 9 ObA 126/08g ausgesprochen, dass die gesetzliche Anordnung des § 2d Abs 3 Z 3 AVRAG nicht bloß einen gesetzlichen Mindeststandard absichern soll. Es geht vielmehr darum, dass die vertragliche Vereinbarung eine formelle Qualität aufweisen muss, ohne die keine Verpflichtung besteht.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so zeigt sich aus der Entscheidung des Berufungsgerichts, dass der bloße Verweis im Arbeitsvertrag auf die Regeln des Kollektivvertrags nicht die vom Gesetz verlangte Rechtssicherheit für die Klägerin als Arbeitnehmerin schafft, weil der Kollektivvertrag selbst keine exakten Kriterien für eine Rückersatzvereinbarung normiert, sondern lediglich einen Rahmen für zu treffende Einzelvereinbarungen festlegt, durch den der gesetzliche Mindeststandard gewahrt werden soll. Die mangelnde Rechtssicherheit der Rückersatzvereinbarung zeigt sich im konkreten Fall auch insofern aus der Entscheidung des Berufungsgerichts, als dieses dort korrigierend in die Berechnung der Beklagten eingegriffen hat, wo die vom Kollektivvertrag vorgesehene jährliche Aliquotierung um mindestens 20 % für die Klägerin günstiger wäre als die von der Beklagten vorgenommene monatliche Aliquotierung, mag die entstehende Differenz hier auch nur sehr geringfügig sein. Ungeachtet des Umstands, dass der Klägerin die jeweiligen Kosten der Ausbildungsveranstaltungen bekannt gegeben wurden, fehlt es daher im konkreten Fall an einer formell wirksamen Rückersatzvereinbarung, weshalb auch keine Verpflichtung zur Rückerstattung von Aus- und Fortbildungskosten im konkreten Fall besteht (RIS-Justiz RS0124682; *Reissner* in ZellKomm § 2d AVRAG Rz 27; *Binder*, AVRAG² § 2d Rz 43).“

ad Fall 10:

OGH 27.11.2012, 8 Ob A 51/12a, ARD 6297/4/2013

„Allein strittig ist hier die Frage, ob es sich beim vom Beklagten besuchten Kurs um eine „erfolgreich absolvierte Ausbildung“ gehandelt hat, die ihm „Spezialkenntnisse theoretischer und praktischer Art“ vermittelte, die er „auch bei einem anderen Arbeitgeber verwenden kann“.

Binder (AVRAG², 117) hält es nicht für entscheidend, ob der Erfolg in der Anwesenheit, Mitarbeit oder einer Prüfung besteht, sondern stellt auf den endgültigen positiven „Ausbildungsabschluss“ ab.

Reissner (ZellKomm² § 2d AVRAG Rz 9) stellt besonders darauf ab, ob für den jeweiligen Arbeitnehmer überhaupt ein erfolgreicher Abschluss möglich ist, hält aber ebenfalls Prüfungen oder Zeugnisse nicht für entscheidend.

Oberhofer (Ausbildungskostenersatz und Konkurrenzklausele neu, ZAS 2006/24) hält die konkrete Ausgestaltung der Ausbildung für maßgeblich.

Eypeltauer (Offene Fragen des Ausbildungskostenrückersatzes - eine Trilogie, *ecolex* 2007, 196) betont besonders, dass jene Ausbildungen nicht als erfolgreich anzusehen sind, die für den Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt nicht verwertbar sind. Nur bei schuldhafter Vereitelung des Erfolgs sei der Ausbildungskostenrückersatz für eine misslungene Ausbildung zu tragen.

Aus all diesen Lehrmeinungen ist - auch unter Berücksichtigung einer angemessenen Interessenabwägung zwischen den Vorteilen aus der besseren Ausbildung des Arbeitnehmers am Arbeitsmarkt und den Nachteilen aus der Bindungsdauer (vgl etwa früher schon RIS-Justiz RS0016712) - eindeutig abzuleiten, dass eine für den Arbeitnehmer völlig wertlose, weil nicht verständliche Ausbildung nicht als „erfolgreich“ absolvierte Ausbildung iSd § 2d AVRAG qualifiziert werden kann (vgl auch RIS-Justiz RS0125435).“

ad Fall 11:

OLG Linz 13.11.2012, 11 Ra 98/12d, ARD 6296/4/2013

Auszug aus ARD 6296/4/2013:

Zur Frage, ob durch die AZG-Novelle 2007, BGBl I 2007/61, zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende kollektivvertragliche Regelungen berührt wurden oder nicht, besteht bislang keine höchstgerichtliche Judikatur. In der Literatur werden dazu - im Wesentlichen - drei verschiedene Auffassungen vertreten:

Während von der einen ein Einfluss verneint wird (etwa *Schrank*, Arbeitszeitgesetz-Kommentar [2008] § 19d AZG, Rz 84), differenziert die andere im Ergebnis danach, ob die kollektivvertragliche Regelung günstiger als die in § 19d Abs 3a AZG enthaltene ist - in diesem Falle wäre sie weiterhin anwendbar - oder ungünstiger - was zu ihrem Wegfall führen würde, sofern sie nicht bewusst im Hinblick auf die neue Gesetzeslage verhandelt wurde (vgl etwa *Heilegger/Schwarz* in *Heilegger/Ch. Klein/Schwarz*, AZG³ § 19d Erl 11). Die dritte geht davon aus, dass der Gesetzgeber (generell) keine Überleitung bestehender Regelungen bewirken wollte (zu in KV geregelten Durchrechnungszeiträumen vgl *Risak* in ZAS 2009, 314).

Aus dem Wortlaut des § 19d AZG idF der AZG-Novelle 2007 kann für die Lösung dieser Frage letztlich nichts gewonnen werden: Gemäß § 19d Abs 3f AZG kann - im Sinne einer kollektivvertragsdispositiven Norm im weiteren Sinn - der KV „Abweichungen von Abs 3a bis 3e zulassen“, wobei diese Ermächtigung auch impliziert, anstatt einer Zulassungsnorm eine der Ermächtigung entsprechende Inhaltsnorm zu erlassen. Eine Bezugnahme auf derartige bereits bestehende Inhaltsnormen findet sich weder in § 19d AZG noch in der Übergangsbestimmung des § 33 Abs 1u AZG.

Auch aus dem vom Gesetzgeber des ARÄG 2000 in § 1154b Abs 6 ABGB - und späterhin noch in § 23 Abs 1a Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz und § 26 Abs 1a LAG - ausdrücklich aufgenommenen Verweis auf bereits bestehende KV kann nichts abgeleitet werden: Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei § 1154b Abs 6 ABGB um eine kollektivvertragsdispositive Bestimmung im engeren Sinn handelt, also um eine Bestimmung, die den KV lediglich dazu ermächtigt, selbst Abweichungen vorzusehen, nicht jedoch zur Weitergabe dieser Ermächtigung. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des ARÄG 2000 haben bereits entsprechende kollektivvertragliche Regelungen bestanden, die aufrechterhalten werden sollten (eine Begründung für diese Regelung findet sich freilich in den Materialien zu keiner der Bestimmungen: die EB zur RV zum ARÄG [91 BlgNR 21. GP] enthalten keinerlei Kommentar dazu, in den EB zu den übrigen Regierungsvorlagen [685 BlgNR 22. GP 29 bzw 547 BlgNR 22. GP 4] werden die Änderungen mit einer Anpassung an § 1154b ABGB begründet).

§ 19d Abs 3f AZG enthält im Gegensatz dazu eine kollektivvertragsdispositive Norm im weiteren Sinn, durch die der KV (auch) ermächtigt wird, Abweichungen zuzulassen. Weil zuvor keine Bestimmung existiert hat, von der Abweichungen hätten zugelassen werden können, kann es im Zeitpunkt des Inkrafttretens der AZG-Novelle 2007 derartige Zulassungsnormen in KV noch gar nicht gegeben haben; jedenfalls vordergründig hat damit für den Gesetzgeber auch keine Veranlassung bestanden, auf bestehende KV einzugehen.

Auch die Begründung für die relativ lange Legisvakanz, die es nach den Materialien zur AZG-Novelle 2007 „den Kollektivvertragsparteien ermöglichen [solle], entsprechende Anpassungen, insbesondere im Hinblick auf den Mehrarbeitszuschlag, zu vereinbaren“ (EB zur RV 141 BlgNR 23. GP 8), vermag weder die eine noch die andere Auffassung zu stützen: Damit kann nämlich sowohl die Ermöglichung der „Erneuerung“ bereits bestehender kollektivvertraglicher Vereinbarungen zur Abgeltung des Mehrarbeitszuschlages gemeint sein, als auch die Einräumung der Möglichkeit, die Anwendbarkeit des neu eingeführten Mehrarbeitszuschlages durch Schaffung einer kollektivvertraglichen Zulassungsnorm oder auch Regelung desselben zeitgerecht zu verhindern, um erhöhte Kosten für die Arbeitgeber hintan zu halten (wofür auch ins Treffen geführt werden könnte, dass durch die geschaffenen Regelungen ausdrücklich „verhindert werden [sollte], dass durch die Regelung des Mehrarbeitszuschlages die derzeit mögliche Flexibilität ausgeschaltet wird“; EB zur RV 141 BlgNR 23. GP 6).

Zumal solchermaßen sowohl eine Interpretation des Wortlautes als auch eine historische Interpretation des § 19d Abs 3f AZG scheitert, ist zunächst auf die Stellung des KV in der Arbeitsrechtsordnung hinzuweisen. Sein Verhältnis zu Gesetzen ist nicht durch eine Normenkonkurrenz - woraus die Anwendbarkeit der Derogationsregeln resultieren würde - gekennzeichnet, sondern vielmehr durch eine grundsätzliche Über- und Unterordnung. Voraussetzung der Regelungsbefugnis der KV-Parteien jedenfalls ist - neben ihrer Kollektivvertragsfähigkeit - die Übertragung der Regelungskompetenz, wofür § 2 Abs 2 Z 1 bis Z 7 ArbVG zentrale Bestimmung ist.

Die Regelung des Mehrarbeitszuschlages in § 12 Reinigungs-KV konnte sich zunächst (unmittelbar) auf § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG stützen; zu den nach dieser Bestimmung zulässigen Inhaltsnormen zählen nämlich neben Fragen der Arbeitszeit auch solche des Entgelts. Durch die Erlassung des § 19d Abs 3a bis Abs 3f AZG hat sich die Grundlage für die - nach wie vor im Ergebnis inhaltlich uneingeschränkte - Regelungsbefugnis des KV auf § 19d Abs 3f AZG (iVm § 2 Abs 2 Z 7 ArbVG) verschoben. Zu klären ist daher letztlich die Frage, ob der bloße Austausch der gesetzlichen Regelungsbefugnis ohne inhaltliche Veränderung bzw Beschränkung derselben zu einem Erlöschen des darauf gegründeten KV führt.

ad Fall 12:

OGH 30.4.2012, 9 Ob A 47/11v, ARD 6241/2/2012

„Ausgehen ist davon, dass die Orte, an denen die Leistungen des Arbeitnehmers zu erbringen sind, zum wesentlichen Inhalt der Arbeitspflicht gehören (RIS-Justiz RS0018175 ua). Nach den getroffenen Vereinbarungen sollte die Klägerin zuerst beim Objekt 1 in einem bestimmten zeitlichen Ausmaß Reinigungsarbeiten verrichten und sich danach umgehend zum Objekt 2 eines anderen Auftraggebers der Beklagten begeben, um dort ebenfalls Reinigungsarbeiten in einem bestimmten zeitlichen Ausmaß vorzunehmen. Die Zeit, die ein Arbeitnehmer braucht, um den Weg von der Wohnung zur Arbeitsstätte zurückzulegen und nach Arbeitsschluss wieder in die Wohnung zurückzukehren, ist grundsätzlich nicht als Arbeitszeit zu beurteilen, weil sie vor Dienstbeginn oder nach Dienstende liegt (4 Ob 92/82, 4 Ob 93/82 = Arb 10.180; RIS-Justiz RS0051331 ua). Gehört die Reisetätigkeit zum ständigen Aufgabenkreis des Arbeitnehmers, dann wird sie von der Rechtsprechung als Teil der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung und damit als Arbeitszeit im engeren Sinn gewertet (vgl RIS-Justiz RS0029300 ua).

Anders wurde die Situation bei den geteilten Diensten von Kraftfahrern (zB Personenverkehr im Liniendienst) beurteilt (vgl RIS-Justiz RS0051964 ua). Die dort beurteilten Fälle sind jedoch mit der Situation der Klägerin bei der Beklagten nicht zu vergleichen. Dies liegt nicht am Inhalt der Tätigkeit, sondern an der zeitlichen Gestaltung zwischen den Diensten. In den vom Obersten Gerichtshof beurteilten Fällen geteilter Dienste von Kraftfahrern ging es nicht wie bei der Klägerin bloß darum, nach Ende der Tätigkeit am Ort 1 umgehend zum Ort 2 zu gelangen. So betrug im Fall 9 ObA 102/93 die Pausen der Kraftfahrer zwischen den Diensten bis zu fünf Stunden, die Wegzeiten hingegen nur etwa 30 Minuten; im Fall 9 ObA 6/09m betrug die Pausen zum Teil über 4 Stunden, die Wegzeiten jedoch nur bis zu einer Dreiviertelstunde. Demgegenüber gab es bei der Klägerin keine über die Wegzeiten hinausgehenden Pausen. Die Zeit zwischen den zu reinigenden Objekten entsprach der Arbeitsplanung der Beklagten für die Klägerin und war ausschließlich dazu bestimmt, möglichst rasch von einem Objekt zum nächsten zu gelangen. Insoweit ähnelte die Tätigkeit der Klägerin - wenn sie auch nur zwei Orte zu besuchen hatte - jener eines Monteurs, der zur Durchführung von Servicearbeiten von Kunde zu Kunde fährt (vgl RIS-Justiz RS0051347 ua). Die Klägerin hatte - anders als die Kraftfahrer in den vorgenannten Fällen - nicht annähernd die Möglichkeit, die Zeit zwischen den Objekten nach ihren Vorstellungen zu gestalten. Die Bewegung vom Objekt 1 zum Objekt 2 im Auftrag der Beklagten kann auch nicht mit dem Weg von der Wohnung zum Arbeitsplatz verglichen werden. Den Weg zur Arbeit kann der Arbeitnehmer in der Regel antreten, von wo aus immer er will, und kann ihn grundsätzlich auch gestalten wie er will. Vorgegeben ist üblicherweise nur die Beginnzeit, zu der er am Arbeitsplatz eintreffen muss. Was der Arbeitnehmer auf dem Weg zur Arbeit allenfalls an privaten Dingen erledigt, steht in seinem Belieben und richtet sich praktisch nur danach, wann er von der Wohnung in Richtung Arbeit aufbricht. Demgegenüber waren Ort und Dauer des Aufenthalts der Klägerin beim Objekt 1 von der Beklagten exakt vorgegeben. Auch der Weg der Klägerin zum Objekt 2 stand in den Fällen, in denen sie vorher im Objekt 1 tätig war - nur um diese Fälle geht es hier - nicht in ihrem Belieben, sondern war von der Beklagten genau geplant. Die Weisung der Arbeitgeberin an die Arbeitnehmerin lautete, sich auf dem raschesten Weg vom Objekt 1 zum Objekt 2 zu begeben, um dort die Reinigungsarbeiten fortzusetzen. Dabei war die Beginnzeit beim Objekt 2 von der Beklagten so knapp kalkuliert, dass sie praktisch kaum eingehalten werden konnte. An eine freie Gestaltung des Weges vom Objekt 1 zum Objekt 2 nach den eigenen Vorstellungen der Klägerin war nicht im Entferntesten zu denken. Diese Zeit als „Freizeit“ der Klägerin zu qualifizieren, ist daher nicht möglich. Richtig ist, dass die Klägerin auf dem Weg vom Objekt 1 zum Objekt 2 keine Reinigungsarbeiten verrichtete; dies schließt aber die „Inanspruchnahme“ durch den Arbeitgeber nicht aus. Die Klägerin hatte diesen Weg nach den örtlichen und zeitlichen Vorgaben der Beklagten zurückzulegen. Die zeitlichen Abläufe waren von der Beklagten so festgelegt worden, dass der Klägerin zwischen den Objekten 1 und 2 keine Freizeit zur Verfügung stand. Insoweit hat daher die Beklagte auch für die Zeit zwischen den Reinigungsobjekten über die Klägerin disponiert.

In der Praxis wird die Entgeltproblematik bei Weg- und Reisezeiten vielfach durch kollektivvertragliche Regelungen gelöst (vgl *Löschnigg*, Arbeitsrecht11 Rz 6/565 ua). Dies ist hier allerdings nicht der Fall. Den Kollektivvertragsparteien war zwar die Problematik des Vorliegens mehrerer Arbeitsstellen bewusst, sieht doch § 6 Abs 3 KollV ausdrücklich vor, dass Arbeitnehmern, die ihre Tätigkeit an verschiedenen Arbeitsplätzen innerhalb eines Tages ausüben, die Fahrtkosten für die zweite und die weiteren Hin- und Rückfahrten zu den Arbeitsplätzen zu vergüten sind. In § 4 KollV, der die „Arbeitszeit“ regelt, findet sich keine Differenzierung zwischen der Ausübung der Tätigkeit an einer oder an mehreren Arbeitsstellen. Diese Bestimmung differenziert nur, ob die Arbeitsstelle mit dem Standort des Betriebs ident oder von dieser verschieden ist. In § 4 Abs 2 KollV heißt es, dass die Arbeitszeit bei Arbeitnehmern, die an einer vom Betrieb verschiedenen ständigen Arbeitsstelle tätig sind, an der Arbeitsstelle beginnt und endet. Der KollV ordnet aber im Übrigen weder an, die Wegzeit von einer ständigen Arbeitsstelle zur nächsten ständigen Arbeitsstelle als Arbeitszeit zu behandeln, noch steht er dem entgegen. Es bleibt daher bei

den vorstehenden rechtlichen Erwägungen, die auf der konkreten Gestaltung des gegenständlichen Arbeitsverhältnisses aufbauen.“

ad Fall 15:

OGH 26.11.2012, 9 Ob A 101/12m, ARD 6298/2/2013

“Richtig ist, dass eine im Voraus erteilte generelle Zustimmung des Betriebsrats zu einer allfälligen Versetzung mit § 101 ArbVG unvereinbar ist (9 ObA 77/91; 9 ObA 35/05w). Entgegen der Ansicht des Klägers liegt hier jedoch keine solche generelle „Vorratzzustimmung“, sondern eine auf den Kläger bezogene individuelle Zustimmung zu einer konkret in Aussicht genommenen Versetzung auf einen bestimmten Arbeitsplatz vor.

Er meint in Hinblick auf die Wendung „in eventu“ weiter, dass die Zustimmung des Betriebsrats keinesfalls unter der Bedingung erteilt werden kann, dass durch die Versetzung keine Verschlechterung eintritt. Gerade durch die Bezugnahme auf § 101 ArbVG kann die Erklärung des Betriebsrats hier aber zwanglos dahin verstanden werden, dass er mit der Versetzung auch für den Fall einverstanden ist, dass sie (doch) als verschlechternde Versetzung zu beurteilen ist. Mit einer solchen Erklärung wird auch nur auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Zustimmung Bezug genommen, ohne dass darin eine - vom Revisionswerber in ihrer Zulässigkeit bestrittene - aufschiebende oder auflösende Bedingung zu sehen wäre.“

Fall 16:

OLG Linz 28.11.2012, 12 Ra 99/12h, ARD 6291/2/2013

Auszug aus ARD 6291/1/2013:

Im vorliegenden Fall war - auch dem Arbeitnehmer - klar, dass seine Tätigkeit als Fachbereichskoordinator infolge seiner (unstrittig) fehlenden formalen Qualifikation zunächst in dem Sinne nur „vorübergehend“ sein würde, als im Ergebnis zwei mögliche Szenarien bestanden: Entweder er würde die erforderliche Prüfung ablegen und dann diese Stelle auf Dauer besetzen können oder die Stelle würde mit einem anderen Mitarbeiter besetzt werden, sobald ein solcher über die nötige inhaltliche und formelle Qualifikation verfügen würde; in diesem Fall war ebenfalls klar, dass der Arbeitnehmer wieder die Tätigkeit eines Sachbearbeiters aufzunehmen hätte und die Verwendungszulage wegfallen würde. Solchermaßen war das bestehende Provisorium befristet, wenn auch mit ungewissem Zeitpunkt.

Insofern ist es vorrangig in der Sphäre des Arbeitnehmers gelegen, die entsprechende Prüfung abzulegen, wozu er auch - im Ergebnis während der gesamten Dauer der höherwertigen Verwendung - wiederholt nicht nur von seinem unmittelbaren Vorgesetzten, sondern auch vom Direktor des Regionalbüros, und ab Herbst 2009 zusätzlich vom höchsten Personalreferenten der SVA aufgefordert wurde.

Für die Frage des sachlichen Zusammenhangs zwischen der Zuweisung der höherwertigen Tätigkeit und der Rückversetzung sind im vorliegenden Fall auch die den Vertragsparteien durch die DO.A vorgegebenen Rahmenbedingungen zu beachten. Die in § 50 Abs 1 DO.A enthaltene Aufzählung von Fällen der vorübergehenden Übertragung von Aufgaben besitzt nach dem Wortlaut dieser Bestimmung bloß demonstrativen Charakter; der ausdrücklich erwähnte Fall der „Vertretung von Angestellten“ stellt damit lediglich ein Beispiel dar. Auch Pkt 1 der Erläuterungen zu § 50 Abs 1 DO.A weist ausdrücklich darauf hin, dass „jeweils unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls - insbesondere des zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs - zu prüfen [sei], ob die Betrauung mit einer höherwertigen Tätigkeit bereits als eine dauernde Verwendungsänderung oder nur als vorübergehende Arbeitsleistung auf einem anderen Arbeitsplatz anzusehen ist“; damit besteht insofern wiederum Einklang mit der Rechtsprechung zu § 101 ArbVG.

Der Arbeitgeber war im Übrigen auch nicht verpflichtet, in der Phase der Umstrukturierung vor der Adaptierung des Stellenplanes einen erst durch diesen zu schaffenden Posten vorweg zu besetzen. Die gewählte Vorgangsweise ist im Übrigen im wohl verstandenen Interesse beider Vertragsteile gelegen: Dem Arbeitgeber wurde dadurch ermöglicht, auf einen - inhaltlich wie formal - ausreichend qualifizierten internen Bewerber warten zu können und die Stelle nicht extern besetzen zu müssen; der Arbeitnehmer wiederum konnte auf einer Stelle tätig sein, für die ihm die (formale) Qualifikation gefehlt hat, und auch zumindest vorübergehend das entsprechende höhere Entgelt dafür beziehen.

Dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein weit über das übliche hinausgehendes Ausmaß an Geduld entgegengebracht hat, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Der Arbeitnehmer kann sich daher nicht darauf berufen, der Arbeitgeber habe länger als in § 37 Abs 3 DO.A - der im Übrigen nur eine Regelung für eine dauernde, nicht aber eine vorübergehende Verwendung enthält - vorgesehen die Verwendungszulage an ihn geleistet.

Insgesamt wurden daher die Versetzung auf die Stelle des Fachbereichskoordinators und die Rückversetzung auf die Stelle des Sachbearbeiters vom Erstgericht zu Recht als Einheit betrachtet, sodass die Rückversetzung keine Versetzung iSd § 101 ArbVG darstellt und es auf die sachliche Rechtfertigung der Rückversetzung nicht ankommt; diese wäre lediglich bei getrennter Betrachtung zu überprüfen gewesen, und zwar nicht vom Arbeitnehmer, sondern vom Betriebsrat bzw - nach Klage durch diesen - durch das Gericht.

ad Fall 17:

OGH 26.11.2012, 9 Ob A 131/11x, ARD 6289/10/2013

„Die geltend gemachten Schadenersatzansprüche drehen sich um die vom Kläger im Arbeitsverhältnis mit der Beklagten erlittene und über die Beendigung hinaus fortwirkende psychische Erkrankung. Dass es sich dabei um einen Arbeitsunfall oder um eine Berufskrankheit des Klägers handle, macht niemand geltend. Der Kläger behauptet auch nicht, dass die Organe der Beklagten oder von diesen mit der Wahrnehmung der Fürsorgepflicht betraute Personen unmittelbar Mobbinghandlungen gesetzt haben. Die erlittenen Schäden sollen der Beklagten deshalb zurechenbar sein, weil sie ihre Fürsorgepflicht verletzt habe. Die Fürsorgepflicht (§ 1157 ABGB; § 18 AngG) verpflichtet den Arbeitgeber nicht nur dazu, die Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass das Leben und die Gesundheit der Arbeitnehmer möglichst geschützt und auch andere immaterielle und materielle Interessen der Arbeitnehmer 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 Arbeitnehmer nahezu unzumutbar werden (vgl *Marhold* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 18 Rz 51 f; 9 ObA 106/02g ua). Wenn dem Arbeitgeber Gefährdungen zur Kenntnis gelangen, hat er daher unverzüglich auf angemessene Weise Abhilfe zu schaffen (vgl *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I4 330 f; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1157 Rz 31; *Schrammel* in *Klang*³ § 1157 Rz 28; 9 ObA 230/02t; RIS-Justiz RS0029841 ua).

(...)

Zutreffend gingen die Vorinstanzen davon aus, dass der Arbeitgeber in Bezug auf die Wahl der Mittel gegen ein bekannt gewordenes Mobbinggeschehen grundsätzlich frei ist (vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 6 Rz 14 ua). Der beleidigte Arbeitnehmer hat keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dem Beleidiger beendet. Er hat jedoch ein Recht darauf, dass der Arbeitgeber aktiv wird und die erforderlichen Mittel ergreift, um ihn vor weiteren Angriffen zu schützen. Dabei haben die Maßnahmen des Arbeitgebers unverzüglich zu erfolgen (vgl *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 26 Rz 206 ua). Nun wird nicht verkannt, dass voreilige Reaktionen des Arbeitgebers auf behauptete

Verfehlungen eines Arbeitnehmers für den Arbeitgeber riskant sind (vgl. RIS-Justiz RS0028971, RS0029127 ua). Die Reaktionen des Arbeitgebers 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 Arbeitgebers führt daher in der Regel kein Weg vorbei. Für die Mobbingbetroffenen ist echter Schutz gefordert (vgl. *Binder* in *Löschnigg*, AngG8 § 18 Rz 70 ua).

(...)

Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft seine Fürsorgepflicht und entsteht dem Arbeitnehmer ein Schaden, so trifft den Arbeitgeber eine Schadenersatzpflicht (vgl. *Pfeil* in *Schwimmann*, ABGB³ V § 1157 Rz 32; *Marhold* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 18 Rz 120 ua). Der Kläger macht Gesundheitsschäden und damit zusammenhängenden Verdienstentgang und sonstige Kosten geltend, die auf die Verletzung der Abhilfeverpflichtung der Beklagten zurückzuführen sein sollen. Diese Schadenersatzansprüche unterliegen den allgemeinen Voraussetzungen des Schadenersatzrechts (vgl. *Mosler* in *ZellKomm*² AngG § 18 Rz 132 ua), insbesondere auch in Bezug auf das Vorliegen eines Schadens und dessen Verursachung durch den Schädiger. Für beides trägt der Geschädigte die Beweislast. Der Kläger hat dazu auch entsprechende Behauptungen in erster Instanz aufgestellt, die von der Beklagten bestritten wurden. Dafür, dass beim Kläger eine psychische Erkrankung eingetreten ist, scheinen vom Kläger vorgelegte ärztliche Befunde zu sprechen. Konkrete Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts oder Außerstreitstellungen der Parteien dazu fehlen aber bisher. Da die vom Kläger behauptete psychische Erkrankung bisher nicht festgestellt wurde, wurden auch keine Feststellungen getroffen, wodurch diese Erkrankung nun tatsächlich verursacht wurde. Der Kläger steht auf dem Standpunkt, dass seine psychische Erkrankung auf die von der Beklagten nicht unterbundenen Beschimpfungen und Schikanen zurückzuführen sei. Dies wurde von der Beklagten bestritten. Die Frage der Verursachung der vom Kläger verursachten Schäden harret daher einer Klärung im zweiten Rechtsgang. Dabei ist auf den Zeitraum der Verletzung der Fürsorgepflicht ab 7. 11. 2008 abzustellen.“

ad Fall 18:

OGH 30.4.2012, 9 Ob A 32/12i, ARD 6244/3/2012

“Nach ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0051666) geht es bei dem Kündigungsanfechtungsgrund des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG darum, dass der Arbeitgeber nach Meinung des Arbeitnehmers bestehende Ansprüche nicht erfüllt, dass der Arbeitnehmer diese nicht erfüllten Ansprüche dem Arbeitgeber gegenüber geltend macht und dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen dieser Geltendmachung kündigt. Vom Schutzzweck sind nicht nur schon entstandene Ansprüche, sondern zusätzlich Ansprüche auf Wahrung der Rechtsposition aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis gegen einseitige Eingriffe erfasst.

Ziel der Bestimmung ist es, dem Arbeitnehmer die Rechtsdurchsetzung im aufrechten Arbeitsverhältnis zu ermöglichen. Unter „Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis“ ist auch der Anspruch des Arbeitnehmers zu verstehen, zur Erfüllung seiner Hauptleistung nur in den durch Gesetz und Arbeitsvertrag gezogenen Grenzen herangezogen zu werden und Arbeitsleistungen, die unter Missachtung dieser Grenzen angeordnet werden, zu unterlassen (RIS-Justiz RS0104686). Weder dem Wortlaut des Gesetzes noch dem Zweck der Bestimmung lässt sich entnehmen, dass davon nur Ansprüche des Arbeitnehmers auf Geldleistungen des Arbeitgebers umfasst seien (9 ObA 27/10a). Dass sich der Anspruch letztlich als unberechtigt erweist, schließt die Berechtigung der Anfechtung nicht aus. Für den Schutz des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG reicht es vielmehr aus, dass die Geltendmachung

des Anspruchs „offenbar nicht unberechtigt“ war. Unklarheiten oder unterschiedliche Auffassungen über den Bestand von Ansprüchen stehen dem Anfechtungsgrund daher nicht entgegen. Für die Anfechtung von Kündigungen genügt es zudem, dass das verpönte Motiv für die Kündigung wesentlich war; es ist nicht notwendig, dass das Motiv ausschließlicher Beweggrund war (RIS-Justiz RS0051661).

Diese Grundsätze wurden von den Vorinstanzen beachtet.

Vor dem Hintergrund des § 19c AZG ist aber auch ihre Beurteilung, dass die Forderung des Klägers nach einer zeitgerechten Verständigung über die zeitliche Lage der Arbeitseinsätze „offenbar nicht unberechtigt“ gewesen sei, vertretbar:

§ 19c Abs 1 AZG gebietet die Vereinbarung der Lage der Normalarbeitszeit (RIS-Justiz RS0116729), soweit sie nicht durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt wird. Der Kollektivvertrag für Arbeiter und Angestellte privater Autobusunternehmer legt die Lage der Normalarbeitszeit nicht fest. Eine Vereinbarung darüber wurde von den Streitparteien nicht getroffen. Dass die Voraussetzungen des § 19c Abs 2 AZG, unter denen dem Arbeitgeber eine einseitige Änderung der Lage der Normalarbeitszeit möglich ist, erfüllt wären, geht aus dem festgestellten Sachverhalt nicht hervor. Vom Erfordernis des § 19c Abs 2 Z 2 AZG, dem Arbeitnehmer die Lage der Normalarbeitszeit für die jeweilige Woche mindestens zwei Wochen im Vorhinein mitzuteilen, kann zwar nach § 19c Abs 3 AZG abgewichen werden, wenn dies in unvorhersehbaren Fällen zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils erforderlich ist und andere Maßnahmen nicht zumutbar sind. Den Feststellungen sind solche Umstände aber nicht zu entnehmen. Da Busreisen idR vorbestellt werden und daher gerade nicht unvorhersehbar sind, sind sie auch nicht ohne weiteres anzunehmen. Schließlich werden durch die kollektivvertragliche Festlegung der Anzahl und Dauer von Lenkzeiten, Lenkpausen, Ruhepausen, etc iSd § 19c Abs 3 letzter Satz AZG keine von § 19c Abs 2 Z 2 AZG abweichende Regelungen getroffen.“

ad Fall 19:

OGH 30.7.2012, 9 Ob 19/12b, ARD 6261/3/2012

„Für die Frage, was zwischen Überlasser und Beschäftigter im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung zulässigerweise vereinbart werden kann, ist das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), BGBl 1988/196, einschlägig. Nach § 11 Abs 1 AÜG darf der Überlasser eine Arbeitskraft an einen Dritten nur nach Abschluss einer ausdrücklichen Vereinbarung überlassen, die unabhängig von der einzelnen Überlassung bestimmte Bedingungen zwingend festzulegen hat. Nach § 11 Abs 2 Z 6 AÜG sind Bedingungen verboten, welche die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser, insbesondere durch Konventionalstrafen, Reugelder oder Einstellungsverbote, in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken. Nach § 8 Abs 2 AÜG sind Vereinbarungen zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigter verboten, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen. Die Gesetzesmaterialien führen dazu aus, dass von dem Verbot insbesondere Vereinbarungen erfasst werden sollen, die der überlassenen Arbeitskraft den Abschluss eines Arbeitsvertrags für die Zeit nach der Beendigung der Überlassung erschweren oder unmöglich machen. Dort wird weiters darauf hingewiesen, dass nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs zu § 879 ABGB verbotene Bedingungen als dem Vertrag nicht zugesetzt gelten (RV 450 BlgNR 17. GP 18 f).

Der Oberste Gerichtshof hat sich schon zu 1 Ob 225/08g mit einer ähnlichen Konstellation wie der vorliegenden befasst. Dort ging es um eine vereinbarte „Konventionalstrafe“, die der Überlasser vom Beschäftigter begehrt hatte, nachdem letzterer zwei ehemalige Arbeitskräfte des Überlassers nach Beendigung deren Arbeitsverhältnisse eingestellt hatte. Der Oberste Gerichtshof hielt dazu ausdrücklich fest, dass entgegen der Auffassung des Überlassers

keine Rede davon sein könne, dass es durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe zwischen Überlasser und Beschäftigter zu keiner Behinderung oder Beeinträchtigung des Arbeitnehmers komme bzw dass dieser dadurch in seiner Erwerbstätigkeit „in keinsten Weise“ beschränkt sei. Es könne vielmehr kein Zweifel daran bestehen, dass die Aussichten eines Arbeitnehmers, ein Arbeitsverhältnis zu einem neuen Arbeitgeber zu begründen, erheblich ungünstiger seien, wenn die Begründung eines solchen Arbeitsverhältnisses für den potentiellen neuen Arbeitgeber mit der Verpflichtung zur Leistung einer Konventionalstrafe verbunden sei. Wäre eine solche Vereinbarung gültig, würde ein potentieller Arbeitgeber regelmäßig einen anderen - sonst gleichwertigen - Arbeitnehmer einstellen, mit dessen Beschäftigung keine weiteren finanziellen Nachteile verbunden wären (1 Ob 225/08g). An dieser rechtlichen Beurteilung ist festzuhalten; sie hat auch für den vorliegenden Fall zu gelten.

Ziel der Regelung des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG ist es, die volle Beweglichkeit der überlassenen Arbeitskraft am Arbeitsmarkt sicherzustellen (*Schindler* in *ZellKomm*² § 11 AÜG Rz 19 ua). Um die Bewegungsfreiheit des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt nicht in bedenklicher Weise einzuschränken, sind daher Vereinbarungen verboten, die die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser durch zu leistenden Zahlungen wie etwa Konventionalstrafen oder Reugelder in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken. Wenn beispielsweise eine Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftigter Regelungen vorsieht, die einem Arbeitnehmer die Selbstkündigung und den anschließenden Beginn eines Arbeitsverhältnisses zum Beschäftigter erschweren, so soll damit offensichtlich die Bestimmung des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG umgangen werden, die Beschränkungen der Erwerbstätigkeit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses zum Überlasser untersagt (vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² § 8 Erl 2; *Schindler* in *ZellKomm*² § 11 AÜG Rz 19 ua). Genau dieses verpönte Ziel der Beschränkung der Erwerbstätigkeit verfolgte nun aber nicht nur die zu 1 Ob 225/08g zu beurteilende Klausel, sondern auch die hier geltend gemachte Bestimmung in den Geschäftsbedingungen der Klägerin, weil diese ebenso - indirekt - dazu führt, dass es der ursprünglich überlassenen Arbeitskraft schwerer fällt als sonstigen Arbeitssuchenden, einen Arbeitsplatz beim früheren Beschäftigter zu finden. Daran vermögen Beteuerungen der Klägerin, dass es ihr bei der Vereinbarung nicht um eine Beschränkung der Erwerbstätigkeit, sondern um ein „Entgelt für die Weiterbeschäftigung“ gegangen sei, nichts zu ändern. Es handelt sich daher um eine verbotene Bedingung, die keine Wirkung beanspruchen kann. Auf die Bezeichnung der Zahlung (zB Konventionalstrafe, Reugeld, Ablöse, Provision, Entgelt für Weiterbeschäftigung etc), die der Überlasser vom Beschäftigter fordert, kommt es nicht an (vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² § 8 Erl 2; *Sacherer*, Abwerbung von überlassenen Arbeitskräften, RdW 2009, 797 ua).

Soweit die Klägerin argumentiert, ihr stehe ein „Entgelt für die Weiterbeschäftigung“ zu, weil die Beklagte (mit Billigung der Klägerin) eine attraktive Arbeitskraft der Klägerin „übernommen“ habe, vermischt sie die Tätigkeiten der Arbeitskräfteüberlassung und der Personalvermittlung (vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² § 11 Erl 5.6) und übergeht, dass zwischen den Parteien kein Personalvermittlungsvertrag, sondern ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag abgeschlossen wurde. Letzterer unterliegt dem AÜG und wurde offenbar zwischen den Parteienordnungsgemäß abgewickelt.“

ad Fall 20:

OGH 30.5.2012, 8 Ob A 27/12x, ARD 6251/2/2012

„Aufgrund der echten Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Verein mit einer Wiedereinstellungszusage ist der Anwendungsbereich der Ansprüche nach § 9 Abs 5 AIVG eröffnet. Diese Bestimmung ist auch auf jene Fälle anzuwenden, in denen der Arbeitgeber die zugesagte Wiedereinstellung ablehnt (8 ObS 20/06h; vgl auch 8 ObA 22/08f). Nach dieser Anspruchsgrundlage stehen dem Arbeitnehmer (nur) die beendigungsabhängigen Ansprüche aus dem alten Arbeitsverhältnis zu (9 ObA 216/97y; 8 ObA 22/08f).

Um solche beendigungsabhängigen Ansprüche geht es im Anlassfall nicht. Vielmehr leitet der Kläger seinen Schadenersatzanspruch unmittelbar aus der Nichteinhaltung der Wiedereinstellungszusage durch die Beklagte ab und berechnet seine Ansprüche aus dem Titel der Kündigungsentschädigung für die Zeit vom 15. 9. 2010 bis 30. 11. 2010.

Richtig ist, dass durch eine bloß einseitige Wiedereinstellungszusage des Arbeitgebers eine Bindung des Arbeitnehmers in der Regel nicht eintritt. Es bleibt vielmehr grundsätzlich der privatautonomen Entscheidung des Arbeitnehmers vorbehalten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber dessen Anbot auf Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses anzunehmen oder nicht (9 ObA 62/11z).

Entgegen der Ansicht der Beklagten bedeutet dies aber keineswegs, dass die einseitige Zusage auch für den Arbeitgeber unverbindlich ist. Vielmehr ist es für eine einseitige Verpflichtungserklärung - in Form eines einseitigen Rechtsgeschäfts oder eines einseitig verbindlichen Vertrags - gerade charakteristisch, dass nur eine Seite, nämlich der Erklärende, gebunden ist.

(...)

Zur Rechtsnatur der Wiedereinstellungszusage folgt aus den referierten Entscheidungen, dass dem Arbeitnehmer das Recht zukommt, nach erfolgter Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses zu einem zukünftigen Zeitpunkt ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen. Dementsprechend wird die Wiedereinstellungszusage als Anbot des Arbeitgebers auf Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses qualifiziert. Zudem wird das Recht des Arbeitnehmers ausdrücklich als Option bezeichnet.

Diese Bezeichnung erfolgt zu Recht. Bei einer Option handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, durch das eine Partei das (einseitige Gestaltungs-)Recht erhält, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen. Anders als der Vorvertrag gibt sie nicht bloß ein Recht auf Abschluss eines Hauptvertrags. Vielmehr begründet ihre Ausübung schon unmittelbar die vertraglichen Pflichten. Die Stellung des Optionsberechtigten entspricht hinsichtlich des Hauptvertrags jener eines Offertempfängers. Auch ein solcher hat ein rechtsbegründendes Gestaltungsrecht, weil es von seinem einseitigen Willensentschluss abhängt, ob der (Haupt-)Vertrag zustande kommt oder nicht (RIS-Justiz RS0115633; RS0017078).

Entgegen der Ansicht von *Jöst* kann aus der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einstellung noch nicht das bereits erfolgte Zustandekommen eines Vertrags abgeleitet werden. Soweit *Jöst* auf das einseitige Gestaltungsrecht des Arbeitnehmers hinweist, nimmt er selbst auf ein Optionsrecht Bezug. Entscheidend ist, dass die Wiedereinstellungszusage mit einer echten Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang steht. Nach dem Parteiwillen wurde das alte Arbeitsverhältnis ohne Aufrechterhaltung eines vertraglichen Bandes, anders also als etwa bei einer Karenzierung, beendet. Dieser Umstand spricht deutlich gegen die Annahme eines bereits zustande gekommenen Arbeitsvertrags, selbst wenn dieser nur als aufschiebend bedingt betrachtet werden sollte.

Der erkennende Senat gelangt somit zum Ergebnis, dass eine Wiedereinstellungszusage aus Anlass einer echten Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses die Option des Arbeitnehmers zur Begründung eines neuen Arbeitsvertrags, und zwar grundsätzlich zu den vorherigen Bedingungen, entstehen lässt.

Ein Optionsrecht begründet die Bindung des Optionsgebers. Ansprüche gegen diesen sind je nach dem denkbar, ob die Option vom Berechtigten ausgeübt wurde oder nicht. Im letzteren Fall kommt es auf die Umstände an, die zur Nichtausübung geführt haben (vgl 6 Ob 538/85: unrichtige Informationen durch den Optionsgeber).“

ad Fall 21:

OGH 26.7.2012, 8 Ob S 4/12i, ARD 6258/2/2012

„Das begünstigte Austrittsrecht des Arbeitnehmers nach § 25 KO (IO) muss (bei Fortführung) innerhalb eines Monats nach Schließung des Unternehmens ausgeübt werden. Die Privilegierung des Arbeitnehmers ist also befristet, wobei es für die Fristwahrung auf die Abgabe der Austrittserklärung ankommt. Damit lässt sich dem Gesetz auch ein klarer Hinweis auf den relevanten Beurteilungszeitpunkt entnehmen. Die Anspruchsberechnung hat am Zeitpunkt der Austrittserklärung anzuknüpfen. Demnach sollen grundsätzlich alle zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Umstände Berücksichtigung finden. Dies steht mit dem Zweck der Kündigungsentschädigung im Einklang. Der Arbeitnehmer soll so wie bei ordnungsgemäßer Kündigung durch den Arbeitgeber behandelt werden. Auch in einem solchen Fall ist nach § 29 AngG stets an die Auflösungserklärung und das damit verbundene rechtliche Ende des Arbeitsverhältnisses anzuknüpfen.

Dieses Ergebnis wird durch die Judikatur gestützt, derzufolge bei der sogenannten „langen Kündigungsentschädigung“ eine Karenz (samt Behaltefrist nach § 15 Abs 4 MSchG und Kündigungsfrist) nur dann zu berücksichtigen ist, wenn zum Zeitpunkt der vorzeitigen Beendigung bereits eine entsprechende Karenzierungsvereinbarung vorgelegt wurde (8 ObS 297/01m). Das Berufungsgericht weist schließlich zutreffend darauf hin, dass nach dem der Entscheidung 8 ObS 9/08v zugrunde liegenden Sachverhalt die dortige Klägerin zum Zeitpunkt der Austrittserklärung bereits schwanger war. Auch diese Entscheidung stützt damit die Ansicht, dass grundsätzlich nur auf zum Zeitpunkt der Austrittserklärung eingetretene Umstände Bedacht zu nehmen ist.

Tritt ein besonders bestandgeschützter Arbeitnehmer nach § 25 KO (IO) aus, so stellt sich die Frage nach der sogenannten „langen Kündigungsentschädigung“, bei der die Ersatzleistung unter Berücksichtigung des gesamten bestandgeschützten Zeitraums gewährt wird (vgl dazu Glosse von *Reissner* zu 9 ObA 2070/96v in DRdA 1998/6). Nach der älteren Rechtsprechung wurde die „lange Kündigungsentschädigung“ auf alle Gruppen der besonders bestandgeschützten Arbeitnehmer angewendet. Nach Kritik in der Lehre ist dies nach der jüngeren Rechtsprechung nur mehr dann angebracht, wenn das geschützte Rechtsgut trotz der Lösung des Arbeitsverhältnisses weiter besteht, wie dies etwa beim Mutterschutz anerkannt ist (vgl *Grillberger* in *Löschnigg*, AngG8 § 29 Rz 21). In diesem Fall gebührt die „lange Kündigungsentschädigung“ (8 ObS 15/07z). Tritt daher eine bestandgeschützte Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft nach § 25 KO (IO) aus, so gebührt (grundsätzlich) die Kündigungsentschädigung für den Zeitraum bis 4 Monate nach der Entbindung (§ 10 Abs 1 MSchG) bzw 4 Wochen nach Beendigung der Karenz (§ 15 Abs 4 MSchG) jeweils zuzüglich der individuellen Kündigungsfrist unter Beachtung des Kündigungstermins (9 ObA 2070/96v).

Auch bei der „langen Kündigungsentschädigung“ werden die Ansprüche aber nur bis zur fiktiven Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch ordnungsgemäße Arbeitgeberkündigung berechnet, wobei die Beurteilung wiederum am Zeitpunkt der Auflösungserklärung anzuknüpfen hat. In der Entscheidung 8 ObS 9/08v wurde dieses Ergebnis wie folgt ausgedrückt: *„Die Bestimmungen des MSchG erlangen beim berechtigten, vom Arbeitgeber verschuldeten vorzeitigen Austritt der Arbeitnehmerin also überhaupt nur Bedeutung für die Frage der hypothetischen Vergleichsberechnung des Schadenersatzanspruchs nach § 29 AngG, wie lange es also 'hypothetisch' gedauert hätte, bis der Arbeitgeber durch ordnungsgemäße Kündigung das Arbeitsverhältnis hätte beenden können.“*

Eine Verlängerung des Zeitraums der Kündigungsentschädigung durch eine weitere Schwangerschaft, die zum Zeitpunkt der Auflösungserklärung nicht bestanden hat, ergibt sich aus diesen Grundsätzen allerdings nicht. Es ist nicht zu fragen, was wäre, wenn die Klägerinnen nicht ausgetreten wären. Vielmehr muss die richtige Fragestellung dahin lauten,

welche Ansprüche sie vom Arbeitgeber erhalten hätten, wenn - anstelle ihrer Auflösungserklärung - der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß gekündigt hätte. Es ist also nicht das Arbeitsverhältnis als aufrecht zu fingieren, sondern die Kündigungsentschädigung fiktiv zu berechnen, und zwar so, als ob das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der tatsächlichen Auflösungserklärung vom Arbeitgeber ordnungsgemäß aufgelöst worden wäre.

(...)

In Lehre und Rechtsprechung ist nun anerkannt, dass bei den an sich bis zur fiktiven Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu berechnenden Ansprüchen auf Kündigungsentschädigung auf vorher ex lege eintretende Endigungsgründe, mit denen ein Verlust künftiger Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verbunden ist, Bedacht zu nehmen ist (8 ObS 299/00d; 8 ObS 2/05k). Dies gilt für die gesetzliche Endigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers oder durch Verlust der Gewerbeberechtigung samt Betriebseinstellung (9 ObA 297/92; 8 ObS 299/00d). In diesen Fällen gebührt für den restlichen Teil der fiktiven Kündigungsfrist keine Kündigungsentschädigung (8 ObS 8/06v). Dies gilt im Übrigen gleichermaßen für die Begrenzung der Ansprüche aus einem befristeten Arbeitsverhältnis. Hier ist nicht nur auf den Zeitablauf iSd § 19 Abs 1 AngG (§ 1158 Abs 1 ABGB), sondern ebenfalls auf vorher tatsächlich eingetretene Endigungsgründe Bedacht zu nehmen (RIS-Justiz RS0028474). Der Grund für diese Begrenzung der Ansprüche aus dem Titel der Kündigungsentschädigung ist darin gelegen, dass der Dienstnehmer dadurch, dass er vorzeitig ausgetreten ist, nicht besser gestellt werden soll, als wenn das Dienstverhältnis noch bis zum Verstreichen der gesetzlichen Kündigungsfrist gedauert hätte. Aus §§ 29 AngG und 1162b ABGB ergibt sich klar, dass der Gesetzgeber eine Bereicherung des Dienstnehmers verhindern wollte (8 ObS 8/06v mwN).

Im Grundsatz ist also die Aussage durchaus zutreffend, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bei der Berechnung der Ansprüche nach § 29 AngG auch nach dem Auflösungszeitpunkt eintretende Veränderungen bzw Ereignisse berücksichtigt werden. Wie zuvor dargestellt, ist dies aber nur insoweit der Fall, als sich daraus eine schon frühere Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor dem Ende der fiktiven Kündigungsfrist ergibt (8 Ob 2092/96x; 8 ObS 9/08v; vgl auch 9 ObA 207/93).

Eine Bedachtnahme auf künftige Ereignisse hat somit nur in Bezug auf eine sachgerechte Begrenzung der fiktiv berechneten Ansprüche auf Kündigungsentschädigung zu erfolgen, um eine ungerechtfertigte Bereicherung der Arbeitnehmerin zu verhindern. Ob das in dieser Hinsicht zu berücksichtigende künftige Ereignis bei Beendigung des Dienstverhältnisses bereits absehbar war bzw höchstwahrscheinlich eintreten wird, bleibt unerheblich (vgl 8 ObS 8/06v).“

ad Fall 22:

OGH 27.2.2012, 9 Ob A 62/11z, ARD 6217/6/2012

„Der Hinweis der Beklagten, dass sich niemand durch eigenes unredliches Verhalten Rechtsvorteile verschaffen dürfe, ist grundsätzlich richtig (vgl RIS-Justiz RS0016433 ua), hier aber ohne besonderen Erkenntniswert. Bei ihrer Annahme, der Kläger habe sich „gegen Treu und Glauben geweigert“, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, unterliegt die Beklagte einem Rechtsirrtum. Genauso, wie es grundsätzlich der Entscheidung des Arbeitgebers vorbehalten ist, von sich aus ein Arbeitsverhältnis zu beenden, ist es der privatautonomen Entscheidung des Arbeitnehmers vorbehalten, nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber dessen Anbot auf Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses anzunehmen oder nicht (vgl 8 ObA 2241/96h ua). Für die Auffassung der Beklagten, der Kläger wäre „verpflichtet“ gewesen, das von der Beklagten einseitig

beendete Arbeitsverhältnis wieder nach deren Vorstellungen aufzunehmen, fehlt hier eine rechtliche Grundlage. Der Kläger musste seine „Weigerung“ auch nicht besonders begründen. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht im Verhältnis der Parteien aus § 9 AIVG. Die Entscheidung, dass der Kläger keinen Wiederantritt der Beschäftigung vornehmen werde, gab er der Beklagten vor dem Wiederantrittstermin bekannt. Auf den Abfertigungsanspruch hat der Kläger nicht verzichtet. Wenn infolge einer Wiedereinstellungszusage Ansprüche aus dem beendeten Arbeitsverhältnis nicht oder nicht zur Gänze erfüllt worden sind, so werden diese gemäß § 9 Abs 6 AIVG spätestens zu jenem Zeitpunkt fällig, zu dem die arbeitslose Person ihre Beschäftigung gemäß der Wiedereinstellungszusage hätte aufnehmen sollen, sofern durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Letzteres ist hier nicht der Fall. Wenn man hier unbedingt das Verhalten eines Beteiligten im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben überprüfen wollte, dann wäre diese Prüfung hinsichtlich der unrichtigen Auskunft der Beklagten angebracht, dass der Kläger seine Abfertigung verliere, wenn er nicht wieder zu arbeiten beginne. Nach der Lage des Falls ist aber die Frage, ob die Beklagte gegen Treu und Glauben gehandelt hat, für das Bestehen des Abfertigungsanspruchs des Klägers ohne Bedeutung.

(...)

Ob man in der Wiedereinstellungszusage des Arbeitgebers bereits einen „aufschiebend bedingten Arbeitsvertrag“ sieht (vgl. *Rebhahn* in *ZellKomm*² §§ 861-864a Rz 23 mwN; 8 ObS 6/05y ua), betrifft nur die Frage der Bindung des Arbeitgebers, beispielsweise im Fall eines Betriebsübergangs. Für eine Bindung des Arbeitnehmers durch eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers ist hier kein Anwendungsbereich. Der Arbeitnehmer ist nur bei einer vertraglichen Abrede der (Wieder-)Einstellung auch zur Arbeit verpflichtet. Solange der Arbeitnehmer - wie im vorliegenden Fall - die aufgrund der Wiedereinstellungszusage eingeräumte Option nicht angenommen hat, ist er auch nicht verpflichtet (8 ObA 2241/96h ua).“

ad Fall 23:

OGH 13.9.2012, 8 Ob A 28/12v, ARD 6270/1/2012

„Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung zutreffend zugrundegelegt (§ 510 Abs 3 ZPO), dass ein Anspruch nach § 22 AngG für jene Zeiten nicht in Betracht kommt, in denen der gekündigte Arbeitnehmer bereits aus anderen Gründen bezahlte Freizeit konsumiert und eine zusätzliche „Freistellung“ begrifflich nicht möglich ist. Das gilt bei fristwidriger Kündigung oder unberechtigter Entlassung für jenen Zeitraum, in dem eine Kündigungsentschädigung gebührt (RIS-Justiz RS0114301), das gilt aber insbesondere auch für die Dauer eines vereinbarten Erholungsurlaubs.

Der Anspruch auf Gewährung von Postensuchtagen entsteht nicht bereits ex lege durch die Kündigung, sondern erst durch das darauf gerichtete Verlangen des Arbeitnehmers (ua *Drs aaO* § 22 AngG Rz 11; *dies*, Postensuchtage und Urlaub, RdW 2003, 580 [583]; *Karl aaO* § 22 AngG Rz 506 [528]). Für die Frage, ob ein in der Kündigungsfrist gelegener Erholungsurlaub wirksam vereinbart werden konnte, ohne in den Freistellungsanspruch einzugreifen, kommt es entgegen der Auffassung der Revision daher nicht auf den Zugang der Kündigung, sondern auf den Zugang des Verlangens nach § 22 AngG an. Der Kläger hat sein Freistellungsbegehren erst nach der ausdrücklichen Annahme seines Urlaubsantrags durch die Beklagte erhoben (der zu diesem Zeitpunkt einzig noch nicht fixierte 26. Mai 2011 ist für die Berechnung ohne Relevanz).

Ob ein Angestellter von einer in Unkenntnis der nachfolgenden Kündigung getroffenen Urlaubsvereinbarung unter Umständen aus wichtigem Grund zurücktreten könnte, steht im vorliegenden Fall nicht zur Prüfung an, weil ein Rücktritt vom Kläger nicht behauptet wurde.

Nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt kam zwischen Kläger und Beklagter vor dem Verlangen gemäß § 22 AngG eine bindende Urlaubsvereinbarung über mehr als drei Arbeitswochen (18. bis 22. 4 und 27. 5. bis 15. 6. 2011) zustande. Ausgehend von insgesamt neun Wochen Kündigungsfrist abzüglich drei Urlaubswochen verblieb dem Kläger daher ein Anspruch auf bezahlte Freistellung iSd § 22 AngG für sechs Wochen. Diese Freizeit hat er mit den ihm gewährten sechs Postensuchtagen zur Gänze konsumiert.

Einem Angestellten kann theoretisch bei Vorliegen eines erhöhten Bedarfs die Freistellung auch für einen längeren Zeitraum zu gewähren sein, weil der Gesetzgeber in § 22 AngG ausdrücklich nur einen Mindestanspruch für die Freistellung festgelegt hat (*Karl* aaO § 22 AngG Rz 45; 4 Ob 114/80, DRdA 1982/11, 214 [*Wilhelm*] = ARD 3285/13/81; 4 Ob 19/83, RdW 1984, 319 = ARD 3596/9/84; *Drs*, RdW 2003, 520 FN 6; *dies*, RdW 2003, 580 FN 2). Die Behauptungs- und Beweislast für einen erheblichen Mehrbedarf läge allerdings beim Kläger, der in dieser Hinsicht nichts vorgebracht hat.“

ANHANG 2

Urlaubsgesetz idF BGBl I 2013/3

§ 2. (1) Dem Arbeitnehmer gebührt für jedes Arbeitsjahr ein ununterbrochener bezahlter Urlaub. Das Urlaubsausmaß beträgt bei einer Dienstzeit von weniger als 25 Jahren 30 Werktage und erhöht sich nach Vollendung des 25. Jahres auf 36 Werktage.

(2) Der Anspruch auf Urlaub entsteht in den ersten sechs Monaten des ersten Arbeitsjahres im Verhältnis zu der im Arbeitsjahr zurückgelegten Dienstzeit, nach sechs Monaten in voller Höhe. Ab dem zweiten Arbeitsjahr entsteht der gesamte Urlaubsanspruch mit Beginn des Arbeitsjahres. Der Urlaubsanspruch wird durch Zeiten, in denen kein Anspruch auf Entgelt besteht, nicht verkürzt, sofern gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt wird.

(3) Alle Zeiten, die der Arbeitnehmer in unmittelbar vorangegangenen Arbeits(Lehr)verhältnissen zum selben Arbeitgeber zurückgelegt hat, gelten für die Erfüllung der Wartezeit, die Bemessung des Urlaubsausmaßes und die Berechnung des Urlaubsjahres als Dienstzeiten.

(4) Durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder in Betrieben ohne Betriebsrat durch schriftliche Einzelvereinbarung kann anstelle des Arbeitsjahres das Kalenderjahr oder ein anderer Jahreszeitraum als Urlaubsjahr vereinbart werden. Solche Vereinbarungen können abweichend von § 12 vorsehen, daß

1. Arbeitnehmer, deren Arbeitsvertrag im laufenden Urlaubsjahr begründet wurde und welche die Wartezeit zu Beginn des neuen Urlaubsjahres noch nicht erfüllt haben, für jeden begonnenen Monat ein Zwölftel des Jahresurlaubes erhalten; ist die Wartezeit erfüllt, gebührt der volle Urlaub;
2. ein höheres Urlaubsausmaß erstmals in jenem Kalenderjahr (Jahreszeitraum) gebührt, in das (in den) der überwiegende Teil des Arbeitsjahres fällt;
3. die Ansprüche der zu Beginn des neuen Urlaubsjahres mindestens ein Jahr beim selben Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer für den Umstellungszeitraum gesondert berechnet werden.

Umstellungszeitraum ist der Zeitraum vom Beginn des Arbeitsjahres bis zum Ende des folgenden Kalenderjahres oder des sonstigen vereinbarten Jahreszeitraumes. Jedenfalls muß für den Umstellungszeitraum dem Arbeitnehmer ein voller Urlaubsanspruch und ein zusätzlicher aliquoter Anspruch für den Zeitraum vom Beginn des Arbeitsjahres bis zum Beginn des neuen Urlaubsjahres zustehen. Auf den Urlaubsanspruch im Umstellungszeitraum ist ein für das Arbeitsjahr vor der Umstellung gebührender und bereits verbrauchter Urlaub anzurechnen.

§ 16. (1) Ist der Arbeitnehmer nach Antritt des Arbeitsverhältnisses an der Arbeitsleistung

1. wegen der notwendigen Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten nahen Angehörigen oder
2. wegen der notwendigen Betreuung seines Kindes (Wahl- oder Pflegekindes) oder eines im gemeinsamen Haushalt lebenden leiblichen Kindes des anderen Ehegatten, des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten infolge eines Ausfalls einer Person, die das Kind ständig betreut hat, aus den Gründen des § 15d Abs. 2 Z 1 bis 5 des Mutterschutzgesetzes 1979, BGBl. Nr. 221, in der jeweils geltenden Fassung, oder

3. wegen der Begleitung seines erkrankten Kindes (Wahl- oder Pflegekindes) oder eines im gemeinsamen Haushalt lebenden leiblichen Kindes des anderen Ehegatten, des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten bei einem stationären Aufenthalt in einer Heil- und Pflegeanstalt, sofern das Kind das zehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, nachweislich verhindert, so hat er Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts bis zum Höchstausmaß seiner regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit innerhalb eines Arbeitsjahres. Als nahe Angehörige im Sinne dieses Bundesgesetzes sind der Ehegatte, der eingetragene Partner und Personen anzusehen, die mit dem Arbeitnehmer in gerader Linie verwandt sind, ferner Wahl- und Pflegekinder, im gemeinsamen Haushalt lebende leibliche Kinder des anderen Ehegatten oder des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten sowie die Person, mit der der Arbeitnehmer in Lebensgemeinschaft lebt.

(2) Darüber hinaus besteht Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung bis zum Höchstausmaß einer weiteren regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit innerhalb eines Arbeitsjahres, wenn der Arbeitnehmer den Freistellungsanspruch gemäß Abs. 1 verbraucht hat, wegen der notwendigen Pflege seines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten Kindes (Wahl- oder Pflegekindes) oder im gemeinsamen Haushalt lebenden leiblichen Kindes des anderen Ehegatten oder eingetragenen Partners oder Lebensgefährten, welches das zwölfte Lebensjahr noch nicht überschritten hat, an der Arbeitsleistung neuerlich verhindert ist, und ihm für diesen Zeitraum der Dienstverhinderung kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung wegen Dienstverhinderung aus wichtigen in seiner Person gelegenen Gründen auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages zusteht.

(3) Ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung aus einem der in Abs. 1 und 2 genannten Dienstverhinderungsgründe erschöpft, kann zu einem in Abs. 2 genannten Zweck Urlaub ohne vorherige Vereinbarung mit dem Arbeitgeber angetreten werden.

(4) Im Fall der notwendigen Pflege seines erkrankten Kindes (Wahl- oder Pflegekindes) hat auch jener Arbeitnehmer Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung nach Abs. 1 Z 1, Abs. 2 und 3, der nicht mit seinem erkrankten Kind (Wahl- oder Pflegekind) im gemeinsamen Haushalt lebt.