

# **Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2024**

**Wichtige neue Rechtsprechung von EuGH und OGH**

Unterlage zum Vortrag  
im Rahmen des AK-z'Nüne  
in der Arbeiterkammer Feldkirch,  
25. 6. 2024, Feldkirch

**Referent:**

Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner*  
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der  
Karl-Franzens-Universität Graz

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Urlaub</b> .....	<b>3</b>
<b>2. Arbeitszeit</b> .....	<b>3</b>
2.1 Tägliche und wöchentliche Ruhezeit .....	3
2.2 Gleitzeit .....	5
<b>3. Homeoffice</b> .....	<b>5</b>
<b>4. Recht auf Beschäftigung</b> .....	<b>6</b>
<b>5. Haftung für Körperschäden während der Arbeit</b> .....	<b>7</b>
<b>6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b> .....	<b>9</b>
6.1 Kündigung .....	9
6.2 Entlassung von Seiten des AG .....	10
<b>7. Betriebliche Mitbestimmung</b> .....	<b>11</b>
7.1 Betriebsratswahl .....	11
6.2 BV .....	13

# 1. Urlaub

Urlaub ist Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts. Urlaub dient der Erholung von AN.

Der konkrete Urlaubsverbrauch ist zwischen AN und AG unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen **zu vereinbaren** (§ 4 Abs 1 UrlG).

Eine **Verjährung des Urlaubs** tritt gem § 4 Abs 5 UrlG mit Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem der Urlaub entstanden ist, ein. Der EuGH hat in den Rs *Kreuziger* und *Max-Planck-Gesellschaft*<sup>1</sup> sowie präzisierend in den Rs *LB, Fraport und St. Vincenz-Krankenhaus*<sup>2</sup> herausgearbeitet, dass eine Verjährung des Urlaubs nur dann in Frage kommt, wenn AG ihrer **Hinweis- und Aufforderungspflicht** („Urlaubssorgepflicht“) entsprochen haben:

E 1) OGH 27. 6. 2023 8 ObA 23/23z – Urlaubssorgepflicht und Verjährung des Urlaubs DRdA-infas 2023/174, 366 = ARD 6868/6/2023

**Hat der AG den AN weder dazu aufgefordert, seinen Urlaub zu verbrauchen, noch ihn auf die drohende Verjährung hingewiesen, steht dies einer Verjährung des Urlaubsanspruchs im Ausmaß des unionsrechtlich gesicherten Mindestanspruchs von vier Wochen pro Jahr entgegen. Die Tatsache, dass dem AN Urlaub gewährt worden wäre, wenn er ihn gegenüber dem AG beansprucht hätte, führt noch nicht zur Verjährung des nicht verbrauchten Urlaubsanspruchs.**

## 2. Arbeitszeit

### 2.1 Tägliche und wöchentliche Ruhezeit

Gem § 12 Abs 1 AZG ist AN nach Beendigung der Tagesarbeitszeit grundsätzlich eine ununterbrochene Ruhezeit von **mindestens elf Stunden** zu gewähren.

<sup>1</sup> EuGH 6. 11. 2018, C-619/16, *Kreuziger*; 6. 11. 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874 = DRdA-infas 2019/20, 28 (*Tinhof*).

<sup>2</sup> EuGH 22. 9. 2022, C-120/21 – *LB*, ECLI:EU:C:2022:718 = ARD 6821/7/2022; 22. 9. 2022, C-518/20 und C-727/20, *Fraport und St. Vincenz-Krankenhaus*, ECLI:EU:C:2022:707.

Die **wöchentliche Ruhezeit** ist im ARG geregelt. Grundsätzlich haben AN gem § 3 ARG in jeder Kalenderwoche Anspruch auf eine ununterbrochene Ruhezeit von 36 Stunden, in die der Sonntag zu fallen hat (**Wochenendruhe**). Werden AN zur Wochenendarbeit herangezogen, so haben sie ersatzweise Anspruch auf **Wochenruhe**, das ist eine ununterbrochene Ruhezeit in einem 36-stündigen Zeitraum, der nicht mit dem Wochenende zusammenfällt und einen ganzen Wochentag einzuschließen hat (vgl § 4 ARG).

In der **Arbeitszeit-RL 2003/88/EG** finden sich folgende einschlägige Regelungen:

Art 3 („**Tägliche Ruhezeit**“) der RL bestimmt: „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem AN pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird.“

Art 5 („**Wöchentliche Ruhezeit**“) der RL sieht vor: „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem AN pro Siebentageszeitraum eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von elf Stunden gem Art 3 gewährt wird [...].“

E 2) EuGH 2. 3. 2023 C-477/21 – *MÁV-START*  
ZAS 2023/39, 2027 (*Wolf/Jöst*) = DRdA-infas 2023/83, 171 (*Tinhof*)

**Art 5 der RL 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist im Licht von Art 31 Abs 2 GRC dahin auszulegen, dass die in Art 3 dieser RL vorgesehene tägliche Ruhezeit nicht Teil der wöchentlichen Ruhezeit gem Art 5 ist, sondern zu dieser hinzukommt.**

**Die Art 3 und 5 der RL 2003/88 sind im Licht von Art 31 Abs 2 GRC dahin auszulegen, dass dann, wenn eine nationale Regelung eine wöchentliche Ruhezeit von mehr als 35 zusammenhängenden Stunden vorsieht, dem AN zusätzlich zu dieser Zeit die durch Art 3 dieser RL gewährleistete tägliche Ruhezeit zu gewähren ist.**

**Art 3 der RL 2003/88 ist im Licht von Art 31 Abs 2 GRC dahin auszulegen, dass ein AN, dem eine wöchentliche Ruhezeit gewährt wird, auch Anspruch auf eine tägliche Ruhezeit hat, die dieser wöchentlichen Ruhezeit vorausgeht.**

## 2.2 Gleitzeit

E 3) OGH 15. 2. 2024 8 ObA 58/23x – Vom AG veranlasste Zeitschulden  
ASoK 2024, 2023

**Sachverhalt:** Der Kl ist als Zusteller in Gleitzeit mit einer fiktiven Normalarbeitszeit von acht Stunden beschäftigt. Ihm wurde vor Dienstantritt gesagt, er könne nach Beendigung seiner Zustellungen vorzeitig nach Hause gehen. Das führte zu fortlaufenden Minusstunden, die am Ende des Arbeitsverhältnisses in Abzug gebracht wurden. Da er weder Beginn noch Ende der täglichen Normalarbeitszeit tatsächlich frei wählen konnte, seien die Minusstunden der Sphäre der Bekl zuzurechnen.

**Leitsätze:** Verbleibende Minusstunden („Zeitschulden“) sind bei einer Gleitzeitvereinbarung grundsätzlich der Sphäre des AN zuzurechnen.

Wird es dem AN jedoch durch die Einteilung der Arbeit und die Vorgabe, dass mit der Erledigung der zugewiesenen Arbeit die Arbeitszeit endet, unmöglich gemacht, allfällige Minusstunden abzarbeiten, und zeigt ein AG über die Besorgung der vorgesehenen Zustellungen hinaus kein Interesse an einer Arbeitsleistung des Kl, fällt ihr Unterbleiben in die Risikosphäre des AG. Das Entgelt ist daher gem § 1155 ABGB fortzuzahlen.

## 3. Homeoffice

E 4) OGH 3. 8. 2023 8 ObA 27/23p – Versetzung und Homeoffice  
ARD 6871/10/2023

Eine Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz iSd § 101 ArbVG liegt auch dann vor, wenn es um die Zuweisung auf Arbeitsplätze geht, die mit regelmäßiger Arbeitsleistung im Homeoffice verbunden werden.

Ob im konkreten Fall wegen eines geringeren Ausmaßes der Arbeit im Homeoffice eine Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen vorliegt, kann nicht beurteilt werden, weil der neue Arbeitsplatz im Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz noch nicht feststand.

E 5) OGH 27. 9. 2023 9 ObA 31/23h – Homeoffice-Pauschale  
ASoK 2023, 464 = ARD 6874/6/2023

Der Aufwendersatzanspruch einer AN beim Homeoffice ist nicht allein auf die durch das Homeoffice verursachten Mehrkosten beschränkt, sondern umfasst auch anteilige Strom- und Heizkosten sowie einen Anteil an der Miete. Für die Festsetzung der angemessenen Höhe eines Homeoffice-Pauschales durch das Gericht nach § 273 ZPO sind die Umstände des Einzelfalls maßgeblich.

Bei Teilzeitbeschäftigten ist eine Aliquotierung entsprechend der vereinbarten Arbeitszeit vorzunehmen.

Gegen die Festsetzung des monatlichen Aufwandersatzanspruchs mit EUR 135,-- netto für eine nach Auflassung des Büroarbeitsplatzes ständig im Homeoffice tätige teilzeitbeschäftigte AN mit einem wöchentlichen Stundenausmaß von 30 Stunden bestehen im vorliegenden Fall keine Bedenken.

Für Zeiten eines Krankenstandes gebührt grundsätzlich kein Aufwandersatz für Homeoffice, sofern KollIV oder Arbeitsvertrag nichts Abweichendes vorsehen oder nach den Umständen des Einzelfalls Gegenteiliges angemessen wäre.

## 4. Recht auf Beschäftigung

Beim Themenbereich „Recht auf Beschäftigung“ geht es um die Frage, ob AN **aus ihrem Arbeitsverhältnis** nicht nur die Pflicht, sondern auch das **Recht** haben, **tatsächlich zu arbeiten**. Gegenstand der Diskussion ist somit die Frage des Vorliegens eines zivilrechtlichen Erfüllungsanspruchs von AN in Bezug auf die Abnahme der Arbeit.

E 6) OGH 23. 2. 2023 8 ObA 94/22i – Orchestermusiker  
DRdA 2023/49, 416 (krit *Trost*) = ARD 6857/6/2023

Nach Art 17a StGG sind das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst sowie deren Lehre frei. Zur Verfolgung der künstlerischen Zwecke der AG ist es sachlich gerechtfertigt, dem Theaterunternehmer die Fällung von Entscheidungen zu ermöglichen, die seiner Einschätzung nach künstlerisch richtig und wichtig sind. Auch nach dem Engagement eines Mitglieds endet aber nicht die künstlerische Freiheit des Theaterunternehmers. Sie erfasst ebenso dessen Entscheidung, welche Mitglieder an einer Aufführung sodann tatsächlich mitwirken. Die Annahme, ein Mitglied hätte ein einklagbares Recht auf Beschäftigung, bedeutete eine Einschränkung dieser Entscheidung des Theaterunternehmers bzw jener Person, die für ihn die Entscheidung tatsächlich trifft. Dass der Wortlaut des § 18 TAG über die Einklagbarkeit des Rechts auf Beschäftigung nichts aussagt, sondern andere Konsequenzen festlegt, deutet darüber hinaus darauf hin, dass die unmittelbare Einklagbarkeit vom Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt war.

Wird ein Musiker, dessen Arbeitsverhältnis dem TAG unterliegt, seit Längerem nicht mehr im Orchester der AG eingesetzt, ist sein Recht auf Beschäftigung nach § 18 Abs 1 TAG daher nicht gerichtlich einklagbar.

## 5. Haftung für Körperschäden während der Arbeit

Kommt es zu einem Arbeitsunfall (§§ 175 f ASVG), der eine Körperverletzung des AN zur Folge hat, oder leidet der AN an einer Berufskrankheit (§ 177 ASVG), schließt das **Dienstgeberhaftungsprivileg** nach § 333 Abs 1 ASVG eine Haftung des **DG** oder **ihm gleichgestellter Personen** prinzipiell aus. Eine Haftung besteht **nur bei Vorsatz** des DG oder der diesem gleichgestellten Personen.

Die verunfallten Personen werden auf die Leistungen aus der gesetzlichen **Unfallversicherung** verwiesen.

Dem DG **gleichgestellt** sind gem § 333 Abs 4 ASVG gesetzliche oder bevollmächtigte **Vertreter des Unternehmers** und **Aufseher im Betrieb**. Der Begriff des „Aufsehers im Betrieb“ wird sehr weit verstanden. Gemeint ist eine Person, die in einer konkreten Arbeitssituation Vorgesetztenfunktion hat.

E 7) OGH 27. 4. 2023 9 ObA 118/22a – Skidoo  
ZAS 2024/30, 178 (krit *Müller*)

Sachverhalt: Die Kl und der Bekl sind DN des Vaters des Bekl, der in einem Skigebiet einen Gasthof betreibt. Als der Bekl die Kl im Auftrag seines Vaters mit einem Schneemobil („Skidoo“) von der Talstation einer Seilbahn zur Arbeit abholte, kam es zu einem Unfall, bei dem sich die Kl, die am Sozius des Skidoos saß, verletzte. Das ErstG wies die Klage auf Schmerzensgeld wegen Vorliegens eines Arbeitsunfalles ab, das BerG gab der Klage statt, da der Bekl nicht als Aufseher im Betrieb anzusehen sei. In der Revision war nur mehr strittig, ob der Bekl im Unfallzeitpunkt Aufseher im Betrieb war. Der OGH wies die Klage ab.

**Leitsätze: Aufseher im Betrieb ist, wer andere Betriebsangehörige oder wenigstens einen (auch kleinen) Teil des Betriebs oder einen Betriebsvorgang in eigener Verantwortung zu überwachen hat.**

**Ein Kraftwagenlenker ist nur dann Betriebsaufseher, wenn ihm eine Weisungsbefugnis zukommt, die über die Verantwortlichkeit hinausgeht, die jeder Kraftfahrer gegenüber seinem Mitfahrer hat.**

**Für die Aufseherqualifikation bei Beförderung anderer Betriebsangehöriger ist maßgeblich, dass die Beförderung des Arbeitskollegen nicht aus persönlicher Gefälligkeit, sondern im Interesse des Betriebs und im Rahmen der Abwicklung übertragener Aufgaben erfolgte.**

Außerhalb der Fälle des Dienstgeberhaftungsprivilegs gelten dagegen die **allgemeinen Schadenersatzregelungen**. Der Schadenersatz im Falle körperlicher Schädigung kann nach

den §§ 1325 f ABGB die Heilungskosten, den Verdienstentgang, das Schmerzengeld sowie die Verunstaltungsentschädigung erfassen.

Hinsichtlich der Schadenersatzpositionen **Heilungskosten** und **Verdienstentgang** greift in aller Regel die Sozialversicherung ein und gewährt eine Reihe von im Verhältnis zu den zivilrechtlichen Ansprüchen kongruenten Leistungen.

Soweit die Sozialversicherung zu leisten hat, gehen die **Ersatzansprüche** durch **Legalzession** auf sie über (vgl § 332 Abs 1 Satz 1 ASVG). Die daraus resultierende **Regressmöglichkeit** der Sozialversicherung besteht gem § 332 Abs 5 ASVG **gegenüber einem Arbeitskollegen nur** dann, wenn diesem **Vorsatz** oder **grobe Fahrlässigkeit** anzulasten ist („Arbeitskollegenprivileg“).

Insb der **Schmerzengeldanspruch** richtet sich demnach unmittelbar an den schädigenden Arbeitskollegen.

E 8) OGH 17. 11. 2023 8 ObA 68/23t – ASchG-Verstoß und Arbeitskollegenhaftung  
RdW 2024/205, 273

**Nach § 15 Abs 1 Satz 1 ASchG haben AN „die zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Integrität und Würde nach diesem BG, den dazu erlassenen V sowie behördlichen Vorschriften gebotenen Schutzmaßnahmen anzuwenden, und zwar gem ihrer Unterweisung und den Anweisungen des AG“.**

**Mit § 15 ASchG wird Art 13 Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG umgesetzt. Nach dessen Abs 1 ist jeder „verpflichtet, nach seinen Möglichkeiten für seine eigene Sicherheit und Gesundheit sowie für die Sicherheit und die Gesundheit derjenigen Personen Sorge zu tragen, die von seinen Handlungen oder Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind, und zwar gem seiner Unterweisung und den Anweisungen des AG“. Auch Arbeitskollegen sind damit Schutzobjekt der unionsrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften. In richtlinienkonformer Auslegung stellen damit das ASchG und die Arbeitsmittelverordnung eindeutig auch von AN im Verhältnis zueinander zu beachtende Schutzgesetze dar.**

**Treffen den Gefährder (Schädiger) Schutzpflichten gegenüber der sich selbst gefährdenden Person (Geschädigter), so kann kein echtes, sondern nur ein unechtes Handeln auf eigene Gefahr des Geschädigten vorliegen. Bei einem solchen ist die tatsächlich vorhandene Selbstgefährdung (nur) im Rahmen des Mitverschuldenseinwands zu prüfen.**

**Der Erstbekl, ein ehemaliger Arbeitskollege des beim Arbeitsunfall schwer verletzten Kl, hat durch sein unfallkausales Verhalten das ASchG bzw die in seiner Durchführung ergangene Arbeitsmittelverordnung verletzt und haftet daher für die Körperschäden des Kl.**



## 6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 6.1 Kündigung

Durch BGBl I 2017/153, in Kraft getreten mit 1. 10. 2021, wurden die für Angestellte geltenden Regelungen über Kündigungsfristen und -termine in § 1159 ABGB für sonstige AN übernommen. Laut § 1159 Abs 2 Satz 3 bzw Abs 4 Satz 3 ABGB können jedoch durch KollV abweichende Regelungen zu den Kündigungsfristen und -terminen festgelegt werden, sofern es sich um **Branchen** handelt, **in denen Saisonbetriebe** iSd § 53 Abs 6 ArbVG **überwiegen**. Während also § 1159 ABGB – wie auch § 20 AngG iVm § 40 AngG – **im Allgemeinen zwingend** zu Gunsten von AN ist (vgl § 1164 ABGB), ist in den angeführten „Saisonbranchen“ **KollV-Dispositivität** der Bestimmung gegeben, womit der KollV „kurze Kündigungszeiten“ schaffen oder beibehalten kann.

E 9) OGH 14. 2. 2024 9 ObA 38/23p – Saisonbranchenregelung verfassungswidrig?  
ARD 6891/7/2024

**Für Kündigungen von Arbeiterdienstverhältnissen gelten seit 30. 9. 2021 gem § 1159 ABGB idF BGBl I 2017/153 grundsätzlich die auch für Angestellte geltenden längeren Kündigungszeiten. Durch KollV können aber für Branchen, in denen Saisonbetriebe iSd § 53 Abs 6 ArbVG überwiegen, abweichende Regelungen, idR kürzere Kündigungszeiten, festgelegt werden.**

**Der OGH hält diese gesetzliche Regelungsermächtigung für verfassungswidrig: Zum einen werde damit gegen das Legalitätsprinzip verstoßen, weil die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dieser Regelungsbefugnis wirksam wird, abhängig von der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe („Branche“, „Saisonbetriebe iSd § 53 Abs 6 ArbVG“, „überwiegen“) sind. Für AG und AN bleibe damit iZm der Beendigung des Arbeitsvertrags zweifelhaft, ob und zu welchem Zeitpunkt für die Auflösung eines Arbeitsvertrags die gesetzlichen Regelungen oder jene eines (günstigeren?) KollV heranzuziehen sind. Zum anderen sei keine sachliche Rechtfertigung dafür zu erkennen, dass auch Betriebe die Ausnahmeregelung für sich in Anspruch nehmen können, bei denen das Belastungsargument mangels Saisonabhängigkeit gar nicht greift (Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz).**

**Der OGH stellt daher an den VfGH den Antrag, § 1159 Abs 1 bis Abs 4 ABGB, hilfsweise § 1159 Abs 2 Satz 3 und Abs 4 Satz 3 ABGB, hilfsweise § 1159 Abs 2 Satz 3 ABGB (jeweils idF BGBl I 2017/153) als verfassungswidrig aufzuheben.**

## 6.2 Entlassung von Seiten des AG

Entlassungsgründe zählt § 27 AngG demonstrativ, § 82 GewO 1859 taxativ auf:

### § 27 AngG

- Untreue
- Vertrauensunwürdigkeit
- Unfähigkeit, die versprochenen Dienste zu leisten
- Verstoß gegen das Konkurrenzverbot (§ 7 AngG)
- Verletzung der Arbeitspflicht bzw des Weisungsrechtes
- lang andauernde Arbeitsverhinderung (auch unverschuldet!), ausgenommen wegen Krankheit oder Unfalls
- Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit und der Ehre

### § 82 GewO 1859

- Vorzeigen falscher oder gefälschter Zeugnisse
- Irreführung über ein bestehendes Arbeitsverhältnis
- Unfähigkeit zur vereinbarten Arbeitsleistung
- Trunksucht bei wiederholter Verwarnung
- bestimmte gerichtlich strafbare Handlungen, die vertrauensunwürdig machen (zB Diebstahl)
- Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen
- Betreiben eines abträglichen Nebengeschäfts
- unbefugtes Verlassen der Arbeit
- beharrliche Vernachlässigung der Pflichten
- Verleitung zu Ungehorsam oder zur Auflehnung gegen den AG
- Verleitung zu unordentlichem Lebenswandel, zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen
- grobe Ehrenbeleidigung, Körperverletzung oder gefährliche Drohung
- unvorsichtiges Umgehen mit Feuer und Licht (auch Strom, Sprengstoff etc)
- Behaftung mit abschreckender Krankheit
- Arbeitsunfähigkeit durch eigenes Verschulden für nicht absehbare Zeit
- längerer Gefängnisaufenthalt

Will sich der Lösende zwar auf einen wichtigen Grund stützen, ist aber ein solcher objektiv betrachtet nicht gegeben oder durch Zeitablauf „verwirkt“, so ist die Entlassung **ungerechtfertigt**.

E 10) OGH 27. 9. 2023 9 ObA 67/23b – Krankenstand und Feier des Motorradklubs  
ARD 6873/6/2023

**Wurden einem AN, der wegen Depressionen im Krankenstand war, von den behandelnden Ärztinnen keine konkreten Vorgaben für sein Verhalten im Krankenstand gegeben, wurden ihm aber Spaziergänge (mit dem Hund) sowie Treffen mit Arbeitskollegen empfohlen, rechtfertigt ein nächtlicher Besuch einer privaten Feier seines Motorradklubs noch nicht seine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit, wenn die AG nicht darlegen kann, aus welchen Gründen die Teilnahme des AN an der Feier geeignet gewesen wäre, die bei ihm vorliegende psychische Erkrankung zu prolongieren. Es besteht kein (von der speziellen Erkrankung unabhängiger) Erfahrungssatz dahin, dass „kranke“ Personen (generell) nachts (besonderer) Ruhe bedürfen und eine Störung der Nachtruhe den Heilungsverlauf (jedenfalls) gefährdet.**

**Ist aber schon ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten des AN nicht ersichtlich, kommt es auch nicht darauf an, ob der AN „nicht ausschließen“ konnte, dass der Heilungsverlauf durch sein Verhalten gefährdet würde.**

E 11) OGH 27. 9. 2023 9 ObA 58/23d – Unrichtige Zeiterfassung im Homeoffice  
ARD 6873/7/2023

**Täuscht ein AN im Homeoffice durch wahrheitswidrige Einträge der Arbeitszeit im Arbeitszeiterfassungssystem nicht erbrachte Arbeitsleistungen vor, berechtigt dies zur Entlassung. Dass ihm eine Schädigungsabsicht fehlte, weil er am Vortag im Zeiterfassungsprogramm nicht erfasste Überstunden machte und sich daher insgesamt keinen finanziellen Vorteil verschaffte, ist unbeachtlich, weil eine Schädigungsabsicht keine Tatbestandsvoraussetzung für den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit ist.**

E 12) OGH 21. 4. 2023 8 ObA 18/23i – Aufnahme eines fremden Telefongesprächs  
ARD 6863/6/2023

**Das heimliche Aufnehmen eines fremden Gesprächs zwischen dem AG und ihrer Vorgesetzten mittels Handy-Aufnahmefunktion begründet den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit der AN. Im Unterschied zur heimlichen Aufnahme eines eigenen Gesprächs ist das heimliche Aufzeichnen eines fremden Gesprächs auch gerichtlich strafbar.**

## 7. Betriebliche Mitbestimmung

### 7.1 Betriebsratswahl

Bei der mangelhaften Betriebsratswahl ist zwischen anfechtbarer und nichtiger Wahl zu unterscheiden:

- Die **anfechtbare Wahl** ist in § 59 ArbVG geregelt. Es gibt dabei zwei Gruppen von anfechtbaren Wahlen:
  - Gem § 59 Abs 1 ArbVG kann die Betriebsratswahl beim ASG angefochten werden, wenn **wesentliche Bestimmungen des Wahlverfahrens** oder **leitende Grundsätze des Wahlrechts verletzt** wurden und hierdurch das **Wahlergebnis beeinflusst werden konnte**. **Anfechtungsberechtigt** sind hier die einzelnen Wahlberechtigten und jede wahlwerbende Gruppe. Die Anfechtung ist **binnen Monatsfrist** vom Tage

der Mitteilung des Wahlergebnisses an gerechnet vorzunehmen. Anfechtungsgegner ist der BR in seiner Gesamtheit, nicht jedoch einzelne Betriebsratsmitglieder oder im BR vertretene Fraktionen.

- Den zweiten Fall von anfechtbarer Betriebsratswahl bildet die **unzulässige Wahl** gem § 59 Abs 2 ArbVG. Eine Anfechtung ist hier möglich, wenn die Wahl ihrer **Art** oder ihrem **Umfang** nach oder **mangels Vorliegens eines Betriebs nicht durchzuführen gewesen wäre. Anfechtungsberechtigt** sind in diesem Fall nicht nur die einzelnen Wahlberechtigten und jede wahlwerbende Gruppe, sondern **auch die BI.**

Wird die Anfechtung einer iSd § 59 ArbVG mangelhaften Wahl unterlassen, so bleibt der BR bis zum Ablauf der Tätigkeitsdauer oder bis zur Neuwahl eines BR im Amt. Der **Wahlmangel** ist also „**saniert**“.

Im Falle einer erfolgreichen Anfechtung sind **Rechtshandlungen**, die der BR in der Zeit zwischen seinem Tätigkeitsbeginn und der Ungültigkeitserklärung setzt, trotz nachfolgender Aufhebung der Betriebsratswahl **nicht berührt** (§ 61 Abs 3 ArbVG). Auch die Bestimmungen über den **besonderen Schutz von BR-Mitgliedern**, insb jene über den Kündigungs- und Entlassungsschutz nach den §§ 120 ff ArbVG, kommen (vorläufig) zur Anwendung.

- Die zweite Art einer mangelhaften BR-Wahl ist die **nichtige Wahl** gem § 60 ArbVG. Eine solche liegt dann vor, wenn die Wahlmängel in ihrer Qualität deutlich über die in § 59 ArbVG angesprochenen Kriterien hinausgehen. Die stRsp<sup>3</sup> spricht vom „**Außerachtlassen der elementarsten Grundsätze einer Wahl im Allgemeinen und einer Betriebsratswahl im Besonderen**“.

Im Gegensatz zur zeitlich begrenzten Anfechtung kann die **Nichtigkeit** einer Betriebsratswahl **jederzeit geltend gemacht** werden, und zwar sowohl durch Klage auf Feststellung als auch einredeweise. Legitimiert ist jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat. **Rechtshandlungen** von Personen, die auf Grund eines nichtigen

---

<sup>3</sup> Vgl zB OGH 8. 4. 1975, 4 Ob 5, 6/75, Arb 9411; 11. 1. 1995, 9 ObA 240/94, DRdA 1996/6, 50 (*Gahleitner*) = Arb 11.347; 17. 12. 2020, 9 ObA 110/20 x, DRdA-Inf 2021/85, 78 („Zerrbild“ einer Wahl).

Wahlvorgangs als „BR“ bestellt wurden, sind ohne Rücksicht auf die Feststellung der Nichtigkeit durch das ASG **rechtsunwirksam**. Die betroffenen AN genießen auch **nicht** den **Schutz als Betriebsratsmitglieder**.

E 13) OGH 21. 4. 2023 8 ObA 12/23g – Wählerliste  
DRdA-Infas 2023/104, 229 = ARD 6862/9/2023

**Auch Mitglieder des Wahlvorstands zur Betriebsratswahl sind zur Anfechtung der Wahl berechtigt.**

**Dass eine an sich wahlberechtigte Person gegen ihre Nicht-Aufnahme in die Wählerliste keinen Einspruch erhoben hat, schließt ihr Recht zur Anfechtung der Betriebsratswahl nicht aus.**

**Werden 17 wahlberechtigte Personen (von insgesamt 2.003 Mitarbeitern) nicht in die Wählerliste aufgenommen, liegt eine Verletzung wesentlicher Bestimmungen des Wahlverfahrens vor, weil eine ordnungsgemäße Vorgehensweise zu einer Veränderung der Mandatsverteilung führen hätte können. Ob sich die betroffenen AN an der Wahl beteiligt hätten, wenn sie in die Wählerliste aufgenommen worden wären, ist unerheblich, weil schon die objektive Eignung des Fehlers, das Wahlergebnis zu beeinflussen, ausreicht.**

E 14) OGH 21. 4. 2023 8 ObA 6/23z – BR der Angestellten angefochten  
DRdA-Infas 2023/103, 228

**Während des Bestandes eines von und für sämtliche Bediensteten am Standort gewählten „Angestelltenbetriebsrates“ bleibt kein Raum für eine Wahl eines gesonderten Arbeiterbetriebsrats. Dies gilt auch, wenn ein Verfahren über die Anfechtung dieser Betriebsratswahl eingeleitet wurde. Die Wahl des Arbeiterbetriebsrates ist nichtig.**

## 6.2 BV

Insb die in § 96 ArbVG angeführten Materien sind Gegenstand der **notwendigen BV**. „**Notwendig**“ bedeutet, dass eine Regelung zum Thema durch eine untergeordnete Rechtsquelle unzulässig und rechtsunwirksam ist (vgl aber § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG einerseits und § 10 AVRAG andererseits).

Folgende Maßnahmen des BI bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit gem § 96 Abs 1 ArbVG der Zustimmung des BR:

- Einführung einer betrieblichen **Disziplinarordnung** (Z 1 leg cit);

- Einführung von **Personalfragebögen**, sofern in diesen nicht bloß die allgemeinen Angaben zur Person und Angaben über die fachlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Verwendung des AN enthalten sind (Z 2);
- Einführung von **Kontrollmaßnahmen** und technischen Systemen zur Kontrolle der AN, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren (Z 3);
- Einführung und Regelung von **Akkordlöhnen** sowie akkordähnlichen Prämien und Entgelten, die auf statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhen, sowie der maßgeblichen Grundsätze (Systeme und Methoden) für die Ermittlung und Berechnung dieser Entgelte (vgl Z 4 leg cit).

E 15) OGH 28. 6. 2023 6 ObA 1/22y – E-Mail-Konto  
ARD 6859/5/2023

**Die in E-Mails enthaltenen Informationen sind in der Regel als personenbezogene Daten iSd Art 4 Z 1 DSGVO anzusehen. Der AG hat aber ein berechtigtes Interesse, in das berufliche E-Mail-Konto einer ausgeschiedenen Mitarbeiterin (hier: der Assistentin der Geschäftsführung) Einsicht zu nehmen und E-Mails, die auf den ersten Blick nicht als privat erkennbar sind, zu lesen, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Unternehmensbetriebs nach dem Ausscheiden der AN notwendig war, weil darin Kunden- und Vertragspartnerkommunikation enthalten war.**

**War es im Betrieb üblich, den Assistentinnen der Geschäftsführung Zugriff auf die E-Mail-Konten ihrer Vorgängerinnen zu gewähren, weil darin Kommunikation mit Kunden enthalten war, muss die Mitarbeiterin mit einer Einsichtnahme in das E-Mail-Konto zum Zwecke der Fortführung der betrieblichen Kommunikation rechnen, soweit Nachrichten nicht als privat erkennbar sind. In diesem Fall überwiegen die Interessen der AG an der Einsichtnahme gegenüber jenen der AN auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten und ihrer Privatsphäre, sodass durch die Einsichtnahme in das E-Mail-Konto und im Fall des Lesens einer privaten – als solche anhand von Absender und Betreff aber nicht erkennbaren – E-Mail kein Anspruch auf immateriellen Schadenersatz besteht.**

**Die erkennbare Auffassung des Berufungsgerichts, die Anwendbarkeit des § 10 Abs 1 AVRAG auf die hier zu beurteilende (einmalige) Einsichtnahme in das E-Mail-Konto der Zweitkl durch den Geschäftsführer scheitere bereits am Vorliegen einer Kontrollmaßnahme iS dieser Bestimmung, findet Deckung in der Rechtsprechung zu § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, § 10 AVRAG.**