

Zuletzt wird noch vereinbart, dass beide Parteien „unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Termine“ den Vertrag kündigen können.

Konstantin akzeptiert die Bedingungen und trägt sich noch in derselben Woche für anstehende Dienste ein. Tatsächlich erledigt Konstantin jede Woche mindestens vier Dienste. Dabei fährt er mit seinem Fahrrad zum Firmengelände, nimmt dort ein Fahrzeug des Verlags in Betrieb und belädt dieses mit den frisch gedruckten Zeitungen. Von der vertraglich eingeräumten Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, macht er nicht Gebrauch, da er auch niemanden kennt, den er dafür begeistern könnte, sich viermal wöchentlich die Nacht um die Ohren zu schlagen.

Nach einem Jahr wird Konstantin krank und kann zwei Wochen lang keine Dienste wahrnehmen. Weil aber die Lebenshaltungskosten deshalb keine Pause machen, verlangt Konstantin vom Verlag die Fortzahlung des Entgelts für die Zeit seiner Erkrankung. Der Verlag weigert sich, schließlich habe Konstantin einen Werkvertrag unterschrieben, weshalb keine Entgeltfortzahlungspflicht bestünde.

**A) Ist Konstantin als AN zu qualifizieren?**

**B) Auf welche gesetzliche(n) Bestimmung(en) stützen Sie einen allfälligen Entgeltfortzahlungsanspruch?**

**C) Erhält Konstantin zusätzlich zu einem allfälligen Krankentgelt auch Krankengeld?**

### Lösung

Grds gilt: ohne Arbeit kein Entgelt. Diesem allgemeinen Grundsatz zuwiderlaufend verpflichtet das G den AG in bestimmten Fällen trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung, das Entgelt (zumindest zeitlich beschränkt) weiter zu bezahlen (**Dienstverhinderungen nach §§ 2 EFZG und 8 AngG**).<sup>1</sup> In den Genuss des § 2 EFZG bzw § 8 AngG kommen aber nur solche Personen, die als AN zu qualifizieren sind.

Ganz generell hängt die Frage nach der Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Schutznormen – von Fortzahlung des Entgelts bei Dienstverhinderungen über Höchstarbeitszeiten, bezahlten Urlaub bis hin zur Anwendung von kollv Mindestentgeltbestimmungen – in erster Linie davon ab, ob die betreffende Person AN ist oder nicht.<sup>2</sup>

Für den konkreten Fall bedeutet das, dass im ersten Schritt anhand der im Sachverhalt gegebenen Anhaltspunkte zu prüfen ist, ob Konstantin überhaupt AN ist, bevor in einem zweiten Schritt geklärt werden kann, welche gesetzliche Entgeltfortzahlungsbestimmung einschlägig ist (§ 2 EFZG oder § 8 AngG).

---

1 Ausf zum Thema Dienstverhinderung aufgrund von Krankheit und Unfall siehe Fall 5.1. („Rambazamba am Wörthersee“) sowie *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht<sup>7</sup> (2023) 258 ff.

2 *Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB-Kommentar<sup>4</sup> (2022) § 1151 ABGB Rz 1.

# 2. Beendigungsrecht

Michael Steiner

## 2.1. Arrivederci!<sup>1</sup>

**Deskriptoren:** *Unbefristetes Arbeitsverhältnis (Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit), Fristenberechnung, Kündigung, Kündigungsentschädigung, Kündigungsfrist, Kündigungstermin, Schadenersatzprinzip, zeitwidrige Kündigung, Schriftformanfordernis*

### Sachverhalt

Anton und Beatrice werden beide von der Mangiare GmbH, die mehrere italienische Restaurants in Österreich betreibt, im Ausmaß von 40 Stunden pro Woche beschäftigt. Anton arbeitet seit 11.6.2023 in einem dieser Restaurants als Hilfskraft im Service. Seine Hauptaufgaben sind einerseits das Mise en Place (Vorbereiten des Arbeitsplatzes) und andererseits das Servieren von Speisen und Getränken. Beatrice ist bei der Mangiare GmbH bereits seit 1.6.2015 tätig. Sie arbeitet in der Personalabteilung des Unternehmens, welche sich in der Unternehmenszentrale in Wien befindet. Zu ihren Aufgaben gehört das Recruiting (Personalbeschaffung), die Personalbedarfsplanung und die Personalentwicklung.

Weil die Mangiare GmbH seit einigen Monaten von einem massiven Umsatzrückgang betroffen ist, sieht sich die Führungsetage gezwungen, einige der bestehenden Arbeitsverhältnisse aufzulösen. Daher wird Ursula, die als Leiterin der Personalabteilung für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zuständig ist, am 7.12.2023 von der Unternehmensleitung dazu aufgefordert, die Arbeitsverhältnisse der beiden AN Anton und Beatrice schnellstmöglich zu kündigen. Ursula verfasst daraufhin zwei Kündigungsschreiben am PC, druckt diese aus und unterzeichnet beide Dokumente handschriftlich. Beiden Kündigungsschreiben sind die korrekten und frühestmöglichen gesetzlichen Kündigungszeiten (Kündigungsfrist und Kündigungstermin) zu Grunde gelegt.

In den Arbeitsverträgen von Anton und Beatrice findet sich folgende, von der Mangiare GmbH jedem Arbeitsvertrag standardmäßig beigefügte, Klausel:

§ 17 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

(1) Für Kündigungen kommen die im AngG bzw. ABGB gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfristen zur Anwendung.

[...]

---

<sup>1</sup> Anlassfall: OGH 28.10.2015, 9 ObA 110/15i.

## 2.1. Arrivederci!

---

(3) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung muss bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit schriftlich erklärt werden. Dies gilt gleichermaßen für Kündigungen seitens der Mangiare GmbH und seitens des AN.

[...]

(7) Das Arbeitsverhältnis kann von der Mangiare GmbH unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum Letzten eines jeden Monats gelöst werden.

[...]

Das erste Kündigungsschreiben versendet Ursula an Anton mittels eingeschriebenen Briefes bereits am selben Tag. Dieser erhält den Brief am 11.12.2023.

Ursula ist äußerst verärgert darüber, dass ihre langjährige Arbeitskollegin und Freundin Beatrice gekündigt werden soll. Sie fotografiert das an Beatrice gerichtete Kündigungsschreiben noch am selben Tag (7.12.2023) ab und sendet es dieser per „WhatsApp“. Das ausgedruckte Dokument verstaut sie in einer Schublade ihres Schreibtisches. Beatrice sieht sich die Nachricht bzw. das Bild auf ihrem Handy bereits wenige Minuten später an.

**A) Was ist eine Kündigung und was sind ihre Wesensmerkmale?**

**B) Wurden die Arbeitsverhältnisse von Anton und Beatrice rechtswirksam beendet?**

**C) Wann endet das Arbeitsverhältnis von Anton?**

Hinweis: In § 1159 Abs 2 ABGB wurde – im Zuge der Angleichung der gesetzlichen Kündigungsfristen und -termine für Arbeiter und Angestellte – für die Kündigungsmodalitäten des AG und in Abs 4 leg cit für die Kündigungsmodalitäten des AN jeweils folgender letzter Satz angehängt: „Durch Kollektivvertrag können für Branchen, in denen Saisonbetriebe im Sinne des § 53 Abs. 6 des Arbeitsverfassungsgesetzes [...] überwiegen, abweichende Regelungen festgelegt werden.“ Diese (kollektivvertragsdispositive) Bestimmung erlaubt es dem KollV, von den an sich zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des Kündigungsrechts, für Branchen, in denen Saisonbetriebe überwiegen, abweichende Regelungen (auch zu Ungunsten des AN) zu treffen. Diese Möglichkeit besteht mangels entsprechender Regelung im AngG nur für Arbeiter, nicht aber für Angestellte. Gehen Sie (aufgrund der aktuell bestehenden unsicheren Rechtslage für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe)<sup>2</sup> davon aus, dass im KollV keine vom G abweichenden Regelungen getroffen wurden, weshalb die gesetzlichen Bestimmungen für Ihre Falllösung maßgeblich sind.

### Variante 1

Ursula sendet die Kündigung nicht per „WhatsApp“, sondern übergibt das Kündigungsschreiben am 20.12.2023 persönlich an Beatrice.

---

<sup>2</sup> Siehe OGH 24.3.2022, 9 ObA 116/21f, Arb 13.805 = RdW 2022/406, 481 (*Unterrieder*) = ASoK 2022, 291 (*Korenjak*) = DRdA-InfAS 2023, 72 (*Nunner-Krautgasser*); OGH 27.4.2022, 9 ObA 137/21v, RdW 2022/406, 481 (*Unterrieder*) = DRdA-InfAS 2023, 72 (*Nunner-Krautgasser*).

### D) Wann endet das Arbeitsverhältnis von Beatrice?

#### Variante 2

Aufbauend auf Variante 1: Dem Kündigungsschreiben von Beatrice sind – im Unterschied zum Ausgangsfall – nicht die korrekten und frühestmöglichen gesetzlichen Kündigungszeiten zu Grunde gelegt. Stattdessen findet sich im Schreiben folgender Satz: „Das Arbeitsverhältnis wird hiermit gekündigt und endet mit Ablauf dieses Jahres.“

### E) Wie ist die Rechtslage?

#### Variante 3

Aufbauend auf dem Grundsachverhalt: In dieser Variante möchte nicht die Mangiare GmbH das Arbeitsverhältnis auflösen, sondern Anton und Beatrice gefällt es bei ihrem AG nicht mehr und sie möchten sich deshalb ab dem neuen Jahr beruflich neu orientieren. Beide haben bereits einen Arbeitsvertrag mit einem Konkurrenzunternehmen der Mangiare GmbH, beginnend mit 1.1.2024, unterzeichnet.

### F) Wann müssen die Kündigungen von Anton und Beatrice dem AG (Mangiare GmbH) spätestens zugehen, um die gesetzlichen Kündigungszeiten einzuhalten?

## Lösung

### A) Was ist eine Kündigung und was sind ihre Wesensmerkmale?

Die Kündigung ist eine **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung**. Sie kann sowohl vom AG als auch vom AN ausgesprochen werden. Sie wirkt **rechts-gestaltend**, weil sie das Arbeitsverhältnis nach Ablauf einer bestimmten Kündigungsfrist, zu einem bestimmten Kündigungstermin, zur Auflösung bringt. Nach der hL<sup>3</sup> zeichnet sich eine Kündigung durch folgende Wesensmerkmale aus:

- Als **einseitiges** Rechtsgeschäft bedarf die Kündigung – im Gegensatz zur einvernehmlichen Auflösung – keiner Annahme, also keiner ihr entsprechenden Willenserklärung des Erklärungsempfängers. Sie ist vielmehr die Willenserklärung bloß einer Partei.
- Die Kündigung ist **empfangsbedürftig**, weil sie, um wirksam zu werden, dem Adressaten der Erklärung zugehen, also in den Machtbereich des Empfängers gelangen muss, sodass dieser von ihr Kenntnis nimmt oder zumindest von ihr Kenntnis nehmen konnte.
- Als eine **Willenserklärung** kann die Kündigung nach Ausspruch und Zugang derselben grds nicht einseitig durch den die Kündigung Erklärenden zurückgenommen werden.

3 Vgl exemplarisch *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht<sup>4</sup> (2021) 359 ff; *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht<sup>7</sup> (2023) 36 ff; *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>13</sup> (2017) Rz 8/009 ff.

# 5. Arbeits-/Dienstverhinderungen

Michael Jehle

## 5.1. Rambazamba am Wörthersee

***Deskriptoren:** AN-Sphäre, Arbeitsunfähigkeit, Arbeitsunfall, ärztliche Hilfe, einseitig/relativ zwingende Bestimmung, Entgeltfortzahlung, Entlassung, (fiktives) Ausfallsprinzip, Finalitätsprinzip, Kausalitätsprinzip, Krankenentgelt, Krankengeld, Kündigung, Nachweis- und Meldepflichten iZm Arbeitsverhinderungen, „Ohne Arbeit kein Entgelt“, (Teil-)Krankenstand, Urlaubsvereinbarung, Vorleistungspflicht des KV-Trägers, Zuschuss zur Entgeltfortzahlung*

### Sachverhalt

Die Arbeiterin Hannah arbeitet seit zwölf Jahren im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung als Kellnerin im Traditionswirtshaus „Seewirt“ in Velden am Wörthersee bei Konstantin Knausrig. Zu ihren Aufgaben gehören der Getränke- und Speisenservice samt der dazugehörigen Vorbereitungs- und Nachbereitungsarbeiten. Im „Seewirt“ sind insgesamt – seit Jahren gleichbleibend – durchschnittlich drei Köche und fünf Kellner bei Konstantin Knausrig e.U. beschäftigt.

Am 17. Juli 2023 um 3:00 Uhr nachts bemerkt Hannah – noch bevor ihre reguläre Schicht um 8:00 Uhr beginnen würde – dass sie an Übelkeit, starken Kopfschmerzen, Diarrhoe und Schwindel leidet. An Arbeit ist für sie nicht zu denken, sie kann unmöglich längere Zeit stehen, geschweige denn in der Hitze die Gäste auf der Terrasse bedienen. Sie teilt ihrem Chef Konstantin noch in der Nacht per Mail mit, dass sie die Schicht aufgrund einer Erkrankung leider nicht antreten kann.

Morgens im Büro überprüft Konstantin seinen Mail-Account und liest Hannahs Nachricht über ihr Fernbleiben. Er antwortet Hannah per Mail, dass sie ausnahmsweise nicht zu ihrem Arbeitsplatz kommen muss, wenn sie ihm eine „Krankschreibung“ eines Arztes übermittelt sowie die konkrete Diagnose mitteilt. Weiters teilt Konstantin Hannah mit, dass sie während der Abwesenheit entweder Urlaubstage abgezogen bekomme oder sie mit keinem Lohn zu rechnen brauche, da Konstantin ja – um Hannah als Arbeitskraft zu ersetzen – nun einen anderen AN beschäftigen muss, der natürlich auch Entgelt bekommt. Hannah war, seit sie bei Konstantin arbeitet, noch nie im „Krankenstand“ o.Ä.

Hannah ist etwas ratlos, sie möchte ihrem Chef eigentlich nicht mitteilen, dass sie an akutem Brechdurchfall, Kopfschmerzen und Schwindel leidet. Zudem ist Hannah der Ansicht, dass sie aufgrund der vorliegenden Symptome zu keinem Arzt

gehen muss, da sie die zur Symptombekämpfung und Genesung notwendigen Medikamente bereits in ihrer Hausapotheke vorrätig hat und sie bereits des Öfteren dieses Krankheitsbild hatte.

**A) Hat Hannah Konstantin rechtzeitig über ihre Arbeitsunfähigkeit informiert? Ist eine Meldung per E-Mail zulässig? Reicht der Inhalt ihrer E-Mail aus?**

**B) Muss Hannah – auf Konstantins Verlangen – einen Arzt aufsuchen, auch wenn sie ihre Krankheit selbst „behandeln“ kann? Muss Hannah bereits am ersten Tag (wie von Konstantin gewünscht) eine sog Krankschreibung an ihn übermitteln?**

**B.1) Kann Hannah für ihre „Krankschreibung“ ihren Hausarzt – Wahlarzt Dr. med. univ. Dorian – aufsuchen?**

**B.2) Variante: In Hannahs Arbeitsvertrag findet sich folgende Klausel:**

**§ 17: Arbeitsverhinderung im Krankheitsfall**

Die AN hat – ohne dazu durch den AG gesondert aufgefordert werden zu müssen – bei einer Krankheit, die länger als einen Tag andauert, dem AG eine ärztliche Bestätigung über den Grund zu übermitteln und die voraussichtliche Dauer der Verhinderung telefonisch mitzuteilen. Für die ärztliche Bestätigung ist der ortsansässige Kassenarzt der ÖGK (Dr. med. univ. Frank) aufzusuchen. [...]

**Muss sich Hannah an diese Klausel halten?**

**C) Was ist/sind die Rechtsfolge/n einer Verletzung der Melde- und Nachweispflicht? Könnte Hannah bei einer Verletzung dieser Pflichten entlassen werden?**

**D) Muss Hannah Konstantin ihre konkrete Diagnose mitteilen? Welche inhaltlichen Anforderungen sind bei dem Nachweis der Arbeitsverhinderung wegen einer Erkrankung – der sog Krankschreibung – zu beachten?**

**E) Ist Hannah dazu verpflichtet, für die Dauer ihrer Arbeitsunfähigkeit Urlaubstage in Anspruch zu nehmen?**

**F) Hat Hannah für die Zeit ihrer Krankheit und der daraus resultierenden Arbeitsverhinderung Anspruch auf Entgelt? Falls ja, wie lange und in welcher Höhe?**

**G) Welche Leistung/en der KV kann Hannah in Anspruch nehmen? Wie heißt/heißen der/die konkrete/n Versicherungsfall/-fälle? Auf welche Geld- bzw Sachleistungen hat Hannah konkret Anspruch? Falls sie einen Anspruch auf Krankengeld hat, gehen Sie näher darauf hinsichtlich der Höhe, der Dauer und des Ruhens (im Zusammenspiel mit dem Krankenentgelt) des Anspruchs ein.**

Hannah ist insgesamt fünf Tage aufgrund ihrer Krankheit arbeitsunfähig.

**A) Hat Hannah Konstantin rechtzeitig über ihre Arbeitsunfähigkeit informiert? Ist eine Meldung per E-Mail zulässig? Reicht der Inhalt ihrer E-Mail aus?<sup>2</sup>**

Der **Zweck** der Meldepflicht besteht darin, dass der AG die Möglichkeit haben soll, bei Unterbleiben der Arbeitsleistung durch den AN etwaige Dispositionen rechtzeitig treffen zu können. Gem § 4 Abs 1 EFZG ist der **AN verpflichtet, ohne Verzug die Arbeitsverhinderung dem AG bekanntzugeben**. Zudem ist die Meldepflicht (im Gegensatz zur Nachweispflicht) auch **nicht an eine Aufforderung des AG gebunden**.

**Rechtzeitig** ist die Meldung der Arbeitsverhinderung, wenn sie ohne schuldhaftes Verzögerung erfolgt. IVm dem Zweck der Meldepflicht ergibt sich, dass **bis spätestens zum fiktiven Arbeitsantritt** die Meldung an den AG zu erfolgen hat. Nur wenn den AN **kein Verschulden** an der **verspäteten Meldung** trifft, verliert er seinen Anspruch – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – auf Entgeltfortzahlung für den Zeitraum zwischen fiktivem Arbeitsbeginn und dem Zeitpunkt der Meldung nicht. In casu hat Hannah die Meldepflicht iSd § 4 Abs 1 EFZG erfüllt. Sie hat bereits um 3:00 Uhr nachts – mit Symptombeginn – eine Mail an Konstantin verfasst und übermittelt. Sie teilt ihrem AG Konstantin noch in der Nacht, somit lange vor dem (fiktiven) Arbeitsbeginn und auch mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ohne schuldhaftes Verzögerung mit, dass sie ihre Arbeitsleistung nicht erbringen kann.

**Inhaltlich** hat die **Meldung** einerseits das **Fernbleiben** von der **Arbeitsleistung** und andererseits den „**Umstand**“ der Erkrankung zu enthalten. Unter Umstand der Erkrankung ist nur die Meldung an den AG zu verstehen, ob es sich um eine krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsverhinderung handelt, nicht um eine Meldung, welche körperlichen oder geistigen Einschränkungen vorliegen bzw welche konkrete Krankheit vorliegt. Hannahs Meldung ist somit auch inhaltlich ausreichend. Sie teilt ihrem AG Konstantin einerseits mit, dass sie ihre „*Schicht [...] leider nicht antreten kann*“, das bedeutet, dass sie ihm das Fernbleiben von ihrem Arbeitsplatz mitteilt. Andererseits hat Hannah in ihrer E-Mail auch den Umstand ihrer Arbeitsverhinderung (arg: „[...] *aufgrund einer Erkrankung [...]*“) gemeldet. Somit hat Hannah ihre Meldepflicht **rechtzeitig** und auch **inhaltlich ausreichend** erfüllt.<sup>3</sup>

Hinsichtlich der **Form der Meldung** an den AG besteht **Formfreiheit**, der AN kann entscheiden, ob er bspw telefonisch oder schriftlich die Meldung erstattet. Er ist auch nicht an ein gewisses Kommunikationsmittel gebunden – so kann er ua, um seine Meldepflicht zu erfüllen, per E-Mail, SMS (wohl auch über einen Messenger-Dienst wie WhatsApp), Fax oder postalisch die Meldung der Arbeitsver-

2 Dazu ausf F. G. Burger in Reissner/Neumayr (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln<sup>2</sup> (2019) Rz 52.06 ff.

3 Vgl Punkt F) für die Lösung der Frage, ob Hannah auch einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat.

leistung unfähig ist, hat sie Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Dies ist hier der Fall: Hannah kann aufgrund ihres Arbeitsunfalls und dem daraus resultierenden Gips keine Arbeitsleistungen, die sie aus dem Arbeitsvertrag schuldet, mehr erbringen. Konstantin kann grds nur die inhaltlich vereinbarten bzw festgelegten Arbeiten von Hannah verlangen, nur ausnahmsweise könnten sich aus der Treuepflicht Hannahs vom Arbeitsvertrag abweichende Tätigkeiten ergeben. Ein so schwerwiegender Fall, dass für Hannah die Treuepflicht greifen würde – und sie Tätigkeiten, die sich nicht aus dem Arbeitsvertrag ergeben, erbringen müsste – liegt in casu nicht vor, sodass Konstantin von Hannah nicht verlangen kann, buchhalterische Tätigkeiten im Büro – abweichend von ihren aus dem Arbeitsvertrag geschuldeten Arbeiten – bei ihm zu verrichten.

## Literaturhinweise

*Burger/Mair/Wachter*, Sozialrecht Basics<sup>7</sup> (2024) insb 101 ff und 133 ff

*Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht<sup>7</sup> (2023) insb 252 ff

## Weiterführende Literaturempfehlungen

*F. G. Burger* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln<sup>2</sup> (2019) Rz 52.01 ff

*F. G. Burger* in *Reissner* (Hrsg), Angestelltengesetz<sup>4</sup> (2022) § 8

*Friedrich*, Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers im Krankenstand, in *Kietaibl/Resch* (Hrsg), Krankenstand und Wiedereingliederung (2017) 39

*Mathy/Naderhirn* in *Kozak* (Hrsg), ABGB und Arbeitsrecht (2019) § 1154b

*Niksova*, Fallen und Tücken bei Arbeit trotz Krankenstands, in *Kietaibl/Resch* (Hrsg), Krankenstand und Wiedereingliederung (2017) 59

*Rauch*, EFZG Kommentar: Entgeltfortzahlungsgesetz und die wichtigsten Krankenstandsregelungen des privaten Arbeitsrechts<sup>2</sup> (2021) §§ 1–6 EFZG

*Reissner* (Hrsg), Drogen und Alkohol am Arbeitsplatz<sup>2</sup> (2015)



drei allseits beliebte AN im Betrieb – möchten BR werden. In der WhatsApp-Gruppe des Betriebs, in der alle AN, die auch stimmberechtigt sind, vertreten sind, nutzt ein AN einfach das neue Umfragetool und stellt folgende Frage in den Gruppenchat:

**Umfrage Betriebsratswahl: Seid ihr mit Bertram, Gudrun und Alexa als BR einverstanden?**

Ja, ich wähle die Genannten hiermit als BR.

Nein, ich wähle die Genannten nicht als BR.

Unentschlossen.

16 AN haben mit „Ja“, sieben AN mit „Nein“ und ein AN hat mit „Unentschlossen“ abgestimmt. Der AN, der die „Abstimmung“ durchgeführt hat, verkündet sodann im Gruppenchat:

*Gratulation an Bertram, Gudrun und Alexa. Ihr seid hiermit offiziell als BR gewählt. Ich wünsche euch gutes Gelingen und viel Glück für die anstehenden, noch zu verhandelnden BV! ;-)*

**C) Wurde ein BR gewählt?**

**D) Kann diese BR-„Wahl“ bekämpft werden? Wer ist aktivlegitimiert? Was sind die sonstigen Voraussetzungen dafür?**

**E) Wenn das Urteil der Anfechtung stattgibt: Was sind die daraus resultierenden Rechtsfolgen?**

**Lösung**

**Grundlegung<sup>24</sup>**

Der vorliegende Sachverhalt behandelt den Themenkomplex der **mangelhaften BR-Wahl** in unterschiedlichen Facetten. Bei einer mangelhaften BR-Wahl ist zwischen einer **anfechtbaren** (§ 59 ArbVG; § 34 BRWO 1974) und einer **nichtigen** (§ 60 ArbVG; § 35 BRWO 1974) BR-Wahl zu unterscheiden. Die anfechtbare BR-Wahl kann wiederum in zwei Gruppen unterteilt werden, nämlich in die **anfechtbare** BR-Wahl gem § 59 Abs 1 ArbVG und die **unzulässige** BR-Wahl gem § 59 Abs 2 leg cit. Die konkrete Unterscheidung, um welche Art einer mangelhaften BR-Wahl es sich handelt, ist deshalb von Bedeutung, da sich je nach „Art“ der mangelhaften BR-Wahl Unterschiede – ua hinsichtlich der **Aktivlegitimation** einer Anfechtung und der **Anfechtungsfrist**, in puncto **Rechtswirksamkeit** bereits **getätigter Handlungen** des BR und in Bezug auf den **besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz** des BR, der aus einer mangelhaften BR-Wahl hervorgeht – ergeben.

<sup>24</sup> Ausf dazu Kallab in ZellKomm<sup>3</sup> § 59 ArbVG Rz 1 ff; ders in ZellKomm<sup>3</sup> § 60 ArbVG Rz 1 ff sowie Schneller in Gahleitner/Mosler, ArbVR 2<sup>6</sup> § 59 Rz 1 ff; ders in Gahleitner/Mosler, ArbVR 2<sup>6</sup> § 60 Rz 1 ff.

Zur Beantwortung der Frage, **wem gegenüber der Anspruch geltend gemacht werden kann**, ist zunächst zu prüfen, ob es sich dabei um sog Altschulden oder um sog Neuschulden handelt, da § 6 AVRAG diesbezüglich differenziert (siehe sogleich). Der Terminus „**Altschulden**“ meint jene Schulden, die **vor** dem **Übergangszeitpunkt**, „**Neuschulden**“ meint demgegenüber jene Schulden, die **nach** diesem Zeitpunkt entstanden sind. **Ansprüche aus der Beendigung** des Arbeitsverhältnisses, und damit auch der Anspruch auf Kündigungsentschädigung, **entstehen** dann, wenn das **Arbeitsverhältnis rechtlich endet**.<sup>33</sup> Lässt Emilia die an sich rechtsunwirksame Kündigung gegen sich gelten, endet das Arbeitsverhältnis am **31.8.2023**. Zu diesem Zeitpunkt **entsteht** damit auch der **Anspruch auf Kündigungsentschädigung**. Hinsichtlich des **Zeitpunkts des Betriebsübergangs** ist, wie bereits weiter oben erläutert, vom **1.9.2023** auszugehen. Dieser Zeitpunkt liegt also **nach** dem Entstehungszeitpunkt des Anspruchs auf Kündigungsentschädigung, der Anspruch ist sohin den **Altschulden** zuzuordnen.

Damit ist **§ 6 Abs 1 AVRAG** maßgeblich, wonach – mangels für den AN günstigerer gesetzlicher Regelungen oder Gläubigerschutzbestimmungen – *„für Verpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis zum Veräußerer, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs begründet wurden, der Veräußerer und der Erwerber zur ungeteilten Hand [haften], wobei hinsichtlich der Haftung des Erwerbers § 1409 ABGB anzuwenden ist“*. **§ 1409 ABGB** ist allerdings **nur auf Altschulden aus Arbeitsverhältnissen anwendbar**, die **nicht** auf den Erwerber **übergegangen** sind, während die Haftung des Erwerbers für Altschulden bei Arbeitsverhältnissen, die auf ihn übergegangen sind, nicht eingeschränkt ist.<sup>34</sup>

### Anmerkung

Diese Einschränkung der Anwendbarkeit des § 1409 ABGB auf Altschulden aus Arbeitsverhältnissen, die nicht auf den Erwerber übergegangen sind, ist folgendermaßen zu erklären: Mit dem in § 3 Abs 1 AVRAG normierten Ex-lege-Eintritt des Erwerbers in die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse geht einher, dass der Erwerber grds für alle Ansprüche aus diesen Arbeitsverhältnissen haftet.<sup>35</sup> § 6 Abs 1 AVRAG schränkt nun die Haftung des Erwerbers für Altschulden (dem Wortlaut nach auch gegenüber von ihm ex lege übernommenen AN) dahingehend ein, dass § 1409 ABGB anzuwenden ist. Der OGH hat hierzu erwogen, dass sich die scheinbar im Umfang der Haftung widersprüchlichen Bestimmungen des § 3 Abs 1 und § 6 Abs 1 AVRAG bei richtlinienkonformer Auslegung harmonisieren lassen: § 3 Abs 1 AVRAG ist die Umsetzung des Art 3 Abs 1 Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG, wonach der Erwerber in alle Rechte und Pflichten der zur Zeit des Übergangs aufrechten Arbeitsverhältnisse eintritt. Eine Einschränkung der Haftung des Erwerbers iSd § 1409 ABGB durch § 6 Abs 1 AVRAG würde mit den Grundsätzen der RL in Widerspruch stehen. Einfache Normen müssen aber so verstanden werden, dass sie vor höherrangigen, wie

---

33 Reissner, Arbeitsrecht<sup>7</sup> 499 f.

34 RIS-Justiz RS0112978; Marhold/Brameshuber/Friedrich, Arbeitsrecht<sup>4</sup> 355; Reissner, Arbeitsrecht<sup>7</sup> 500; Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II<sup>12</sup> 378 f.

35 Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II<sup>12</sup> 378.