

kehrschluss auf das Entstehen von Mehrarbeit gezogen werden könne, versagt. Sie lässt die zur Erreichung des oben dargelegten Gesetzeszwecks erforderliche Beurteilung der mit der AZG-Novelle 2007 eingeführten Bestimmungen zur Teilzeitarbeit in einer Gesamtschau außer Betracht. Dass durch eine koll-liche Regelung der Durchrechnungszeitraum verlängert und damit ein Mehrarbeitszuschlag vermieden werden kann (§ 19 d Abs 3 f AZG), – so weiters die Revisionswerberin – ist richtig. Auf eine koll-liche Regelung hat sich die Bekl aber gerade nicht berufen.

Wie insbesondere von Heilegger/Schwarz zutreffend ausgeführt wird, darf die Vereinbarung einer ungleichmäßigen Verteilung der Arbeitszeit nach § 19 d AZG auch nicht mit den Durchrechnungsmöglichkeiten des § 4 AZG verwechselt werden. Diese regeln unter Bezugnahme auf die maximal zulässige tägliche und wöchentliche Normalarbeitszeit die Frage, ob Überstunden anfallen und ein entsprechender Überstundenzuschlag zusteht.

Soweit Schrank auf das Wertungsgefüge der Altersteilzeit abstellt, ergibt sich – worauf bereits das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat – die Zulässigkeit längerfristiger Vereinbarungen bei Altersteilzeit aus der speziellen Regelung des § 27 Abs 5 AlVG. Damit ist auch die in der Revision herangezogene E 9 ObA 21/07 i, wonach ein in der Vollzeitphase (Blockvariante) durch erbrachte Arbeitsleistung erworbenes Zeitguthaben, das zufolge vorzeitigen Austritts aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr verbraucht werden konnte, keine „Mehrarbeit“ darstellt, nicht einschlägig.

Zusammengefasst ist eine Durchrechnung der Arbeitszeit von teilzeitbeschäftigten AN, die keine Gleitzeitvereinbarung haben, über mehr als drei Monate ohne koll-liche Rechtsgestaltung nicht geeignet, den Mehrarbeitszuschlag zu vermeiden. Für geleistete Mehrarbeitsstunden besteht daher gem § 19 d Abs 3 a AZG ein Anspruch auf einen Mehrarbeitszuschlag in Höhe von 25%, sofern die Mehrarbeitsstunden nicht innerhalb eines Kalendervierteljahres oder eines anderen festgelegten Zeitraums innerhalb von drei Monaten, in dem sie angefallen sind, durch Zeitausgleich 1:1 ausgeglichen wurden (§ 19 d Abs 3 b Z 1 AZG).

Insgesamt ist der Revision damit ein Erfolg zu versagen. [. .]

13.107

- I. Die Rechtswirksamkeit eines Zustimmungsbeschlusses des BR kann an einer „Kollusion“ zwischen BR und AG scheitern.**
- II. Der AG ist weder berechtigt noch verpflichtet, Untersuchungen über die innere Willensbildung des BR anzustellen, wenn ihm nicht bekannt war oder hätte sein müssen, dass die Erklärung des BR-Vorsitzenden beschlussmäßig nicht gedeckt war.**

(B des OGH 25. 6. 2013, 9 ObA 38/13y, mit dem die ao Rev gegen das U des OLG Linz 14. 2. 2013, 11 Ra 6/13 a, gem § 508 a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen wurde.)

Begründung des Obersten Gerichtshofs:

Der Kl, der seit 1. 12. 2004 bei der Bekl beschäftigt war, wurde zum 31. 12. 2012 mit Zustimmung des BR gekündigt. Eine Einflussnahme der Geschäftsleitung oder des Personalbüros auf die Stellungnahme des BR fand nicht statt. Grund für die Zustimmung des BR war, dass die einzelnen BR-Mitglieder mit der Tätigkeit des Kl als Director Human Resources unzufrieden waren, sich durch die Zustimmung für verschiedene Maßnahmen, die er in dieser Funktion gesetzt hatte, und für verschiedene von ihm getätigte Äußerungen „rächen“ und verhindern wollten, dass er die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten kann.

Soweit revisionsgegenständig, begehrt der Kl, die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit für rechtsunwirksam zu erklären, in eventu, sie wegen Sittenwidrigkeit als nichtig festzustellen. Die Vorinstanzen erachteten das Hauptbegehren, das vom Erstgericht mit Teilurteil abgewiesen worden war, aufgrund der Zustimmung des BR zur Kündigung als nicht berechtigt. Die Zustimmung sei auch nicht gänzlich unsachlich gewesen.

Zu dieser Beurteilung zeigt die Revision des Kl keine Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO auf:

1. Mit dem Argument, dass das Erstgericht aufgrund der für eine Kündigungsanfechtung gebotenen Raschheit des Verfahrens kein Teilurteil treffen hätte dürfen, ist für ihn nichts gewonnen, weil in Bezug auf das Eventualbegehren noch kein Urteilsspruch vorliegt und das Berufungsgericht einen entsprechenden Verfahrensmangel verneint hat. Insofern ist aber weder ein Revisionsgegenstand noch ein aufgreifbarer Revisionsgrund (s RIS-Justiz RS0042963) gegeben.

2. Der Kl ist weiter der Ansicht, dass seine Kündigung aufgrund der festgestellten Absicht und der fehlenden Interessenabwägung durch den BR nichtig sei.

Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass die Rechtswirksamkeit eines Zustimmungsbeschlusses des BR an einer „Kollusion“ zwischen Betriebsrat und DG scheitern kann (8 ObA 58/07y). Eine solche liegt hier nicht vor.

Im Übrigen ist es stRsp, dass ein außenstehender Dritter – insbesondere auch der BI – die Erklärungen des BR-Obmanns jedenfalls dann als rechtswirksame Stellungnahme des BR-Kollegiums ansehen kann, wenn ihm die dabei allenfalls unterlaufene Verletzung der Vorschriften über die Willensbildung des BR-Kollegiums nicht bekannt war und auch nicht auffallen musste (RIS-Justiz RS0051485). Der AG ist weder berechtigt noch verpflichtet, Untersuchungen über die innere Willensbildung des BR anzustellen, wenn ihm nicht bekannt war oder hätte sein müssen, dass die Erklärung des BR-Vorsitzenden beschlussmäßig nicht gedeckt war (RIS-Justiz RS0051490).

Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl Einblick in eine rechtsmissbräuchliche Willensbildung des BR hatte oder haben hätte müssen, lie-

gen hier nicht vor, zumal mit der Feststellung, dass sich die BR-Mitglieder mit der Zustimmung zur Kündigung „rächen“ wollten, nach dem Gesamtzusammenhang nur die Reaktion des BR auf den Umstand beschrieben wurde, dass verschiedene Äußerungen und Handlungen des Kl in einem Zeitraum von fünf Jahren zur Unzufriedenheit in der Belegschaft geführt hatten. Dass mit der Zustimmung die Anfechtbarkeit der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit verhindert werden sollte, unterstreicht im vorliegenden Zusammenhang, dass sich der BR der gesetzlichen Folgen der Zustimmung zur Kündigung nach § 105 Abs 6 ArbVG bewusst war.

Danach ist aber auch die vom Kl begehrte Prüfung der Zustimmungserklärung des BR dahin, ob ihr eine adäquate Interessenabwägung zugrunde lag, ausgeschlossen. Auch sie liefe nämlich auf die richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung hinaus (vgl auch RIS-Justiz RS0051052; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 68 Rz 13 mwN; Weiß, DRdA 2011, 571).

3. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachte Aktenwidrigkeit liegt nicht vor: Das Berufungsgericht hat den Kl nicht als leitenden Angestellten angesehen, sondern die Tatsache, dass leitende Angestellte mit wesentlichem Einfluss auf die Betriebsführung überhaupt vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommen sind, in seine Erwägungen mit einfließen lassen.

4. Mangels einer Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO ist die Revision daher zurückzuweisen.

13.108

- I. Ereignisse, die nach Ende des Arbeitsverhältnisses eintreten, oder Entwicklungen, die in diesem Zeitraum stattfinden, sind dann zu berücksichtigen, wenn sie die Richtigkeit der im Zeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses abgegebenen Prognose zu den Arbeitsmarktchancen betreffen.**
- II. Auch wenn der AN tatsächlich eine möglicherweise nachteilige Stelle angenommen hat, sind zunächst seine Arbeitsmarktchancen zu beurteilen. Steht kein zumutbarer Verweisungsposten zur Verfügung, so ist der tatsächlich erlangte neue Arbeitsplatz in die Beurteilung mit einzubeziehen.**
- III. Bei Beurteilung der Sozialwidrigkeit nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG kann nicht auf starre Prozentsätze der Einkommensminderung abgestellt werden.**

(B des OGH 27. 6. 2013, 8 ObA 28/13 w, mit dem der ao Rev gegen das U des OLG Linz 14. 1. 2013, 12 Ra 89/12 p, Folge gegeben wurde, womit das U des LG Salzburg 6. 7. 2012, 32 Cga 92/09 h, abgeändert worden war.)

Begründung des Obersten Gerichtshofs:

Der Kl war ab 1. 3. 2005 bei der Bekl im Rahmen des Studiengangs „D“ als Assistenz-Professor beschäftigt. Hinsichtlich dieses Studiengangs kam ihm die Funktion eines Fachbereichsleiters zu. Zudem war er mit der Leitung der Abteilung „A“ betraut. Sein Bruttogehalt belief sich monatlich auf 3.905,50 EUR; weiters erhielt er Zulagen für die Betreuung wissenschaftlicher Arbeiten sowie für zusätzliche Lehrveranstaltungen. Der Kl lebt mit seiner Gattin in einer Wohnung in S; die Mietkosten belaufen sich auf 1.300,- EUR pro Monat. Das Einkommen seiner Gattin betrug zum Kündigungszeitpunkt monatlich 2.820,50 EUR brutto; derzeit ist sie in Karenz.

Das Dienstverhältnis wurde von der Bekl zum 31. 8. 2009 aufgekündigt. Der BR sprach sich gegen die Kündigung des Kl aus, überließ ihm jedoch die Anfechtung. Seit 1. 9. 2009 ist der Kl als Dozent an der Fachhochschule St. beschäftigt. Die Lehrinhalte sind mit seiner bisherigen Lehrtätigkeit vergleichbar, er verfügt aber weder über eine Fachbereichsleitung noch über eine Assistenz-Professur. Er hat auch keinen Einfluss auf die technische Ausstattung und keine Budget- und Mitarbeiterverantwortung. Sein Einkommen in St. belief sich nach seinen Behauptungen ab September 2009 auf monatlich 3.890,- EUR brutto zuzüglich Sonderzahlungen; derzeit verdient er durchschnittlich 4.100,- EUR brutto zuzüglich Sonderzahlungen. Zusätzlich zur Tätigkeit an der Fachhochschule St. hält er einen *-Kurs in S; dabei handelt es sich um eine Blockveranstaltung im Umfang von 11 Stunden zu 40,- EUR pro Stunde. Die monatlichen Kosten für die Bahnfahrt zwischen S und St. betragen 149,- EUR.

Der Kl begehrte, die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung wegen Sozialwidrigkeit für unwirksam zu erklären. [. . .]

Im ersten Rechtsgang wiesen beide Vorinstanzen das Klagebegehren ab, weil der Kl nahtlos eine vergleichbare Lehrtätigkeit mit praktisch gleich hohem Einkommen an einer gleichwertigen Studieneinrichtung angetreten habe. Mit Beschluss vom 4. 11. 2010, 8 ObA 59/10z,¹⁾ hob der OGH die Urteile der Vorinstanzen auf. Im Hinblick auf die tatsächlich angetretene neue, allenfalls nachteilige Stelle sei dem Kl das Wochenpendeln zuzubilligen. Vorrangig seien aber die Arbeitsmarktchancen des Kl im Konkretisierungszeitpunkt zu klären, weil er ansonsten durch die Annahme einer bestimmten Stelle die Beurteilung der Sozialwidrigkeit willkürlich beeinflussen könnte.

Im zweiten Rechtsgang wies das Erstgericht die Anfechtungsklage neuerlich ab. [. . .]

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Kl Folge und erklärte die Kündigung für unwirksam. [. . .] Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil die Beurteilung der kündigungsbedingten Interessenbeeinträchtigung

¹⁾ Arb 12.928.

gung des AN und die Interessenabwägung nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG von den Umständen des Einzelfalls abhängen würden. [. .]

Entgegen dem – den OGH nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts ist die Revision zulässig, weil sich die Beurteilung des Berufungsgerichts zur Beeinträchtigung der wesentlichen Interessen des Kl als korrekturbedürftig erweist. Die Revision der Bekl ist dementsprechend berechtigt.

1. Die Bekl führt am Schluss ihrer Revision noch aus, dass die Interessenbeeinträchtigung des Kl deswegen in den Hintergrund trete, weil er ohnehin nahtlos eine gleichartige Beschäftigung gefunden habe und in seiner wirtschaftlichen Existenz nicht gefährdet sei. Damit tritt sie der Bejahung einer wesentlichen Interessenbeeinträchtigung durch die Vorinstanzen noch mit ausreichender Deutlichkeit entgegen.

2. Im vorliegenden Fall ist von Bedeutung, dass der Kl übergangslos eine neue Beschäftigung an der Fachhochschule St. gefunden hat. Dazu hat der OGH im Aufhebungsbeschluss im ersten Rechtsgang ausgesprochen, dass sich die neue Tätigkeit des Kl angesichts der ähnlichen Lehrinhalte und der nur unwesentlich veränderten Einkommenssituation als vergleichbar beurteilen lässt, auch wenn die Zulagen für gewisse Sonderleistungen weggefallen sind und der Kl auch keine Leitungsaufgaben mit entsprechenden Verantwortlichkeiten mehr verrichtet. Weiters wurde ausgesprochen, dass dem Kl mit Rücksicht auf seine familiären Verhältnisse, nämlich die Berufstätigkeit seiner Gattin, eine Übersiedlung nach St. nicht zumutbar und ihm daher das Wochenpendeln zuzubilligen ist.

Zu den familiären Verhältnissen des Kl ist darauf hinzuweisen, dass er sich auf die Karenz seiner Ehegattin im erstinstanzlichen Vorbringen nicht berufen hat. Dieser Umstand ergibt sich vielmehr aus dem Sachverständigengutachten. Dort ist festgehalten, dass der Kl gegenüber dem Sachverständigen angegeben habe, dass sich an der „Pendlersituation“ nichts geändert habe und seine Gattin nach wie vor in S, derzeit in Kinderkarenz, sei. Abgesehen davon, dass die wesentliche Interessenbeeinträchtigung zum Konkretisierungszeitpunkt zu beurteilen ist, hat sich der Kl selbst weiterhin auf das Wochenpendeln berufen.

3.1 Bei Beurteilung der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung sind im Fall eines gerechtfertigten Pendelns sowohl der finanzielle Mehraufwand als auch der Zeitaufwand und die Beeinträchtigung der Lebensqualität zu berücksichtigen.

Die Lebensqualität des Kl ist durch das zu berücksichtigende Wochenpendeln sicherlich beeinträchtigt (vgl 8 ObA 153/97 a)¹⁾. Dieser Nachteil kann allerdings dadurch ausgeglichen werden, dass der neue, gleichwertige Arbeitsplatz sofort zur Verfügung steht (vgl Trost in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 105 Rz 264). Dies trifft auf den Kl zu, zumal er

¹⁾ Arb 11.621.

sogar trotz beschränkten Arbeitsmarkts sofort einen qualitativ vergleichbaren Arbeitsplatz finden konnte.

3.2 Im Aufhebungsbeschluss im ersten Rechtsgang hat der OGH auch ausgesprochen, dass Ereignisse, die nach Ende des Arbeitsverhältnisses eintreten, oder Entwicklungen, die in diesem Zeitraum stattfinden, dann zu berücksichtigen sind, wenn sie die Richtigkeit der im Zeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses abgegebenen Prognose zu den Arbeitsmarktchancen betreffen (8 ObA 59/10 z;¹⁾ vgl dazu auch Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht III⁴ 404; Schrank in Tomandl, Arbeitsverfassungsgesetz § 105 Rz 149). Aus diesem Grund sind auch dann, wenn der AN tatsächlich eine möglicherweise nachteilige Stelle angenommen hat, zunächst seine Arbeitsmarktchancen zu beurteilen, weil er ansonsten die Beurteilung der Sozialwidrigkeit willkürlich beeinflussen könnte. Ergibt sich dabei, dass ein zumutbarer Verweisungsposten nicht besteht, so ist der Umstand, dass der AN tatsächlich einen gleichwertigen neuen Arbeitsplatz erlangt hat, aber in die Beurteilung miteinzubeziehen.

Im Anlassfall liegt genau diese Situation vor. Im zweiten Rechtsgang hat sich ergeben, dass für den Kl kein nennenswerter Stellenmarkt besteht. Die Beurteilung der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen hat sich daher auf die vom Kl tatsächlich angenommene Stelle zu beziehen.

3.3 Im ersten Rechtsgang sind die Vorinstanzen in dieser Hinsicht davon ausgegangen, dass der Kl in St. über eine Zweitwohnung verfügt. Im zweiten Rechtsgang wurde dazu allerdings festgestellt, dass der Kl derzeit noch keine Zweitwohnung hat und er fallweise ein Zimmer zur Untermiete bewohnt. In der Berufung im zweiten Rechtsgang hat er dazu moniert, dass das Erstgericht keine Feststellungen zu den Wohnungskosten vor Ort getroffen habe. Soweit sich diese Rüge auf eine Mietwohnung bezieht, ist sie nicht berechtigt, weil dem eine ausdrückliche Feststellung des Erstgerichts entgegensteht. Soweit sich die Rüge auf die Kosten des fallweise bewohnten Zimmers bezieht, liegt dem kein konkretes Vorbringen zugrunde, weshalb ein sekundärer Feststellungsmangel nicht gegeben ist.

Die Kosten für eine Zweitwohnung sind im konkreten Fall somit nicht abzugsfähig. In dieser Hinsicht hat der Kl seiner Behauptungs- und Beweislast zur Interessenbeeinträchtigung nicht entsprochen (Gahleitner 407).

4.1 Bei Beurteilung der Sozialwidrigkeit nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG kann nicht auf starre Prozentsätze der Einkommensminderung abgestellt werden (vgl dazu etwa Wolligger in ZellKomm² § 105 ArbVG Rz 156; vgl auch Trost, Rz 241; zur Änderungskündigung siehe 8 ObA 24/11d). Vielmehr ist auch auf die primäre Funktion des Tatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen Bedacht zu nehmen.

¹⁾ Arb 12.928.

Diese besteht darin, den Kündigungsschutz jenen AN zu gewähren, die auf ihren Arbeitsplatz zur Deckung ihrer wesentlichen Lebenshaltungskosten angewiesen sind. Es ist daher zu fragen, ob von einer fühlbaren, ins Gewicht fallenden Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Kl zur Bestreitung der wesentlichen Kosten seiner bisherigen Lebensführung und jener seiner Familie auszugehen ist (8 ObA 9/12z mwN). Dabei ist auch das Einkommen des Ehegatten als Kriterium bei der Beurteilung der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung zu berücksichtigen (Wollinger, Rz 170).

4.2 Im Anlassfall ist zu beachten, dass die berufliche Situation des Kl nicht den typischen Fall betrifft, der nach der Zielrichtung des § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG der Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit zugrunde liegt. Für die Beurteilung ist daher in erster Linie maßgebend, ob der Kl weiterhin in der Lage ist, die bisherigen wesentlichen Lebenshaltungskosten zu bestreiten und seinen Sorgepflichten nachzukommen.

In der Berufung hat der Kl die Feststellung des Erstgerichts zu seinem Einkommen in St. bekämpft und die Ersatzfeststellung begehrt, dass er zum maßgebenden Zeitpunkt (ab September 2009) 3.890,- EUR pro Monat brutto zuzüglich Sonderzahlungen verdient habe. Selbst ausgehend von diesem Einkommen sowie unter Berücksichtigung der Zusatzeinnahmen und der zu berücksichtigenden Kosten liegt die Einkommenseinbuße des Kl bei rund 10%. Es besteht damit kein Zweifel daran, dass er die Lebenshaltungskosten für sich und seine Familie ohne weiteres bestreiten kann. Aus diesem Grund ist es durch die Kündigung des Kl zu keiner Beeinträchtigung seiner wesentlichen Interessen gekommen.

5. Da schon die Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Kl durch die Kündigung zu verneinen ist, ist eine Auseinandersetzung mit der – erst im zweiten Schritt zu prüfenden – Rechtfertigung durch hier in der Person des Gekündigten liegende Umstände, die betriebliche Interessen nachteilig berühren, entbehrlich.

Das Berufungsgericht hat in seiner E festgehalten, dass es auf die weiteren Argumente des Kl in der Tatsachen- und Mängelrüge in der Berufung nicht mehr ankomme. Diese Begründung bezieht sich in erster Linie auf die hier nicht relevante Frage der personenbezogenen Kündigungsgründe. Den Ausführungen in der Berufung, die nicht diesen Themenkomplex betreffen, kommt – wie weiter oben dargestellt wurde – ebenfalls keine Bedeutung zu.

6.1 Zusammenfassend ergibt sich:

Hat der AN nach der Kündigung tatsächlich eine möglicherweise nachteilige Stelle angenommen, so sind zunächst seine Arbeitsmarktchancen zu beurteilen, weil er ansonsten die Beurteilung der Sozialwidrigkeit willkürlich beeinflussen könnte. Steht kein zumutbarer Verweisungsposten zur Verfügung, so ist der tatsächlich erlangte neue Arbeitsplatz in die Beurteilung miteinzubeziehen. Im Fall eines gerechtfertigten Pendelns sind sowohl der finanzielle Mehraufwand als auch der Zeitauf-

wand und die Beeinträchtigung der Lebensqualität zu berücksichtigen. Die primäre Funktion des Tatbestandsmerkmals der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung besteht darin, den Kündigungsschutz jenen AN zu gewähren, die auf ihren Arbeitsplatz zur Deckung ihrer wesentlichen Lebenshaltungskosten angewiesen sind.

6.2 Ausgehend von diesen Grundsätzen hält die E des Berufungsgerichts einer Überprüfung durch den OGH nicht stand. In Stattgebung der [Revision] der Bekl war daher das abweisende Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen. [. . .]

13.109

- I. Fallweise Beschäftigten iSd § 471 b ASVG steht ein Urlaubsanspruch zu, der zugunsten des AN auch stundenweise in Anspruch genommen werden kann.**
- II. Die Einbeziehung der Urlaubersatzleistung in eine All-in-Entgeltvereinbarung verstößt gegen das Ablöseverbot des § 7 UrlG und ist nichtig.**

(U des OGH 27. 6. 2013, 8 ObA 32/13h, mit dem der Rev gegen das U des OLG Graz 14. 3. 2013, 6 Ra 7/13s, Folge gegeben wurde, womit das U des LGZ Graz 15. 11. 2012, 28 Cga 126/12m, abgeändert worden war.)

Entscheidungsgründe des Obersten Gerichtshofs:

Die Kl war im Zeitraum vom 17. 9. 2009 bis 14. 4. 2011 bei der Bekl an 44 Beschäftigungstagen fallweise beschäftigt. Die Kl konnte Arbeitsinsätze sanktionslos ablehnen. Für ihre Tätigkeit sollte sie eine Entlohnung von 7,50 EUR netto pro Stunde erhalten. Der Klagsbetrag steht mit 261,19 EUR brutto außer Streit. Auf das Beschäftigungsverhältnis gelangte der KollV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe zur Anwendung.

Pkt 7 lit e des KollV lautet:

„Lohnansprüche verfallen, wenn sie nicht vier Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitnehmer selbst oder dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft beim Arbeitgeber oder dessen Stellvertreter schriftlich geltend gemacht werden. Diese Frist verlängert sich um den Zeitraum, um welchen die letzte Lohnabrechnung aus Verschulden des Arbeitgebers verspätet durchgeführt wurde.“

Pkt 8 lit g des KollV lautet:

„Der Mindestlohn für fallweise Beschäftigte im Sinne des § 471 b ASVG beträgt 120% des kollektivvertraglichen Mindestlohnes für die der Tätigkeit entsprechende Beschäftigungsgruppe.“

Die Kl begehrte die Zahlung der Urlaubersatzleistung. [. . .]

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. [. . .]

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Bekl Folge und wies das Klagebegehren ab. [. . .] Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zu den Fragen, ob und unter welchen Bedingungen fallweise Beschäftigten ein

Urlaubsanspruch und damit eine Urlaubersatzleistung zustehe, sowie ob Lohnvereinbarungen mit fallweise Beschäftigten iSd Pkt 8 lit g des KollV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe generell als Pauschallohnvereinbarungen anzusehen seien, höchstgerichtliche Rsp fehle. [. . .]

Die Revision ist zulässig, weil sich die E des Berufungsgerichts als korrekturbedürftig erweist. Die Revision ist dementsprechend auch berechtigt.

1.1 Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Kl bei der Bekl fallweise beschäftigt war, und dass dementsprechend nicht von einem unzulässigen Kettenarbeitsverhältnis auszugehen ist. Das Vertragsverhältnis der Kl wurde nach ihren Interessen gestaltet. Sie konnte von ihr nicht gewünschte Arbeitseinsätze sanktionslos ablehnen.

1.2 Der Begriff der „fallweise beschäftigten Personen“ stammt aus dem Sozialversicherungsrecht. Gem § 471 b ASVG sind darunter jene Personen zu verstehen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben DG beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist. Die fallweise Beschäftigung besteht demnach in der unregelmäßigen unterbrochenen Aneinanderreihung verschiedener, kurzfristig befristeter Arbeitsverhältnisse (ARD 5225/2/2001). In diesem Sinn haben die Parteien eine Rahmenvereinbarung geschlossen, auf deren Grundlage über die einzelnen Arbeitseinsätze jeweils gesonderte befristete Arbeitsverträge zustande gekommen sind. Die Rahmenvereinbarung als solche ist nicht als echtes Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Vielmehr trifft diese Qualifikation nur auf die den einzelnen Arbeitseinsätzen zugrunde liegenden Vereinbarungen zu (8 ObA 87/10 t¹).

2. Das Urlaubsgesetz gilt auch für fallweise Beschäftigte (PVP 2006/39, 130; vgl auch Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 1 Erl 1, 63). Dies entspricht dem Verbot der Diskriminierung befristeter Beschäftigter nach § 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge laut Anhang der Richtlinie 1999/70/EG, das nach der E des EuGH in der Rechtssache C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, auch für fallweise Beschäftigte gilt.

Zudem wird in der Rsp der (über Initiative des AN gewährte) Verbrauch auch einzelner Urlaubstage, halber Tage oder einzelner Stunden für zulässig erachtet (Reissner in ZellKomm² § 4 UrlG Rz 28 und 29; Cerny § 4 UrlG Erl 15, 161).

3.1 In Judikatur und Lit ist (nach Maßgabe des Günstigkeitsprinzips) die grundsätzliche Zulässigkeit der Pauschalierung von Entgeltbestandteilen oder des Gesamtentgelts anerkannt (RIS-Justiz RS0051519; Rebhahn in ZellKomm² § 1152 ABGB Rz 49). Sogenannte „All-in-Vereinbarungen“ werden in der Regel auf die Tarifierung aller regelmäßigen Arbeitsleistungen, konkret auf Mehrarbeits- und Überstunden sowie auf Zuschläge, aber auch auf Reise- und Bereitschaftszeiten, bezogen (Burger,

¹) Arb 13.011.

Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen in Resch, All-in-Vereinbarungen – Erscheinungsformen und rechtliche Rahmenbedingungen 43 und 46; Wachter in Wachter/Burger, Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2008, 134; Schneller, Zur Zulässigkeit von Inklusivvereinbarungen [„All-in-Klauseln“] in FS Cerny 332). Auch die Einbeziehung der laut KollV zustehenden aliquoten Sonderzahlungsanteile in das einzelvertraglich vereinbarte laufende Entgelt wird als zulässig erachtet (9 ObA 160/11 m mwN; Burger 47; vgl auch Cerny § 6 UrlG Erl 1, 191).

Eine derartige Pauschalvereinbarung kann durch Einzelvertrag ausdrücklich oder schlüssig getroffen werden. Dem AN muss aber klar erkennbar sein, dass mit dem gewährten Entgelt auch die entsprechenden (quantitativen oder qualitativen) Mehrleistungen abgegolten sind (Burger 44; Wachter 135; Schneller 336). Eine All-in-Regelung bedarf somit einer klaren Vereinbarung (Rebhahn § 1152 ABGB Rz 49).

3.2 Im gegebenen Zusammenhang ist nun zu beachten, dass die unabdungbaren Rechte des AN auch durch Pauschalabreden nicht beschränkt werden dürfen (Rebhahn § 1152 ABGB Rz 49). Dementsprechend verstößt die Abgeltung eines offenen Urlaubsanspruchs in Geld bzw die Einbeziehung des Urlaubsentgelts in das laufende Entgelt gegen den Zweck der am Ausfallsprinzip orientierten Regelung des § 6 UrlG und ist daher absolut nichtig (Reissner § 7 UrlG Rz 1 und 6; Cerny § 6 UrlG Erl 1, 191; vgl auch EuGH C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Rn 31). Gleiches gilt für die Einbeziehung der Urlaubersatzleistung in eine All-in-Vereinbarung. Dies würde bedeuten, dass der Nichtverbrauch von Urlaub von vornherein abgefunden und der tatsächlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses offene Urlaubsanspruch nicht nach § 10 UrlG abgegolten würde. Eine solche Vereinbarung verstößt gegen das Ablöseverbot des § 7 UrlG und ist daher ebenso nichtig (Burger 48; vgl auch Cerny § 7 UrlG Erl 2, 210).

4.1 Nach den dargestellten Grundsätzen wäre eine zwischen den Parteien getroffene All-in-Vereinbarung, die auch den Anspruch auf die Urlaubersatzleistung umfassen und diese durch ein höheres laufendes Entgelt ersetzen würde, zufolge Verstoßes gegen das Ablöseverbot nach § 7 UrlG nichtig. Im Anlassfall wäre nicht einmal klar, ob und ab wann die Parteien eine (konkludente) Pauschallohnvereinbarung überhaupt geschlossen haben.

4.2 Die Begründung des Berufungsgerichts beruht in Wirklichkeit auf der Ansicht, dass die Bestimmung über den erhöhten Mindestlohn (120%) für fallweise Beschäftigte gem Pkt 8 lit g des zugrunde liegenden KollV per se als All-in-Vereinbarung anzusehen sei, die auch die Urlaubersatzleistung beinhalte.

Zunächst ist nicht einmal klar, ob die Parteien überhaupt die Anwendung des kollV-lichen (erhöhten) Mindestlohns vereinbart haben. Davon abgesehen scheidet das vom Berufungsgericht erzielte Ergebnis schon da-

ran, dass vom Ablöseverbot nach § 7 UrlG auch kollivliche Regelungen erfasst werden (Reissner § 7 UrlG Rz 1 und 6). Zudem fehlte es an der Erkennbarkeit für den AN, dass mit dem höheren Stundenlohn auch die Urlaubersatzleistung abgegolten sein soll. Ein derartiger Inhalt lässt sich der in Rede stehenden Regelung des KollV nicht einmal ansatzweise entnehmen.

4.3 Das Argument des Berufungsgerichts, dass bei fallweise Beschäftigten ein Urlaubsverbrauch in natura gar nicht möglich sei, ist nicht zutreffend, zumal der Urlaub hier auch in Stunden verbraucht werden kann. Für die Beurteilung ist auch unbedeutend, ob die Kl davon ausgegangen ist, dass vom erhöhten kollivlichen Mindestlohn die Sonderzahlungen abgegolten sind. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann von dieser Einschätzung der Kl nicht auf die Urlaubersatzleistung geschlossen werden. Auch der Hinweis des Berufungsgerichts auf § 2 Abs 3 des Dienstleistungsscheckgesetzes ist nicht zielführend, weil dieses Gesetz auf eine Sondersituation Bedacht nimmt und nur in dieser Hinsicht eine ausdrückliche gesetzliche (Sonder-)Regelung zur Berücksichtigung der Urlaubersatzleistung trifft.

5. Zum verneinten Verfall der Urlaubersatzleistung nach Pkt 7 lit e des KollV erweisen sich die Ausführungen der Vorinstanzen, wonach sich diese Verfallsbestimmung nur auf das laufende Entgelt bezieht, als zutreffend (RIS-Justiz RS0064834; 8 ObA 22/04z¹⁾).

6.1 Zusammenfassend ergibt sich:

Fallweise Beschäftigten iSd § 471b ASVG steht ein Urlaubsanspruch zu, der zugunsten des AN auch stundenweise in Anspruch genommen werden kann. Die Einbeziehung der Urlaubersatzleistung in eine All-in-Entgeltvereinbarung verstößt gegen das Ablöseverbot des § 7 UrlG und ist nichtig. Pkt 8 lit g des KollV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe normiert keine All-in-Vereinbarung unter Einschluss der Urlaubersatzleistung.

6.2 Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält der Überprüfung durch den OGH somit nicht Stand. In Stattgebung der Revision der Kl war das angefochtene Urteil im Sinne einer Wiederherstellung der E des Erstgerichts abzuändern. [. .]

13.110

I. Die dem normativen Teil eines KollV angehörenden Bestimmungen sind nach den Grundsätzen der §§ 6, 7 ABGB, also nach der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und der Absicht des Normgebers auszulegen.

¹⁾ Arb 12.482.