

I. Einleitung

1. Grundsätzliches

Da es sich beim Arbeitsverhältnis um ein höchstpersönliches Vertragsverhältnis handelt, bringt der Arbeitnehmer in dieses notwendigerweise auch seine Persönlichkeit ein. Insoweit ist die Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes für das Arbeitsrecht mE evident. Zumindest weitgehend unproblematisch ist dabei noch der Umstand, dass der Arbeitnehmer während der Zeit, in der er Arbeitsleistungen verrichtet, daran gehindert ist, privaten Aktivitäten nachzugehen und sich so persönlich zu entfalten (dies ist eine schlichte wie notwendige Konsequenz des vertraglich begründeten Verpflichtungsverhältnisses). Schon aus der (ua für das Arbeitsverhältnis charakteristischen) Befugnis des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Weisungen zu geben, wird jedoch ersichtlich, dass die thematische Überschneidung zwischen Arbeitsrecht und Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers diesen Aspekt bei weitem übersteigt; enthalten doch auch diese Weisungen (zB nicht zu rauchen, nicht zu trinken, sonstige innerbetriebliche Regelungen zu befolgen oder sich Kontrollmaßnahmen zu unterziehen) in der Regel Berührungspunkte zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang, wenn sich Weisungen (auch) auf die Freizeit des Arbeitnehmers beziehen bzw erstrecken.

Da das Arbeitsverhältnis aber nicht „bloß“ durch Weisung determiniert wird, können derartige Kollisionen zwischen aus dem Arbeitsrecht resultierenden Verpflichtungen und der Persönlichkeit des Arbeitnehmers aber auch aus anderen Rechtsquellen resultieren. Erweitert man die Themenstellung um diesen Fokus, so zeigt sich (plötzlich), dass das Arbeitsrecht von den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers in Wahrheit nicht zu trennen ist, da so gut wie jede arbeitsrechtliche Themen- bzw Problemstellung auch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers berührt. Da es aber nicht meine Absicht war, ein (weiteres) Lehrbuch des Arbeitsrechts zu verfassen, musste ich die behandelten Themen notwendigerweise einengen. Dabei waren folgende Überlegungen maßgebend:

- Themen, die in der Literatur bereits ausführlich(er) behandelt wurden, werden – sofern überhaupt – nur in komprimierter Form dargestellt.
- Auf die Herausarbeitung von Problembereichen wird Wert gelegt (ohne den Anspruch zu erheben, diese umfassend lösen zu können). Demgemäß werden Sachverhalte, bei denen die Rechtslage unzweifelhaft ist, tendenziell ausgeblendet und stattdessen „Graubereiche“ beleuchtet.¹

¹ Beispiel: Dass die Persönlichkeit des Arbeitnehmers durch eine körperliche Attacke verletzt wird, leuchtet unmittelbar ein. Umstrittener ist hingegen, welcher „Schwellenwert“ für das Vorliegen einer Ehrenbeleidigung oder Beschimpfung vorliegen muss.

- Die Auswahl der Themen wird auf den Zusammenhang zwischen dem Arbeitsrecht und der Persönlichkeit des Arbeitnehmers ieS (Einwirkung von Grundrechten bzw -freiheiten auf das Arbeitsrecht) fokussiert. Daraus folgt, dass insbesondere die wirtschaftlichen Interessen und die Rechtsfolgen „bloßer“ Störungen des Vertragsverhältnisses bzw Vertragsverletzungen (und damit insbesondere die Punkte „Entgelt iwS“ und „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“) weitgehend ausgeblendet werden.

Eine stringente, logisch zwingende Themenabgrenzung ist aber auch unter Zugrundelegung dieser Leitlinien nicht möglich². Beispiel: Das Patent- und Urheberrecht betrifft sowohl wirtschaftliche Interessen als auch den Schutz des geistigen Eigentums (des Arbeitnehmers). Letztlich ist die Frage, welche Themen und Problemstellungen im Rahmen dieses Buches behandelt werden (und welche nicht), daher das Resultat einer subjektiven Entscheidung. Die Darstellung ist zudem auf die Behandlung arbeitsrechtlicher Themen ieS begrenzt. Das bedeutet zum einen, dass sozial- oder steuerrechtliche Fragen nicht behandelt werden, zum anderen, dass das Vorliegen eines Arbeitsvertrages jeweils vorausgesetzt wird. Inwieweit die einzelnen Problemstellungen auf freie Dienstverträge oder (sonstige) arbeitnehmerähnliche Verträge übertragbar sind, gehört demzufolge ebenfalls nicht zur Thematik dieses Buches.

Da nicht sämtliche Besonderheiten für einzelne Berufsgruppen (Lehrlinge, Jugendliche, Bäcker, Schauspieler, Journalisten etc) behandelt werden konnten, beschränkt sich die Darstellung im Wesentlichen auf die „klassischen“ Arbeitnehmergruppen der Arbeiter und Angestellten unter Zugrundelegung der einschlägigen Rechtsquellen wie bspw des AngG, der GewO, des ASchG, des UrlG, des AZG oder des ARG. „Außerordentliche“ Rechtsquellen werden jedoch im jeweils gegebenen Zusammenhang angeführt, wenn dies zur Illustrierung allgemeiner Grundsätze oder Prinzipien anhand von konkreten Anwendungsfällen sinnvoll erscheint. Ferner wurde versucht, nicht alle nur denkbaren Szenarien gedanklich durchzuspielen und mit Lösungsvorschlägen zu versehen, sondern die Darstellung auf Fallkonstellationen und Beispiele zu beschränken, die in der Praxis tatsächlich eine Rolle spielen.

Da sich das Werk in erster Linie an die Praxis wendet, wurde der Anmerkungsapparat auf den Nachweis der Judikatur beschränkt.³ Auch idZ gilt, dass kein vollständiger Überblick über die Rechtsprechung, sondern bloß das Anbieten einer Orientierungshilfe angestrebt wurde. Aufgrund des angestrebten Praxisbezuges unterbleibt eine kritische Auseinandersetzung mit der einschlägigen (kontroversiellen) Literatur ebenso wie mit der (gefestigten) Rechtsprechung. Bei Fragen, die

² Insbesondere entfaltet nahezu jedes arbeitsrechtliche Problem auch entgeltrechtlich oder beendigungsrechtlich relevante Rechtsfolgen.

³ Judikatur des EuGH, die für Österreich aufgrund der innerstaatlichen Rechtslage völlig irrelevant ist, wurde nicht berücksichtigt.

in der Literatur umstritten sind, wird die Meinung der herrschenden Ansicht wiedergegeben; zuweilen werden auch eigene Lösungen angeboten.

2. Gemeinschaftsrechtliche Rechtsquellen

2.1. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Auf Ebene des Gemeinschaftsrechts ist insbesondere der Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 39 EG-Vertrag für den Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers von Relevanz.⁴ Dieser umfasst gemäß Abs 2 und 3 *leg cit* die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen und gibt den Arbeitnehmern ua das Recht,

- sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben,
- sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen,
- sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort eine Beschäftigung auszuüben.

Diese Bestimmung ist unmittelbar verbindlich und verleiht dem Einzelnen – ungeachtet der entgegenstehenden nationalen Regelungen – direkte Rechtsansprüche.⁵ Das Recht auf Freizügigkeit besteht allerdings nicht schrankenlos, sondern Einschränkungen sind zulässig, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind.⁶

Art 39 EG-Vertrag verbietet neben unmittelbaren Diskriminierungen, bei denen die Staatsangehörigkeit als Differenzierungsmerkmal benutzt wird, auch alle Formen der mittelbaren Diskriminierung. Daher stellen Vorschriften, die einen Angehörigen eines Mitgliedstaates daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, auch dann eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts dar, wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer anzuwenden sind.⁷

Ein typisches Beispiel für mittelbare Diskriminierungen sind nationale Vorschriften, die die Aufnahme einer bestimmten Berufstätigkeit vom Vorliegen eines inländischen Wohnsitzes abhängig machen.⁸ Gleiches gilt für nationale Rechts-

⁴ Art 12 und 18 EG-Vertrag verankern darüber hinaus ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie ein allgemeines Freizügigkeitsrecht. Der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit ist zwar ebenfalls direkt im EG-Vertrag verankert, zusätzlich aber sowohl auf Richtlinienebene der EU als auch auf bundesgesetzlicher Ebene Bestandteil der Rechtsordnung der EU bzw Österreichs.

⁵ EuGH Rs C-13/76.

⁶ Gemäß Art 39 Abs 4 *leg cit* findet die Freizügigkeit darüber hinaus auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung.

⁷ EuGH Rs C-232/01; EuGH Rs C-209/01; EuGH Rs C-10/90; EuGH Rs C-415/93; EuGH Rs C-302/98.

⁸ EuGH Rs C-350/96; EuGH Rs C-355/98.

vorschriften, die der Anrechnung früherer Beschäftigungszeiten in der öffentlichen Verwaltung anderer Mitgliedstaaten entgegenstehen.⁹ IdS wurde auch das Erfordernis einer fünfzehnjährigen Dienstzeit, die ausschließlich an österreichischen Universitäten erworben werden konnte, für die Zuerkennung einer besonderen Dienstalterszulage als diskriminierend und zudem die Freizügigkeit der in Österreich arbeitenden Arbeitnehmer behindernd (weil sie diese davon abhalten könnte, in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten) erachtet.¹⁰

Art 39 EG-Vertrag wird durch die VO 1612/68 präzisiert. Gemäß Art 7 Abs 1 der VO darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. Die Anwendbarkeit des Art 39 EG-Vertrag und der VO 1612/68 hängt nicht von Wohnort und Staatsangehörigkeit, sondern nur von dem Umstand ab, dass ein EU-Bürger von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat.¹¹

Auch türkischen Arbeitnehmern können die Grundfreiheiten des EU-Vertrages zugute kommen (EuGH Rs C-262/96). So räumt Art 10 Abs 1 des (unmittelbar anwendbaren) Beschlusses Nr 1/80 des Assoziationsrates vom 19.9.1980 Arbeitnehmern türkischer Staatsangehörigkeit, die dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehören (siehe dazu EuGH Rs C-188/99), ein Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt und die sonstigen Arbeitsbedingungen ein, das den gleichen Umfang hat wie das den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten durch Art 48 Abs 2 EG-Vertrag zuerkannte Recht (EuGH Rs C-171/01 mwN der Rsp). Der Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ ist dabei weit auszulegen (EuGH 16.9.2004, Rs C-465/01). Daraus folgt bspw, dass – bei Vorliegen der (sonstigen) gesetzlichen Voraussetzungen – auch türkischen Arbeitnehmern, die dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehören, der Status als begünstigter Behinderter iSd § 14 BEinstG zuzuerkennen ist (VwGH 2006/11/0039-5).

2.2. Richtlinien

Daneben sind vor allem die Richtlinien der EU zu beachten. Die meisten arbeitsrechtlichen Richtlinien wurden von Österreich fristgemäß in die nationale Rechtsordnung transformiert und stehen daher – da (vollständig) umgesetzten Richtlinien nur mehr geringe praktische Relevanz zukommt – nicht (mehr) im Fokus der gegenständlichen Darstellung.¹² Ob eine vertragskonforme Umsetzung durch Öster-

⁹ EuGH Rs C-15/96; EuGH Rs C-187/96.

¹⁰ EuGH Rs C-224/01.

¹¹ EuGH Rs C-419/92; EuGH Rs C-18/95.

¹² Bedeutsam sind auch bereits umgesetzte Richtlinien bspw aber für die Interpretation anderer innerstaatlicher Bestimmungen. So wird bspw aus der Antidiskriminierungs-Richtlinie abgeleitet, dass der im UrlG verankerte Anspruch auf Pflegefreistellung bei Erkrankung des Lebensgefährten auch bei einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft besteht.

reich stattgefunden hat, ist aber insbesondere im Falle der RL 1999/70/EG im Hinblick auf die Problematik der Mehrfachbefristungen (Kettenverträge) fraglich: Österreich hat keine der in der RL festgelegten Empfehlungen aufgegriffen, sondern gegenüber der Kommission darauf verwiesen, dass die RL durch die (allerdings einzelfallbezogene) Judikatur umgesetzt wird. Zwar kann sich der einzelne EU-Bürger unter bestimmten Voraussetzungen¹³ unmittelbar auf nicht ordnungsgemäß umgesetzte Richtlinien berufen, doch ist die entsprechende Bestimmung nicht unbedingt und hinreichend genau, um daraus als Betroffener Ansprüche vor einem nationalen Gericht geltend machen zu können.¹⁴

2.3. Hierarchie der Rechtsquellen

Auf Grund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts darf entgegenstehendes nationales Recht nicht angewendet werden.¹⁵ Ist für ein österreichisches Gericht zweifelhaft, ob eine innerstaatliche Bestimmung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, so kann (im Falle eines Höchstgerichtes: muss) es diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen.¹⁶ Aus der Verletzung dieser Verpflichtung können Amtshaftungsansprüche resultieren.¹⁷

Unklar ist das Verhältnis zwischen den im EG-Vertrag eingeräumten Grundfreiheiten und den Menschenrechten. So hat der EuGH bspw entschieden, dass ein (gewerkschaftlich organisierter) Streik die (ebenfalls im EG-Vertrag als Grundfreiheit verankerte) Niederlassungsfreiheit des Arbeitgebers beschränken kann.¹⁸ Fraglich ist, inwieweit diese Entscheidung mit einem aus der EMRK ableitbaren (kollektiven) Streikrecht kollidiert. Der Umstand, dass über diese Frage nicht der EuGH, sondern der EGMR zu entscheiden hat, trägt zur weiteren Verschärfung der Problematik bei.

2.4. Inländerdiskriminierung

Da die Anwendung des EG-Vertrages das Vorliegen eines Sachverhaltes voraussetzt, der mit zumindest einem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus weist,¹⁹ ist es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, andere

¹³ Nämlich dass die RL dem Bürger unbedingte und hinreichend genau bestimmte Ansprüche gegenüber dem Staat (iSd Gemeinschaftsrechts) einräumt.

¹⁴ EuGH Rs C-268/06.

¹⁵ Anderes gilt, wenn nationale Gesetze gegen nationales Verfassungsrecht verstoßen: In diesem Fall ist das Gesetz so lange anzuwenden, bis es vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben wird.

¹⁶ Eine Übersicht über die per April 2009 beim EuGH anhängigen, aus Österreich stammenden Verfahren findet sich in ARD 5052/5/2009.

¹⁷ VwGH 2003/12/0180.

¹⁸ EuGH Rs C-428/05.

¹⁹ ZB EuGH Rs C-212/06; EuGH Rs C-127/06; EuGH Rs C-64/96 und C-65/96; EuGH Rs C-332/90.

Rechtsfolgen für Sachverhalte vorzusehen, die keinen Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen.

Beispiel:

Ein Gesetz räumt (nur) Arbeitnehmern aus anderen EU-Mitgliedstaaten einen Anspruch auf Fahrtkostenzuschuss ein, schließt aber Arbeitnehmer aus Österreich (oder aus Nicht-EU-Staaten) aus.²⁰

In diesem Fall liegt zwar kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht, wohl aber eine (verfassungsrechtlich unzulässige) Inländerdiskriminierung vor, da der Anspruch im obigen Beispiel etwa einem Arbeitnehmer, der von Freilassing nach Salzburg pendelt, zustünde, nicht aber einem Arbeitnehmer, der zwischen Krems und Linz pendelt. Im Zweifel sind Gesetze daher (verfassungskonform) so zu interpretieren, dass keine (unzulässige) Inländerdiskriminierung vorliegt.²¹ Nicht jede Schlechterstellung von Inländern ist jedoch automatisch und notwendigerweise diskriminierend; bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung kann die Ungleichbehandlung auch verfassungskonform sein.²² Eine Diskriminierung von Inländern könnte auch durch Privilegierung von Rechtssubjekten außerhalb der EU bewirkt werden. Ist dies (mangels sachlicher Rechtfertigung) der Fall, so erstreckt sich der Anwendungsbereich der privilegierenden Rechtsvorschriften nicht nur auf Inländer, sondern auf sämtliche potenzielle Adressaten innerhalb der EU.

Beispiel:

Gemäß § 7b Abs 1 Z 3 AVRAG haben Arbeitnehmer, die von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen EWR-Mitgliedstaat nach Österreich entsandt werden, Anspruch auf Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen. Das bedeutet e contrario, dass nach Österreich entsandte Arbeitnehmer von Arbeitgebern mit Sitz außerhalb des EWR keinen derartigen Anspruch haben. Dieser Umstand bevorteilt somit Arbeitgeber mit Sitz außerhalb des EWR.

2.5. Drittwirkung

Die Judikatur des EuGH beschränkt den Geltungsbereich des Freizügigkeitsrechts aber nicht auf das Verhältnis zwischen EU-Bürgern und den Mitgliedstaaten, sondern erweitert es etwa auch auf die KollIV-Parteien,²³ aber ebenso auf den einzelnen Arbeitgeber („Drittwirkung“).²⁴ Das bedeutet, dass bspw auch der einzelne Arbeitgeber

²⁰ Das Gesetz könnte den Anspruch alternativ an die Staatsbürgerschaft oder den Wohnsitz binden.

²¹ ZB VwGH 2006/09/0200.

²² ZB VfGH B 1462/06.

²³ EuGH Rs 36/74; EuGH Rs C-415/93.

²⁴ EuGH Rs C-281/98.

bei der Auswahl von Bewerbern das Recht auf Freizügigkeit nicht verletzen darf. Problematisch sind daher etwa Bevorzugungen von Bewerbern mit inländischem Wohnsitz (Wohnsitzerfordernisse, Lokalpräferenzen) oder der Ausschluss gleichwertiger ausländischer Befähigungsnachweise (Zeugnisse etc). Welche Verpflichtungen daraus für den Arbeitgeber im Einzelnen resultieren, ist mE allerdings weitgehend unklar, da in den angeführten Beispielen auch mit einer (mittelbaren) Diskriminierung von Arbeitnehmern aus anderen EU-Staaten argumentiert werden könnte. Denkbar wäre etwa ein Szenario, wonach sämtliche Bewerber ein aufwändiges Testverfahren (psychologische Tests, Assessment-Center, Einstellungsinterviews etc) durchlaufen müssen. In diesem Fall könnte argumentiert werden, dass der mit dem Rekrutierungsverfahren verbundene Aufwand geeignet ist, potenzielle Kandidaten von einer Bewerbung abzuhalten und somit auch Bewerber aus anderen EU-Ländern daran zu hindern, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen.

Benachteiligt ein Arbeitgeber Arbeitnehmer mit inländischem Wohnsitz (ohne dadurch andere ihn treffende Verpflichtungen zu verletzen), so liegt mE – spiegelbildlich zur Argumentation, dass ein Anknüpfen an einen inländischen Wohnsitz eine (mittelbare) Diskriminierung von Arbeitnehmern aus anderen EU-Mitgliedstaaten bewirkt – eine (mittelbare) Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit vor²⁵. Gleiches wird mE gelten, wenn der Arbeitgeber die österreichische Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt für Benachteiligungen wählt; in Betracht käme mE aber auch eine Argumentation, die sich auf eine Drittwirkung des Verbotes der Inländerdiskriminierung stützt. Bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes könnte auch eine Drittwirkung des Verbotes der Beschränkung des Freizügigkeitsrechts erwogen werden.²⁶

3. Persönlichkeitsschutz im ABGB, mittelbare Grundrechtswirkung

Gemäß § 16 ABGB hat jeder Mensch angeborne, durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als Person zu betrachten. § 17 ABGB ergänzt dies um die Bestimmung, dass alles, was den natürlich angebornen Rechten angemessen ist, so lange als bestehend angenommen wird, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird. Daraus ergibt sich, dass derjenige, der die Persönlichkeitsrechte bzw die Privatsphäre einschränkt, die Zulässigkeit dieses Eingriffs darlegen muss. § 16 ABGB ist nicht bloß ein Programmsatz, sondern eine zentrale, die Persönlichkeit als Grundwert anerkennende Norm der österreichischen Rechtsordnung mit subjektive Rechte einräumendem Inhalt. In seinem Kernbereich schützt § 16 ABGB die Menschenwürde.²⁷ Dieser „Generalklausel“ kommt daher auch für das Arbeitsverhältnis Bedeutung zu, da nach herrschender

²⁵ Siehe Kapitel III, Punkt 3.2. und 3.3.2.

²⁶ Beispiel: Ein österreichischer Staatsbürger lebt und arbeitet im EU-Ausland und möchte seinen Arbeitsplatz (wieder) nach Österreich verlegen.

²⁷ ZB OGH 10 ObS 40/90; OGH 4 Ob 98/92; OGH 1 Ob 341/99z.

Ansicht im Wege von § 16 ABGB grundrechtliche Wertungen der Verfassungsrechtsordnung (also „Abwehrrechte“ des Einzelnen gegenüber dem Staat) auch im Arbeitsverhältnis beachtlich sind (so genannte „mittelbare Drittwirkung der Grundrechte“).²⁸ Entscheidend für die Reichweite des aus § 16 ABGB jeweils erfließenden Schutzes ist eine Güter- und Interessenabwägung.²⁹

Dies betrifft etwa das Recht auf Achtung des Privat- oder Familienlebens (Art 8 EMRK), das Recht auf Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK) und den Schutz des Brief- oder Fernmeldegeheimnisses (Art 10 und 10a StGG). Die Persönlichkeitsrechte wirken, wenngleich durch den Arbeitsvertrag abgeschwächt und modifiziert, somit auch im dienstlichen Bereich fort und schützen den Arbeitnehmer insbesondere vor Erniedrigung, Ungleichbehandlung und Willkür.³⁰ Jeder Mensch hat daher auch während der Zeit, in der er Arbeitsleistungen erbringt, ua das Recht auf Unversehrtheit der Intimsphäre, auf Freiheit von unbefugter Abbildung und auf Achtung seines Wertes als menschliches Wesen.³¹ Darüber hinaus ist auch im Arbeitsverhältnis das Grundrecht auf Datenschutz zu beachten, dem gemäß § 1 DSGVO unmittelbare Drittwirkung zukommt.³²

Die Grundrechte entfalten auch gegenüber den KollV-Parteien oder BetrV-Parteien mittelbare Drittwirkung.³³ Bei einem Eingriff in Anwartschaften (insbesondere Betriebspensionen) kommen dabei va der Eigentumsschutz und der Gleichheitssatz in Betracht.³⁴ Eigentumsbeschränkungen sind jedoch zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind, nicht den Wesensgehalt des Grundrechts berühren und nicht unverhältnismäßig sind. Der Schutz gilt nämlich nicht für Eingriffe jeder Art und Intensität (so ist etwa eine Haushaltszulage nicht davon erfasst).³⁵ Bei Eingriff in einzelvertragliche Regelungen ist darüber hinaus zu beachten, dass der berechtigte Arbeitnehmer noch weniger als der seine Rechte aus einem KollV ableitende Arbeitnehmer mit einer nachträglichen Verschlechterung seiner Rechtsstellung durch die KollV-Parteien rechnen muss. Ein Eingriff ist daher nur dann aus dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit sachlich zu rechtfertigen, wenn ansonsten der Fortbestand des Betriebes gefährdet wäre.³⁶ Der Gleichheitsgrundsatz ist nur gewahrt, wenn bei Einschränkung der Anwartschaften auf die durch die unterschiedliche Dauer der Berufsausübung bedingten unterschiedlichen Vertrauenspositionen Bedacht genommen wird.³⁷ Dabei sind Übergangsfristen zu fordern.³⁸

²⁸ ZB OGH 8 Ob 108/05y.

²⁹ OGH 7 Ob 89/97g.

³⁰ OGH 8 ObA 288/01p.

³¹ OGH 9 ObA 109/06d.

³² Siehe dazu Kapitel IV.

³³ ZB OGH 9 ObA 2456/02w; OGH 8 ObA 19/06m, DRdA 2008/4 (*Resch*).

³⁴ OGH 9 ObA 602/92, DRdA 1993, 369 (*Resch*); OGH 9 ObA 133/93; OGH 9 ObA 802/94.

³⁵ OGH 9 ObA 255/97h.

³⁶ OGH 8 ObA 61/97x.

³⁷ OGH 8 ObA 20/99w.

³⁸ OGH 9 ObA 106/00d.

Bei Einschnitten in Versorgungsleistungen ist auf die Dauer der Zugehörigkeit zum Alterssicherungssystem Rücksicht zu nehmen: Je länger die Zugehörigkeit besteht, desto maßvoller sollte der Eingriff sein.³⁹ Die vom unmittelbar an die Grundrechte gebundenen Bundesgesetzgeber im ASVG und im Pensionsrecht der Beamten vorgenommenen Änderungen stellen dafür beachtliche Wertungen dar.⁴⁰

Die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs wird durch Gegenüberstellung der Interessen der Arbeitnehmer und der betrieblichen Interessen beurteilt und kann daher nur unter Beachtung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorgenommen werden. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, dass dann, wenn das Unternehmen „konkursreif“ bzw ein „Sanierungsfall“ ist, auch schmerzhaft Eingriffe als verhältnismäßig gewertet werden müssen.⁴¹ Dass der Eingriff verhältnismäßig ist, ist bei kollektivrechtlichen Änderungen grundsätzlich zu vermuten bzw anzunehmen.⁴²

4. Fürsorgepflicht

4.1. Grundsätzliches

Die in § 1157 Abs 1 ABGB bzw § 18 AngG positivierte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers geht über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, der in erster Linie eine Schutz- bzw Abwehrfunktion zukommt, insofern hinaus, als sie den Arbeitgeber nicht nur dazu verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht zu verletzen, sondern auch dazu, dessen Interessen (in bestimmtem Umfang) zu wahren/beachten bzw sogar zu fördern. Wenngleich § 1157 Abs 1 ABGB bzw § 18 AngG ausdrücklich nur Leben und Gesundheit des Arbeitnehmer als Schutzobjekt der vom Arbeitgeber zu beachtenden Fürsorgepflicht anführen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers so zu gestalten, dass auch dessen andere Interessen nach Möglichkeit gewahrt werden. Dazu zählen Sittlichkeit, Ehre und sonstige Persönlichkeitsrechte, aber auch die Vermögensinteressen. Besonders schwerwiegende Verstöße gegen die Fürsorgepflicht berechtigen den Arbeitnehmer unter Umständen zur Zurückhaltung seiner Arbeitsleistung oder zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch vorzeitigen Austritt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen nachwirkende Rücksichtnahmepflichten, aber keine weitergehenden Schutz- und Sorgfaltspflichten.⁴³ Bei Arbeitskräfteüberlassung gilt die Fürsorgepflicht auch für den Beschäftiger.⁴⁴

³⁹ OGH 8 ObA 236/01s.

⁴⁰ OGH 8 ObA 170/00h.

⁴¹ OGH 9 ObA 68/04x.

⁴² OGH 8 ObA 47/08g; OGH 9 ObA 66/07g.

⁴³ OLG Wien 7 Ra 6/04k; OGH 9 ObA 172/99f.

⁴⁴ OGH 8 Ob 3/04f, ZAS 2005/44 (Posch).

Zahlreiche in Spezialgesetzen festgelegte Verpflichtungen des Arbeitgebers (zB im ASchG, KJBG, AZG, ARG, MSchG) können als konkretere Ausformung der allgemeinen Fürsorgepflicht qualifiziert werden. So ist etwa gemäß § 27 Abs 4 ASchG jedem Arbeitnehmer ein versperrbarer Kleiderkasten oder eine sonstige geeignete versperrbare Einrichtung zur Aufbewahrung der Privat- und Arbeitskleidung sowie sonstiger Gegenstände, die üblicherweise zur Arbeitsstätte mitgenommen werden, zur Verfügung zu stellen. Nach Tunlichkeit ist dieser Verpflichtung auch auf Arbeitsstellen außerhalb des Betriebsortes nachzukommen. Verabsäumt der Arbeitgeber die Sicherung der zu schützenden Gegenstände des Arbeitnehmers, so haftet er für deren Verlust.⁴⁵ Diese Schutzpflicht erstreckt sich auch auf die vom Arbeitnehmer zur Erbringung seiner Arbeitsleistung eingebrachten Arbeitsmittel (zB Werkzeuge). Bei Verlust der vom Arbeitnehmer eingebrachten Arbeitsgeräte aus Verschulden des Arbeitgebers hat der Arbeitnehmer Schadenersatzansprüche.⁴⁶ Übt der Arbeitnehmer eine besonders gefahrgeneigte Tätigkeit aus, ist der Arbeitgeber darüber hinaus verpflichtet, das für die Erbringung der Arbeitsleistung verwendete Eigentum des Arbeitnehmers zu versichern.⁴⁷

Aufgrund der Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber bspw weiters dazu verhalten, dem Arbeitnehmer bei Vorliegen einer Notsituation die private Nutzung von Betriebsmitteln zu gestatten.⁴⁸ Weiters kann sich aus der Fürsorgepflicht mE ein Anspruch auf Einräumung zusätzlicher, also über das AZG hinausgehender (unbezahlter) Pausen ergeben, wenn der Arbeitnehmer nicht dazu in der Lage ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen, ohne weitere Pausen einzulegen. Auch ein Anspruch auf (vorübergehende) Mitnahme etwa von Tieren oder betreuungsbedürftigen nahen Angehörigen an den Arbeitsplatz (begrenzt durch Möglichkeit und Zumutbarkeit für den Arbeitgeber) wäre denkbar. Die Fürsorgepflicht gebietet im Regelfall jedoch keine Zustimmung zur vom Arbeitnehmer gewünschten Änderung des Arbeitsvertrages (zB Änderung der Arbeitszeit). Auch ein Rechtsanspruch auf Begleitmaßnahmen bei Belastung durch Stress oder Burn-out kann aus der Fürsorgepflicht im Allgemeinen nicht abgeleitet werden.⁴⁹

4.2. Beispiele aus der Judikatur

Aus der Fürsorgepflicht wurden bspw folgende Verpflichtungen des Arbeitgebers abgeleitet:

- Zur Ausstellung von Bestätigungen, die für die Berufsausübung notwendig sind (die Verletzung dieser Verpflichtung macht den Arbeitgeber schadenersatzpflichtig).⁵⁰

⁴⁵ VwGH 2608/78; OGH 4 Ob 117/82.

⁴⁶ OGH 9 ObA 142/05f.

⁴⁷ OGH 4 Ob 25/68; OGH 4 Ob 35/69.

⁴⁸ Siehe Punkt 6.3.

⁴⁹ Eine Möglichkeit zur Einschätzung der eigenen Burn-out-Gefährdung mittels Selbstanalyse bietet Muster 5, Seite 232.

⁵⁰ OGH 8 ObA 217/02y, RdW 2003/41 (*Schrank*).

- Zur Wahrnehmung auch der Interessen des Arbeitnehmers in einem (Lohn-) Steuerprüfungsverfahren.⁵¹ Hat es der Arbeitgeber verabsäumt, steuerrechtliche Vorteile zugunsten des Arbeitnehmers auszunutzen, ist er nicht berechtigt, Entgelt im Rahmen einer Steuerprüfung zurückzufordern.⁵²
- Zur (durch die Zumutbarkeit begrenzten) Umgestaltung der Arbeitsabläufe des Arbeitnehmers, wenn dieser dem Arbeitgeber mehrfach und medizinisch belegt seine Unfähigkeit zur Verrichtung gewisser Tätigkeiten mitteilt.⁵³
- Zur Sicherstellung eines gefahrlos begehbaren Zuganges zu den Arbeitsräumen (bzw einer Dienstwohnung).⁵⁴
- Zur Information/Aufklärung des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber von der unzutreffenden Ansicht des Arbeitnehmers über den Status seines Arbeitsverhältnisses (gekündigt/nicht gekündigt) Kenntnis erlangt (die Verletzung dieser Verpflichtung macht den Arbeitgeber schadenersatzpflichtig).⁵⁵
- Zur Aufklärung über allfällige Risiken und Auswirkungen bedeutsamer Änderungen des Arbeitsvertrages (die Verletzung dieser Verpflichtung macht den Arbeitgeber schadenersatzpflichtig).⁵⁶
- Zur vollständigen Information des Arbeitnehmers über allfällig neu entstehende Ansprüche, zB infolge einer geänderten Dienstreiseanordnung (die Verletzung dieser Verpflichtung macht den Arbeitgeber schadenersatzpflichtig).⁵⁷
- Zur Haftung für Steuerschäden des Arbeitnehmers, die aus der Nachzahlung von Entgelt aufgrund einer rechtswidrigen und schuldhaften Handlung des Arbeitgebers (zB Entlassung) entstanden sind.⁵⁸
- Zur Abgeltung der einem behinderten Arbeitnehmer aufgrund seiner Körperbehinderung im Rahmen von Dienstreisen entstandenen Mehrkosten.⁵⁹
- Zur Information der an einem Streik nicht beteiligten, ernstlich arbeitsbereiten Arbeitnehmer, dass ihre Arbeitsleistung aufgrund des Streiks nicht entgegengenommen werden kann.⁶⁰
- Zur Minderung der Höhe eines vom Arbeitnehmer verursachten Schadens (zB durch Inanspruchnahme einer Leistung aus der Kaskoversicherung).⁶¹
- Zur Umgestaltung des Arbeitsplatzes (Schutz vor Raucheinwirkung, Zugluft oÄ) bzw zur Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes, wenn die Gesundheit des

⁵¹ OGH 4 Ob 111/77.

⁵² ASG Wien 8 Cga 140/96g.

⁵³ OLG Wien 8 Ra 41/03p.

⁵⁴ OGH 4 Ob 25/68.

⁵⁵ ASG Wien 33 Cga 137/00h.

⁵⁶ OGH 9 ObA 243/02d-9, ecolex 2003/349 (*Mazal*).

⁵⁷ OGH 9 ObA 118/03y, ZAS 2004, 249 (*Schrank*).

⁵⁸ OGH 9 ObA 106/04k.

⁵⁹ OGH 9 ObA 142/05f.

⁶⁰ OGH 8 ObA 23/05y; OGH 9 ObA 40/05f; OGH 9 ObA 71/05i.

⁶¹ OGH 9 ObA 90/07m.

Arbeitnehmers bei Weiterbeschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz gefährdet wäre.⁶²

Als Beispiele für die Festlegung der Grenzen der Fürsorgepflicht können folgende Entscheidungen dienen:

- Die Fürsorgepflicht verpflichtet den Arbeitgeber nicht, den Arbeitnehmer treffende Verwaltungsstrafen zu übernehmen. Vielmehr ist eine im Voraus getroffene Vereinbarung, dass solche Strafen vom Arbeitgeber übernommen werden, sogar nichtig.⁶³
- Die Fürsorgepflicht verpflichtet den Arbeitgeber nicht zur Kontrolle der einem leitenden Angestellten übertragenen Lohnabrechnung.⁶⁴
- Ein im konkreten Fall bestehendes, über das gesetzliche Ausmaß hinausgehendes Einsichtsrecht des Arbeitnehmers in die Aufzeichnungen (Bücher) des Arbeitgebers basiert nicht auf der Fürsorgepflicht, sondern auf (noch) allgemeineren zivilrechtlichen Erwägungen.⁶⁵
- Aus der Fürsorgepflicht kann nicht abgeleitet werden, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor dem Ablauf von Verjährungsfristen warnen muss.⁶⁶
- Auch wenn eine Arbeitsstätte in einer zeckengefährdeten Zone liegt, ist der Arbeitgeber ohne besondere berufliche Exposition nicht zur Tragung der Kosten einer Zeckenschutzimpfung verpflichtet.⁶⁷
- Den Arbeitgeber trifft aufgrund der Fürsorgepflicht keine Haftung für private Arbeitsmittel des Arbeitnehmers, die dieser am Arbeitsplatz verwendete und die durch höhere Gewalt (zB Brand) zerstört wurden.⁶⁸

4.3. Nachwirkung

Die Fürsorgepflicht ist (neben den Bestimmungen des DSG) auch bei der Erteilung von Auskünften über (ehemalige) Arbeitnehmer zu beachten. Als Anhaltspunkt für die Reichweite dieser Verpflichtung kann zum einen das „Recht auf Lüge“ im Bewerbungsgespräch dienen: Zu Fragen, die der Arbeitnehmer bei einem Bewerbungsgespräch nicht wahrheitsgemäß beantworten muss, darf auch der (ehemalige) Arbeitgeber keine korrekte Auskunft geben.⁶⁹ Die Möglichkeit, auch dem (ehemaligen) Arbeitgeber ein „Recht auf Lüge“ einzuräumen, ist mE jedoch deshalb

⁶² OGH 9 ObA 18/92.

⁶³ OGH 9 ObA 284/92.

⁶⁴ OGH 9 ObA 39/00a.

⁶⁵ OGH 4 Ob 108/62.

⁶⁶ OGH 8 ObA 340/97a.

⁶⁷ OLG Wien 9 Ra 173/98x.

⁶⁸ OGH 8 ObA 81/03z. Zur Tragung der Kosten für eine Bildschirmarbeitsbrille vgl OGH ObA 63/00f.

⁶⁹ Andernfalls könnten die dem Arbeitnehmer zustehenden Rechte durch Einholung einer Auskunft beim (früheren) Arbeitgeber (bequem) umgangen werden.

abzulehnen, weil das Rechtsverhältnis zwischen Bewerber und (potenziellem) Arbeitgeber anders zu beurteilen ist als zwischen dem Auskunft begehrenden und dem Auskunft erteilenden Arbeitgeber. Somit resultiert die Verpflichtung, die Auskunft zu verweigern, als logische Konsequenz aus der Negation aller Alternativen.⁷⁰

Die Nachwirkung der Fürsorgepflicht reicht für informelle Auskünfte über ausgeschiedene Arbeitnehmer aber nicht so weit wie das für Arbeitszeugnisse geltende Erschwerisverbot, sondern sachliche Auskünfte über konkrete, beim neuen Arbeitgeber erforderliche Fähigkeiten sind in einem gewissen Rahmen als unbedenklich anzusehen; Auskünfte über die „Klagsfreudigkeit“ eines ehemaligen Arbeitnehmers sind hingegen unzulässig.⁷¹ Den Arbeitgeber treffen idZ auch organisatorische Verpflichtungen: Während er für seine Repräsentanten jedenfalls einzustehen hat, beschränkt sich seine Verantwortung bei Auskunfterteilung durch andere Arbeitnehmer hingegen auf eine entsprechende Organisation des Betriebes.

Diese Rechtsprechung lässt letztlich offen, wie weit die Verschwiegenheitspflicht des ehemaligen Arbeitgebers tatsächlich reicht (zB Auskünfte über Krankenstände oder Tätigkeit als BetrR-Mitglied). Überdies können auch aus der Verweigerung einer Auskunft negative (und daher allenfalls Schadenersatzansprüche des ehemaligen Arbeitnehmers auslösende) Rückschlüsse gezogen werden, wenn der Arbeitgeber zuvor andere Fragen beantwortet hat. Da aber nicht vorhersehbar ist, welche Fragen im Zuge einer (aktuellen oder künftigen) Anfrage noch gestellt werden, besteht die sicherste Möglichkeit zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen mE darin, sämtliche Auskünfte zu verweigern.

⁷⁰ Eine Verletzung dieser Verpflichtung kann den Arbeitgeber entweder gegenüber dem (ehemaligen) Arbeitnehmer oder gegenüber dem anfragenden Arbeitgeber schadenersatzpflichtig machen.

⁷¹ OGH 9 ObA 104/07w, ZAS 2009/6 (*Wolfsgruber*).