



DISSERTATION | DOCTORAL THESIS

Titel | Title

Rechtsfragen des persönlichen Feiertags

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Irisz Kovacs LL.M.

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien | Vienna, 2024

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt | Field of
study as it appears on the student record
sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von | Supervisor:

ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Martin Gruber-Risak

Danksagung

Erstens möchte ich meiner kleinen Tochter, Stella-Aurora danken, die durch ihre reizende Art und ihr ruhiges, ausgeglichenes Wesen maßgeblich zur Fertigstellung meiner Arbeit beigetragen hat. Mein Dank gilt meinen Eltern, Terézia und István, die mir das Studium ermöglicht haben. Besonderer Dank gilt meiner Mutter Terézia, die mich durch ihre großzügige, hilfsbereite Unterstützung tatkräftig in der Kinderbetreuung und allgemein durch ihren unermüdlichen Zuspruch unterstützt hat. Ich weiß es sehr zu schätzen, dass du immer für mich da bist.

Mein Dank gilt meinen Großeltern, Terézia und László. Ich widme meine Arbeit meinem verstorbenen Großvater, Herrn Dipl.-Ing. László Gács, der stets an mich geglaubt, mich in meinen Zielen bestärkt und mich durch seine Art und Lebensweisheit inspiriert hat.

Besonderer Dank gilt meinen Freundinnen Agnes und Katharina, die nicht nur viel Zeit in die Korrektur meiner Arbeit investiert haben, sondern mich auch immer mit fachlichen Hilfestellungen und vielen produktiven Anmerkungen bedingungslos unterstützt haben. Danke, dass ihr für mein zeitintensives Studium Verständnis hattet und mir währenddessen immer Rückhalt gegeben habt. Ich danke euch für eure Freundschaft und schätze eure Unterstützung sehr.

Herrn Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal und Herrn Prof. (FH) Priv.-Doz. Mag. Dr. Harun Pačić danke ich für die Bereitschaft, die Arbeit zu begutachten.

Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Gruber-Risak danke ich für die hilfreichen Inputs während der Betreuung meines Themas, die konstruktive fachliche Unterstützung, die inhaltlichen Ratschläge und die kritische Hinterfragung meiner Ergebnisse.

Wien, im August 2024

Irisz Kovacs

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	7
1. Problemstellung und Ablauf der Untersuchung	10
1.1. Focus der Untersuchung: § 7a ARG.....	10
1.2. Meinungsstand und Zielsetzung.....	11
1.3. Forschungsfrage und Aufbau	12
1.4. Gang der Untersuchung.....	13
2. Genese des § 7a ARG.....	18
2.1. Anlassfall EuGH Rs <i>Cresco Investigation</i>	18
2.2. Meinungsstand.....	21
2.3. Entstehungsgeschichte und historischer Hintergrund.....	23
2.4. Das Ringen um die Neuregelung (vom halben zum persönlichen Feiertag).....	25
2.5. Zwischenergebnis.....	28
3. Grundsätzliches zu § 7a ARG	29
3.1. § 7a ARG - Problemstellung der Einordnung und Rechtsnatur des Anspruches	29
3.2. Begriff des persönlichen Feiertages und die Analyse des Gesetzestitels	30
3.3. Wesen des persönlichen Feiertages zwischen Feiertag und Urlaub sowie die Thematik zur <i>lex specialis</i>	31
3.4.1. Zu den urlaubsrechtlichen Aspekten.....	32
3.4.2. Zu den feiertagsrechtlichen Aspekten.....	39
3.5. Verjährung und Verfall.....	43
3.6. Unabdingbarkeit und Unverzichtbarkeit	44
3.7. Zusammenfassung und rechtliche Konsequenzen.....	45
3.8. Zwischenergebnis.....	45
4. Karfreitagsregelungen in KV und BV	47
4.1. Kam es durch die Abschaffung der bisherigen Karfreitagsregelung zu einem Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie?	47
4.2. <i>Jom Kippur</i> (Versöhnungstag) - Thematik im Hinblick auf den Generalkollektivvertrag, die Branchenkollektivverträge sowie Erörterungen zur Rechtfertigung als positive Maßnahme	58
4.2.1. Problemstellung im Hinblick auf den Generalkollektivvertrag	58
4.2.2. Problemstellung im Zusammenhang mit Branchenkollektivverträgen	62
4.3. Was passiert mit BV, die den Karfreitag diskriminierend geregelt haben? Möglicher Lösungsweg der BV zur menschengerechten Arbeitsgestaltung gemäß § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG als Kompetenztatbestand.....	65
4.4. Zwischenergebnis.....	69
5. Gleichbehandlungsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag	72
5.1. Diskriminierung aufgrund des Tatbestandselements des § 7a ARG (Vorankündigungsfrist)	72
5.2. Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung.....	73
5.2.1. Diskriminierung der Evangelischen gegenüber Konfessionslosen (Problemstellung)	73
5.2.2. Erneute (unmittelbare) Diskriminierung der Evangelischen durch die Neuregelung zum persönlichen Feiertag?.....	77
5.2.3. Verhältnis der Dienstverhinderung aus wichtigen persönlichen Gründen zum persönlichen Feiertag	80
5.2.4. Zum Verhältnis von § 4 Abs 2 UrlG bzw § 8 Abs 3 AngG sowie § 1154b Abs 5 ABGB und § 7a ARG.....	88
5.2.5. Zur <i>lex specialis</i> Eigenschaft des 7a ARG im Zusammenhang mit der Dienstverhinderung nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB	89

5.2.6. Exkurs: Rechtspolitischer Vorschlag der Schaffung von substituierbaren Feiertagen nach Wieshaider	91
5.3. Zwischenergebnis	93
6. Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages	96
i. Grundkonstellation	96
6.1. Die Formvoraussetzungen und der Verbrauch des persönlichen Feiertages	96
6.1.1. Bekanntgabe und Inhalt	96
6.1.2. Das Schriftlichkeitsgebot.....	97
6.1.3. Die Vorankündigungsfrist.....	101
6.1.4. Fragestellungen im Zusammenhang mit der Bekanntgabe des persönlichen Feiertages (Abgrenzung zum Urlaubsverbrauch, Persönlicher Feiertag <i>pro futuro</i> bzw Änderung und Verschiebung des persönlichen Feiertages)	104
6.1.5. Heilung von Form- und Fristwidrigkeit.....	110
6.1.6. Offener Urlaubsanspruch (vorhandenes Urlaubskontingent)	113
ii. Abweichende Fälle – Der persönliche Feiertag bei atypisch Beschäftigten	116
6.2. Teilzeitbeschäftigte – aliquoter Anspruch und Wechsel des Arbeitszeitausmaßes im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag.....	116
6.2.1.1. Zum Wechsel des Arbeitszeitausmaßes (Problemstellung).....	116
6.2.2. Zur ungleichmäßigen Verteilung der Arbeitszeit (Schwankende Arbeitszeit und der persönliche Feiertag)	119
6.3. Sonderproblematik des Zusammenfalls vom persönlichen und gesetzlichen Feiertag ..	121
6.3.1. Urlaub am gesetzlichen Feiertag mit Arbeitspflicht	121
6.3.2. Persönlicher Feiertag am gesetzlichen Feiertag mit Arbeitspflicht	123
6.3.3. Arbeit am persönlichen Feiertag mit Arbeitspflicht	124
6.4. Ablehnungsrecht des AG bei der individuellen Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages.....	126
6.5. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	130
7. Der Nichtantritt des persönlichen Feiertages	139
7.1. Problemstellung.....	139
7.2. Rücktrittsrecht des AN bei bekanntgegebenem persönlichem Feiertag.....	140
7.2.1. Nicht-Antritt.....	142
7.2.1.1. Nicht-Antritt auf Ersuchen des AG.....	142
7.2.1.2. Einvernehmliche Änderung und „Verschiebung“ des persönlichen Feiertages ..	148
7.2.2. Begründeter Rücktritt	150
7.2.2.1. Einseitiger, begründeter Rücktritt.....	150
7.2.3. Unbegründeter Rücktritt	156
7.2.4. Kollision mit anderen (Dienst-)verhinderungsgründen.....	158
7.2.4.1. Kollision verschiedener Dienstverhinderungen mit Entgeltfortzahlung.....	158
7.2.4.2. Krankenstand am persönlichen Feiertag aus Sicht des Rücktrittsrechts.....	160
7.2.5. Der persönliche Feiertag und die Kündigungsfrist.....	165
7.3. Rücktrittsrecht des AG bei vereinbarter Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag...	166
7.4. Einschränkung des Zeitpunktes des persönlichen Feiertages.....	168
7.5. Zum Rückruf aus dem persönlichen Feiertag.....	172
7.6. Zusammenfassung der Ergebnisse	177
8. Sonderfall Kollektive Inanspruchnahme.....	184
8.1.1. Problemstellung der kollektiven Inanspruchnahme als wirtschaftliche Unzumutbarkeit.....	184
8.2.1. Problemstellung der kollektiven Inanspruchnahme der Belegschaft als Arbeitskampfmaßnahme	186
8.3. Arbeitsniederlegung unter Anleitung des BR (Exkurs)	195

8.4. Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages durch mehrere AN aus religiös motivierten Gründen (aufgrund derselben Glaubensrichtung) am selben Tag oder ohne religiöse Gründe.....	198
8.5. Problemstellung der Arbeit am persönlichen Feiertag, um ein höheres Entgelt zu erzielen.....	201
8.6. Zusammenfassung der Ergebnisse	202
9. Die finanzielle Abgeltung der Arbeit am persönlichen Feiertag.....	208
9.1. Interpretation des „doppelten“ Entgelts (Bezeichnung und Berechnung).....	208
9.2. Pauschale Abgeltung von Mehrleistungen.....	214
9.2.1. Problemstellung der Abgeltung mittels All-In-Vereinbarung und der Überstundenpauschale.....	214
9.3.1. Problemstellung in der Gleitzeit	215
9.4. Kündigung und Kündigungsanfechtung sowie schwebende Unwirksamkeit des Urlaubsverbrauchs.....	217
9.5. Zusammenfassung der Ergebnisse	219
10. Zusammentreffen mit anderen Dienstverhinderungsgründen	221
10.1. Problemstellung.....	221
10.2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (Unglücksfall, Berufskrankheit und Arbeitsunfall).....	222
10.3. Verlängerung der Inanspruchnahme bzw der Entgeltfortzahlungsdauer.....	224
10.4. Das Zusammentreffen von sonstigen Dienstverhinderungsgründen mit dem persönlichen Feiertag	229
10.5. Zusammentreffen von Pflegefreistellung und Betreuungsfreistellung mit Krankenstand und dem persönlichen Feiertag	230
10.6. Sonderformen der Karenz (Bildungskarenz, Bildungsteilzeit, Pflegekarenz und Pflegezeit) und der persönliche Feiertag.....	231
10.7. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	233
11. Die BUAK und der persönliche Feiertag	237
11.1. Einleitung und allgemeine Problemstellung.....	237
11.2. Der persönliche Feiertag bei Arbeitsverhältnissen, die dem BUAG unterliegen....	238
11.3.1. Bekanntgabe bei Arbeitsverhältnissen, die dem BUAG unterliegen.....	239
11.4. Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages und Auszahlung des Urlaubsentgeltes im Falle des Urlaubsantrittes bei Arbeitsverhältnissen, die dem BUAG unterliegen.....	240
11.5. Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag bei Arbeitsverhältnissen, die dem BUAG unterliegen.....	243
11.6. Abgeltung von Anwartschaften nach dem BUAG (Thematik der Urlaubersatzleistung nach dem BUAG)	245
11.7. Zusammenfassung der Ergebnisse	246
12. Sonderfälle und weitere Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag (Entsendung, Betriebsübergang, Arbeitskräfteüberlassung).....	249
12.1. Die Entsendung und der persönliche Feiertag - Allgemeines.....	249
12.2. Der Betriebsübergang, Haftung beim Betriebsübergang und der persönliche Feiertag	254
12.3. Arbeitskräfteüberlassung und der persönliche Feiertag.....	261
12.4. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	262
13. Der persönliche Feiertag in der Beendigung des Arbeitsverhältnisses	267
13.1. Abgeltung des persönlichen Feiertages als Urlaubersatzleistung	267
13.2. Der persönliche Feiertag als Urlaubersatzleistung beim unberechtigten vorzeitigen Austritt	268
13.3. Abgeltung eines noch nicht in Anspruch genommenen persönlichen Feiertages ...	272

13.4. Abgeltung eines bekannt gegebenen persönlichen Feiertages bei dem das Arbeitsverhältnis vorher endet	273
13.5. Argumente und Lösungsalternativen zur möglichen Abgeltung des bereits ausgeübten Widmungsrechtes	274
13.6. Anspruch auf Urlaubersatzleistung, wenn während des fiktiven Kündigungsentschädigungszeitraumes ein neues Urlaubsjahr entsteht	278
13.7. Zwischenergebnis	279
14. Zusammenfassung der Ergebnisse	281
Literaturverzeichnis.....	293
Onlinequellen	301
Judikaturverzeichnis.....	308
Verzeichnis sonstiger Quellen.....	316
Abstract	318

Die jeweiligen Punkte beinhalten die Problemstellung, den Meinungsstand und die Lösungsansätze inkl eigener Ansicht für die bessere Lesbarkeit und Übersicht des Inhaltsverzeichnisses.

Abkürzungsverzeichnis

AA	Abänderungsantrag
aA	anderer Ansicht
AB	Abschlussbericht
Abb	Abbildung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AK	Arbeiterkammer(n)
AK Wien	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARG	Arbeitsruhegesetz, BGBl 1983/144
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
AZG	Arbeitszeitgesetz, BGBl 1969/461
Aufl	Auflage
BGBI	Bundesgesetzblatt
BM	Bundesministerium oder Bundesminister
BR	Bundesrat
BV	Betriebsvereinbarung/-en
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
DE	Durchführungserlass
Dh	das heißt
diesbzgl	diesbezüglich
DRdA	Das Recht der Arbeit
E	Entscheidung /- en
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f	fortfolgend
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
GZ	Geschäftszahl
GRC	Grundrechtecharta

hA	herrschende /-n /-r Ansicht
hL	herrschende /-n /-r Lehre
hM	herrschende /-n /-r Meinung
Hrsg	Herausgeber
IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engen Sinn
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift)
inkl	inklusive
insb	insbesondere / e
iSd	im Sinn der/des
iSe	im Sinne einer/s
IV	Industriellen Vereinigung
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiten Sinn
iZ	im Zweifel
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
Jud	Judikatur
Kap	Kapitel
Komm	Kommentar
krit	kritisch
KV	Kollektivvertrag/ -e
lit	litera Buchstabe
Lit	Literatur
Lt	laut
mE	meines Erachtens
MSchG	Mutterschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
Nov	Novelle
NR	Nationalrat
OLG	Oberlandesgericht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Pkt	Punkt
PVInfo	Zeitschrift für Personalverrechner

PVP	Personalverrechnung für die Praxis
RA (Kanzlei)	Rechtsanwalt, Rechtsanwaltskanzlei
RdW	Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
RS	Rechtssatz
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
SN	Stellungnahme
Taxlex	Zeitschrift für Steuer und Beratung
ua	unter anderem
UrlG	Urlaubsgesetz, BGBl 1976/390
Usw	und so weiter
uU	unter Umständen
v	vom, von
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WKÖ	Wirtschaftskammer Österreich
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
Zell	Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht Hrsg <i>Neumayr/Reissner</i>
Zit	zitiertes/e
Zl	Zahl
ZP EMRK	Zusatzprotokoll zur europäischen Menschenrechtskonvention
zT	zum Teil
zzgl	zuzüglich

1. Problemstellung und Ablauf der Untersuchung

1.1. Focus der Untersuchung: § 7a ARG

Gegenstand dieser Untersuchung ist der 2019 mit der ARG-Novelle BGBl I 2019/22 eingeführte § 7a ARG. Dies erfolgte als Reaktion auf das EuGH-Urteil in der Rs *Cresco Investigation*¹ und der Abschaffung des Karfreitags als gesetzlicher Feiertag. Die Regelung ermöglicht Arbeitnehmern² (AN), unter den im Gesetz genannten Bedingungen, einen Urlaubstag einseitig als „persönlichen Feiertag“ festzulegen, somit materiell einen „einseitigen Urlaubsantritt“³. Dies wird in der Paragrafenüberschrift als „persönlicher Feiertag“ bezeichnet. Die Bestimmung besteht aus drei Absätzen, wobei der erste Absatz die Festlegung des persönlichen Feiertages und der zweite die finanzielle Abgeltung des Tages bei Erbringung einer Arbeitsleistung auf Ersuchen des Arbeitgebers (AG) regelt. Der dritte Absatz bezieht sich auf den persönlichen Geltungsbereich.

§ 7a Abs 1 ARG legt dar, dass der AN einen Urlaubstag aus dem bestehenden Urlaubskontingent einseitig terminisieren kann. Dieser Anspruch steht dem AN einmal pro Urlaubsjahr zu, und ist an die Voraussetzungen der schriftlichen Meldung sowie an die Einhaltung einer dreimonatigen Vorankündigungsfrist gebunden. Wie später noch näher nachzuweisen sein wird, ist der erste Absatz eindeutig urlaubsrechtlicher Natur, wobei es im Unterschied zum Urlaub für die Inanspruchnahme keiner Vereinbarung der Parteien bedarf, da der AN seinen persönlichen Feiertag durch ein Widmungsrecht auf diesen Tag einseitig festlegt. In Abs 2 leg cit ist die Erbringung der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag geregelt. Hat der AN den persönlichen Feiertag unter den in Abs 1 genannten Voraussetzungen bestimmt (dh sein Widmungsrecht ausgeübt) und dann diesen auf Ersuchen des AG doch nicht in Anspruch genommen (Nichtantritt des persönlichen Feiertages), so bleibt ihm der Urlaubstag erhalten, nicht aber das Widmungsrecht. Stattdessen tritt der AN die Arbeit am persönlichen Feiertag an und begründet damit den Anspruch auf ein „doppeltes Entgelt“. Es kommt somit sozusagen zum Abkauf des persönlichen Feiertages. Wie in der Folge nachzuweisen ist, zeigt sich hier die auch feiertagsrechtliche Natur der Neuregelung, da der dritte Satz des zweiten Absatzes dem Feiertags(arbeits)entgelt in § 9 Abs 5 ARG nachgebildet ist.

¹ EuGH 22.01.2019, C-193/17, *Cresco Investigation*; OGH 24.03.2017, 9 ObA 75/16v; OLG Wien 29.03.2016, 9 Ra 23/16t; ASG Wien 15.10.2015, 16 Cga 86/15f ARD 6545/6/2017 = RdW 2017, 322 = wbl 2017/111 = EvBl 2017, 657 = *Brenn*, ÖJZ 2017, 695 = ZAS 2017, 67 = ecolex 2017, 797 = *Haider*, JAS 2019, 411.

² In dieser Arbeit wird aus Gründen der leichteren Lesbarkeit auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

³ Gesetzestitel § 7a ARG.

Die wissenschaftliche sowie praktische Relevanz der Arbeit besteht insb darin, auf die zahlreichen, offenen Auslegungsfragen in der Literatur und Praxis, welche durch die Neuregelung in verschiedenen Fallkonstellationen auftreten können, Antworten zu finden sowie diese in ein umfassendes und schlüssiges System einzufügen.

1.2. Meinungsstand und Zielsetzung

In zahlreichen Beiträgen wurde vor allem die Einordnung des Anspruches behandelt.⁴ Thematisiert werden der Urlaubsvorgriff und die Übertragung des Anspruches⁵, das Schriftlichkeitsgebot und die Vorankündigungsfrist⁶, der Konsum des persönlichen Feiertages von mehreren AN⁷ bis hin zur unzulässigen Motivkündigung⁸. Einheitlich kritisch steht die Lit der Formulierung der Vergütung des „doppelten Entgelts“ gegenüber.⁹ Fragen des Nichtantritts bzw Rücktritts vom persönlichen Feiertag werden hingegen nur marginal von *Drs* erwähnt.¹⁰ Höchst umstritten in der Literatur ist der Eingriff in den Generalkollektivvertrag¹¹ ebenso die *Jom Kippur*-Problematik¹² und eine mögliche Arbeitspflicht der AN¹³, wenn sie für den AG unverzichtbar sind sowie, ob eine Abgeltung mit einer All-In-Vereinbarung möglich wäre.¹⁴ *Erler* sieht eine mittelbare Diskriminierung des persönlichen Feiertags für Kirchgänger¹⁵, *Haider* schlägt auch eine Brücke zu Behandlung von Sonderregelungen in KV¹⁶. *Firneis/Unterrieder* sowie *Glowacka* setzen sich außerdem mit der Problematik der Erkrankung am persönlichen Feiertag auseinander.¹⁷ *Glowacka* erwähnt als Erste auch die Kollision mit einem gesetzlichen Feiertag.¹⁸

⁴ *Hitz*, Die Neuregelung zum Karfreitag: das Recht auf einen persönlichen Feiertag - Klarstellungen und Praxisfragen, ARD 6641/5/2019.

⁵ *Firneis/Unterrieder*, Vom Karfreitag zum „persönlichen Feiertag“, RdW 2019, 196.

⁶ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196; ebenso *Gerhartl*, Vom Karfreitag zum „persönlichen Feiertag“, RdW 2018, 97.

⁷ *Vogt*, Das Urlaubsrecht in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht: System - und Praxiskommentar, Rz 135.

⁸ *Maier*, Arbeitgeber kann Karfreitagsurlaub nicht verhindern, Der Standard 2019/16/02.

⁹ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196; *Friedrich*, Der persönliche Feiertag – Grenzen der kollektiven Beanspruchung, ASoK 2019, 202; *Glowacka*, Die neue Karfreitagslösung, ASoK 2019, 122.

¹⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170; und *Drs*, Der „persönliche“ Feiertag in FS Löschnigg, 58.

¹¹ *Haider*, Karfreitag: Für kurze Zeit ein Feiertag für alle, ecolex 2019, 352; ebenso *Bertsch/Wiedemann*, Karfreitag – frei für alle Ein EuGH-Urteil mit Folgen, JAP 2018/2019/23; *Mertinz*, Die Abschaffung des Karfreitags als Feiertag und die Neuschaffung eines persönlichen Feiertags, PV-Info 4/2019, 3; str *Gleißner*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitszeitrecht, DRdA 2019, 190; ebenso *Schrank*, Entdiskriminierung: Rechtlich Erstaunliches zur notwendigen „Karfreitagsreparatur“, RdW 2019, 139; *Wiesinger*, Der persönliche Feiertag, ZAS 2019, 29.

¹² *Bertsch/Wiedemann*, JAP 2018/ 2019/23; *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

¹³ *Haider*, ecolex 2019, 352; *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹⁴ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

¹⁵ *Erler*, Diskriminierende Wirkung des „persönlichen Feiertags“ für Kirchgänger?, ecolex 2019, 350.

¹⁶ *Haider*, ecolex 2019, 352.

¹⁷ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196; ebenso *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹⁸ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

Die Beschäftigung mit dem persönlichen Feiertag in der Lit erfolgt jedoch zum einen bloß überblicksmäßig und gibt die Neuregelung wieder, zum anderen nur punktuell betreffend einzelne Fragen. Eine tiefergehende Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Einordnung des persönlichen Feiertages sowie der umfassenden und strukturierten Behandlung der damit verbundenen Rechtsfragen steht daher noch aus und soll nun mit dieser Arbeit erfolgen.

1.3. Forschungsfrage und Aufbau

Folglich kristallisiert sich die folgende Forschungsfrage heraus: Ist der persönliche Feiertag trotz legislativer Verankerung im ARG dem Wesen nach Urlaub iSd UrlG und können daher die zum Urlaubsrecht entwickelten Ansätze Anwendung finden oder ist dieser vielmehr oder eine besondere Form der Ruhezeit und es müssen dem ARG entsprechende spezifische Lösungen entwickelt werden?

Es zeigt sich insb beim Nichtantritt des bereits bekannt gegebenen persönlichen Feiertages, dass die theoretische Einordnung des persönlichen Feiertages, der - wie nachzuweisen sein wird - ein Hybrid aus Feiertag und Urlaub ist, von großer praktischer Relevanz ist.

Neben dem Nichtantritt soll auch der Fall behandelt werden, dass ein AN einen persönlichen Feiertag nach dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht mehr konsumieren möchte. Es stellt sich dabei die Frage, ob es ein solches, eigentlich gesetzlich nicht vorgesehenes Recht zum Rücktritt vom bereits bestimmten persönlichen Feiertag gibt bzw unter welchen Voraussetzungen dieses ausgeübt werden kann. Damit in Verbindung steht die Frage, ob der AG den Antritt des persönlichen Feiertages verhindern kann indem er sich auf einen wichtigen Grund beruft wie insb den, dass ein Ausfall der Arbeitsleistung des AN zu unverhältnismäßigen Schäden für ihn führen würde. In all diesen Konstellationen stellt sich die Frage, ob auf die für den Urlaub entwickelten Lösungswege zurückgegriffen werden kann oder nicht.

Zudem wirft der persönliche Feiertag in unterschiedlichen Aspekten rechtliche Detailprobleme auf, die zweckmäßig in thematischen Gruppen zusammenzufassen sind. Es geht dabei insb um folgende:

1. Gleichbehandlungsrecht
2. Karfreitagsregelungen in KV und BV
3. Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages und Arbeit am persönlichen Feiertag
4. Arbeitskampfrecht – die kollektive Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages
5. Zusammentreffen mit anderen Dienstverhinderungsgründen
6. Sonderkonstellationen (Entsendung, Betriebsübergang, Arbeitskräfteüberlassung)

7. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1.4. Gang der Untersuchung

Die oben erläuterten Themengruppen werden wie folgt in Kapitel gegossen: Zu Beginn wird in Kapitel 2 auf die **Genese des § 7a ARG** eingegangen und der Anlassfall in der Rs *Cresco Investigation* inkl dem Ringen um die Neuregelung detailliert dargestellt sowie der geschichtliche Hintergrund der Karfreitagsregelung in der österreichischen Feiertagsordnung erörtert.¹⁹

Nach diesem Einstieg in die Materie widmet sich Kapitel 3 der **dogmatischen Einordnung**, also dem Wesen und dem rechtlichen Charakter des persönlichen Feiertages zwischen Feiertag und Urlaub. In diesem Zusammenhang geht es darum, ob im Hinblick auf die Einordnung und Rechtsqualität des Anspruches auf den persönlichen Feiertag die Wesenszüge desurlaubes oder eines Feiertages überwiegen und wie die Rechtsnatur des persönlichen Feiertages zu beurteilen ist.²⁰ Hierbei wird insb untersucht, ob es sich beim persönlichen Feiertag nur um einen Urlaubstag mit einem „reinen Widmungsrecht“ handelt oder doch um eine stärker dem gesetzlichen Feiertag nachgebildete Rechtsfigur. Dies ist deshalb von Bedeutung, da sich der Urlaubscharakter durch den Wegfall des Widmungsrechtes ändert.

In Kapitel 4 (**Karfreitagsregelungen in KV und BV**) wird die in der Literatur heftig umstrittene Thematik beleuchtet, ob durch die Abschaffung des Karfreitags es zu einem Eingriff in die Kollektivvertragsfreiheit gekommen ist oder nicht.²¹

Die Neuregelung kann auch im Hinblick auf eine mögliche Diskriminierung in Bezug auf den *Jom Kippur*-Feiertag, der auf Grund des Generalkollektivvertrages nur AN mit jüdischer Religionszugehörigkeit gewährt wird, in diesem Zusammenhang relevant sein. In dieses Feiertagsprivileg wurde nämlich (noch) nicht eingegriffen und es stellt sich die Frage, ob die

¹⁹ EuGH 22.01.2019, C-139/17, *Cresco Investigation*; Mazal, Gleichbehandlung: Diskriminierung oder positive Maßnahme, ZAS 2016, 47; Wieshaider, Aller heilige Zeiten und das staatliche Recht, öarr 2019, 339.

²⁰ Trinko, Ausgewählte praxisrelevante Fragen zum einseitigen Urlaubsantritt des § 7a ARG („persönlicher Feiertag“), DRdA-infas 2019, 292; Hitz, ARD 6641/5/2019; Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; und Drs, FS Löschnigg, 49; Edthaler/Traxler, Der persönliche Feiertag, ASoK 2019, 369; Wiesinger, ZAS 2019, 29; Glowacka, ASoK 2019, 122; Haider, ecolex 2019, 352; Friedrich, ASoK 2019, 202; Wieshaider, öarr 2019, 339; Schrank, Aufhebung des religionsselektiven Karfreitag-Feiertags und Nachfolgeregelung eines jährlichen „persönlichen Feiertags“ in Köck/Niksova/Risak/Wolf (Hrsg), Liber Amicorum Wolfgang Mazal zum 60. Geburtstag, 196.

²¹ Haider, ecolex 2019, 352; ebenso Bertsch/Wiedemann, JAP 2018/2019/23; A.Potz in Kary, Die Presse Recht 2019, 22; Mertinz, PV-Info 4/2019, 3; str Gleißner, DRdA 2019, 190; ebenso Schrank, RdW 2019, 139; Wiesinger, ZAS 2019, 29; Gruber-Risak, Der Karfreitag (auch) als koalitionsrechtliches Problem, öarr 2019, 322.

Jom Kippur-Regelung im Generalkollektivvertrag und in den Branchenkollektivverträgen unmittelbar diskriminierend ist oder ob sie als positive Maßnahme gerechtfertigt sein kann.²² Weiters werden sonstige konfessionsbezogene Sonderfeiertage in KV und BV, die den Karfreitag diskriminierend geregelt haben, untersucht.²³ Bei Letzteren stellt sich die Frage, ob BV zur menschengerechten Arbeitsgestaltung durch den Kompetenztatbestand des § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG gedeckt sind.

Im Anschluss daran werden in Kapitel 5 die **gleichbehandlungsrechtlichen Aspekte** des § 7a ARG analysiert. Eingangs ist zu untersuchen, ob durch die Einführung des persönlichen Feiertages die durch den EuGH festgestellte Diskriminierung nun endgültig beseitigt wurde. Werden demnach die Angehörigen der evangelischen Kirchen AB und HB, der Altkatholischen Kirche und der Evangelisch-methodistischen Kirche, die den Tag als ihren höchsten Feiertag als persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen und dadurch einen Urlaubstag „verlieren“, gegenüber Konfessionslosen anders behandelt, da Konfessionslose womöglich keinen persönlichen Feiertag konsumieren und so keinen Urlaubstag für die Erfüllung religiöser Pflichten „opfern“?²⁴ Weiters ist zu prüfen, ob eine erneute Diskriminierung der Angehörigen der soeben genannten Kirchen vorliegt, da in Feiertagsprivilegien anderer Konfessionen nicht eingegriffen wurde.²⁵

Die folgenden drei Kapitel widmen sich den vor allem für die Praxis bedeutsamen Fragen der Konsumation des persönlichen Feiertages bzw dem Rücktritt von diesem. In Kapitel 6 wird die **Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages** gem § 7a Abs 1 ARG in der Grundkonstellation detailliert untersucht. Es geht dabei um die Grenzen des Antrittsrechtes und die Problematiken im Zusammenhang mit der Meldung des persönlichen Feiertages (Formmängel, Heilung von Formmängeln), dem Schriftlichkeitsgebot, der dreimonatigen Vorankündigungsfrist. Ebenso behandelt wird die Voraussetzung des ausreichenden noch offenen Urlaubskontingent bzw ob Rechtsanspruch auf einen Urlaubsvorgriff iZm dem

²² Str *Gleißner*, DRdA 2019, 190; *Bertsch/Wiedemann*, JAP 2018/2019/23; *Wanderer*, Zusätzliche Feiertage aufgrund der Religionszugehörigkeit rechtlich unhaltbar, RdW 2013, 287; *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196; *Karl*, Karfreitag: Zulässiges Feiertagsprivileg oder verbotene Diskriminierung RdW 2016, 615; *Mazal*, ZAS 2016, 47.

²³ *Haider*, ecolex 2019, 352; *Wanderer*, RdW 2013, 287; *Mayr*, Feiertage und Diskriminierung aufgrund der Religion im österreichischen Arbeitsrecht, ecolex 2004, 428; *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

²⁴ *Erler*, Der neue „persönliche Feiertag“ als „Ersatz“ für den Karfreitag!?, ÖZPR 2019, 42; und ecolex 2019, 350; *Auer-Mayer*, Ausgewählte Rechtsprobleme rund um Urlaub und Feiertage, ZAS 2020, 22.

²⁵ *Bertsch/Wiedemann*, JAP 2018/2019/23;

https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200312_OTS0185/karfreitag-synodenpraesident-kroemer-evangelische-kirche-massiv-in-ihren-rechten-eingeschraenkt (heruntergeladen am 21.02.2021).

persönlichen Feiertag besteht.²⁶ Der zweite Teil dieses Kapitels beschäftigt sich mit atypisch Beschäftigten im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag. Dabei erfolgt insb eine Aufarbeitung der Spezialfragen, die mit der Teilzeitbeschäftigung im Zusammenhang stehen (aliquoter Anspruch bei ungleichmäßiger Verteilung der Arbeitszeit, Wechsel des Arbeitszeitausmaßes). Abschließend werden noch die Problematik eines möglichen Ablehnungsrecht des AG angerissen und die sich uU aus den §§ 879, § 1295 Abs 2 ABGB ergebenden Grenzen der individuellen Inanspruchnahme thematisiert.²⁷

Kapitel 7 widmet sich durch die Bildung von zwei größeren Themenblocks einerseits dem **Rücktritt des AN** und hier insb dem Nicht-Antritt auf Wunsch des AG, der einvernehmlichen Änderung und Verschiebung des persönlichen Feiertages sowie dem begründeten und dem unbegründeten Rücktritt von einem einmal bekannt gegebenen Feiertag. Andererseits wird ein mögliches **Rücktrittsrecht des AG** bei vereinbarter Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag, eine mögliche Arbeitspflicht am persönlichen Feiertag sowie mögliche Parallelen zum Rückruf aus dem Urlaub untersucht. Hierbei stellt sich insb die Frage, ob AG den persönlichen Feiertag verhindern können, indem eine Arbeitspflicht angeordnet wird.²⁸

In Kapitel 8, dem Sonderfall der **kollektiven Inanspruchnahme** des persönlichen Feiertages, werden die Grenzen des Verbrauches des persönlichen Feiertages aufgezeigt. Es stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen, die näher auszuführen sind, ob die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages von mehreren AN als Streik zu werten bzw, ob die AN ihren persönlichen Feiertag kollektiv konsumieren dürfen. Wenn man die kollektive Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages als einen eintägigen Streik wertet, stellt sich zudem die Frage nach dem Lohnanspruch (Urlaubsentgelt), da beim Streik dieser aufgrund der arbeitskampfbedingten Nichtarbeit entfällt.²⁹

In Kapitel 9 erfolgt eine Auseinandersetzung mit der **Arbeit am persönlichen Feiertag**, wobei diese auf Initiative des AN einerseits sowie des AG andererseits erfolgen kann. Dabei geht es vor allem um die Vergütung und die Interpretation des diesfalls zustehenden doppelten

²⁶ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196; *Gerhartl*, RdW 2018, 97; *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170; *Hitz*, ARD 6641/5/2019; *Haider*, ecolex 2019, 352; *Wiesinger*, ZAS 2019, 29; *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

²⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171; *Gleißner*, Neuregelung Karfreitag, ZAS 2019, 16; *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

²⁸ *Haider*, ecolex 2019, 352; *Erlar*, ÖZPR 2019, 42; *Glowacka*, ASoK 2019, 122; *Friedrich*, ASoK 2019, 202; *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

²⁹ *Krejci*, Recht auf Streik, 316.

Entgeltes³⁰ sowie die finanzielle Abgeltung des unverbrauchten persönlichen Feiertages sowie die faktische Unmöglichkeit von dessen Verbrauch.

Insb in der Beratungspraxis stellen sich zudem Fragen des Umganges der **Kollision** des persönlichen Feiertages **mit anderen Entgeltfortzahlungstatbeständen**.³¹ Diese Themenbereiche werden in Kapitel 10 aufgearbeitet: die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie die Dienstverhinderungsgründe nach dem KV und die Sonderformen der Karenz (Bildungskarenz, Bildungsteilzeit und Pflegekarenz). Da während der beanspruchten Zeit der Bildungskarenz, Pflegekarenz bzw Bildungsteilzeit und Pflegeteilzeit kein Urlaub entsteht bzw dieser aliquotiert³² wird, ist zu untersuchen, wie mit einem bereits gemeldeten persönlichen Feiertag ist, der in diesem Zeitraum konsumiert worden wäre oder an dem der AN gearbeitet hätte, umzugehen ist.

Bei **speziellen AN-Gruppen** (wie solche in **BUAK-pflichtigen Betrieben und entsendete AN**) stellen sich auf Grund von deren spezifischer Arbeitssituation in den Kapiteln 11 und 12 besondere Fragen: Bei den BUAK-pflichtigen Betrieben ist ua zu untersuchen, ob BUAK-pflichtige AN ihren persönlichen Feiertag an den AG oder direkt an ihre Urlaubskasse melden müssen?³³ Im Zusammenhang mit entsendeten AN stellt sich insb die Frage, ob die nach Österreich bzw aus Österreich hinaus entsendete AN ihren persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen können oder nicht.³⁴

Kapitel 12 widmet sich der Thematik des **Betriebsüberganges**³⁵; dabei geht es insb um die Problematik des Arbeitersuchens durch den Veräußerer und die Bindung des Erwerbers an ein solches.

Schlussendlich wird in Kapitel 13 auf die **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** eingegangen, es geht hierbei um die Abgeltung des persönlichen Feiertages als Urlaubersatzleistung bzw um eine mögliche Abgeltung des Widmungsrechtes wenn zB der persönliche Feiertag bereits bekannt gegeben ist, aber das Arbeitsverhältnis vorher endet.³⁶ Im Sinne der EuGH-Rsp zum

³⁰ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196; *Friedrich*, ASoK 2019, 202; *Glowacka*, ASoK 2019, 122; *Hitz*, ARD 6641/5/2019; *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

³¹ *Erlér*, ÖZPR 2019, 42; *Glowacka*, ASoK 2019, 122; *Hitz*, ARD 6641/5/2019; *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 5 Rz 42.

³² *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 12 AVRAG Rz 17; *Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 14d Rz 14.

³³ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29; und Rundschreiben <https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/infolblatt-persoener-feiertag.pdf> (heruntergeladen am 06.09.2020).

³⁴ *Geiblinger*, Das Feiertagsstatut bei der Entsendung in osteuropäische EU-Mitgliedstaaten, ASoK 2019, 334.

³⁵ *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 3 Rz 78; *Egermann*, Betriebsübergang, Urlaub und Regress, ecolex 2005, 382; *Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 557.

³⁶ *Mayr/Erlér*, UrlG³ § 10 Rz 3 und 8; *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 10 Rz 9.

Urlaub³⁷ stellt sich zudem die Frage, was mit dem persönlichen Feiertag passiert, wenn der AN arbeitsbedingt keinerlei Möglichkeit hatte, diesen zu konsumieren.

In Kapitel 14 werden die Ergebnisse der Untersuchung und Vorschläge *de lege ferenda* dargelegt.

³⁷ EuGH 29.11.2017, C-214/16, *King*; 06.11.2018, C-619/16, *Kreuziger*; 06.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.*

2. Genese des § 7a ARG

2.1. Anlassfall EuGH Rs *Cresco Investigation*

2.1.1. Ausgangssachverhalt und die Problemstellung der Diskriminierung

Das Musterverfahren in der Rs *Markus Achatzi gegen Cresco Investigation* wurde durch die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien aus interessenspolitischen Gründen für mehr Freizeitgewährung der AN angestrebt und dem Kläger dabei Rechtsschutz gewährt.

Es ging dabei um folgenden Sachverhalt: Der Kläger (vertreten durch die RA Kanzlei *Freimüller/Obereder/Pilz*) hat am 3.4.2015, Karfreitag, als Angestellter der Beklagten (vertreten durch die RA Kanzlei *Walch/Zehetbauer/Motter*) acht Arbeitsstunden geleistet. Er gehört keiner der in § 7 Abs 3 ARG genannten Religionsgemeinschaften an. Für seine Arbeit am Karfreitag wurde dem Kläger deshalb kein Feiertagsarbeitsentgelt gem § 9 Abs 5 ARG gezahlt dh de facto seine Arbeit doppelt entlohnt. Auf Basis seines Einkommens würde dieses Feiertagsarbeitsentgelt € 109,09 brutto betragen.

Der Kläger begehrte Feiertagsarbeitsentgelt nach § 9 Abs 5 ARG mit dem Argument, dass ihm für die geleistete Arbeit das Feiertagsarbeitsentgelt in diskriminierender Weise vorenthalten wurde.³⁸ Der AG verweigerte hingegen dies zu zahlen, mit dem Argument, dass dem Kläger nach den nationalen gesetzlichen Bestimmungen kein Feiertagsentgelt zusteht und von einer Diskriminierung nicht auszugehen ist, da der AN keiner der in § 7 Abs 3 ARG genannten Glaubensgemeinschaften angehört.³⁹

Das ASG Wien wies als Erstgericht das Klagebegehren ab, wobei es davon ausging, dass bei der Karfreitagsregelung eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte vorliege.⁴⁰

Das OLG Wien kam „unter Anwendung des europarechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung (Art 1 Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG; Art 21 Abs 1 GRC) zum Ergebnis, dass § 7 Abs 3 ARG gegen das unionsrechtliche Antidiskriminierungsrecht verstößt, daher von nationalen Gerichten unangewendet gelassen

³⁸ Arbeitsrecht: Österr Karfreitagsregelung (Feiertag nur für Arbeitnehmer, die bestimmter christlicher Kirche angehören) verstößt gegen Diskriminierungsverbot, Wirtschaftliche Blätter, wbl 2019/36, 145.

³⁹ OGH 24.03.2017, 9 ObA 75/16v.

⁴⁰ ASG Wien 15.10.2015, 16 Cga 86/15f.

werden muss, sodass auch der Kläger einen Freistellungsanspruch für den Karfreitag und damit für die geleistete Arbeit Anspruch auf das Feiertagsarbeitsentgelt gemäß § 9 Abs 5 ARG hat.“⁴¹

Der OGH hatte über die gegen die Berufungsentscheidung erhobene Revision der Beklagten zu entscheiden, die die Wiederherstellung des klagabweisenden erstinstanzlichen Urteils anstrebte.⁴²

Gemäß dem Beschluss des OGH 9 ObA 75/16v vom 24.03.2017 hat dieser folgende vier Rechtsfragen (sog Vorlagefragen) zur Vorabentscheidung dem EuGH vorgelegt⁴³ und das Verfahren bis zur Beantwortung dieser Fragen ausgesetzt:

- „Widerspricht die österreichische Karfreitagsregelung der Antidiskriminierungsrichtlinie?
- Ist die österreichische Karfreitagsregelung eine notwendige Maßnahme zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer und damit zulässig?
- Ist die österreichische Karfreitagsregelung eine positive Maßnahme zur Verhinderung bzw zum Ausgleich einer Benachteiligung und damit gerechtfertigt?
- Falls der EuGH eine Diskriminierung bejaht, müssen private ArbeitgeberInnen, solange vom österreichischen Gesetzgeber keine diskriminierungsfreie Rechtslage geschaffen wurde, allen AN oder keinem die Rechte und Ansprüche am Karfreitag zugestehen?“⁴⁴

Der Stellungnahme der EU-Kommission (Schriftsatz vom 28.07.17)⁴⁵ ist die Kernaussage zu entnehmen, dass entweder zusätzlich Feiertagsarbeitsentgelt oder Zeitausgleich für die am Karfreitag geleisteten Arbeitsstunden oder Freizeit an einem anderen für sie religiös bedeutsamen Tag gewährt werden soll. Somit wird eine Angleichung aller nach oben bejaht.

Der Generalanwalt *Michal Bobek* bejahte in seinem Schlußantrag die unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion (seiner Meinung nach läge weder eine Rechtfertigung noch eine positive Maßnahme vor), verneinte jedoch die Verpflichtung der privaten AG das Feiertagsarbeitsentgelt zusätzlich zum Entgelt zu zahlen. Die betroffenen AN könnten aber eine Schadenersatzklage gegen die Republik einbringen.⁴⁶

⁴¹ OLG Wien 29.03.2016, 9 Ra 23/16t; *Karl*, RdW 2016, 615.

⁴² OGH 24.03.2017, 9 ObA 75/16v.

⁴³ *Wieshaider*, öarr 2019, 339; Die dem EuGH vorgelegten Fragen betrafen nur den Karfreitag.

⁴⁴ Verkürzte Form der Fragen in *Ettl*, Karfreitag- Feiertag für niemanden, DRdA-infas 2019, 235 (wörtliches Zitat).

⁴⁵ [c2017_193_obs_de.pdf \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX:2017_193_obs_de.pdf) (zuletzt abgerufen am 04.07.2022).

⁴⁶ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204414&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4821332> (zuletzt abgerufen am 29.04.2020)

Mit Urteil des EuGH vom 22.1.2019⁴⁷ wurde schließlich die damalige Karfreitagsregelung als unmittelbar diskriminierend festgestellt. Entgegen der Schlussfolgerung des Generalanwaltes *Bobek*, der nur die unmittelbare Drittwirkung *inter partes* bestreitet, stellte der Gerichtshof fest, dass das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion zwingenden Charakter habe und sich somit jeder Einzelne darauf berufen könne (Art 21 GRC).⁴⁸ Allerdings müssen die AN den Wunsch am Karfreitag nicht arbeiten zu wollen, gegenüber dem AG, äußern. Wenn der AG diesem Wunsch nicht nachkommt, und der AN arbeiten muss, erhält er das „doppelte Entgelt“.⁴⁹ Die im Ausgangsverfahren behandelte nationale Regelung (§ 7 Abs 3 ARG) bewirkt eine unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte nach Maßgabe der Religion. Sie begründet somit eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Religion.

Zusammenfassend ist das Ergebnis der Beantwortung von den Vorlagefragen, dass die innerstaatliche Karfreitagsregelung aufgrund der Religion unmittelbar diskriminierend ist,⁵⁰ es ist keine Regelung zur Wahrung der Rechte und Freiheiten anderer notwendigen Maßnahmen iSd Art 2 Abs 5 der RL 2000/78/EG und es handelt sich um keine zulässige positive Maßnahme.⁵¹ Weiters stellt der EuGH fest, dass alle AN unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit Anspruch auf den freien Karfreitag haben bis die innerstaatliche Gesetzgebung eine diskriminierungsfreie Rechtslage in Österreich schafft.⁵² Fall sie aufgrund der Anweisung des AG doch arbeiten müssen, gebührt hierfür extra Feiertagsarbeitsentgelt.⁵³

2.1.2. Problemstellung der Umsetzung des EuGH-Urteils

Der OGH hat auf den EuGH bezugnehmend hinsichtlich des Karfreitags erkannt, dass solche konfessionsbezogenen Einschränkungen hinsichtlich der Gewährung eines gesetzlichen Feiertages eine unionsrechtlich verbotene⁵⁴ unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion darstellen. Das hat zur Folge, dass alle AN berechtigt sind, diesen Freizeitanspruch

⁴⁷ Rs C-193/17, *Cresco Investigation*; *Gleißner*, ZAS 2019, 16; *Löschnigg*, Karfreitagsregelung-Diskriminierung aufgrund der Religion, DRdA 2019, 45.

⁴⁸ *Haider*, Karfreitag - Die Saga vom "halben" Feiertag und sich daraus ergebende Fragestellungen, ARD 6638/4/2019.

⁴⁹ *Haider*, ARD 6638/4/2019.

⁵⁰ EuGH 22.01.2019, C-139/17, *Cresco Investigation*, Rz 67 und 48; *Ettl*, DRdA-InfA 2019, 235.

⁵¹ EuGH 22.01.2019, C-139/17, *Cresco Investigation*, Rz 67 ff; *Ettl*, DRdA-InfA 2019, 235.

⁵² EuGH 22.01.2019, C-139/17, *Cresco Investigation*, Rz 83; *Ettl*, DRdA-InfA 2019, 235.

⁵³ *Ettl*, DRdA-InfA 2019, 235.

⁵⁴ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

geltend zu machen, solange keine diskriminierungsfreie Neuregelung geschaffen werde. Die Beantragung muss jedoch bei sonstigem Anspruchsverlust im Vorhinein erfolgen.⁵⁵

Daraus folgt auch, dass ein AN, der keiner der relevanten Kirchen im Sinne des ARG angehört, gegen seinen AG einen Anspruch auf Zahlung des in § 9 Abs 5 ARG vorgesehenen Entgelts hat, wenn dieser seinem Ansuchen, am Karfreitag nicht zu arbeiten, nicht nachgekommen ist. Der EuGH hat somit „eine Angleichung nach oben vorgenommen“.⁵⁶

Der OGH verwies die Rechtssache an das Erstgericht zurück, um die Frage zu klären, „ob der Kläger vom Arbeitgeber eine Freistellung am Karfreitag gefordert hat“.⁵⁷ Das Verfahren wurde aber von den Prozessparteien nicht weiterverfolgt und sie haben letztlich ewiges Ruhen des Verfahrens vereinbart.⁵⁸

Somit war der Gesetzgeber am Zug, die unionswidrige Rechtslage zu reparieren⁵⁹ und die EU-Rechtskonformität herzustellen. Da aber bis zur Änderung des ARG „entsprechend der ständigen Rechtsprechung in Diskriminierungsfällen eine Angleichung ‚nach oben‘ zugestanden“ wäre⁶⁰, geriet der österreichische Gesetzgeber aufgrund des drohenden Karfreitages "für alle" am 19. April 2019 unter Zeitdruck, „da die damaligen Regierungsparteien ÖVP und FPÖ diesen unter keinen Umständen wollten“.⁶¹

2.2. Meinungsstand

Bereits vor dem Musterverfahren wurden in der Lehre Stimmen laut, dass der frühere § 7 Abs 3 ARG eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion darstellen kann.

Pfeil bezeichnet diesen „auf bestimmte AN begrenzten Anspruch nach § 7 Abs 3 aus Gründen des Verbots einer Diskriminierung wegen der Religion“ als bedenklich.⁶² Er legt dar, dass seiner Meinung nach nicht auf die nicht unmittelbar anwendbare RL 2000/78/EG zurückzugreifen ist, sondern auf § 17 Abs 1 Z 6 bzw § 20 Abs 2 GIBG.⁶³ Als Lösung sind nach *Pfeil* „die

⁵⁵ *Haider*, ARD 6638/4/2019. Wenn man den Anspruch in der Vergangenheit auf § 9 Abs 5 ARG stützt, sind die einzelvertraglichen und kollektivvertragliche Verfallsfristen zu beachten. Wenn man den Anspruch aber auf GIBG stützt, muss der Anspruch gemäß § 1486 Z 5 ABGB binnen drei Jahren gerichtlich geltend gemacht werden.

⁵⁶ *Ettl*, DRdA-infas 2019, 235.

⁵⁷ *Lindmayr*, Verfahren zur Karfreitagsregelung beendet, ARD 6664/2/2019.

⁵⁸ *Lindmayr*, ARD 6664/2/2019.

⁵⁹ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁶⁰ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

⁶¹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

⁶² *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) §§ 7,8 ARG Rz 3 ff.

⁶³ *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018) §§ 7,8 ARG Rz 3 ff.

entsprechenden Freistellungen grds auch den AN einzuräumen, die nicht der betreffenden Religion zugehören“.⁶⁴

Mayr differenziert in der Beurteilung der Diskriminierung zwischen Fällen religionsbezogener Feiertage in § 7 Abs 2 ARG und in KV (zB Reformationstag), sowie zwischen branchen- oder regionalspezifischen Feiertagen.⁶⁵ Er kommt zum Ergebnis, dass die ersteren „Beispiele unmittelbarer, nicht rechtfertigungsfähiger Diskriminierung darstellen, während sonstige branchen- oder regionalspezifische Feiertage entweder mangels religiösen Hintergrundes nicht als Diskriminierung zu werten oder zumindest sachlich rechtfertigbar sind“. Außerdem weist er auch auf die Tatsache hin, dass der Karfreitag auch in der römisch-katholischen Kirche ein Feiertag ist.⁶⁶

Windisch-Graetz bezweifelt sowohl die Richtlinienkonformität des (früheren) § 7 Abs 3 ARG als auch die Deutung dieser Regelung als positive Maßnahme iSd RL 2000/78/EG⁶⁷, da „dadurch wiederum eine Diskriminierung anderer religiösen Minderheiten wie etwa der Juden oder Moslems gegeben ist“.⁶⁸ Weiters hält sie zu KV, die den Reformationstag und den Versöhnungstag regeln, aber Angehörige anderer Konfessionen keine gleichwertigen Feiertage haben, fest, dass ein Verstoß gegen § 17 GIBG vorliegt.⁶⁹

Wieshaider kommt zur Erkenntnis, dass es sich bei der Karfreitagsregelung um eine unmittelbare Diskriminierung jener Personen handelt, die den § 7 Abs 3 ARG genannten Kirchen nicht angehören, einschließlich der Katholiken, weil sie alle einen staatlichen Feiertag weniger genießen, was nicht nur die Arbeitsruhe selbst, sondern etwa auch Gehalts- und andere Fragen betrifft.⁷⁰ Als Lösung schlägt er vor, dass ein gesetzlich verankerter Rechtsanspruch auf Urlaub, inkl Mitteilungspflicht des AN an den Arbeitgeber in angemessener Zeit, gewährt wird.⁷¹

Wanderer erörtert, dass durch eine Novellierung des § 7 Abs 3 ARG ein verfassungs- bzw EU-konformes Feiertagsrecht einfach und praktikabel geschaffen werden kann um den damalige

⁶⁴ *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), *ZellKomm*³ (2018) §§ 7,8 ARG, Rz 3 ff.

⁶⁵ *Mayr*, *ecolex* 2004, 428.

⁶⁶ *Mayr*, *ecolex* 2004, 428.

⁶⁷ *Mayr*, *ecolex* 2004, 428.

⁶⁸ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, *GIBG* 2005, 439.

⁶⁹ *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, *GIBG* 2005, 439.

⁷⁰ *Wieshaider*, *Das staatliche Feiertagsrecht als vergessene Umsetzungsmaterie der Richtlinie 2000/78/EG*, *öarr* 2008, 279.

⁷¹ *Wieshaider*, *öarr* 2008, 279.

Zustand⁷² im österreichischen Feiertagsrecht zu beheben.⁷³ Er spricht von der Schaffung bzw. Umwandlung der früheren Regelung in einen „allgemeinen und gleichen, bekenntnisunabhängigen Arbeitnehmeranspruch“.⁷⁴ Dadurch hätten alle AN das gleiche Freizeitausmaß und sie wären zudem in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht gleichgestellt.⁷⁵ Der gesellschaftlichen Diversität würde dieser zusätzlicher Feiertag ebenfalls Rechnung tragen, wenn der gewünschte arbeitsfreie Kalendertag ohne Begründungspflichten nach religiösen, weltanschaulichen oder sonstigen persönlichen Bedürfnissen individuell bestimmt werden könnte.⁷⁶

Im laufenden Karfreitagsverfahren äußerten sich in der Lehre sowohl *Karl*⁷⁷ als auch *Mazal*⁷⁸ kritisch zum OLG Urteil⁷⁹ und verneinten die unmittelbare diskriminierende Wirkung der Bestimmung. *Karl* verneint die für die unmittelbare Diskriminierung notwendige vergleichbare Situation der AN.⁸⁰ *Mazal* kommt zum Schluss, dass die Karfreitagsregelung keine Diskriminierung iSv Art 20 und 21 RL 2000/78/EG sowie Art 20 GRC, sondern als *positive und spezifische Maßnahme* iSv Art 7 RL zulässig ist, weil mit ihr Benachteiligungen wegen der Religion *verhindert oder ausgeglichen* werden können.⁸¹

2.3. Entstehungsgeschichte und historischer Hintergrund

Die österreichische Feiertagsordnung war und ist auch heute christlich - im Speziellen katholisch - geprägt, wobei das Fronleichnamfest und der 8. Dezember der österreichischen Feiertagsordnung eine speziell katholische Konnotation verleihen.⁸² Den völkerrechtlichen Rahmen gibt das Konkordat⁸³ vor.⁸⁴ In Art IX des Konkordates hat die Republik Österreich alle Sonntage, den Neujahrstag, die Epiphanie (6. Jänner), den Himmelfahrtstag, Fronleichnam, Fest der heiligen Apostel Peter und Paul (29. Juni), Mariä Himmelfahrt (15. August),

⁷² Stand 2013.; *Wanderer*, RdW 2013, 287.

⁷³ *Wanderer*, RdW 2013, 287.

⁷⁴ *Wanderer*, RdW 2013, 287.

⁷⁵ *Wanderer*, RdW 2013, 287.

⁷⁶ *Wanderer*, RdW 2013, 287.

⁷⁷ *Karl*, RdW 2016, 615.

⁷⁸ *Mazal*, ZAS 2016, 47.

⁷⁹ OLG Wien 29.03.2016, 9 Ra 23/16t.

⁸⁰ *Karl*, RdW 2016, 615.

⁸¹ *Mazal*, ZAS 2016, 47.

⁸² *Schima*, Wiederaufbau aufrechtlicher Ebene: Die Behandlung der Frage der Weitergeltung des Konkordats seit dem Jahr 1945 unter besonderer Berücksichtigung des Vermögensvertrages von 1960, in *Paarhammer/Rinnerthaler* (Hrsg), Kirchlicher Wiederaufbau in Österreich (Wissenschaft und Religion 26), 294.

⁸³ Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich samt Zusatzprotokoll, BGBl II 2/1934.

⁸⁴ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

Allerheiligen (1. November), Tag der Unbefleckten Empfängnis (8. Dezember), Weihnachtstag (25. Dezember), die von der Katholischen Kirche festgesetzt wurden, anerkannt.⁸⁵ Es handelt sich bis auf das „Fest des heiligen Joseph“ (19. März) um alle im *Codex Iuris Canonici* (CIC) von 1917 aufgezählten Feiertage⁸⁶.

Der ehemalige § 7 Abs 3 des ARG beruhte auf einer Vorläuferregelung in Form eines Generalkollektivvertrages, der am 1.4.1952 abgeschlossen wurde und nach wie vor in Kraft ist.⁸⁷ Außerdem beinhalten KV und einzelvertragliche Regelungen ebenfalls vergleichbare Sonderrechte wie den Versöhnungstag (*Jom Kippur*) für Angehörige der israelitischen Kultusgemeinden oder den Reformationstag und erklären diese ganz oder teilweise für arbeitsfrei.⁸⁸

Die Abgeordneten *Dr. Pittermann, Spielbüchler, Rosenberger* und Genossen „forderten eine Anerkennung des Karfreitags als gesetzlicher Feiertag mit der Begründung, dass die bestehende Regelung im Generalkollektivvertrag nicht befriedigend sei“⁸⁹, weil *„die dadurch den evangelischen Arbeitnehmern eingeräumte Sonderstellung zu Misshelligkeiten führt und gelegentlich sogar zur Auflösung des Dienstverhältnisses. Alle diese Schwierigkeiten sind jedoch behoben, wenn der Karfreitag ein allgemeiner gesetzlicher Feiertag wird, wogegen auch die Angehörigen anderer christlicher Religionsbekenntnisse keine Einwände erheben würden“*⁹⁰. Sie stellten den Initiativantrag vom 2.6.1954, den Karfreitag in § 1 Feiertagsruhegesetz als gesetzlichen Feiertag aufzunehmen.⁹¹ „In der Begründung wird erwähnt, es wäre *„ein alter Wunsch der österreichischen Protestanten“*, dass der höchste Feiertag ihres Glaubensbekenntnisses, der Karfreitag, ein gesetzlicher Feiertag sein soll.“⁹² Die Anerkennung⁹³ wurde damals nicht erreicht, aber das angestrebte Ziel schon projiziert.⁹⁴

⁸⁵ Wieshaider, öarr 2019, 339.

⁸⁶ Vgl can 1247 § 1 CIC 1917; In can 1246 § 1 CIC 1983 fehlt von dieser Liste nur das Fest der Beschneidung Jesu (Wieshaider, öarr 2019, 339); Schima, in Paarhammer/Rinnerthaler, 294.

⁸⁷ Mazal, ZAS 2016, 47.

⁸⁸ Mazal, ZAS 2016, 47.

⁸⁹ Mazal, ZAS 2016, 47.

⁹⁰ IA112/A 7. GP, eingebracht von Abgeordneten *Dr. Pittermann, Spielbüchler, Rosenberger* und Genossen; Mazal, ZAS 2016, 47.

⁹¹ Mazal, ZAS 2016/47, 272.

⁹² IA112/A 7. GP, eingebracht von Abgeordneten *Dr. Pittermann, Spielbüchler, Rosenberger* und Genossen; Mazal, ZAS 2016, 47.

⁹³ BGBl. 153/1957.

⁹⁴ Mazal, ZAS 2016, 47.

Die ehemalige Karfreitagsregelung ist die Nachfolgeregelung der Bestimmung des § 1 Abs 2 Feiertagsruhegesetzes 1945⁹⁵.⁹⁶ Nachdem Mariä Empfängnis (8. Dezember) 1955⁹⁷ in die Liste der staatlichen Feiertage aufgenommen wurde⁹⁸, wurde durch das Bundesgesetz vom 18. November 1955⁹⁹ das Feiertagsruhegesetz¹⁰⁰ neuerlich in einer eigenen Novelle ergänzt.¹⁰¹ Die Karfreitagsregelung „wurde aus dem durch Wiederverlautbarung entstandenen Feiertagsruhegesetz 1957¹⁰², wortgleich ins Arbeitsruhegesetz übernommen und mit der Novelle aus 2004¹⁰³ lediglich hinsichtlich der Bezeichnung der methodistischen Kirche formal adaptiert, ohne dass dies eine materielle Auswirkung hatte“.¹⁰⁴

Da religiöse Minderheiten über Jahrhunderte praktisch keine Möglichkeit der öffentlichen Religionsausübung hatten¹⁰⁵, wollte man den Angehörigen der protestantischen Religionsgemeinschaften nach dem Zweiten Weltkrieg mit „der Sonderregelung entgegenkommen, die dem protestantischen Feiertagsverständnis Rechnung trägt“.¹⁰⁶

2.4. Das Ringen um die Neuregelung (vom halben zum persönlichen Feiertag)

Es gab mehrere Vorschläge und Ideen zu Herstellung der EU-Rechtskonformität, diese reichten von der Gewährung eines weiteren Feiertages¹⁰⁷, eines individuellen zusätzlichen Urlaubstages zum Austausch mit einem anderen Feiertag¹⁰⁸ bis hin zur Abschaffung des Feiertagzuschlages für den Karfreitag¹⁰⁹ sowie der Gewährung eines weiteren Feiertages bis zur Novellierung¹¹⁰. Thematisiert wurde auch die Geltendmachung möglicher Ersatzansprüche für die Vergangenheit bis zur Grenze der dreijährigen Verjährungsfrist nach § 1486 Z 5 ABGB.¹¹¹

⁹⁵ Feiertagsruhegesetz, StGBI Nr 116/1945.

⁹⁶ Mazal, ZAS 2016, 47.

⁹⁷ BGBl 1955/227.

⁹⁸ Wieshaider, öarr 2019, 339.

⁹⁹ BGBl 1955/228.

¹⁰⁰ StGBI Nr 116/1945.

¹⁰¹ Mazal, ZAS 2016, 47.

¹⁰² BGBl. 153/1957.

¹⁰³ BGBl. I Nr. 159/2004.

¹⁰⁴ Mazal, ZAS 2016, 47.

¹⁰⁵ Mazal, ZAS 2016, 47.

¹⁰⁶ Mazal, ZAS 2016, 47.

¹⁰⁷ Der Standard, Karfreitagsurteil: "Seit 50 Jahren kein neuer Feiertag dazugekommen" (28. 01. 2019).

¹⁰⁸ Haider, ARD 6638/4/2019.

¹⁰⁹ Kathpress, Schipka: Karfreitag als Feiertag für Evangelische beibehalten (APA-OTS vom 22. 1. 2019).

¹¹⁰ Haider, ARD 6638/4/2019.

¹¹¹ Haider, ARD 6638/4/2019.

Die Bundesregierung unterbreitete zuerst den Vorschlag eines „halben“ (Anmerkung de facto „viertel“¹¹²) Feiertages für alle AN.¹¹³ Am 19.02.2019 wurde bekannt, dass der Karfreitag ab 14 Uhr für alle AN frei sein soll.¹¹⁴ Haider setzte sich detailliert mit der möglichen Novellierung in Richtung „halber“ Feiertag auseinander und bejahte den Anspruch jedenfalls für sämtliche AN auf einen freien Karfreitag oder die Bezahlung des doppelten Entgeltes, wenn der AG WKO-Mitglied ist und erörtert, dass viele Fragen (wie zB Umgang mit einem an diesem Tag beantragten Urlaub ist oder, ob die Regelung eine mögliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Hinblick auf Teilzeitbeschäftigte darstellt) ungeklärt seien, wenn der AG kein WKO-Mitglied ist.¹¹⁵ Da für die meisten AN am Karfreitag bereits vor 14 Uhr Dienstschluss war oder der Karfreitag durch KV gänzlich oder am Nachmittag frei war¹¹⁶, wurde der Vorschlag heftig kritisiert und auf weiter Ebene abgelehnt.¹¹⁷ Außerdem warf die geplante Regelung in der Praxis neue Fragen auf, zB, ob der Handel überhaupt ab 14 Uhr offenhalten darf und Zuschläge zu zahlen hat oder nicht.¹¹⁸

Während sich die Interessensvertretungen der AN (AK und ÖGB) für die Einführung des Karfreitages als gesetzlicher Feiertag aussprachen, hielt die Unternehmerseite mit den damit verbundenen Kosten dagegen.¹¹⁹ An diesem Punkt ist kurz anzuführen, dass trotz ablehnender Grundstimmung gegenüber der Gewährung eines zusätzlichen Feiertages auf der Unternehmerseite, doch einige AG die zukunftsweisende Tendenz zur Beseitigung der Diskriminierung und Gewährung von mehr Freizeit für die AN erkannt haben. So zB die Diakonie Österreich, weil sie für alle ihrer Mitarbeiter den arbeitsfreien Karfreitag ermöglicht hat¹²⁰ und ebenso Länder und Gemeinden (Mödling und Innsbruck, das gesamte Burgenland inkl seiner Hauptstadt Eisenstadt), die ihren Mitarbeitern freiwillig am Karfreitag frei gegeben haben.¹²¹ Salzburg hingegen hat die bundesweite Regelung übernommen.¹²²

¹¹² Frei ab 14 Uhr, somit faktisch nur ein viertel freier Tag. *Ettl*, DRdA-infas 2019, 235.

¹¹³ *Ettl*, DRdA-infas 2019, 235.

¹¹⁴ *Haider*, ARD 6638/4/2019.

¹¹⁵ *Haider*, ARD 6638/4/2019.

¹¹⁶ *Haider*, ARD 6638/4/2019.

¹¹⁷ *Ettl*, DRdA-infas 2019, 235.

¹¹⁸ Karfreitag neu bringt offene Fragen für Spar, [salzburg.orf.at](https://salzburg.orf.at/v2/news/stories/2965484/) vom 19.02.2019, <https://salzburg.orf.at/v2/news/stories/2965484/> (zuletzt abgerufen am 29.04.2020).

¹¹⁹ *Ettl*, DRdA-infas 2019, 235.

¹²⁰ Karfreitag: Diakonie gibt Angestellten frei, [orf.at](https://religion.orf.at/stories/2967425/) vom 01.03.2019, <https://religion.orf.at/stories/2967425/> (zuletzt abgerufen am 29.04.2020).

¹²¹ <https://salzburg.orf.at/v2/news/stories/2968458/> (zuletzt abgerufen am 20.04.2021).

¹²² Karfreitag in Salzburg wohl Arbeitstag für alle, [salzburg.orf.at](https://salzburg.orf.at/v2/news/stories/2968458/) vom 07.03.2019, <https://salzburg.orf.at/v2/news/stories/2968458/> (zuletzt abgerufen am 29.04.2020).

Im Gesetzgebungsverfahren fand weder ein Begutachtungsprozess statt¹²³ noch gab es Sozialpartnerverhandlungen, weiters wurden auch Experten mit der Materie nicht befasst¹²⁴. Da im einschlägigen Gesetzgebungsprozess keinerlei Transparenz¹²⁵ gegeben war, wurde der Initiativantrag 606/A XXVI. GP vom 30. Jänner 2019 im Politik-Jargon als "Trägerrakete"¹²⁶ bezeichnet.¹²⁷ Durch diese „Trägerrakete“ wurde die Möglichkeit eröffnet, „im Wege eines Abänderungsantrages eine Novellierung der Karfreitagsregelung im ARG vorzunehmen, die nicht im Ausschuss beraten werden musste“.¹²⁸ *„Und so wurde auch erst in der Plenarberatung des Nationalrates am 27. Feber 2019 ein entsprechender Antrag auf Abänderung eingebracht und am selben Tag auch abgestimmt“*.¹²⁹

Einerseits wurde mit der Novelle des ARG¹³⁰ vom 21. März 2019 die Karfreitagsregelung in § 7 Abs 3 ARG schließlich aufgehoben¹³¹, der Karfreitag als Feiertag gänzlich gestrichen, und somit eine „Angleichung nach unten“ vorgenommen.¹³² Andererseits war dies die Geburtsstunde des persönlichen Feiertages (§ 7a ARG) als Ausgleich für die AN durch die Erschaffung der Möglichkeit einen Urlaubstag (allerdings aus dem bestehenden Urlaubskontingent) jährlich einmal einseitig zu terminisieren.¹³³

Anzumerken ist, dass die Gesetzgebung anlässlich der Einführung der Regelung zum einseitigen Urlaubsantritt („persönlicher Feiertag“) nur die bis dahin auf einzelne Konfessionen beschränkten gesetzlichen und kollektivvertraglichen Feiertagssonderregelungen zum Karfreitag aufgehoben hat, nicht aber sonstige konfessionsgebundene Feiertage.¹³⁴ Alle anderen konfessionsbezogenen Sonderregelungen (unter anderem der im Generalkollektivvertrag zugesicherter Versöhnungstag) blieben somit weiterhin bestehen. Zu dieser Thematik siehe die Kapitel Karfreitagsregelungen in KV und BV sowie Gleichbehandlungsrecht.

¹²³ Ettl, DRdA-infas 2019, 235; Wieshaider, öarr 2019, 339.

¹²⁴ Wieshaider, öarr 2019, 339.

¹²⁵ Wieshaider, öarr 2019, 339.

¹²⁶ Gruber-Risak, öarr 2019, 322; Wieshaider, öarr 2019, 339. Wieshaider erörtert außerdem, ob die Gesetzwerdung überhaupt verfassungskonform war.

¹²⁷ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

¹²⁸ Gruber-Risak, öarr 2019, 322; Wieshaider, öarr 2019, 339. Laut Wieshaider liegt eine Verletzung des Vorberatungsprinzips vor.

¹²⁹ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

¹³⁰ BGBl I 2019/22.

¹³¹ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

¹³² Ettl, DRdA-infas 2019, 235; Gleißner, ZAS 2019, 16; Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

¹³³ Ettl, DRdA-infas 2019, 235; Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

¹³⁴ Gleißner, ZAS 2019, 16.

2.5. Zwischenergebnis

Die Entstehungsgeschichte des persönlichen Feiertages ist mit der Karfreitagsproblematik untrennbar verbunden. Nach Feststellung der unmittelbaren Diskriminierung der Karfreitagsregelung durch den EuGH wäre bis zur Änderung des ARG eine Angleichung "nach oben" allen AN zugestanden.¹³⁵ Seitens der Bundesregierung wurden verschiedene Lösungsvarianten (ua der halbe Feiertag) diskutiert, um die EU-Rechtskonformität herzustellen. Durch ein intransparentes Gesetzgebungsverfahren wurde der Karfreitag letztlich dann als gesetzlicher Feiertag gestrichen und dafür zum Ausgleich der persönliche Feiertag eingeführt. Nicht gestrichen wurden jedoch andere konfessionsgebundene Feiertage wie zB der *Jom Kippur* im Generalkollektivvertrag vom 18.2.1953 und in diversen Branchenkollektivverträgen.

¹³⁵ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

3. Grundsätzliches zu § 7a ARG

3.1. § 7a ARG - Problemstellung der Einordnung und Rechtsnatur des Anspruches

Als Einstieg in die Materie werden in diesem Kapitel das Wesen und der rechtliche Charakter des persönlichen Feiertages untersucht. Es geht dabei um die Frage, ob die Wesenszüge desurlaubes oder die eines Feiertages überwiegen und wie die Rechtsnatur des persönlichen Feiertages zu beurteilen ist.

Wie bereits in Kapitel 1 erörtert, ist § 7a Abs 1 ARG eindeutig urlaubsrechtlicher Natur, weil der AN einen Urlaubstag aus dem bestehenden Urlaubskontingent einseitig terminisieren kann. In § 7a Abs 2 ARG ist die Erbringung der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag geregelt. Beim Nichtantritt des persönlichen Feiertages bleibt dem AN der Urlaubstag erhalten, jedoch nicht das bereits ausgeübte Widmungsrecht. Mit Arbeitsantritt begründet der AN den Anspruch auf das „doppelte Entgelt“. Somit wird das Widmungsrecht durch das doppelte Entgelt abgekauft und es tritt in diesem Absatz die feiertagsrechtliche Natur der Neuregelung in Erscheinung. Das Widmungsrecht ist aber vom Urlaubstag getrennt zu betrachten, da das Recht nur für einen Tag pro Urlaubsjahr („einmal pro Urlaubsjahr“) besteht. Das bedeutet, dass der Urlaubstag als regulärer Urlaubstag (Vereinbarung der Parteien) erhalten bleibt ohne das einseitige Widmungsrecht. Das Widmungsrecht macht daher den Urlaubstag zum persönlichen Feiertag.

Insb beim Nichtantritt des persönlichen Feiertages zeigt sich, dass die theoretische Einordnung des persönlichen Feiertages, der - wie nachzuweisen sein wird - ein Hybrid aus Feiertag und Urlaub ist, in der Praxis große Relevanz hat und hier unbedingt zu untersuchen ist. Da die Regelung nur auf den ersten Blick eine urlaubsrechtliche ist, ist die Analyse des Hybrid-Charakters von besonderer Wichtigkeit.

Es wird sowohl auf die urlaubsrechtlichen als auch auf die feiertagsrechtlichen Aspekte der Neuregelung eingegangen und in diesem Zusammenhang auch die Thematik der *lex specialis* des § 7a ARG gegenüber dem Urlaubsrecht erörtert.

Eingangs wird der Gesetzestitel untersucht.

3.2. Begriff des persönlichen Feiertages und die Analyse des Gesetzestitels

3.2.1. Problemstellung

Allein schon der (doppelte) Gesetzestitel einseitiger Urlaubsantritt („persönlicher Feiertag“) wirft zahlreiche Fragen auf (ua im Zusammenhang mit der kollektiven Inanspruchnahme). Es bedarf insb deshalb einer genauen Auseinandersetzung mit dem Titel, weil von den beiden Titelbegriffen weder der einseitige Urlaubsantritt noch der persönliche Feiertag im Gesetzestext legaldefiniert sind. Außerdem hat in diesem Zusammenhang eine Untersuchung des Doppeltitels auch aus dem Grund zu erfolgen, um Rückschlüsse über den rechtlichen Charakter der Bestimmung schließen zu können.

3.2.2. Meinungsstand

Mangels Legaldefinition sind die diesbezüglichen Ausführungen in der Lehre weitgefächert. In der Lehre setzen sich *Trinko*¹³⁶, *Drs*¹³⁷, *Edthaler/Traxler*¹³⁸, *Wiesinger*¹³⁹, *Glowacka*¹⁴⁰, *Hitz*¹⁴¹, *Haider*¹⁴², *Friedrich*¹⁴³, *Wieshaider*¹⁴⁴ und *Schrank*¹⁴⁵ mit dem Begriff und der Überschrift des persönlichen Feiertages bzw mit der Rechtsnatur des Anspruches auseinander.

Trinko erörtert bezüglich des Gesetzestitels, dass Informationen, die in Klammern stehen, keine große Bedeutung haben; zwar handelt es sich beim *persönlichen Feiertag* um einen markanten Begriff, der wurde aber schon vom einseitigen Urlaubsbegriff umschrieben.¹⁴⁶ Er folgert daraus, dass „der Gesetzgeber eine Regelung bezüglich eines Urlaubstages festlegen wollte“. ¹⁴⁷

3.2.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, überwiegen die urlaubsrechtlichen Aspekte nur auf den ersten, trügerischen Blick. Wie in den folgenden Punkten noch näher zu erörtern sein wird, handelt es sich hierbei um eine Hybrid-Bestimmung zwischen Urlaub und Feiertag.

¹³⁶ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

¹³⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; *Drs*, FS Löschnigg, 49.

¹³⁸ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹³⁹ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

¹⁴⁰ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹⁴¹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹⁴² *Haider*, ecolex 2019, 352.

¹⁴³ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹⁴⁴ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

¹⁴⁵ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

¹⁴⁶ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

¹⁴⁷ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

3.3. Wesen des persönlichen Feiertages zwischen Feiertag und Urlaub sowie die Thematik zur *lex specialis*

3.3.1. Problemstellung

In den folgenden Ausführungen ist daher das Wesen des persönlichen Feiertages detailliert unter die Lupe zu nehmen, um feststellen zu können, ob es sich tatsächlich, wie die einhellige Ansicht in der Literatur vertritt, um eine *lex specialis*-Regel des Urlaubsrechtes oder doch um etwas anderes handelt.

3.3.2. Meinungsstand

Laut *Trinko* spricht gegen die Annahme des Feiertages, dass der persönliche Feiertag kein gesetzlicher Feiertag ist.¹⁴⁸ Es handelt sich daher seiner Meinung nach schlussendlich um eine *lex specialis*-Regel des Urlaubsrechtes.¹⁴⁹ *Hitz* wertet ebenso die gesamte Neuregelung „als Sonderregelung zur Konsumation eines Urlaubstages pro Urlaubsjahr“.¹⁵⁰ Da es sich nicht um einen „echten“ Feiertag handelt, wäre es seiner Ansicht nach sinnvoller gewesen, den persönlichen Feiertag nicht im ARG, sondern im UrlG anzusiedeln.¹⁵¹ *Haider* vertritt auch, dass es sich um eine urlaubsrechtliche Regelung handelt und daher „die Einordnung im UrlG systemkonformer“ gewesen wäre.¹⁵² *Wieshaider* hält als Fazit seiner Ausführungen fest, dass es sich beim persönlichen Feiertag um einen „Urlaubstag in besonderem Kleid“ handelt.¹⁵³ *Friedrich* erörtert schließlich im Zusammenhang damit, dass der persönliche Feiertag im ARG und nicht im UrlG geregelt ist, dass seines Erachtens der Gesetzgeber trotz der urlaubsrechtlichen Natur „einen gewissen Gleichlauf des persönlichen Feiertages mit dem gesetzlichen Feiertag sieht, wofür auch die Historie des § 7a ARG spricht“.¹⁵⁴

*Drs*¹⁵⁵ setzt sich detailliert mit der Rechtsnatur der Neuregelung auseinander. Sie differenziert zwischen den Absätzen und legt dar, dass „nur Abs 1 urlaubsrechtliche Regelungen enthält, während Abs 2 eine Regelung zum Feiertags- und Feiertagsarbeitsentgelt trifft“.¹⁵⁶ Es handelt sich „bei § 7a Abs 1 ARG klar um eine urlaubsrechtliche Bestimmung, auch wenn diese im ARG angesiedelt ist“.¹⁵⁷ Weiters legt sie dar, dass es sich beim Urlaubsverbrauch um Entgelt

¹⁴⁸ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

¹⁴⁹ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

¹⁵⁰ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹⁵¹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹⁵² *Haider*, ecolex 2019, 352.

¹⁵³ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

¹⁵⁴ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹⁵⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; und *Drs*, FS Löschnigg, 48.

¹⁵⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

¹⁵⁷ *Drs*, FS Löschnigg, 48.

im weiten Sinn handelt und „kein Grund ersichtlich ist, wieso dies nicht auf die Regelungen des einseitigen Urlaubsantrittes gemäß § 7a Abs 1 ARG übertragbar sein sollte“. ¹⁵⁸

Erst recht gilt das auch für den (doppelten) Entgeltsanspruch des zweiten Absatzes. ¹⁵⁹ Hierbei handelt es sich nach *Drs* zwar um keine urlaubsrechtliche, wohl aber um eine Entgeltsbestimmung, „weshalb mangels Sonderbestimmung ebenfalls von einer einseitig zwingenden Wirkung auszugehen ist“. ¹⁶⁰

Schrank ¹⁶¹ geht sogar einen Schritt weiter und bekräftigt die Hybrid-Natur des Rechtsanspruches: bei der Inanspruchnahme handelt es sich um einen Urlaubstag, bei der Arbeitsleistung und dem doppelten Entgelt wird die Bezeichnung als „persönlicher Feiertag“ und die Ansiedlung im ARG bestätigt. ¹⁶²

Zusammenfassend ist die einhellige Ansicht in der Literatur, dass es sich beim persönlichen Feiertag um eine *lex specialis*-Regelung des Urlaubsrechtes handelt. Abweichend von der hA erörtern nur *Drs* und *Schrank* den Hybrid-Charakter der Neuregelung.

3.3.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

In den nächsten Prüfungspunkten werden die für den Urlaub und Feiertag charakteristischen Wesensmerkmale dahingehend untersucht, ob diese auch auf die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages Anwendung finden sowie die Unterschiede bzw die Konsequenzen der Unterschiede herausgearbeitet.

3.4.1. Zu den urlaubsrechtlichen Aspekten

3.4.1.1. Zum Urlaubswesen

Urlaub bedeutet den Entfall der Leistungspflicht des AN unter Fortzahlung des Entgeltes mit dem Ziel der Ermöglichung der Erholung des AN und Erhaltung seiner Arbeitskraft sowie einer Persönlichkeitsentwicklung. ¹⁶³

Der Urlaubsanspruch weist nach hA eine Doppelnatur auf. Er besteht aus einem Freistellungsanspruch und einem Entgeltfortzahlungsanspruch. Beide sind durch die gemeinsame Fälligkeit verbunden. ¹⁶⁴ Hierbei handelt es sich um einen „einheitlichen

¹⁵⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; und *Drs*, FS Löschnigg, 48.

¹⁵⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; und *Drs*, FS Löschnigg, 49.

¹⁶⁰ *Drs*, FS Löschnigg, 49.

¹⁶¹ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

¹⁶² *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

¹⁶³ *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 2 Erl 1.; sowie *Mayr/Erler*, UrlG³ § 2 Rz 1.

¹⁶⁴ *Kuderna*, Urlaubsrecht (1995) § 2 Rz 1; sowie *Mayr/Erler*, UrlG³ § 2 Rz 1.

Anspruch“.¹⁶⁵ Dies rechtfertigt auch, dass, wenn der Anspruch auf Freizeitgewährung durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses untergeht, der Anspruch auf Bezahlung des Entgeltes bestehen bleibt.¹⁶⁶ Laut *Drs* ist die Beurlaubungspflicht ein Teilaspekt der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht.¹⁶⁷

Diese Definition der Doppelnatur ist auch auf die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages anzuwenden, da im Gesetzestext nach der Wortinterpretation ebenso von einem (einseitigen) Urlaubsantritt die Rede ist, somit sind die Voraussetzungen eines Freistellungsanspruches (einseitiger Urlaubsantritt) und Entgeltfortzahlungsanspruches (Anspruch auf das Urlaubsentgelt) erfüllt. Ebenso wird der verbliebene Urlaubstag in Form von Urlaubersatzleistung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgegolten (zur Urlaubersatzleistung siehe Kapitel Beendigung des Arbeitsverhältnisses).

Die Ruhezeit an Feiertagen ist ebenfalls ein Fall der Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung.¹⁶⁸ Bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist daher auf den ersten Blick kein Unterschied zu erkennen, da sowohl Urlaub als auch Feiertag eine Freistellung mit einer Entgeltfortzahlung vorsehen. Jedoch spricht der Gesetzestext in § 7a Abs 1 ARG durchgehend von Urlaub („des ihm zustehenden *Urlaubs*“; „einmal pro *Urlaubsjahr*“). Weiters wird bei der Konsumation des persönlichen Feiertages ein Urlaubstag vom bestehenden Urlaubskontingent abgezogen. Wie später noch näher zu untersuchen sein wird, kann am gesetzlichen Feiertag kein Urlaubstag verbraucht werden. Diese Erläuterungen sprechen daher für die Bejahung des Urlaubscharakters bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages.

Da die Fürsorgepflicht nach § 1157 ABGB und § 18 AngG als vertragliche Nebenpflicht aufgrund des Arbeitsvertrages auch auf den persönlichen Feiertag anzuwenden ist, ist die Beurlaubungspflicht ebenfalls zu bejahen. Da der AG den Wunsch des AN nicht ablehnen darf (siehe Kapitel Ablehnungsrecht), unterstreicht dies das Vorhandensein der Beurlaubungspflicht.

¹⁶⁵ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 2 Rz 2.

¹⁶⁶ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 2 Rz 1.

¹⁶⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ Einleitung, Rz 2.

¹⁶⁸ *Burger*, Urlaub an Feiertagen, DRdA-infas 2015, 283.

3.4.1.2. Zum sachlichen und persönlichen Geltungsbereich

1. Der sachliche Geltungsbereich des Urlaubsgesetzes umfasst sowohl den Erholungsurlaub als auch die Pflegefreistellung.¹⁶⁹ Der AG hat aufgrund seiner Fürsorgepflicht sicherzustellen, dass der AN den Urlaub auch verbrauchen kann.¹⁷⁰

Bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages kann der AN unter den im Gesetz genannten Antrittsvoraussetzungen (Vorankündigungsfrist, Schriftlichkeitsgebot), den Urlaubstag einseitig antreten und folglich auch ohne Parteienvereinbarung über den Zeitpunkt des Urlaubsantrittes disponieren. Da der AG kein Ablehnungsrecht hat (siehe detailliert Kapitel Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages), kann der AN den persönlichen Feiertag beliebig ohne Begründung in Anspruch nehmen (zu den Antrittsvoraussetzungen siehe auch Kapitel Arbeit am persönlichen Feiertag). Zu Problematik bezüglich des Verfalls und der Verjährung insb mit dem Widmungsrecht siehe Punkt 3.5.

Im Urlaubsgesetz wird im § 16 UrlG die Möglichkeit eines einseitigen Urlaubsantritts (Pflegefreistellung) normiert, welcher nicht auf Vereinbarung beruht.¹⁷¹ Drs bezeichnet die Pflegefreistellung gar als „einen Fremdkörper im Urlaubsrecht“.¹⁷² Mayr/Erler halten zudem fest, dass die Mitumfassung der Pflegefreistellung im Urlaubsgesetz „den Unterschied der beiden Einrichtungen (Urlaub bzw Arbeitsverhinderung) nicht beseitigt“.¹⁷³

Der persönliche Feiertag verweist nur aufgrund der Eigenschaft der einseitigen Rechtsgestaltung in Richtung der Pflegefreistellung. Die Pflegefreistellung bedarf zwar auch keiner Vereinbarung mit dem AG, jedoch divergiert sie von der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, da im Gegensatz zur Pflegefreistellung der persönliche Feiertag nicht an die Pflege oder einen anderen Zweck gebunden ist. Der Gesetzgeber hat dem AN keine Begründungspflicht auferlegt; es handelt sich folglich um einen nicht zweckgebundenen Rechtsanspruch.

Weiters muss beim persönlichen Feiertag auch kein Dienstverhinderungsgrund¹⁷⁴ vorliegen (Zur Kollision des persönlichen Feiertages mit Dienstverhinderungsgründen siehe Kapitel 10

¹⁶⁹ Mayr/Erler, UrlG³ § 1 Rz 2.

¹⁷⁰ Mayr/Erler, UrlG³ § 2 Rz 1.

¹⁷¹ Mayr/Erler, UrlG³ § 16 Rz 3.

¹⁷² Drs, Urlaubsrecht¹¹ Einleitung Rz 3.

¹⁷³ Mayr/Erler, UrlG³ § 1 Rz 2.

¹⁷⁴ Mayr/Erler UrlG³ § 16 Rz 1.

Zusammentreffen mit anderen Dienstverhinderungsgründen). Bei beiden Ansprüchen gibt es mE grundsätzlich kein Ablehnungsrecht (siehe Kapitel Inanspruchnahme Ablehnungsrecht).

2. Der persönliche Geltungsbereich des UrlG umfasst nach § 1 Abs 1 UrlG AN aller Art (mit Ausnahme des zweiten Absatzes), deren Arbeitsverhältnis auf einen privatrechtlichen Vertrag beruht.¹⁷⁵ Voraussetzungen sind daher ein Arbeitsvertrag und ein Arbeitsverhältnis.¹⁷⁶

Sowohl der persönliche Geltungsbereich des UrlG als auch § 7a Abs 3 ARG umfassen eine Vielzahl von AN. Nach dem dritten Absatz haben auch AN, die in § 1 Abs 2 Z 2-9 ARG ausgenommen sind, Anspruch auf den persönlichen Feiertag.¹⁷⁷ Leitende Angestellte, Familienangehörige, Lehr- und Erziehungskräfte (soweit diese einer echten Urlaubsregelung unterliegen), Vertragsbedienstete und auch AN wie Jugendliche, deren Arbeitsruhe in Sondergesetzen geregelt ist, sind ebenso vom persönlichen Geltungsbereich mitumfasst.¹⁷⁸ Die Neuregelung gilt auch für öffentlich Bedienstete im Bundesdienst gemäß § 1 Abs 2 Feiertagsruhegesetz.¹⁷⁹ „Die Bundesländer haben für ihre Landes- und Gemeindebediensteten, die nicht in Betrieben beschäftigt sind, teilweise eigene Regelungen erlassen“. ¹⁸⁰ Aus Absatz 3 lässt sich daher mE ableiten, dass der persönliche Geltungsbereich des persönlichen Feiertags viel weiter ist, als der des ARG und daher eher in Richtung des UrlG weist.

3.4.1.3. Wesen und Zweck des Urlaubes

1. Zum Erholungszweck/Erholungsurlaub

Obwohl im Urlaubsgesetz der Erholungszweck als „Begriffsmerkmal nicht ausdrücklich erwähnt“¹⁸¹ wird, kommt dieser jedoch in diversen Gesetzesstellen (§ 4 Abs 1, 2 und 3, § 5 Abs 1 und 2 und § 7 UrlG) vor. Da der Erholungszweck im Urlaubsgesetz an mehreren Stellen festgehalten ist, wie im § 4 Abs 1 UrlG und § 5 Abs 2 UrlG, bildet er laut *Mayr/Erler* das „Kernelement des Urlaubs(begriffs)“. ¹⁸² Auch laut *Drs* dient der Urlaub „der Erholung und Regeneration“. ¹⁸³

¹⁷⁵ *Mayr/Erler* UrlG³ § 1 Rz 5.

¹⁷⁶ *Mayr/Erler* UrlG³ § 1 Rz 5.

¹⁷⁷ § 7a Abs 3 ARG; und *Mayr*, Arbeitsrecht § 7a ARG.

¹⁷⁸ *Gleißner*, ZAS 2019, 16.

¹⁷⁹ *Mayr*, Arbeitsrecht § 7a ARG; und *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹⁸⁰ *Erler*, ÖZPR 2019, 42. Wenn die Beamten und Vertragsbediensteten in Betrieben (in Krankenhäusern und Alten- und Pflegeheimen) tätig sind, gilt das ARG unmittelbar.

¹⁸¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ Einleitung Rz 37.

¹⁸² *Mayr/Erler*, UrlG³ § 2 Rz 1.

¹⁸³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ Einleitung Rz 37.

In der Entscheidung des OGH vom 05.02.1952¹⁸⁴ wird (im Zusammenhang mit Kündigungen) erörtert, dass der Zweck des Urlaubes die Erholung des AN ist und dieser nicht vereitelt werden darf.¹⁸⁵ Bei der Auslegung des UrlG ist primär auf den Erholungszweck zu achten.¹⁸⁶ *Resch* legt in Bezug auf die OGH Entscheidung 9 ObA 213/92¹⁸⁷ dar, dass das UrlG die Möglichkeit zur Erholung sichert, es aber die AN nicht zur Erholung zwingen kann und will.¹⁸⁸

Die jüngere höchstgerichtliche Rechtsprechung¹⁸⁹ legt zum Erholungszweck fest, dass es dem AN freisteht, den Urlaub nach Belieben zu verbringen.¹⁹⁰ Der Erholungszweck ist bereits dadurch erfüllt, dass vorübergehend die Arbeitspflicht entfällt¹⁹¹ und dem AN durch den Entfall der arbeitsrechtlichen Pflichtbindung ein Freiraum zur Selbstbestimmung gegeben ist, um sich erholen zu können.¹⁹² Der AN kann aber auch Tätigkeiten ausüben, die nicht in erster Linie der Erholung dienen.¹⁹³

Der Gesetzgeber hat betreffend den persönlichen Feiertag jedoch weder den Erholungszweck noch andere etwaige Zwecke im Gesetzestext des § 7a ARG normiert. Es handelt sich daher bei der Konsumation des persönlichen Feiertages um eine nicht zweckgebundene, autonome Zeit. Es ist daher zu untersuchen, ob der Erholungszweck als Wesenselement des Urlaubsanspruches oder etwaige andere Zwecke auch bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages gegeben sind.

Da der AN den Urlaub nach Belieben verbringen kann¹⁹⁴ und der Erholungszweck schon durch den vorübergehenden Entfall der Arbeitspflicht (unter Entgeltfortzahlung)¹⁹⁵ erreicht wird, ist daraus zu schließen, dass der Erholungszweck weit auszulegen ist. Im Urlaubsrecht bleibt es daher dem AN selbst überlassen, in seinem Urlaub Aktivitäten auszuüben, die nicht erholsam sind.¹⁹⁶

Der persönliche Feiertag ist nicht zweckgebunden, der AN kann diesen Tag nach Belieben verbringen und kann auch Tätigkeiten ausüben, die nicht der Erholung dienen. Weder ein

¹⁸⁴ OGH 4 Ob 6/52, SZ 25/31, 25.

¹⁸⁵ OGH 4 Ob 6/52, SZ 25/31, 25.

¹⁸⁶ OGH 22.11.1989, 9 ObA 306/89 = *Rauch*, Erholungszweck und nicht erholsames Verhalten im Urlaub, PV-Info 11/2021, 13.

¹⁸⁷ OGH 16.9.1992, 9 ObA 213/92 = *Resch*, ZAS 1993/17, 214.

¹⁸⁸ *Resch*, ZAS 1993/17, 214.

¹⁸⁹ OGH 22.11.1989, 9 ObA 306/89; OGH 29.9.2020, 9 ObA 69/20t; OGH 27.5.2021, 9 ObA 88/20m.

¹⁹⁰ OGH 29.9.2020, 9 ObA 69/20t.

¹⁹¹ OGH 27.5.2021, 9 ObA 88/20m.

¹⁹² OGH 27.5.2021, 9 ObA 88/20m.

¹⁹³ OGH 27.5.2021, 9 ObA 88/20m.

¹⁹⁴ OGH 29.9.2020, 9 ObA 69/20t.

¹⁹⁵ OGH 27.5.2021, 9 ObA 88/20m.

¹⁹⁶ *Rauch*, PV-Info 11/2021, 13.

Erholungszweck noch andere Zwecke sind normiert. Dies wird auch durch die Verneinung der Begründungspflicht unterstreicht. Der Erholungszweck ist bereits dadurch erfüllt, dass bei der Konsumation des persönlichen Feiertages die Arbeitspflicht des AN vorübergehend entfällt, und der AN sich erholen kann (aber nicht muss). Es geht gerade in den jüngeren OGH Entscheidungen darum, dass dem AN ein Freiraum zur Selbstbestimmung geschaffen wird, der dem Urlaub immanent ist.¹⁹⁷ Bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages wird dem AN durch die Zweckungebundenheit ebenfalls ein Freiraum zur Selbstbestimmung geschaffen. Durch den Entfall der Arbeitsverpflichtung hat der AN in dieser autonomen, selbstbestimmten Zeit die Möglichkeit, diesen Tag ohne Zweckwidmung beliebig gestalten zu können, welcher daher ebenfalls vom Erholungszweck umfasst ist. Meines Erachtens ist daher der Erholungszweck zu bejahen.

2. Da es sich beim persönlichen Feiertag lediglich um einen Tag handelt, stellt sich in diesem Zusammenhang weiters die Frage, ob der Erholungszweck auch bei kurzer Urlaubsdauer bejaht werden kann.

Meines Erachtens ist in diesem Zusammenhang zur Prüfung heranzuziehen, ob der Erholungszweck an die Urlaubsdauer geknüpft ist oder nicht. Daher wird dies anhand des § 4 Abs 3 UrlG bzw an der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall untersucht.

§ 4 Abs 3 UrlG besagt, dass der Urlaub in zwei Teilen verbraucht werden kann, wobei ein Teil mindestens sechs Werktage betragen muss. Diese Bestimmung soll verhindern, dass der Urlaub in mehrere kleine Teile zerstückelt wird (insb lehnt auch der OGH die Mehrfachteilung auf Initiative des AG ab¹⁹⁸), weil die Aufsplitterung dem Erholungszweck widerspricht.¹⁹⁹ Gleichzeitig ermöglicht § 4 Abs 3 UrlG aber, abweichend von § 2 Abs 1 UrlG, den Urlaub in zwei Teilen zu verbrauchen.²⁰⁰ Wenn aber die Teilung des Urlaubes auf Initiative des AN erfolgt ist, sind „auch Urlaubsteile, die kürzer sind als sechs Werktage, in den Urlaubsanspruch einzurechnen“.²⁰¹ Dies bezieht sich auch auf den, auf Wunsch des AN erfolgten, tageweisen Urlaubsverbrauch.²⁰² „Da der Zweck des Teilungsverbotes die Gewährleistung der Erholungsmöglichkeit für den AN ist, müsste beim tageweisen Urlaubsverbrauch diese

¹⁹⁷ OGH 29.09.2020, ObA 69/20t.

¹⁹⁸ *Eypeltauer*, DRdA 1990/30, 294.

¹⁹⁹ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 48.

²⁰⁰ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 48 = OGH 13.4.1988, 9 ObA 45/88 Ind 1989/3, 20 = DRdA 1990/30, 294 (*Eypeltauer*).

²⁰¹ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 48 = LGZ Graz 26.8.1958, 2 Cg 84/58 Arb 6908; LG Linz 21.6.1961, 13 Cg 23/61 Arb 7513.

²⁰² *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 48 = OGH 24.10.1990, 9 ObA 172/90 wbl 1991, 101 = RdW 1991, 150 = infas 1991, A 36 = SZ 63/191 = DRdA 1991, 154 = DRdA 1991/30, 285 (*G. Klein*); 16.9.1992, 9 ObA 139/92 RdW 1993, 45 = ZAS 1993/17, 214 (*Resch*) = DRdA 1993/33, 300 (*Eypeltauer*).

Erholungsmöglichkeit in einem höheren Ausmaß gewährleistet sein, als beim zusammenhängenden Verbrauch des Urlaubs”.²⁰³ Das UrlG spricht vom Tag als kleinste Einheit.²⁰⁴

Im Falle der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages handelt es sich mE ebenfalls um einen (auf Wunsch des AN) erfolgten tageweisen gesetzlich vorgesehenen Urlaubsverbrauch.²⁰⁵ Das bedeutet mE im Falle der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, dass kürzer als sechs Werktage dauernde Urlaubsteile, wie eben auch der persönliche Feiertag, einen Teil des gesamten Urlaubskontingentes bilden und sie folglich in den Urlaubsanspruch einzurechnen sind. Zwar scheint es so, dass es sich hier um einen einzelnen Tag handelt, jedoch bildet er nach der Wortinterpretation einen Tag des ganzen jährlichen Urlaubsausmaßes von 25 Arbeitstagen/30 Werktagen („des ihm zustehenden Urlaubs“), es ist also mE bei der Inanspruchnahme als Bestandteil des gänzlichen Urlaubsausmaßes zu betrachten und der Erholungszweck zu bejahen.

3. Im Falle einer Erkrankung während desurlaubes nach § 5 UrlG stellt sich die Frage, wenn man den Erholungszweck bejaht, ab welcher Dauer dieser gegeben ist. Wenn während desurlaubes ein Krankenstand auftritt, der mehr als drei Kalendertage dauert, wird gemäß § 5 Abs 1 UrlG für dessen Dauer kein Urlaub verbraucht.²⁰⁶ Mit dem BG vom 13.5.1964, BGBl 108 hat der Gesetzgeber erstmalig erkannt, dass der Erholungszweck desurlaubes mit einer Erkrankung während desurlaubes nicht im Einklang steht, wenn diese länger als drei Kalendertage dauert.²⁰⁷ Bei kürzeren Krankenständen gilt der Urlaubstag als verbraucht.

Daraus lässt sich mE für den persönlichen Feiertag ableiten, dass der Erholungszweck bereits ab Beginn der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages gegeben ist. Da es sich um einen Tag handelt, wird der Krankenstand auf das Urlaubsausmaß angerechnet. Ob ein Rücktritt möglich ist bzw zur Kollision mit Dienstverhinderungsgründen, siehe die Ausführungen im Kapitel Nichtantritt des persönlichen Feiertages.

²⁰³ G. Klein, DRdA 1991/30, 285.

²⁰⁴ Resch, ZAS 1993/17, 214.

²⁰⁵ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 48.

²⁰⁶ Mayr/Erler, UrlG³ § 2 Rz 2; Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 292.

²⁰⁷ Mayr/Erler, UrlG³ § 5 Rz 1.

3.4.2. Zu den feiertagsrechtlichen Aspekten

3.4.2.1. Inhalt und Zweck der Ruhezeit

Die Feiertagsruhe besteht einerseits aus einem Freistellungsanspruch nach § 7 ARG und andererseits aus § 9 ARG.²⁰⁸ Die Feiertagsruhe ist ein Fall der Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung.²⁰⁹

Bei der Ruhezeit an Feiertagen handelt es sich um jene Zeit, die frei von arbeitsvertraglicher Arbeitsbelastung ist.²¹⁰ Wie der AN aber seine Ruhezeit verbringt, bleibt ihm überlassen.²¹¹ Somit verfolgt die Ruhezeit an Feiertagen dieselben Zwecke, wie bei einem Urlaubstag, wo der Erholungszweck bereits durch den vorübergehenden Entfall der Arbeitspflicht (unter Entgeltfortzahlung) erfüllt ist.

Wird der AN ausnahmsweise für bestimmte Tätigkeit auch während der Feiertagsruhe herangezogen, steht dem AN gemäß § 9 Abs 5 ARG zusätzlich zum Feiertagsentgelt das Entgelt für die geleistete Arbeit (das sog Feiertagsarbeitsentgelt) zu.²¹²

3.4.2.2. Unterschiede zwischen Feiertag und Urlaub

Die Feiertagsruhe stellt einen Fall der Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung dar.²¹³ Für Zeiträume, in denen der AN Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung hat, darf gemäß § 4 Abs 2 UrlG kein Urlaubsantritt vereinbart werden.²¹⁴ Der Urlaubsanspruch tritt demnach zurück und lässt allen anderen Entgeltfortzahlungsfällen den Vorrang.²¹⁵ Feiertagsruhe und Urlaubsverbrauch schließen sich daher kategorisch aus.²¹⁶ Weiters ist festzuhalten, dass am gesetzlichen Feiertag kein Urlaubstag verbraucht werden kann.²¹⁷ Die höchstgerichtliche Rsp steht damit ebenfalls im Einklang, indem der OGH festhielt, dass am

²⁰⁸ *Burger*, DRdA-infas 2015, 283.

²⁰⁹ *Burger*, DRdA-infas 2015, 283.

²¹⁰ *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 7 Rz 20.

²¹¹ *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ §§ 2-5 Rz 48.

²¹² *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 9 Rz 2.

²¹³ *Burger*, DRdA-infas 2015, 283.

²¹⁴ *Burger*, DRdA-infas 2015, 283.

²¹⁵ *Burger*, DRdA-infas 2015, 283.

²¹⁶ *Burger*, DRdA-infas 2015, 283.

²¹⁷ *Burger*, DRdA-infas 2015, 283.

„beurlaubten“ Feiertag nur das einfache Entgelt, nicht aber das zusätzliche Feiertagsarbeitsentgelt nach § 9 Abs 5 ARG zusteht.²¹⁸

3.4.2.3. Konsequenzen der Unterschiede für den persönlichen Feiertag

Beim Freistellungsanspruch nach § 7 ARG handelt sich ebenfalls um eine nicht zweckgebundene, autonome Zeit wie bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages. Im Unterschied zur Feiertagsruhe wird aber ein Urlaubstag bei Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages aus dem bestehenden Urlaubskontingent abgezogen. Dies ist dem regulären Urlaubsverbrauch nachgebildet. Der Umstand, dass ein Urlaubstag am persönlichen Feiertag verbraucht wird und am gesetzlichen Feiertag nicht, zeigt aber auch, dass der persönliche Feiertag nicht dieselben Rechtswirkungen entfaltet, wie ein gesetzlicher Feiertag und unterstreicht hiermit wiederum den Hybrid-Charakter.

Die Verankerung des persönlichen Feiertages im ARG kann auch dafürsprechen, dass es sich beim persönlichen Feiertag um eine (Art von) Feiertagsabgeltung handelt. Dies ist aber nur bei § 7a Abs 2 ARG der Fall. Insb in Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages zeigt sich bei der Rücktrittsproblematik in Bezug auf die einseitige Festlegung des persönlichen Feiertages, dass die Lösung nur mit zivilrechtlichen Instrumentalien möglich ist.

In § 7a Abs 2 ARG besteht die Möglichkeit auf Ersuchen des AG am persönlichen Feiertag zu arbeiten (Nichtantritt des persönlichen Feiertages). Wie bereits erörtert, zeigt sich durch den Abkauf des Widmungsrechtes in Form des doppelten Entgeltes, das § 9 ARG nachgebildet ist, die feiertagsrechtliche Natur der Neuregelung. Das Widmungsrecht macht daher den Urlaubstag zum persönlichen Feiertag. Im Gegensatz zur Abgeltung des Feiertagsarbeitsentgeltes wird beim persönlichen Feiertag nur scheinbar die Arbeitsleistung abgegolten. Denn mit der Abgeltung der Arbeitsleistung verliert der AN zeitgleich auch das einseitige Widmungsrecht, dieses wird abgekauft. Somit ist der Abkauf des Widmungsrechts nicht mit der Abgeltung des Feiertagsarbeitsentgeltes gleichzusetzen.

Den Urlaubstag behält sich der AN, da er diesen ja nicht konsumiert, wobei er (in diesem Urlaubsjahr) keinen weiteren Urlaubstag mehr einseitig widmen kann. Dies ist ähnlich zur Feiertagsregelung, da am gesetzlichen Feiertag auch kein Urlaub konsumiert werden kann. In beiden Konstellationen ist sodann der Urlaub mit dem AG zu vereinbaren.

²¹⁸ Burger, DRdA-infas 2015, 283; OGH 16.12.1987, 9 ObA 164/87.

3.4.2.4. Zum Abkauf des persönlichen Feiertages (Thematik des Widmungsrechtes)

1. Verhältnis des Erholungszweckes zur Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag

Außerdem stellt sich die Frage, bei Bejahung des Erholungszweckes, wie sich dieser zur Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag verhält. Bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist mE, wie bereits erörtert, der Erholungszweck erfüllt. Verstärkt wird dies mE unter anderem dadurch, dass der Gesetzgeber die Urlaubskonsumation ohne Vereinbarung der Parteien unter einseitiger Festsetzung eröffnet und dem AN keine Begründungspflicht auferlegt hat. Die Möglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung des AN am persönlichen Feiertag gemäß § 7a Abs 2 ARG schmälert mE nicht den Erholungszweck, weil sie eben auf Freiwilligkeit des AN beruht. Ebenso ist dies der Fall beim Urlaub, da man im Einvernehmen von der Vereinbarung abgehen kann. Es besteht keine Begründungspflicht, weder für die Urlaubsgestaltung noch für den Grund der Arbeitsleistung. Weiters ist festzuhalten, dass betriebliche Interessen auch keine Rolle spielen,²¹⁹ somit ist der AN in seiner Entscheidung frei, ob er den Urlaubstag antreten oder doch arbeiten möchte. Zum Rücktrittsrecht siehe Kapitel 7.

2. Zum Ablöseverbot

Art 7 Abs 2 der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG normiert für den unionsrechtlichen Urlaubsanspruch, dass der bezahlte Mindestjahresurlaub im laufenden Arbeitsverhältnis nicht finanziell abgegolten werden kann. Im innerstaatlichen Recht sind nach § 7 UrlG alle Vereinbarungen zwischen AN und AG, „die für den Nichtverbrauch des Urlaubs Geld oder sonstige vermögenswerte Leistungen des AG vorsehen“, verboten (Ablöseverbot).²²⁰ Eine Vereinbarung über die finanzielle Abgeltung des (vereinbarten) Urlaubsanspruches während eines aufrechten Arbeitsverhältnisses, widerspricht dem Erholungszweck desurlaubes.²²¹ Das Ablöseverbot bringt nach der Rsp²²² die Absicht „den tatsächlichen Verbrauch desurlaubes durch den AN für Erholungszwecke sicherzustellen“. ²²³ Das Ablöseverbot nach § 7 UrlG normiert das Verbot der Abgeltung des Naturalurlaubes durch Vereinbarung zwischen dem AN und dem AG.²²⁴

In diesem Zusammenhang stellt sich daher die Frage, wie nun das Ablöseverbot des § 7 UrlG zur finanziellen Abgeltung des persönlichen Feiertages beim Arbeitsantritt in Relation steht.

²¹⁹ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

²²⁰ Mayr/Erler, UrlG³ § 7 Rz 2.

²²¹ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 7 Rz 1 und 2.

²²² OGH 9 ObA 16/88.

²²³ OGH 9 ObA 16/88.

²²⁴ OGH 01.06.1988, 9 ObA 16/88 infas 1989, A 13.

Der persönliche Feiertag hat zwei Elemente: einerseits die Inanspruchnahme als Urlaubstag, die im laufenden Arbeitsverhältnis nicht abgelöst wird. Wenn der AN den persönlichen Feiertag nicht konsumiert, kann er diesen im laufenden Arbeitsverhältnis nicht abgelden lassen, nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Form von Urlaubersatzleistung. Somit greift auch in diesem Fall das für den Urlaubsanspruch charakteristische Ablöseverbot. Die Abgeltung als Urlaubersatzleistung ist außerdem eine urlaubsrechtliche Rechtsfolge. Da das Ablöseverbot im Falle des persönlichen Feiertages greift, wird folglich damit Hand in Hand der Urlaubsverbrauch für Erholungszwecke gewährleistet und der Erholungszweck bei der Konsumation des persönlichen Feiertages sodann gewahrt.

Das zweite Element ist das einseitige Widmungsrecht, das bei Ausübung mit doppeltem Entgelt abgelöst wird. Hierbei stellt sich weiters die Frage, ob die Abgeltung schon vorab geht.

Meines Erachtens erfolgt im Falle der freiwilligen Arbeitsverrichtung durch den AN nicht die Ablöse eines Urlaubstages iSd UrlG, weil der AN ausdrücklich gemäß § 7a Abs 2 ARG weiterhin Anspruch auf diesen Urlaubstag hat. Das Ablöseverbot betreffend den Urlaub im laufenden Arbeitsverhältnis bleibt daher weiterhin aufrecht. Durch die Zahlung des doppelten Entgelts wird einerseits die freiwillig erbrachte Arbeitsleistung (100%) und die Aufgabe des Widmungsrechtes (100%) somit mit doppeltem Entgelt systemkonform honoriert. Es wird gerade nicht ein Urlaubstag (im laufenden Dienstverhältnis) abgegolten, da dieser nach § 7a Abs 2 ARG im Urlaubskontingent erhalten bleibt, sondern bloß das einseitige Widmungsrecht. Die finanzielle Abgeltung als „doppeltes Entgelt“ ist die Rechtsfolge des (freiwilligen, auf Ersuchen des AG basierenden) Nichtantrittes des persönlichen Feiertages und keine finanzielle Ablöse des ihm zugrunde liegenden Urlaubstages. Zur detaillierten Behandlung des „doppelten Entgeltes“ wird auf Kapitel Arbeit am persönlichen Feiertag verwiesen. Da nicht der Urlaubstag abgegolten wird, sondern bloß das einseitige Widmungsrecht und die Arbeitsverrichtung honoriert wird, gilt mE das Ablöseverbot des UrlG auch beim persönlichen Feiertag und darin zeigt sich der primäre Urlaubscharakter des persönlichen Feiertages.

Weiterführend stellt sich außerdem die Frage, ob es etwas am Urlaubscharakter ändert, wenn das einseitige Widmungsrecht bei der Abgeltung wegfällt. Durch die Abgeltung des einseitigen Widmungsrechtes bleibt der Urlaubstag erhalten, jedoch kann er nicht mehr einseitig angetreten werden. Es verbleibt daher als ein regulärer Urlaubstag, dessen Antritt zwischen den Parteien vereinbart werden muss. Somit ändert sich der Urlaubscharakter insofern, als die Inanspruchnahme vom einseitigen Antritt zur Vereinbarungssache zwischen den Parteien wird,

also aus dem einst persönlichen Feiertag ein „regulärer“ Urlaubstag wird. Und das ist letztlich das Spezifikum des Hybrid-Charakters des persönlichen Feiertages.

3. Zum Ausmaß des Anspruches

Im UrlG normiert § 4 Abs 1 Satz 2, dass der Urlaub tunlichst bis zum Ende des Urlaubsjahres zu verbrauchen ist (Grundsatz des Jahresurlaubes)²²⁵. Wie der Urlaubsanspruch ist der Anspruch auf den persönlichen Feiertag in § 7a Abs 1 Satz 1 ARG für das Arbeitsjahr konzipiert („einmal pro Urlaubsjahr“). Der Gesetzgeber hat aber - anders als beim Urlaub in § 4 Abs 1 Satz 2 UrlG - in § 7a ARG einen Übertrag ins nächste Urlaubsjahr nicht vorgesehen.²²⁶

Wenn der AN (aus welchen Gründen auch immer) den persönlichen Feiertag im Urlaubsjahr nicht verbraucht hat, kann er dies (anders als beim Urlaubsanspruch) nicht innerhalb der Verjährungsfrist nach § 4 Abs 5 UrlG später tun.²²⁷ Das bedeutet, dass das Widmungsrecht verloren geht, jedoch kann der dem zugrunde liegende Urlaubstag auch später konsumiert werden. Voraussetzung hierfür ist, dass noch offener Urlaub vorhanden ist. Folglich ist der Anspruch auf den persönlichen Feiertag nur möglich, wenn noch Urlaub offen ist.

Siehe Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages. Zur Verjährung siehe auch Unmöglichkeit des Verbrauches, Kapitel 9 Arbeit am persönlichen Feiertag. Zur Problematik des Urlaubsvorgriffes, der befristeten Dienstverhältnisse sowie der mittelbaren Diskriminierung im Zusammenhang mit befristeten Dienstverhältnissen wird auf Kapitel Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages verwiesen.

3.5. Verjährung und Verfall

Das UrlG normiert in § 4 Abs 5 UrlG die Verjährung des Urlaubsanspruches nach Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem er entstanden ist.²²⁸ Diese Verjährungsbestimmung schließt die Anwendung der allgemeinen Verjährungsfrist des ABGB sowie den Verfall von Urlaubansprüchen außerhalb der Verjährung aus.²²⁹ Zu den Verfallsbestimmungen des § 11 BUAG siehe Kapitel BUAK.

Zum persönlichen Feiertag hat der Gesetzgeber keine explizite Regelung zu Verjährungs- bzw Verfallsbestimmungen normiert. In diesem Zusammenhang stellen sich viele Fragen: einerseits

²²⁵ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 9.

²²⁶ Firneis/Unterrieder, RdW 2019, 196; und Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 172.

²²⁷ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 9.

²²⁸ § 4 Abs 5 UrlG; Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 34.

²²⁹ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 34; und Drs, Urlaubsrecht¹¹ Einleitung Rz 49.

ist zu untersuchen, ob aufgrund der urlaubsrechtlichen Aspekte die Verjährung nach § 4 Abs 5 UrlG Anwendung findet oder aufgrund des Abs 2 doch die allgemeine arbeitsrechtliche Verjährung nach § 1486 ABGB. Weiters stellt sich die Frage, wie sich die Verjährung auf das einseitige Widmungsrecht auswirkt.

Wie bereits am Anfang erörtert, zeigen sich bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages die Wesenselemente des Urlaubsanspruches und es sind dieselben Verjährungsbestimmungen (§ 4 Abs 5 UrlG) anzuwenden, wie bei einem Urlaubstag.

Im Falle des zweiten Absatzes (Arbeit am persönlichen Feiertag) stehen hingegen die Entgeltbestimmungen (doppeltes Entgelt) im Vordergrund und nicht die urlaubsrechtlichen Aspekte. Das doppelte Entgelt honoriert zT auch das verlorene Widmungsrecht (siehe Abkauf des persönlichen Feiertages). Daher kommt mE in diesem Fall statt der urlaubsrechtlichen Verjährung nach § 4 Abs 5 UrlG die allgemeine arbeitsrechtliche Verjährung nach § 1486 ABGB zur Anwendung.

Folglich lassen sich mE die zwei Absätze schon aufgrund dieses Verjährungsaspektes nicht über einen Kamm scheren, sondern müssen differenziert betrachtet werden.

3.6. Unabdingbarkeit und Unverzichtbarkeit

3.6.1. Problemstellung und Meinungsstand

Im Zusammenhang mit der Erörterung der Rechtsnatur behandelt in der Literatur lediglich *Drs*²³⁰ die Frage, ob es sich um einseitig oder zweiseitig zwingendes oder um dispositives Recht handelt.²³¹ Laut *Drs*²³² entspricht es der hM²³³, dass es sich „bei den Bestimmungen zur Arbeitszeit und zu den Ruhezeiten um zweiseitig zwingendes Recht, während es sich bei den Entgeltbestimmungen um einseitig zwingendes Recht handelt“.²³⁴

3.6.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Es handelt sich mE, wie von *Drs* ausgeführt, bei den Entgeltbestimmungen (soweit keine Sonderregelungen vorgesehen werden) um einseitig zwingendes Recht und da es sich beim einseitigen Urlaubsantritt um Entgelt im weiteren Sinne handelt, ist dies auf § 7a Abs 1 ARG übertragbar.²³⁵ Hierbei ist aber anzumerken, dass das auch beim Feiertag mit Entgeltfortzahlung

²³⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; und *Drs*, FS Löschnigg, 49.

²³¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

²³² *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; und *Drs*, Löschnigg, 49.

²³³ ua *Drs*, Arbeits- und Sozialrecht⁵ (2019) 137.

²³⁴ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

²³⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

der Fall ist. Somit ist diese Untersuchung nicht geeignet, die Rechtsnatur des persönlichen Feiertages zu ergründen.

3.7. Zusammenfassung und rechtliche Konsequenzen

Ausschlaggebend bei der Beurteilung der Rechtsnatur ist die Änderung des Urlaubscharakters durch den Wegfall des Widmungsrechtes. Durch die Abgeltung des einseitigen Widmungsrechtes bleibt der Urlaubstag erhalten, jedoch kann er nicht mehr einseitig angetreten werden, sondern muss zwischen den Parteien vereinbart werden. Es wird daher aus dem einst persönlichen Feiertag ein „regulärer“ Urlaubstag. Somit ändert sich der Urlaubscharakter und der persönliche Feiertag wird vom einseitigen Rechtsanspruch zur Urlaubsvereinbarung (Vertrag) zwischen den Parteien. Das Widmungsrecht macht daher den Urlaubstag zum persönlichen Feiertag. Das ist das Spezifikum des Hybrid-Charakters des persönlichen Feiertages.

Wie im Kapitel Nichtantritt des persönlichen Feiertages noch ausführlich zu untersuchen ist, zeigt sich insb im Falle des Rücktrittes die Rechtsnatur des persönlichen Feiertages sehr deutlich, dass entgegen der Urlaubsvereinbarung, bei einem einseitigen Rechtsgeschäft wie der persönliche Feiertag ist, man nur nach zivilrechtlichen Vorgaben zurücktreten kann. Meines Erachtens ist daher die Annahme naheliegend, dass der persönliche Feiertag ein Novum in der österreichischen Rechtsordnung darstellt und folglich ein Anspruch *sui generis* mit zivilrechtlichen Rechtsfolgen ist.

3.8. Zwischenergebnis

Aus der bereits thematisierten Entstehungsgeschichte verwundert es auf den ersten Blick nicht, dass der persönliche Feiertag („einseitiger Urlaubsantritt“) wie seine „Vorgängerin“, die Karfreitagsregelung, im ARG angesiedelt wurde. In diesem Kapitel wurde mit Hilfe von einzelnen, für den Urlaub oder für den Feiertag charakteristischen Komponenten (Geltungsbereich, Erholungszweck) untersucht, ob der persönliche Feiertag eher Charakteristika des Urlaubsrechtes aufweist oder eher dem Feiertagsrecht zuzuordnen ist.

Es lässt sich (schon allein aus der Entstehungsgeschichte des persönlichen Feiertages) nicht leugnen, dass der persönliche Feiertag sowohl Eigenschaften des Urlaubsrechtes als auch des Feiertagsrechtes in sich trägt. Mangels Legaldefinition der Titelbegriffe divergieren die

Meinungen in der Lehre stark. Auf den ersten Blick, der jedoch trügerisch ist, überwiegen die urlaubsrechtlichen Aspekte.

Für den Nichtantritt des Urlaubstages normiert der Gesetzgeber eine feiertagsähnliche Rechtsfolge (doppeltes Entgelt). Es handelt sich daher mE bei der Bestimmung des § 7a ARG um eine „Hybrid-Bestimmung“, um ein Novum in der österreichischen Rechtsordnung.

4. Karfreitagsregelungen in KV und BV

4.1. Kam es durch die Abschaffung der bisherigen Karfreitagsregelung zu einem Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie?

4.1.1. Problemstellung

An dieser Stelle wird der gesetzliche Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie näher untersucht. Der Gesetzgeber hat mit der Novelle BGBl I 2019/22 vom 22.3.2019 durch § 33a Abs 28 ARG auch alle „Normen der kollektivvertraglichen Rechtsgestaltung für unwirksam erklärt“²³⁶, die Sonderregelungen (also einen bezahlten Freistellungsanspruch²³⁷) nur für evangelische (AB oder HB), altkatholische AN sowie für AN, die der Evangelisch-methodistischen Kirche angehören, für den Karfreitag vorsehen.²³⁸ Insb sind diverse Branchenkollektivverträge sowie der Generalkollektivvertrag über den Karfreitag²³⁹ gemeint.²⁴⁰ Letzterer wurde zwar durch das Wirksamwerden der Karfreitagsregelung im ARG verdrängt, jedoch nie aufgehoben, sodass „er ohne entsprechende Regelung im ARG wieder anwendbar gewesen wäre“.²⁴¹ Die Novellierung geschah ohne Verhandlungen mit den Sozialpartnern bzw ohne die Möglichkeit, „auf Kollektivvertragsebene diskriminierungsfreie Lösungen zu finden“.²⁴² Siehe detailliert hierzu auch Kapitel 2 Genese des § 7a ARG.

Obwohl dieser Themenbereich in der Lehre heftig umstritten ist, gibt es keine systematische, detaillierte, allumfassende Untersuchung des Eingriffes in die Kollektivvertragsautonomie mit Ausnahme des Artikels „Der Karfreitag (auch) als koalitionsrechtliches Problem“ von *Gruber-Risak*²⁴³. In folgenden Punkten wird, basierend auf der Analysesystematik des Artikels, die Zulässigkeit des viel kritisierten Eingriffes in die Kollektivvertragsautonomie inkl Lehrmeinungen zu den jeweiligen Punkten geprüft.²⁴⁴

²³⁶ Drs, FS Löschnigg, 49.

²³⁷ Drs, FS Löschnigg, 49.

²³⁸ Drs, FS Löschnigg, 49.

²³⁹ <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/general-kv-karfreitagsregelung-versoehnungstag-beilage.html> (heruntergeladen am 15.02.2021).

²⁴⁰ Drs, FS Löschnigg, 49.

²⁴¹ Drs, FS Löschnigg, 49.

²⁴² Ettl, DRdA-infas 2019, 235.

²⁴³ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

²⁴⁴ Drs, FS Löschnigg, 49.

4.1.2. Zu den Argumenten *Pro* und *Contra* (Meinungsstand)

Somit stellt sich die Frage dahingehend, ob es durch § 33a Abs 28 ARG zu einem unzulässigen Eingriff in das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit bzw auf Kollektivverhandlungen kam.²⁴⁵

Für *Haider*²⁴⁶ erscheint der Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie „bedenklich und gesetzwidrig“.²⁴⁷ Seiner Ansicht nach spricht gegen die Eingriffsmöglichkeit das grundrechtlich geschützte Recht auf Kollektivvertragsautonomie (Art 11 EMRK, Art 28 iVm 52 GRC).²⁴⁸ Diese Aspekte erwägen auch *Bertsch/Wiedemann*.²⁴⁹ Auch *Erler* vertritt diese Meinung und führt aus, dass im Hinblick auf die Urteile des EGMR²⁵⁰ und des EuGH²⁵¹ der Eingriff des einfachen Gesetzgebers in den Generalkollektivvertrag und in die Branchenkollektivverträge sehr umstritten ist. *Mertinz* legt sich nicht eindeutig fest und argumentiert damit, dass der Gesetzgeber durch die Änderungen gerade den unionskonformen und gleichheitskonformen Zustand herstellen wollte.²⁵² Es muss ihrer Ansicht nach allerdings geprüft werden, ob der Eingriff nicht „aufgrund der gleichzeitig vorgesehenen Einschränkungen doch zulässig ist“.²⁵³

*Marhold*²⁵⁴ und *Pfeil*²⁵⁵ haben den Schutz vor einem Eingriff in die Tarifautonomie aus der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit nach Art 11 EMRK iVm Art 28 GRC abgeleitet.²⁵⁶

Andererseits wird der Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie von *Schrank* abgelehnt.²⁵⁷ Er führt aus, dass die Feiertage im ARG ein umfassendes strafbares Beschäftigungsverbot bewirken, daher sind durch den selektiven Karfreitag auch die AG religionsdiskriminiert worden, und ein Zusatzfeiertag, seiner Ansicht nach, eine besondere Rechtfertigung bedurft

²⁴⁵ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁴⁶ *Haider*, ecolex 2019, 352.

²⁴⁷ *Haider*, ecolex 2019, 352.

²⁴⁸ *Drs*, FS Löschnigg, 49.

²⁴⁹ *Bertsch/Wiedemann*, JAP 2018/2019/23.

²⁵⁰ EGMR 12.11.2008, Bsw34503/97, *Demir* und *Baykara* gegen die Türkei.

²⁵¹ EuGH 8.9.2011, C-297/10, *Hennigs*.

²⁵² *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 3.

²⁵³ *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 3 = *Drs*, FS Löschnigg, 49.

²⁵⁴ <https://www.tt.com/artikel/15376885/karfreitag-arbeitsrechtler-eingriff-in-kollektivvertrag-unzulaessig>
<https://kurier.at/politik/inland/karfreitag-arbeitsrechtler-haelt-eingriff-in-kv-fuer-unzulaessig/400419893>
(heruntergeladen am 18.02.2021).

²⁵⁵ <https://www.tt.com/artikel/15376885/karfreitag-arbeitsrechtler-eingriff-in-kollektivvertrag-unzulaessig>
<https://kurier.at/politik/inland/karfreitag-arbeitsrechtler-haelt-eingriff-in-kv-fuer-unzulaessig/400419893>
(heruntergeladen am 18.02.2021).

²⁵⁶ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

²⁵⁷ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 191.

hätte.²⁵⁸ Begründet wird dies weiter damit, dass der Gesetzgeber das Ziel verfolgt hat, dass es zu keiner Ausweitung des spezifischen Karfreitag-Feiertags auf alle kommt, damit der AG und die Allgemeinheit nicht zusätzlich belastet sind.²⁵⁹ Daher liegt inhaltlich auch kein Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie vor.²⁶⁰ Weiters heißt es, dass der Gesetzgeber im Zuge seiner Sozialpolitik bereits meist in kollektivvertragliche Ansprüche der AG-Seite eingegriffen hat.²⁶¹ *Gleißner* führt aus, dass der Gesetzgeber offenbar davon ausgeht, dass der Eingriff in KV verfassungsrechtlich zulässig ist, weil „lediglich eine als unionsrechtswidrig erkannte Norm beseitigt wird“.²⁶² Daher stelle sich auch nicht die Frage, ob die Karfreitagsregelungen in Branchenkollektivverträgen konstitutiv oder bloß deklarativ zum ARG waren.²⁶³ *Hitz* findet die Argumente Richtung Rechtskonformität der Novelle überzeugend.²⁶⁴

Gleißner stimmt dem Vorliegen des Eingriffes zu, unterscheidet aber zwischen „Eingriffen in die materielle Kollektivvertragsregelungen und Beschränkungen des Rechts Kollektivverträge zu schließen“.²⁶⁵ Seiner Ansicht nach sind Eingriffe in Inhalte von KV mit einfachem Gesetz möglich, da es sich beim ArbVG ebenfalls um ein einfaches Gesetz handelt.²⁶⁶

Weiters führt *Gleißner* aus, dass EU-Recht Tarifverträgen vorgeht und die Grundrechtecharta dem Eingriff in diskriminierende Kollektivvertragsregelungen zum Karfreitag nicht entgegenstand.²⁶⁷ Zwar bejaht *Gleißner* die mangelnde Sanierungsmöglichkeit durch die Sozialpartner, wirft diesen Gedanken aber beiseite, da die Zeit schlicht gefehlt hätte, weil die Entscheidung des EuGH weniger als drei Monate vor dem Karfreitag ergangen ist.²⁶⁸ Er kommt zum Fazit, dass der Eingriff des Gesetzgebers in Regelungen der KV zulässig und auch geboten war.²⁶⁹ Dem hält *Gruber-Risak* entgegen, dass „damit aber auch klar ist, was auf AG-Seite als notwendig angesehen wurde, nämlich eine Angleichung nach unten“.²⁷⁰

²⁵⁸ *Schrank*, RdW 2019, 139.

²⁵⁹ *Schrank*, RdW 2019, 139.

²⁶⁰ *Schrank*, RdW 2019, 139.

²⁶¹ *Schrank*, RdW 2019, 139.

²⁶² *Gleißner*, ZAS 2019, 16.

²⁶³ *Gleißner*, ZAS 2019, 16.

²⁶⁴ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

²⁶⁵ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

²⁶⁶ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

²⁶⁷ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

²⁶⁸ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

²⁶⁹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

²⁷⁰ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

4.1.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

1. Zu den Normen der kollektiven Rechtsgestaltung nach § 33a Abs 28 ARG

Nach § 33a Abs 28 ARG sind Bestimmungen in Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, die nur für AN, die den evangelischen Kirchen AB und HB, der Altkatholischen Kirche oder der Evangelisch-methodistischen Kirche angehören, Sonderregelungen für den Karfreitag vorsehen, unwirksam und künftig unzulässig.²⁷¹

Die Bestimmung des § 33a Abs 28 ARG verfolgt demnach das Ziel, den europarechtskonformen Zustand herzustellen, also die diskriminierenden Karfreitag-Regelungen auch in Normen der kollektiven Rechtsgestaltung aus dem österreichischen Rechtssystem zu verbannen.²⁷² Daher ist eingangs zu untersuchen, was unter den „Normen der kollektiven Rechtsgestaltung“ zu verstehen ist. Eine genaue Legaldefinition findet sich im ARG nicht. Laut *Drs* sind darunter KV und BV, insb aber der Generalkollektivvertrag über den Karfreitag²⁷³ sowie diverse Branchenkollektivverträge zu verstehen.²⁷⁴ In § 2 Abs 2 Z 12 AVRAG werden in Klammern KV, Satzung, Mindestlohntarif, festgesetzte Lehrlingsentschädigung, BV aufgezählt. Nach der intrasystematischen Interpretation sind „davon jene Rechtsquellen erfasst, die im Teil I des ArbVG unter dem Titel "kollektive Rechtsgestaltung" geregelt sind“.²⁷⁵ Somit sind hiervon KV und Satzungen, aber auch BV erfasst²⁷⁶, zu den BV siehe Punkt 4.3.

Daher ist folglich auf die Frage einzugehen, ob „mit der Aufhebung von Bestimmungen in bestehenden Kollektivverträgen nach § 33a Abs 28 ARG“ in die Koalitionsfreiheit nach Art 11 EMRK bzw in das Recht der Kollektivverhandlungen nach Art 28 GRC eingegriffen wird bzw ob der Eingriff gerechtfertigt werden kann.²⁷⁷

²⁷¹ § 33a Abs 28 ARG, § 22b Abs 1 BäckAG, § 285 Abs 77 LAG. Zur Frage der Nachwirkung wird auf *Erler*, ÖZPR 2019, 42 (Nachwirkung); *Gleißner*, ZAS 2019, 16 (keine Nachwirkung); *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 4 (keine Nachwirkung) verwiesen. Die Änderungen werden auch in branchenspezifischen Nebengesetzen wie das BäckereiarbeiterInnenG, FeiertagsruheG, LandarbeitsG und Land- und Forstarbeiter-Dienstrecht vollzogen. (*Gleißner*, ZAS 2019, 16; *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 3)

²⁷² *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁷³ <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/general-kv-karfreitagsregelung-versoehnungstag-beilage.html> (heruntergeladen am 15.02.2021).

²⁷⁴ *Drs*, FS Löschnigg, 49.

²⁷⁵ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁷⁶ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁷⁷ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

2. Zu Art 28 GRC und dem Vorliegen des staatlichen Eingriffes

Zunächst soll auf den Schutzbereich des § 28 GRC eingegangen werden: dieser schützt „neben Rechten für Einzelpersonen auch das Recht der Organisationen (also Gewerkschaften) Kollektivverträge auszuhandeln“.²⁷⁸ Nach Art 28 GRC gilt das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen: die AN und AG oder ihre jeweiligen Organisationen haben nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen.²⁷⁹ Art 52 Abs 3 GRC normiert, dass „Grundrechte, die bedeutungsgleich mit einem von der EMRK geschützten Recht sind, mindestens dieselbe Bedeutung und Tragweite haben, wie das EMRK-Recht“²⁸⁰. Somit ist „für die Auslegung von Art 28 GRC die Bedeutung, die der EGMR dem Recht auf Kollektivverhandlungen nach Art 11 EMRK verleiht, als Mindeststandard garantiert“.²⁸¹ Die Regelung entfaltet nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch Schutzwirkungen.²⁸² Vom Schutzbereich des Art 28 GRC ist nach *Gruber-Risak* die „Festlegung eines arbeitsfreien Feiertages“ als zulässiger Vertragsinhalt erfasst.²⁸³ Die Mitgliedstaaten sind bei der Umsetzung des Unionsrechts bzw bei der Ergreifung von Maßnahmen, „die die Durchsetzung des Unionsrechts (Durchführung des Rechts der Union nach Art 51 Abs 1 GRC) bezwecken“²⁸⁴, also „zB bei der Anpassung des nationalen Rechts an Vorgaben des EuGH, direkt von Art 51 Abs 1 GRC auf Beachtung der GRC-Rechte verpflichtet“.²⁸⁵ Daher ist § 33a Abs 28 ARG auch, um den unionsrechtlichen Standard zu entsprechen, an Art 28 GRC zu messen.²⁸⁶

Die Beeinträchtigung der Freiheit des Rechts auf Kollektivverhandlungen ist laut *Gruber-Risak* durch die staatliche Maßnahme („Beseitigung eines geltenden Kollektivvertrages durch Gesetz“²⁸⁷) anzunehmen, da „Vereinbarungen ihren Zweck nicht erreichen können,

²⁷⁸ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁷⁹ Art 28 GRC.

²⁸⁰ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁸¹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁸² *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁸³ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁸⁴ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁸⁵ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁸⁶ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁸⁷ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

wenn sie unabhängig vom Willen der Vertragsparteien enden“.²⁸⁸ Folglich wertet *Gruber-Risak* die staatliche Maßnahme als Eingriff, welcher allerdings gerechtfertigt sein kann.²⁸⁹

3. Zu Art 52 GRC

Bei der Rechtfertigung kommen nach den Ausführungen von *Gruber-Risak* zwei Maßstäbe zum Tragen, einerseits die Grundrechtsschranke des Art 52 Abs 1 GRC und andererseits die Formulierung in Art 28 GRC, nachdem das Recht "nach dem Unionsrecht und nach einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten"²⁹⁰ gewährleistet ist.²⁹¹ Man kann jedoch nicht von einer Doppelschranke sprechen, da Art 28 GRC nicht die Funktion einer zusätzlichen Begrenzung des Schutzbereiches zukommt, sondern „er betont lediglich, dass eine Regulierung der Grundrechtsausübung wegen der Vielgestaltigkeit der nationalen Kollektivvertragssysteme einen gewissen Beurteilungsspielraum besitzt“.²⁹² Die Kollektivvertragsfreiheit darf nur unter den allgemeinen Voraussetzungen des Art 52 Abs 1 GRC eingeschränkt werden.²⁹³ Daher ist in Folge auf Art 52 GRC einzugehen.

Der Gesetzesvorbehalt des Art 52 Abs 1 GRC besagt, dass „Einschränkungen gesetzlich vorgesehen sein müssen und nur dann vorgenommen werden dürfen, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen“.²⁹⁴ Die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage (durch die Gesetzesbestimmung des § 33a Abs 28 ARG) und die Rechtmäßigkeit des Regelungsziels sind erfüllt, weil „die Mitgliedstaaten zur Durchführung von Richtlinien in der Auslegung durch den EuGH verpflichtet sind“.²⁹⁵ Sowohl die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit sind nach Art 28 GRC in einem „weiten Beurteilungsspielraum“ zu analysieren.²⁹⁶ Wie der EuGH dabei verweist, garantiert Art 28 GRC das Kollektivvertragsrecht (nur) in den Grenzen des geltenden Unionsrechts, inkl der Diskriminierungsverbote aus Art 21 GRC und den sie konkretisierenden Richtlinien.²⁹⁷ Folglich liegt darin materiell eine Beschränkung der Kollektivvertragsfreiheit, „weil den Parteien die

²⁸⁸ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁸⁹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁹⁰ Art 28 GRC.

²⁹¹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁹² *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁹³ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁹⁴ Art 52 Abs 1 GRC.

²⁹⁵ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁹⁶ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁹⁷ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

Vereinbarung bestimmter Inhalte untersagt wird“.²⁹⁸ „Diese Einschränkung enthält aber keine Grundrechtsverletzung, soweit sie gerechtfertigt ist“.²⁹⁹

4. Zur Verhältnismäßigkeit

Gruber-Risak sieht die Probleme jedoch bei der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit der Maßnahme.³⁰⁰ Voraussetzung bei Letzterem ist, „dass es zur Zielerreichung kein gleich wirksames Mittel gibt“.³⁰¹

Auch *Ettl* bejaht den Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie und argumentiert, dass dieser unverhältnismäßig sei, da „die Diskriminierung auch mit gelinderen Mitteln hätte beseitigt werden können“.³⁰² Die Kollektivvertragsparteien hätten für die Zukunft eine andere Lösung als die vollständige Beseitigung des kollektivvertraglichen Anspruchs vereinbaren können.³⁰³ Diese wäre ein milderes und geeignetes Mittel gewesen.³⁰⁴

Problematisch an der Beseitigung des kollektivvertraglichen Feiertages ist nach *Gruber-Risak*, „dass sie die relativen Verhandlungspositionen der Kollektivvertragsparteien durch ihre Entscheidung, die diskriminierende Begünstigung aufzuheben (in Form einer Angleichung nach unten), beeinflusst“.³⁰⁵ Da die AG-Seite bereits das Maximum erhalten hat, wird sie wenig Interesse haben, „einer kollektivvertraglichen Neureglung zuzustimmen“.³⁰⁶ Es liegt daher eine „inhaltliche Einflussnahme des Staates auf den kollektivvertraglichen Aushandlungsprozess“ vor, dessen Zulässigkeit vom EuGH noch nicht thematisiert wurde.³⁰⁷ Somit sprechen gute Argumente für das Vorliegen eines unverhältnismäßigen Eingriffs in das Recht auf Kollektivverhandlungen gemäß Art 28 GRC.³⁰⁸ Nach *Gruber-Risak* verstößt der Eingriff unmittelbar durch Gesetz gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und beschränkt damit die Kollektivvertragsfreiheit.³⁰⁹ Meines Erachtens ist diesen Ausführungen vollinhaltlich zuzustimmen, weil die Kollektivvertragsparteien eine andere Lösung als die vollständige Beseitigung des

²⁹⁸ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

²⁹⁹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰⁰ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰¹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰² *Ettl*, DRdA-infas 2019, 235.

³⁰³ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰⁴ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰⁵ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰⁶ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰⁷ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰⁸ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁰⁹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

kollektivvertraglichen Anspruchs vereinbaren hätten können, aber durch die staatliche, inhaltliche Einflussnahme auf die Kollektivvertragsparteien kam es zu einer Angleichung nach unten. Folglich haben alle AN den Anspruch auf den Karfreitag verloren, im Gegensatz zur AG-Seite, welche das Meistmögliche erhalten hat.

5. Zu Art 16 der RL 2000/78/EG

Art 16 der RL 2000/78/EG normiert, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen, aufgehoben werden sowie die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden.³¹⁰

Art 16 RL 2000/78/EG verlangt ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten in Ergebnisverantwortung für die Herstellung eines richtlinienkonformen Zustandes zu sorgen haben, indem richtlinienwidrige staatliche Vorschriften aufgehoben werden, und Bestimmungen in Tarifverträgen für nichtig erklärt werden können oder geändert werden.³¹¹ „Das Diskriminierungsverbot ist also nicht nur materiell für Kollektivverträge maßgeblich“. ³¹² Das nationale Recht hat daher Diskriminierungen in Gesetzen zu beseitigen und eine Möglichkeit zu schaffen, dass diskriminierende Bestimmungen in KV für nichtig erklärt oder geändert werden.³¹³

Laut *Drs*³¹⁴ und *Mertinz*³¹⁵ spricht für die Zulässigkeit des Eingriffes des Gesetzgebers in die Kollektivvertragsautonomie der Stufenbau der Rechtsordnung sowie nach *Tomandl*³¹⁶ und *Wiesinger*³¹⁷ auch die Verpflichtung zur Herstellung der Gleichheits- und Unionskonformität (vgl. Art 16 der RL 2000/78/EG).³¹⁸ *Tomandl* verneint den unzulässigen Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie und argumentiert mit Art 16 lit b der Richtlinie 2000/78/EG, wonach „Bestimmungen in Tarifverträgen, die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu

³¹⁰ Art 16 der RL 2000/78/EG.

³¹¹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³¹² *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³¹³ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³¹⁴ *Drs*, FS Löschnigg, 49.

³¹⁵ *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 4.

³¹⁶ *Tomandl*, Das Kreuz mit dem Karfreitag, ZAS 2019, 10.

³¹⁷ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

³¹⁸ *Drs*, FS Löschnigg, 49.

vereinbaren sind, für nichtig erklärt werden können oder geändert werden“.³¹⁹ Nach *Gruber-Risak* erfüllt der Staat seine Verpflichtung aus Art 16 RL 2000/78/EG, wenn „er ein Verfahren bereithält, dass die Nichtigerklärung bzw Änderung einer Diskriminierung durch Kollektivvertrag ermöglicht“.³²⁰ Dies muss nicht unbedingt ein Eingriff durch Gesetz sein, sondern kann auch im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zur Geltendmachung von Ansprüchen einer benachteiligten Person, der die Anwendung der dem begünstigten Personenkreis zugesprochenen Vorteile verlangt, erfolgen und daher im Sinn der „Angleichung nach oben“ geschehen.³²¹ Die Gerichte wären angehalten, das dem Unionsrecht widersprechende nationale Recht unangewendet zu lassen.³²² Dieses (gelindere) Mittel muss „zur Verhandlungsautonomie der Kollektivvertragsparteien in Verhältnis gesetzt werden“.³²³

Nach *Mertinz*³²⁴ stellt sich das Problem des Eingriffes in die Kollektivvertragsautonomie auf Ebene der Grundrechte: Art 11 EMRK, der im Verfassungsrang steht, garantiert die Koalitionsfreiheit.³²⁵ Die Tarifaautonomie umfasst demnach das Recht, KV abzuschließen.³²⁶ Die Koalitionsfreiheit umfasst auch die Möglichkeit, in Kollektivverhandlungen einzutreten und diese abzuschließen.³²⁷ Sowohl *Mertinz*³²⁸ als auch *Gleißner*³²⁹ führen als Beispiel in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EGMR³³⁰ an, wo es darum ging, dass ein türkisches Gericht dem KV die Rechtswirksamkeit mit der Begründung verweigert hat, dass Beamte kein Recht auf Gründung von Gewerkschaften gehabt hätten.³³¹ Eine Einschränkung der Koalitionsfreiheit darf gemäß Art 11 EMRK nur erfolgen, wenn ein Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und dieser „in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen und öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig“ ist.³³² *Firneis/Unterrieder* halten in diesem Zusammenhang fest, dass es denkbar

³¹⁹ *Tomandl*, ZAS 2019, 10.

³²⁰ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³²¹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³²² *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³²³ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³²⁴ *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 4.

³²⁵ *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 4.

³²⁶ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

³²⁷ *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 4 = EGMR 12.11.2008, Bsw34503/97, *Demir und Baykara* gegen die Türkei.

³²⁸ *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 4.

³²⁹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

³³⁰ EGMR 12.11.2008, Bsw34503/97, *Demir und Baykara* gegen die Türkei.

³³¹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

³³² *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 4.

ist, den Eingriff des Gesetzgebers in die Kollektivvertragsautonomie als einen Verstoß gegen Art 11 EMRK zu sehen, und da die Bestimmung im Verfassungsrang steht, würde eine Verletzung zur Verfassungswidrigkeit führen.³³³ Bis zur Aufhebung durch das Verfassungsgericht bleibt jedoch die neue Rechtslage unverändert in Geltung.³³⁴ Bei einem Verstoß gegen die GRC bleibt die Rechtslage ebenfalls unverändert bis zur Aufhebung durch das VfGH in Geltung, da auch von der GRC garantierten Rechte nach jüngster Rechtsprechung³³⁵ in einem gewissen Rahmen „als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte Prüfungsmaßstab in Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof“ sein können.³³⁶ Allerdings heißt dies auch, dass sich bis zur Aufhebung weder AN noch Betriebsräte auf Karfreitagsbestimmungen in KV berufen können.³³⁷

Art 11 EMRK regelt nicht nur die Vereinigungsfreiheit, sondern auch die Koalitionsfreiheit, also die Freiheit, zum „Schutz der eigenen Interessen einer Gewerkschaft beizutreten“.³³⁸ Die Gewerkschaften haben laut EGMR das Recht, ihre Mitglieder zu vertreten aber auch das Recht KV zu schließen und deren Anwendbarkeit zu gewährleisten.³³⁹

Zum Vorliegen eines Eingriffes ist festzuhalten, dass mangels Entscheidungen bei einer derartigen Konstellation („Die Gesetzgebung beschließt gezielt die Aufhebung eines Kollektivvertrages“) die Konventionskonformität noch nicht angenommen werden kann, aber wohl auch nicht die Konventionswidrigkeit.³⁴⁰ Die Rechtfertigung eines vorliegenden Eingriffes entspricht der Prüfung der Rechtfertigung nach einem Grundrechtseingriff nach der GRC.³⁴¹ Vom EGMR wurde der „weite Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts in besonderer Weise hervorgehoben“, jedoch gibt es noch keine Entscheidung, ob das Betätigungsrecht als Bestandteil der Koalitionsfreiheit auch „einen autonomen Gestaltungsraum für Regelungen der Kollektivvertragsparteien enthalten muss“ bzw ob in die Betätigungsfreiheit eingegriffen wurde.³⁴² Daher ist das

³³³ Firneis/Unterrieder, RdW 2019, 196.

³³⁴ Firneis/Unterrieder, RdW 2019, 196.

³³⁵ VfGH 14.03.2012, U 466/11 ua.

³³⁶ Grundrechte - Der Österreichische Verfassungsgerichtshof (vfgg.gv.at) heruntergeladen am 07.07.2024.

³³⁷ Firneis/Unterrieder, RdW 2019, 196.

³³⁸ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

³³⁹ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

³⁴⁰ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

³⁴¹ Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

³⁴² Gruber-Risak, öarr 2019, 322.

Prüfungsergebnis letztlich von der Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig und stark einzelfallbezogen.³⁴³

6. Zur Nachwirkung

Mayr spricht einen ausschlaggebenden Punkt an, nämlich, dass es durch die Regelung des Karfreitags im Generalkollektivvertrag und für die Änderung des Generalkollektivvertrages der Zustimmung des ÖGB bedarf, bzw dass eine „einseitige Kündigung seitens der WKO eine Nachwirkung für die bisher davon erfassten AN zur Folge hätte“.³⁴⁴ *Erler* erörtert, dass, selbst wenn man von einem wirksamen Eingriff ausgeht, fraglich ist, ob damit auch die Nachwirkung nach § 13 ArbVG ausgeschlossen werden kann.³⁴⁵ In den Gesetzesmaterialien³⁴⁶ wurde auf dies eingegangen, aber im Gesetzestext erscheint diese fehlende Nachwirkung nicht mehr.³⁴⁷ § 13 ArbVG bestimmt, dass die Rechtswirkungen des KV nach seinem Erlöschen für Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar vor seinem Erlöschen durch ihn erfasst waren, so lange aufrecht bleiben, bis für diese Arbeitsverhältnisse nicht ein neuer KV wirksam oder mit den betroffenen AN nicht eine neue Einzelvereinbarung abgeschlossen wird. Laut der Schlussfolgerung *Erlers* erfüllt § 7a ARG diese Kriterien nicht. Da bisher unter „Erlöschen“ „jede Form der Beendigung des Kollektivvertrages verstanden wurde, erfüllt die Unwirksamkeitserklärung den Tatbestand des § 13 ArbVG und löst somit die Nachwirkung des Generalkollektivvertrages und der Branchenkollektivverträge aus“.³⁴⁸ *Gruber-Risak* hält hierzu fest, dass dies vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war.³⁴⁹

Obwohl § 33a Abs 28 ARG an Art 28 GRC zu messen ist, um den unionsrechtlichen Standard beim Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie durch § 33a Abs 28 ARG zu entsprechen, kommt Art 28 GRC nicht die Funktion einer zusätzlichen Begrenzung des Schutzbereiches zu. Deshalb wurde zur Rechtfertigung Art 52 GRC mit dem Prüfungsergebnis herangezogen, dass sich die Probleme bei der Verhältnismäßigkeit sowie Erforderlichkeit der Maßnahme abzeichnen.

³⁴³ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁴⁴ *Mayr*, Der Karfreitag ist nun für alle ArbeitnehmerInnen ein bezahlter Feiertag!, ÖZPR 2019, 4.

³⁴⁵ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

³⁴⁶ A-74 26. GP 5. „Die neue gesetzliche Regelung wird mit Wirkung ab dem Karfreitag 2019 auch diese Regelungen ohne Nachwirkungen (§ 13 ArbVG) abgelöst“ in *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

³⁴⁷ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

³⁴⁸ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

³⁴⁹ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322. „Dies ist aber klar nicht die Absicht der Gesetzgebung (AA 74 BlgNR XXVI GP 5), sodass eine subjektiv-historische Auslegung zu dem Ergebnis führt, dass es zu einem nachwirkungslosen Entfall kommen soll.“

Meines Erachtens hätten die Kollektivvertragsparteien eine andere Lösung, als die vollständige Beseitigung des kollektivvertraglichen Anspruchs (bzw ggf bei Aufforderung mit Fristsetzung für die Einigung) vereinbaren können. Durch die staatliche, inhaltliche Einflussnahme auf die Kollektivvertragsparteien kam es aber zu einer Angleichung nach unten. Folglich haben alle AN den Anspruch auf den Karfreitag verloren, im Gegensatz zur AG-Seite, welche das Meistmögliche erhalten hat.

Ob der Eingriff in die Koalitionsfreiheit gem Art 11 EMRK als unverhältnismäßiger Eingriff in die Betätigungsfreiheit gewertet werden kann, ist mangels einschlägigen E auf diesem Gebiet letztlich von der Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig und im Einzelfall zu beurteilen. Als Fazit hält *Gruber-Risak* fest, dass gute Argumente für die Unverhältnismäßigkeit des Eingriffes nach Art 11 EMRK sprechen und auch, dass „ein derartiger Eingriff ohne Übergangsfrist zur Sanierung des diskriminierenden kollektivvertraglichen Rechtsbestandes als unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht auf Kollektivverhandlungen nach Art 28 GRC anzusehen ist“. ³⁵⁰

4.2. Jom Kippur (Versöhnungstag) - Thematik im Hinblick auf den Generalkollektivvertrag, die Branchenkollektivverträge sowie Erörterungen zur Rechtfertigung als positive Maßnahme

4.2.1. Problemstellung im Hinblick auf den Generalkollektivvertrag

Einzugehen ist in diesem Zusammenhang auch auf den Umstand, dass für die AN, die der israelitischen Glaubengemeinschaft angehören, der Versöhnungstag ein kollektivvertraglicher Feiertag ist. Geregelt ist dieser Feiertag, insb in der Beilage zum Generalkollektivvertrag vom 18.2.1953³⁵¹ („Diese Bestimmungen finden ferner auf Arbeitnehmer, die der israelitischen Glaubengemeinschaft in Österreich angehören, sinngemäß mit der Maßgabe Anwendung, dass für diese Arbeitnehmer der Versöhnungstag als arbeitsfreier Tag gilt“.³⁵²). Voraussetzungen für die Inanspruchnahme sind nach dem Generalkollektivvertrag eine Beschäftigung in einem Unternehmen, welches den Kammern der gewerblichen Wirtschaft angehört, weiters, dass der AN in Österreich wohnhaft ist und die Zugehörigkeit zur

³⁵⁰ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

³⁵¹ <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/general-kv-karfreitagsregelung-versoehnungstag-beilage.html> (heruntergeladen am 15.02.2021).

³⁵² <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/general-kv-karfreitagsregelung-versoehnungstag-beilage.html> (heruntergeladen am 15.02.2021).

israelitischen Glaubensgemeinschaft nachweisen kann.³⁵³ Außerdem ist dieser Sonderfeiertag nur zu gewähren, wenn die Arbeitsleistung aus betriebsbedingten Gründen nicht erforderlich ist und der AN dies eine Woche vorher vom AG verlangt.³⁵⁴ Zu den Branchenkollektivverträgen siehe Punkt 4.2.2.

Die im ersten Punkt geschilderte Problematik zeichnet sich auch bei Feiertagen ab, die für eine bestimmte Konfession gelten,³⁵⁵ also sog konfessionsgebundene Feiertage, wie zB beim *Jom Kippur* (Versöhnungstag) für die israelitische Glaubensgemeinschaft. Diese Sonderstellung der jüdischen AN hat der Gesetzgeber jedoch nicht aufgehoben.³⁵⁶ Daher gilt § 33a Abs 28 ARG nicht für den Versöhnungstag.³⁵⁷ Aus diesem Grund wird in den folgenden Punkten analysiert, ob die *Jom Kippur* Regelung im Generalkollektivvertrag und in den Branchenkollektivverträgen unmittelbar diskriminierend ist oder ob sie als positive Maßnahme gerechtfertigt sein kann.

4.2.1.1. Meinungsstand

Bertsch/Wiedemann halten fest, dass es sich beim *Jom Kippur* um einen religionsbezogenen Feiertag handelt, welcher unmittelbar an die Religion des AN anknüpft.³⁵⁸ *Wanderer* sieht den *Jom Kippur* Feiertag diskriminierungsrechtlich höchst problematisch an.³⁵⁹ *Körber-Risak* sieht dieselbe Problematik beim *Jom Kippur* wie beim Karfreitag und erörtert die Möglichkeit der Klagbarkeit beim EuGH.³⁶⁰

Gleißner führt hingegen aus, dass in diesem Fall der Gesetzgeber die Rechtslage eventuell anders beurteilt hätte als beim (ebenfalls konfessionsgebundenen) Karfreitag.³⁶¹ Diese Ansicht teilen auch *Firneis/Unterrieder* und argumentieren damit, dass der Gesetzgeber nur die Karfreitagssonderregelung aufheben wollte und der Generalkollektivvertrag von 3.4.1952 weiterhin gilt, wenn auch nur für den Versöhnungstag.³⁶² Sie sehen aber auch eine Diskriminierung, da die Regelung unmittelbar an die Religionszugehörigkeit des AN anknüpft, folglich auch zur unterschiedlichen Behandlung aufgrund des Religionsbekenntnisses führt und

³⁵³ *Wanderer*, RdW 2013, 287.

³⁵⁴ *Wanderer*, RdW 2013, 287.

³⁵⁵ *Drs*, FS Löschnigg, 49.

³⁵⁶ *Drs*, FS Löschnigg, 49.

³⁵⁷ *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 4.

³⁵⁸ *Bertsch/Wiedemann*, JAP 2018/2019/23.

³⁵⁹ *Wanderer*, RdW 2013, 287.

³⁶⁰ <https://kurier.at/politik/inland/jom-kippur-geht-murks-wie-bei-karfreitag-bald-wieder-los/400419380> (heruntergeladen am 22.02.2021).

³⁶¹ *Gleißner*, ZAS 2019, 16.

³⁶² *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

daher auch der EuGH-Rechtsprechung widerspricht.³⁶³ Weiters führen sie aus, dass „die Aufhebung bewusst nur auf den Karfreitag beschränkt wurde“ und der Gesetzgeber daher dem Versöhnungstag eine Sonderstellung einräumen wollte.³⁶⁴ *Marhold* sieht den *Jom Kippur* weiterhin als bestehenden Sonderfeiertag an und rechtfertigt dies damit, „dass der entsprechende Generalkollektivvertrag 1953 kurz nach dem Ende des Nationalsozialismus unterzeichnet wurde, und dies als Akt der Förderung des jüdischen Lebens in Österreich unmittelbar nach der Shoah interpretiert werden könnte“.³⁶⁵ *Burger-Ehrnhofer* erörtert in Anlehnung an die Ausführungen von *Karl*³⁶⁶ und *Mazal*³⁶⁷, ob die *Jom Kippur* Regelung „eine mit der Schoah sachlich zu rechtfertigende positive Maßnahme im Sinne des Art 7 Abs 1 der RL 2000/78/EG gesehen werden kann“.³⁶⁸ In diesem Sinne führt *Gleißner* aus, dass sich die Rechtslage zum Karfreitag dadurch unterscheidet, dass der Versöhnungstag (im Gegensatz zum Karfreitag) nicht im ARG verankert ist und dass der EuGH beim Karfreitag keine Maßnahme iSd Art 7 Abs 1 der RL 2000/78 gesehen hat. Im Falle des *Jom Kippurs* liegt aber eine „historisch einzigartige Erfahrung der Angehörigen der israelitischen Glaubensgemeinschaft“ vor.³⁶⁹ Er hält aber in seinen Ausführungen die Hintertür offen und sagt, dass „man rechtlich zu einem anderen Ergebnis kommen könnte“.³⁷⁰ Historische Gründe zur Rechtfertigung erwägen auch *Firneis/Unterrieder* wobei ihrer Ansicht nach fraglich ist, ob die - wenn auch schwerwiegenden Gründe - für eine Rechtfertigung als positive Maßnahme ausreichen.³⁷¹ *G. Schima* vergleicht den Grad der Schwere der Juden bzw Protestanten zugefügten Gräueltaten und kommt zum Ergebnis, dass „die Gegenreformation in Österreich nicht zimperlich war, dies ist nicht vergleichbar (mit der Shoa, Anmerkung), und liegt zudem 500 Jahre zurück“.³⁷² „Und während es Antisemitismus in Österreich zweifellos weiterhin gibt, kann das von „Antiprotestantismus“ nicht behauptet werden“.³⁷³ Für *Schrank* bestehen keine Zweifel, dass der *Jom Kippur* Feiertag als Sonderfeiertag aufgrund gleicher Sach- und Rechtslage auch vom EuGH Erkenntnis erfasst ist.³⁷⁴ Er legt dar, dass mangels Anlassfalls sich jedenfalls kein

³⁶³ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

³⁶⁴ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

³⁶⁵ <https://www.tt.com/artikel/15376885/karfreitag-arbeitsrechtler-eingriff-in-kollektivvertrag-unzulaessig>
<https://kurier.at/politik/inland/karfreitag-arbeitsrechtler-haelt-eingriff-in-kv-fuer-unzulaessig/400419893>
(heruntergeladen am 18.02.2021).

³⁶⁶ *Karl*, RdW 2016, 615.

³⁶⁷ *Mazal*, ZAS 2016, 47.

³⁶⁸ *Burger-Ehrnhofer*, Topthema: Streitfall Karfreitag – EuGH zwingt zum Handeln, ASoK 2019, 82.

³⁶⁹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

³⁷⁰ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

³⁷¹ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

³⁷² *G. Schima*, Der Standard 2019/10/01, Die Karfreitagslösung verletzt keine Grundrechte, 04.03.2019.

³⁷³ *G. Schima*, Der Standard 2019/10/01.

³⁷⁴ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 194.

Umkehrschluss ziehen lässt, denn die „Argumentationslinie des EuGH sei klar, dass in einem Arbeitsgerichtsverfahren die Entscheidung nicht anders ausfallen würde“.³⁷⁵ Die Diskriminierten hätten einen Gleichstellungsanspruch.³⁷⁶

4.2.1.2. Eigene Ansicht und Lösungsalternative

Meines Erachtens spricht der Umstand, dass zwar im Februar 2019 die Karfreitags-Sonderfeiertagsregelung aufgehoben wurde, nicht aber jene kollektivvertragliche Sonderregelung betreffend *Jom Kippur*, dafür, dass nun alle nicht jüdischen AN, die keiner Konfession angehören³⁷⁷, gegenüber den jüdischen klar diskriminiert werden, da sie um einen Tag weniger pro Jahr Anspruch auf bezahlte Freizeit haben. De facto werden AN mit jüdischer Religionszugehörigkeit durch einen zusätzlichen arbeitsfreien Tag über den „persönlichen Feiertag“ hinaus begünstigt, denn sie haben einen Urlaubstag mehr (zu einer möglichen Rechtfertigung siehe unten).

Im Sinne des EuGH-Urteils von Jänner 2019 zum damals geltenden § 7 Absatz 3 ARG können daher auch alle nicht jüdischen AN innerhalb des Anwendungsbereichs dieses General-KV denselben Anspruch auf bezahlte Freizeit geltend machen, „ohne dass dieser Tag als Urlaubstag gewertet wird“³⁷⁸. Das gilt „auch für alle anderen Regelungen, die nur für bestimmte Konfessionen gelten“.³⁷⁹

Meines Erachtens ist auf den äußeren Tatbestand der formellen Religionszugehörigkeit abzustellen, und man kann als historische Rechtfertigung keine inneren Beweggründe (genauso wie im Falle des Karfreitags) oder als Konsequenz eine Wiedergutmachung der (zweifelsfrei sehr schwerwiegenden Gründe) Shoah heranziehen. Darüber hinaus ist es mE in Hinblick auf die Ausführungen von *G. Schima* weder wissenschaftlich argumentierbar, noch methodisch unbedenklich, wenn das Elend unterschiedlicher Religionsgruppen völlig haltlos gegeneinander abzuwägen versucht und den wohl zweifelsohne stets subjektiven Fragen nachgegangen wird, welcher Religionsgruppe in welchem Zeitalter mehr oder weniger Leid zugefügt wurde (Gegenreformation oder Shoa).

Im Rahmen des Gerichtsverfahrens zu den Vorlagefragen vor dem EuGH argumentierte die österreichische Regierung ebenfalls mit der historischen Entstehungsgeschichte der

³⁷⁵ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 194.

³⁷⁶ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 195.

³⁷⁷ *Drs*, FS Löschnigg, 49.

³⁷⁸ *Drs*, FS Löschnigg, 50.

³⁷⁹ *Drs*, FS Löschnigg, 50.

Karfreitagsregelung, indem sie darlegte, dass die Angehörigen der vier protestantischen Kirchen in Österreich historisch eine Minderheit darstellten und an ihrem bedeutendsten religiösen Tag keinen Feiertag hatten.³⁸⁰

Die österreichische Regierung hat im Verfahren vor dem EuGH vorgebracht, dass Angehörige der vier Kirchen im Gegensatz zur katholischen Mehrheit keinen Anspruch auf einen freien Tag, um ihr wichtigstes religiöses Fest des Jahres zu feiern, hatten, und viele Jahre lang unter dieser Situation litten, bevor dieser Tag in den 1950er Jahren verlangt und gewährt wurde.³⁸¹

Die Republik argumentierte damit, dass die Maßnahmen unter den Begriff der positiven und spezifischen Maßnahme subsumiert werden können, weil sie deshalb verabschiedet wurden, um eine weniger günstige Behandlung in der Vergangenheit auszugleichen.³⁸² Daher wollte man den Angehörigen der protestantischen Religionsgemeinschaften nach dem Zweiten Weltkrieg mit „der Sonderregelung entgegenkommen, die dem protestantischen Feiertagsverständnis Rechnung trägt“.³⁸³ Das Ziel der ehemaligen Karfreitagsregelung war es laut Argumentation der österreichischen Regierung, diesen Personen an ihrem wichtigsten religiösen Feiertag die Teilnahme an religiösen Festen zu erlauben und so ihre Religionsfreiheit zu achten.³⁸⁴

Anzumerken ist aber mE, dass auch bei der Vorgängerregelung auf die formelle Religionszugehörigkeit abgestellt wurde.

4.2.2. Problemstellung im Zusammenhang mit Branchenkollektivverträgen

Weiters sehen einige Branchenkollektivverträge vor, dass sämtliche AN (unabhängig von der Religionszugehörigkeit) an bestimmten Tagen (zB 24. Dezember, aber auch am Karfreitag) frei haben. Folglich ist zu untersuchen, ob branchenspezifische und religionsbezogene Feiertage von § 33a Abs 28 ARG erfasst sind.

³⁸⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* beim EuGH, 25.07.2018, C-193/17; CURIA - Dokumente (europa.eu) heruntergeladen am 08.07.2024.

³⁸¹ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* beim EuGH, 25.07.2018, C-193/17; CURIA - Dokumente (europa.eu) heruntergeladen am 08.07.24.

³⁸² Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* beim EuGH, 25.07.2018, C-193/17; CURIA - Dokumente (europa.eu) heruntergeladen am 08.07.24.

³⁸³ *Mazal*, ZAS 2016, 47.

³⁸⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* beim EuGH, 25.07.2018, C-193/17; CURIA - Dokumente (europa.eu) heruntergeladen am 08.07.24.

4.2.2.1. Meinungsstand

Diese sind laut *Drs* nicht vom Verbot nach § 33a Abs 28 ARG erfasst, zulässig und nicht als Urlaubstage zu werten.³⁸⁵ Es ist zwischen branchenweisen und religionsbezogenen Festlegung der Feiertage zu unterscheiden.³⁸⁶ Zu nennen ist zB für Letztere § 25 Abs 5 zum *Jom Kippur* bzw Karfreitag des KV für Angestellte der Banken und Bankiers („*Karfreitag ist für evangelische sowie altkatholische und der Jom Kippur für mosaische Glaubensangehörige dienstfrei*“) und zu den branchenweisen Feiertagen III. Arbeitszeit Punkt 6 des KV für Angestellte bei Ärzten für den 24. und 31. Dezember („*Der 24. und 31. Dezember jeden Jahres sind dienstfrei unter Fortzahlung des Entgelts.*“) ebenso § 8 Abs 8 des KV für Versicherungen Innendienst. Dieselbe Meinung vertritt auch *Haider* und sagt, dass durch § 33a Abs 28 ARG KV nicht erfasst sind, die Sonderregelungen am Karfreitag enthalten.³⁸⁷ *Wanderer* vertrat bereits 2013 die (mE zutreffende) Meinung, dass branchenspezifische Kollektivvertragsvorschriften, welche von der Religion und Weltanschauung unabhängig als zusätzliche arbeitsfreie Tage allen AN zustehen (24. und 31. Dezember), „keinen gleichbehandlungsrechtlichen Diskriminierungsstatbestand berühren“. ³⁸⁸ Gleicher Meinung ist auch *Mayr*: die branchenspezifischen Feiertage wertet *Mayr* als „nicht diskriminierend oder zumindest sachlich rechtfertigbar, da kein religiöser Hintergrund vorliegt“. ³⁸⁹

Bezüglich der *Jom Kippur* Regelungen in KV führt *Schrank* aus, dass diese Sonderbestimmungen seiner Ansicht nach vollnichtig sind, weil sich die KV-Parteien auf einen weiteren generellen Feiertag nicht geeinigt hätten und der Anspruch auf die jüdischen Religionsangehörigen gewollt beschränkt ist.³⁹⁰ Das heißt, dass der AG den Sonderfeiertag nicht gewähren muss, wenn er ihn aber gewährt, können die nicht begünstigten AN nach den Grundsätzen des Karfreitags-Erkenntnisses des EuGH eine Gleichstellung verlangen.³⁹¹

Firneis/Unterrieder legen außerdem dar, dass ihrer Ansicht nach der AG ihren nicht vom Generalkollektivvertrag erfassten Mitarbeiter:innen eine Freistellung am Versöhnungstag bzw das Feiertagsentgelt bei Nichterscheinen verweigern darf, bis die europarechtliche und verfassungsrechtliche Zulässigkeit des „begrenzten Eingriffs in Kollektivverträge“ geklärt ist.³⁹²

³⁸⁵ *Drs*, FS Löschnigg, 50.

³⁸⁶ *Mayr*, ecolex 2004, 428.

³⁸⁷ *Haider*, ecolex 2019, 352.

³⁸⁸ *Wanderer*, RdW 2013, 287.

³⁸⁹ *Mayr*, ecolex 2004, 428.

³⁹⁰ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 195.

³⁹¹ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 195.

³⁹² *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

4.2.2.2. Eigene Ansicht und Lösungsalternative

In Bezug auf den *Jom Kippur* (Versöhnungstag) ist festzuhalten, dass es sich um einen religionsbezogenen Feiertag handelt, der jedoch durch § 33a Abs 28 ARG nicht erfasst ist und daher weiterhin Gültigkeit hat. Die sachliche Rechtfertigung als positive Maßnahme aufgrund des historischen Hintergrundes (Shoa) ist jedoch mE nicht gegeben, da nur auf die formelle Religionszugehörigkeit abzustellen ist, weil gesetzlich (wie bei der ehemaligen Karfreitagsregelung) nur die Religionszugehörigkeit zur israelitischen Glaubensgemeinschaft gefordert und nicht der Nachweis einer tatsächlichen Religionsausübung verlangt wird. Die *Jom Kippur* Bestimmung ist daher unmittelbar diskriminierend.

Da KV als Verträge über § 879 ABGB am Gleichheitssatz zu messen sind, sind gleichheitswidrige Regelungen wie jene über die *Jom Kippur* Bestimmung folglich nichtig.³⁹³ Nach der stRsp des OGH³⁹⁴ sind die entsprechenden Bestimmungen aufgrund ihres privatrechtlichen Charakters schlicht nichtig.³⁹⁵ Dabei stellt sich weiterführend die Frage, ob der Feiertag dann niemandem zusteht oder allen.

Weiters ist mE noch festzuhalten, dass auf Grundlage innerstaatlichen Rechts durch § 17 Abs 1 Z 6 iVm § 26 Abs 6 Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) alle nichtjüdischen AN genau dieselbe Forderung auf bezahlte Freistellung geltend machen können, welche sich aus dem Generalkollektivvertrag betreffend *Jom Kippur* für jüdische Beschäftigte ergibt. Aber wie *Schrank* iZ mit BV ausführt, ist „dem GIBG ein unbedingtes Festhalten-Müssen an einer anderen AN diskriminierenden vertraglichen Begünstigung nicht ernsthaft zu entnehmen, zumal dann, wenn der Gesetzgeber eine Ersatzregelung getroffen hat, welche nunmehr die besonderen religiösen Bedürfnisse ausreichend abdeckt.“³⁹⁶ Es ist mE die Schiene über das GIBG nicht zielführend.

Zur Ersatzregelung ist mE zu entgegnen, dass der persönliche Feiertag („vom Gesetzgeber getroffene Ersatzregelung“) keinesfalls als echte Ersatzregelung angesehen werden kann, da sie eine zusätzliche Feiertagsgewährung substituieren bzw mE auch nicht besondere religiösen Bedürfnisse abdecken kann, da sie ja nur aus dem bestehenden Urlaubskontingent einen

³⁹³ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 195.

³⁹⁴ OGH 28.10.2016, 9 ObA 98/16s; OGH 24.5.2017, 9 ObA 153/16i; OGH 25.11.2016, 8 ObA 67/16k; OGH 19.12.2013, 9 ObA 151/13s; OGH 26.11.2013, 9 ObA 82/13v; OGH 13.2.2003, 8 ObA 98/02y.

³⁹⁵ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 195.

³⁹⁶ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 195.

Urlaubstag zur einseitigen Widmung überlässt. Die bisherige *Jom Kippur* Regelung gewährte hingegen einen zusätzlichen arbeitsfreien Tag.

Wie *Schrank* zutreffend ausführt, „hat der AG für nichtige KV-Bestimmungen nicht einzustehen, vollzieht er sie aber, liegt darin eine ihm zurechenbare Diskriminierung der nicht Begünstigten“.³⁹⁷ Zudem können sich mE die nicht begünstigten AN auch darauf berufen, dass der Gesetzgeber durch den persönlichen Feiertag keine echte Ersatzregelung zur ausreichenden Abdeckung besonderer religiösen Bedürfnisse geschaffen hat (wie bisher der *Jom Kippur* als zusätzlicher arbeitsfreier Tag) und nach den Grundsätzen des Karfreitags-Erkenntnisses des EuGH eine Gleichstellung verlangen, sodass der Feiertag allen zusteht.

4.3. Was passiert mit BV, die den Karfreitag diskriminierend geregelt haben? Möglicher Lösungsweg der BV zur menschengerechten Arbeitsgestaltung gemäß § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG als Kompetenztatbestand

4.3.1. Problemstellung

BV haben primär die Funktion der Mitbestimmung der Belegschaft im Betrieb.³⁹⁸ Es muss sich um einen Betrieb mit einem Betriebsrat („dauernd mindestens fünf stimmberechtigte AN“³⁹⁹) handeln, ansonsten ist der Abschluss einer BV nicht möglich.⁴⁰⁰

Wie eingangs bereits erörtert, sind nach § 33a Abs 28 ARG Bestimmungen in Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, die nur für AN, die den evangelischen Kirchen AB und HB, der Altkatholischen Kirche oder der Evangelisch-methodistischen Kirche angehören, Sonderregelungen für den Karfreitag vorsehen, unwirksam und künftig unzulässig.⁴⁰¹ Wenn also die (bereits abgeschlossene) BV den Karfreitag nach jetziger Rechtslage diskriminierend geregelt hatte, ist zu untersuchen, ob von § 33a Abs 28 ARG auch BV erfasst sind bzw „auf welchem Betriebsvereinbarungstatbestand des ArbVG eine solche Regelung fußen soll“⁴⁰² bzw ob „die Karfreitagsregelung als Maßnahme der menschengerechten Arbeitsgestaltung nach § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG angesehen werden könnte“.⁴⁰³

³⁹⁷ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 195.

³⁹⁸ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 3/206.

³⁹⁹ *Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 90.

⁴⁰⁰ *Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 167. Hier zeigt sich die Rolle des BR im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag.

⁴⁰¹ §§ 33a Abs 28 ARG, § 22b Abs 1 BäckAG, § 285 Abs 77 LAG.

⁴⁰² *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

⁴⁰³ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

Weiters ist ausschlaggebend, dass es sich nach *Gruber-Risak* bei „Betriebsräten um gesetzliche Interessensvertretungen handelt, die nicht vom Geltungsbereich der Art 11 Abs 1 EMRK und Art 28 GRC erfasst sind und sich die Problematik des Eingriffs in die Koalitionsfreiheit - anders als bei den Kollektivverträgen - hier nicht stellt“.⁴⁰⁴

4.3.2. Meinungsstand

Laut *Firneis/Unterrieder* bezieht sich der Ausdruck „*Normen der kollektiven Rechtsgestaltung*“ in § 33a Abs 28 ARG neben den KV auch auf BV, „auch wenn dies anders als in § 2 Abs 2 Z 12 AVRAG nicht ausdrücklich festgehalten wird“.⁴⁰⁵ Ihrer Meinung nach kann „der vom Gesetzgeber gewünschte Bereinigungseffekt nur bei dieser Interpretation eintreten“.⁴⁰⁶ Allerdings legen sie dar, dass an dieser Zielerreichung bei BV zu zweifeln ist, da „Feiertagsregelungen mangels gesetzlicher Ermächtigung an sich kein zulässiger Inhalt von BV sind“⁴⁰⁷ und eine betriebliche Übung auch nach der Aufzählung des § 2 Abs 2 Z 12 AVRAG keine Norm der kollektiven Rechtsgestaltung ist“.⁴⁰⁸ Als Lösung schlagen sie vor, § 33a Abs 28 ARG analog auf freie BV anzuwenden, wenn diese einer betrieblichen Übung entsprechen.⁴⁰⁹ *Hitz* erörtert in diesem Zusammenhang, dass seiner Ansicht nach auch BV von § 33a Abs 28 ARG erfasst und daher unwirksam sind. Er erklärt dies mit der Systematik und Aufbau des ArbVG, wonach der erste Teil - Kollektive Rechtsgestaltung in §§ 1-32 ArbVG - Regelungen sowohl von KV (§§ 2 ff) als auch von BV (§§ 29 ff) umfasst.⁴¹⁰ *Schrank* erörtert zudem den Fall, dass keine Religionsdiskriminierung vorliegt, wenn der AG allen AN (unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit) am Karfreitag freigibt.⁴¹¹ *Hitz* schließt sich dieser Meinung an und legt dar, dass Bestimmungen in KV oder BV weiterhin wirksam bleiben, wenn sie alle AN unabhängig von ihrer Konfession erfassen.⁴¹² Solche Bestimmungen können laut *Erlar* auch in Zukunft abgeschlossen werden.⁴¹³

⁴⁰⁴ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

⁴⁰⁵ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

⁴⁰⁶ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

⁴⁰⁷ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196; OGH 14.9.1994, 9 ObA 107/94; *Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 62.

⁴⁰⁸ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

⁴⁰⁹ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

⁴¹⁰ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁴¹¹ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

⁴¹² *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁴¹³ *Erlar*, ÖZPR 2019, 42.

Gruber-Risak legt dar, dass neben KV auch Satzungen und „zumindest dem Wortlaut nach auch Betriebsvereinbarungen“ von § 33a Abs 28 ARG erfasst sind.⁴¹⁴ Wobei er für fraglich erachtet, auf welchem Betriebsvereinbarungstatbestand des ArbVG sich die Regelung beziehen soll, und kommt zum Ergebnis, dass es „denkbar wäre lediglich die Karfreitagsregelung als Maßnahme der menschengerechten Arbeitsgestaltung nach § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG anzusehen“.⁴¹⁵

4.3.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

4.3.3.1. Zu § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG

Eingangs ist zu untersuchen, ob die Gewährung des Karfreitages unter dem Kompetenztatbestand der menschengerechten Arbeitsgestaltung zu subsumieren ist. Bei einer BV nach § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG geht es um eine freiwillige oder fakultative BV, deren Abschluss weder vom Betriebsinhaber noch vom Betriebsrat erzwungen werden kann.⁴¹⁶ Diese „Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung unterliegen der fakultativen Mitbestimmung gemäß § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG“.⁴¹⁷ Der Begriff der Arbeitsgestaltung ist weit auszulegen⁴¹⁸, demnach umfasst er „Maßnahmen, die die technische und organisatorische Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs und der Arbeitsumgebung betreffen“.⁴¹⁹ Laut *Felten/Preiss* handelt es sich hierbei um „einen denkbar weiten Mitbestimmungstatbestand, der gleichsam als Auffangnetz fungiert“.⁴²⁰ Dieselbe Meinung wird von *Achitz/Fritsch/Haslinger/Müller* vertreten, die die Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung als „Auffang-Tatbestand“ sehen.⁴²¹ *Majoros* hält fest, dass auch das „Immaterielle“ der Arbeitsbeziehung erfasst ist.⁴²² Die Anwendbarkeit der Kompetenzregelung wird laut *Löschnigg* und *Reissner* jedoch von Spezialvorschriften (zB bezüglich Arbeitspausen, Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit etc) eingeschränkt.⁴²³ Laut *Felten/Preiss* greift jedoch nicht die *Lex-Specialis*-Regel sondern der strenge Mitbestimmungstatbestand geht jeweils dem

⁴¹⁴ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

⁴¹⁵ *Gruber-Risak*, öarr 2019, 322.

⁴¹⁶ *Födermayr* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), ZellHB BV Besonderer Teil 18.23.

⁴¹⁷ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 11/158.

⁴¹⁸ *Födermayr* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), ZellHB BV Besonderer Teil 18.18; und *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 59; *Achitz/Fritsch/Haslinger/Müller*, Leitfaden Betriebsvereinbarungen², 4.3.1., 172.

⁴¹⁹ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 11/158; *Prokop/Schramhauser*, Menschengerechte Arbeitsgestaltung (1990).

⁴²⁰ *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht 3⁶ (2020) § 97 Rz 108.

⁴²¹ *Achitz/Fritsch/Haslinger/Müller*, Leitfaden Betriebsvereinbarungen², 4.3.1., 172.

⁴²² *Majoros*, Zulässigkeit von „Anti-Mobbing-Betriebsvereinbarungen“, DRdA 2012, 629.

⁴²³ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 11/159; und *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 59.

Schwächeren vor.⁴²⁴ Nach *Löschnigg* ist daher durch das Wort „menschengerecht“ eine bestimmte Eingrenzung des Betriebsvereinbarungsinhaltes zu erblicken.⁴²⁵ *Pačić/Völkl-Posch* definieren den Ausdruck „menschengerecht“ als den AN „in seiner Menschlichkeit achtend, Rücksicht nehmend auf sein körperliches und geistiges Befinden“.⁴²⁶ *Reissner* deutet den Begriff der „menschengerechten Arbeitsgestaltung“ als „Rücksichtnahme auf das Wohlbefinden des Arbeitnehmers während der Arbeit in körperlicher und geistiger Hinsicht“.⁴²⁷ *Födermayr* führt aus, dass es um die „Verbesserung der Arbeitsbedingungen“, somit um „menschengerechte Ausgestaltung“, geht.⁴²⁸ Daher handelt es sich bei der menschengerechten Arbeitsgestaltung um vielfältige Maßnahmen und Möglichkeiten.⁴²⁹ Es geht um die bestmögliche Erfüllung der Bedürfnisse der AN, wobei heutzutage der Wunsch nach mehr Flexibilität sowie „die Vereinbarkeit der Arbeitsleistung mit einer ausgewogenen Freizeitgestaltung“ im Mittelpunkt stehen.⁴³⁰ *Löschnigg* hält außerdem fest, dass durch BV „auf die Gestaltung der Arbeitsleistung und der Arbeitsbedingungen nur insofern eingewirkt werden kann, als dies erkennbar der Humanisierung der Arbeit dient“.⁴³¹ Weiters ist darauf hinzuweisen, dass diese Aspekte der menschengerechten Arbeitsgestaltung auch die Fürsorgepflicht des AG sowie gleichbehandlungsrechtliche Fragen berühren.⁴³²

Im Bereich des Urlaubsrechts ist laut Entscheidung des OGH vom 14.9.1994⁴³³ einer Regelung durch BV im Wesentlichen lediglich eine Vereinbarung über die Grundsätze betreffend den Verbrauch des Erholungsurlaubs (§ 97 Abs 1 Z 10 ArbVG; infas 1988 A 96) oder über die Umstellung des Urlaubsjahres (§ 2 Abs 4 UrlG; Cerny, UrlR6, § 2 Erl 17) vorbehalten. Somit ist diese E nicht einschlägig. Nach *Firneis/Unterrieder* sind weder Urlaub noch der Karfreitag oder Sonderurlaube von Tatbeständen des § 97 ArbVG gedeckt⁴³⁴.

Meines Erachtens ist der Kompetenztatbestand mit dem Argument erfüllt, dass der AN vormals die Sonderfreistellung iSd Religionsfreiheit zugesichert bekommen hat. Die Religionsfreiheit umfasst sowohl die negative als auch die positive Religionsfreiheit, also die Freiheit an einem

⁴²⁴ *Felten/Preiss*, ArbVR 3⁶ § 97 Rz 108.

⁴²⁵ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 11/160.

⁴²⁶ *Pačić/Völkl-Posch* in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar³⁶, IV. Betriebsvereinbarungen, 9.4.3. Arbeitsgestaltung Rz 100.

⁴²⁷ *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 97 ArbVG Rz 59.

⁴²⁸ *Födermayr* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), ZellHB BV Besonderer Teil 18.20.

⁴²⁹ *Burger-Ehrnhofer; Drs; Eichinger; Födermayr; Jabornegg; Mayr; Reiner* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 97 Rz 275.

⁴³⁰ *Burger-Ehrnhofer; Drs; Eichinger; Födermayr; Jabornegg; Mayr; Reiner* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 97 Rz 273.

⁴³¹ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 11/158.

⁴³² *Burger-Ehrnhofer; Drs; Eichinger; Födermayr; Jabornegg; Mayr; Reiner* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG § 97 Rz 266.

⁴³³ OGH 14.9.1994, 9 ObA 107/94.

⁴³⁴ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

freien Tag der Religionsausübung nachzugehen oder nicht. Zudem ist sie durch die EMRK geschützt. Ein zusätzlich arbeitsfreier Tag für alle AN dient mE demnach zweifelsfrei der Verbesserung der Arbeitsbedingungen, dem Schutz der Gesundheit und der Erfüllung des Wunsches der AN nach mehr Flexibilität und fördert daher die Vereinbarkeit der Arbeitsleistung mit einer ausgewogenen Freizeitgestaltung. Folglich dient die Regelung der Humanisierung der Arbeit⁴³⁵ und der AG erfüllt in diesem Sinne daher auch seine Fürsorgepflicht.

4.3.3.2. Zur fakultativen BV

Es ist in weiterer Folge zu untersuchen, ob der Kompetenztatbestand des § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG im Zusammenhang mit der fakultativen BV heranzuziehen wäre.

Bei einer fakultativen BV sind in § 97 Abs 1 Z 7- 27 ArbVG Regelungsgegenstände aufgezählt, die, soweit keine Einigung der Vertragspartner zustande kommt, mit den einzelnen AN Vereinbarungen getroffen werden können.⁴³⁶

Wenn die ganze Belegschaft, also alle AN im Betrieb, unabhängig von der Religionszugehörigkeit am Karfreitag aufgrund einer freiwilligen BV iSd menschengerechten Arbeitsgestaltung frei bekommt (nicht nur AN, die den genannten vier Kirchen zugehören), ist keine Religionsdiskriminierung gegeben. Somit werden diese Bestimmungen in KV oder BV weiterhin wirksam bleiben, wenn sie alle AN erfassen und können (wie mE zutreffen von *Hitz* und *Erler* ausgeführt) auch in Zukunft abgeschlossen werden.

4.4. Zwischenergebnis

Obwohl § 33a Abs 28 ARG an Art 28 GRC zu messen ist, um dem unionsrechtlichen Standard beim Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie durch § 33a Abs 28 ARG zu entsprechen, kommt Art 28 GRC nicht die Funktion einer zusätzlichen Begrenzung des Schutzbereiches zu. Deshalb wurde zur Rechtfertigung Art 52 GRC mit dem Prüfungsergebnis herangezogen, dass sich die Probleme bei der Verhältnismäßigkeit sowie Erforderlichkeit der Maßnahme abzeichnen.

Meines Erachtens hätten die Kollektivvertragsparteien eine andere Lösung als die vollständige Beseitigung des kollektivvertraglichen Anspruchs (bzw ggf bei Aufforderung

⁴³⁵ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 11/158.

⁴³⁶ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 185.

mit Fristsetzung für die Einigung) vereinbaren können. Durch die staatliche, inhaltliche Einflussnahme auf die Kollektivvertragsparteien kam es aber zu einer Angleichung nach unten. Folglich haben alle AN den Anspruch auf den Karfreitag verloren, im Gegensatz zur AG-Seite, welche das Meistmögliche erhalten hat.

Ob der Eingriff in die Koalitionsfreiheit gem Art 11 EMRK als unverhältnismäßiger Eingriff in die Betätigungsfreiheit gewertet werden kann, ist mangels einschlägigen E auf diesem Gebiet letztlich von der Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig und im Einzelfall zu beurteilen. Es sprechen jedoch gute Gründe sowohl für die Unverhältnismäßigkeit des Eingriffes nach Art 11 EMRK als auch nach Art 28 GRC.

In Bezug auf den *Jom Kippur* (Versöhnungstag) ist festzuhalten, dass es sich um einen religionsbezogenen Feiertag handelt, der jedoch durch § 33a Abs 28 ARG nicht erfasst ist und daher weiterhin Gültigkeit hat. Die sachliche Rechtfertigung als positive Maßnahme aufgrund des historischen Hintergrundes (Shoa) ist jedoch mE nicht gegeben, da nur auf die formelle Religionszugehörigkeit abzustellen ist, weil gesetzlich (wie bei der ehemaligen Karfreitagsregelung) nur die Religionszugehörigkeit zur israelitischen Glaubensgemeinschaft gefordert und nicht der Nachweis einer tatsächlichen Religionsausübung verlangt wird. Die *Jom Kippur* Bestimmung ist daher unmittelbar diskriminierend.

Da KollV als Verträge über § 879 ABGB am Gleichheitssatz zu messen sind, sind gleichheitswidrige Bestimmungen aufgrund ihres privatrechtlichen Charakters, wie jene über die *Jom Kippur*-Bestimmung, auch nach der stRsp des OGH nichtig. Dabei stellt sich weiterführend die Frage, ob der Feiertag dann niemandem zusteht oder allen.

Weiters ist mE noch festzuhalten, dass auf Grundlage innerstaatlichen Rechts, durch § 17 Abs 1 Z 6 iVm § 26 Abs 6 Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) alle nichtjüdischen AN genau dieselbe Forderung auf bezahlte Freistellung geltend machen können, welche sich aus dem Generalkollektivvertrag betreffend *Jom Kippur* für jüdische Beschäftigte ergibt. Aber wie *Schrank* iZ mit BV ausführt, ist „dem GIBG ein unbedingtes Festhalten-Müssen an einer anderen AN diskriminierenden vertraglichen Begünstigung nicht ernsthaft zu entnehmen, zumal dann, wenn der Gesetzgeber eine Ersatzregelung getroffen hat, welche nunmehr die besonderen religiösen Bedürfnisse ausreichend abdeckt.“⁴³⁷ Es ist mE die Schiene über das GIBG nicht zielführend.

Zur Ersatzregelung ist mE zu entgegnen, dass der persönliche Feiertag („vom Gesetzgeber getroffene Ersatzregelung“) keinesfalls als echte Ersatzregelung angesehen werden kann, da sie

⁴³⁷ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 195.

eine zusätzliche Feiertagsgewährung substituieren bzw mE auch nicht besondere religiösen Bedürfnisse abdecken kann, da sie ja nur aus dem bestehenden Urlaubskontingent einen Urlaubstag zur einseitigen Widmung überlässt. Die bisherige *Jom Kippur* Regelung gewährte hingegen einen zusätzlichen arbeitsfreien Tag.

Der AG hat für nichtige KV-Bestimmungen nicht einzustehen, gewährt er aber den Begünstigten den freien *Jom Kippur* Tag, ist ihm die Diskriminierung der nicht Begünstigten zuzurechnen. Zudem können sich mE die nicht begünstigten AN auch darauf berufen, dass der Gesetzgeber durch den persönlichen Feiertag keine echte Ersatzregelung zur ausreichenden Abdeckung besonderer religiösen Bedürfnisse geschaffen hat (wie bisher der *Jom Kippur* als zusätzlicher arbeitsfreier Tag) und nach den Grundsätzen des Karfreitags-Erkenntnisses des EuGH eine Gleichstellung verlangen, sodass der Feiertag allen zusteht.

Ob Feiertagsregelungen zulässiger Inhalt von BV sein können und daher von § 33a Abs 28 ARG erfasst sind, ist in der Lehre ebenfalls umstritten. Meines Erachtens ist der Kompetenztatbestand der menschengerechten Arbeitsgestaltung nach § 97 Abs 1 Z 9 ARG mit dem Argument erfüllt, dass ein zusätzlicher arbeitsfreier Tag für alle AN zweifelsfrei der Verbesserung der Arbeitsbedingungen, dem Schutz der Gesundheit und der Erfüllung des Wunsches der AN nach mehr Flexibilität dient, und fördert daher die Vereinbarkeit der Arbeitsleistung mit einer ausgewogenen Freizeitgestaltung. Da dieser „Auffangtatbestand“ weit auszulegen ist, dient die Regelung der Humanisierung der Arbeit und der AG erfüllt in diesem Sinne daher auch seine Fürsorgepflicht.

Wenn die ganze Belegschaft, also alle AN im Betrieb, unabhängig von der Religionszugehörigkeit am Karfreitag aufgrund einer freiwilligen BV iSd menschengerechten Arbeitsgestaltung frei bekommen (nicht nur AN, die den genannten vier Kirchen zugehören), ist keine Religionsdiskriminierung gegeben. Somit werden diese Bestimmungen in KV oder BV weiterhin wirksam bleiben, wenn sie alle AN erfassen und können auch in Zukunft abgeschlossen werden.

5. Gleichbehandlungsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag

Eingangs werden die einzelnen Fallgruppen potenzieller Diskriminierung kurz dargestellt. Erstens wird eine mögliche Diskriminierung aufgrund des Tatbestandselements des § 7a ARG (Vorankündigungsfrist) untersucht. § 7a Abs 1 2. Satz ARG normiert, dass der AN den Zeitpunkt seines persönlichen Feiertages spätestens drei Monate im Vorhinein schriftlich bekannt zu geben hat. Hierbei wird der Frage nachgegangen, ob diese lange Vorankündigungsfrist die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages eventuell AN mit kürzerer Beschäftigungsdauer diskriminiert.

Der zweite große Themenbereich widmet sich den potenziellen Diskriminierungen aufgrund der Religion. In diesem Zusammenhang stellen sich Fragen dahingehend, ob durch die Neuregelung die evangelischen AN gegenüber Konfessionslosen diskriminiert wurden bzw ob sie durch den persönlichen Feiertag erneut diskriminiert werden.

Außerdem wird das Verhältnis der Dienstverhinderung aus wichtigen persönlichen Gründen zum persönlichen Feiertag untersucht. Es wird zunächst analysiert, ob § 8 ARG anwendbar ist bzw ob der Besuch des Gottesdienstes am Karfreitag innerhalb der Dienstzeit einen Dienstverhinderungsgrund nach § 8 Abs 3 AngG (Ang) und § 1154b ABGB (Arb) darstellt und wie in diesem Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag umzugehen ist.

Schließlich werden noch die substituierbaren Feiertage nach *Wieshaider* erörtert.

5.1. Diskriminierung aufgrund des Tatbestandselements des § 7a ARG (Vorankündigungsfrist)

5.1.1. Problemstellung

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob das Tatbestandselement der Vorankündigungsfrist von drei Monaten mit möglichem Diskriminierungspotenzial behaftet ist.

Die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages setzt nach § 7a Abs 1 2. Satz ARG eine dreimonatige Vorankündigungsfrist voraus. Hierzu detailliert Kapitel 6 Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages. Die kurze Vorankündigungsfrist trifft daher besonders Saisonarbeitskräfte, AN in befristeten Arbeitsverhältnissen und alle AN, die kürzer als drei Monate beschäftigt sind (zB Bauarbeiter), die so faktisch nicht in den Genuss des persönlichen Feiertages kommen können.

5.1.2. Meinungsstand

*Hitz*⁴³⁸ und *Drs*⁴³⁹ legen dar, dass AN, deren Arbeitsverhältnisse kürzer sind als die drei Monate, den persönlichen Feiertag nicht in Anspruch nehmen können. *Trinko* hat (als Einziger in der Lehre) den nicht zu unterschätzenden Beitrag zu unionsrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit der Vorankündigungsfrist geliefert, indem er aufzeigt, dass in Österreich „größtenteils Menschen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Hauptgruppe der AN mit einer kürzeren Beschäftigungsdauer als drei Monaten“ bilden, und hinterfragt, „ob die Regelung unionsrechtswidrig iSd Art 45 AEUV ist, da die AN-Freizügigkeit eingeschränkt“ wird.⁴⁴⁰

5.1.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Trinko's Meinung ist dahingehend zu folgen, dass durch die kurze Vorankündigungsfrist in der Praxis indirekt AN aus anderen Mitgliedstaaten betroffen sind, die eine kürzere Beschäftigungsdauer haben, insb SaisonarbeiterInnen aus östlichen Mitgliedstaaten wie Ungarn, der Slowakei usw. Wenn man diesen Gedanken weiterspielt, kann sich aber auch eine mittelbare Diskriminierung dieser betroffenen AN-Gruppe aus § 17 GlBG ergeben. Meines Erachtens ist diese mittelbare Diskriminierung durch das rechtmäßige Ziel sachlich gerechtfertigt, dass auch der AG disponieren und Vorkehrungen treffen muss für die Abwesenheit des AN. Weiters ist mE die dreimonatige Vorankündigungsfrist dahingehend zu rechtfertigen, dass auch ein Urlaub nicht einseitig mit sofortiger Wirkung angetreten werden kann.

5.2. Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung

5.2.1. Diskriminierung der Evangelischen gegenüber Konfessionslosen (Problemstellung)

Da gläubigen Christen aufgrund des Kirchenbesuchs am Karfreitag ein Urlaubstag abgezogen wird, während Nichtreligiöse auf ihren persönlichen Feiertag verzichten werden, um das doppelte Entgelt zu erhalten⁴⁴¹, ist zu untersuchen, ob der persönliche Feiertag mit einer mittelbaren Diskriminierung behaftet ist.

⁴³⁸ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁴³⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁴⁴⁰ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

⁴⁴¹ *Erlar*, ÖZPR 2019, 42.

Außerdem ist das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung der Evangelischen gegenüber Konfessionslosen zu untersuchen, mit der Begründung, dass sich die Ersteren den persönlichen Feiertag am Karfreitag nehmen „müssen“ und sie dann einen Urlaubstag verbrauchen, Konfessionslose jedoch nicht.

5.2.1.1. Meinungsstand

Erler sieht den Verdacht einer mittelbaren Diskriminierung darin, dass „gläubigen Christen“ aufgrund des Kirchenbesuchs am Karfreitag ein Urlaubstag abgezogen wird, während Nichtreligiöse auf ihren persönlichen Feiertag verzichten werden, um das doppelte Entgelt zu erhalten.⁴⁴² Seiner Meinung nach wird es auch Gläubigen von anderen Religionen so ergehen und für diese Diskriminierung gibt es keine Rechtfertigung.⁴⁴³

Erler erörtert weiters, dass es sich nur auf den ersten Blick um eine neutrale Regelung handelt, und die ausschlaggebende „Frage ist daher, wer tatsächlich auf seinen persönlichen Feiertage bestehen und wer arbeiten wird“.⁴⁴⁴ Nicht religiöse AN werden eher auf den persönlichen Feiertag verzichten, den Urlaubstag behalten und das doppelte Entgelt bekommen.⁴⁴⁵ *Erler* folgert daraus, dass die Neuregelung unverhältnismäßig ist, „da sie im Ergebnis die bisher von § 7 Abs 3 ARG begünstigten Arbeitnehmer nun ungünstiger behandelt als jene, die zuvor von § 7 Abs 3 ARG benachteiligt waren“.⁴⁴⁶ Folglich haben die diskriminierten AN aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 21 GRC die Möglichkeit, eine Klage auf Feststellung gegen ihren AG einzubringen, dass sie keinen Urlaubstag verbraucht haben.⁴⁴⁷

Nach der anderen Ansicht von *Auer-Mayer* ist § 7a ARG nicht diskriminierend. Dies wird damit begründet, dass „auch religiöse AN nicht verpflichtet sind, ihren persönlichen Feiertag an einem religiösen Feiertag zu konsumieren“, sie können zB einen anderen Tag auswählen oder normalen Urlaub vereinbaren bzw ist es auch unsicher, „ob und welche AN der AG in einem solchen Fall um Arbeitsleistung ersucht“.⁴⁴⁸

Dullinger verneint sowohl das Vorliegen einer unmittelbaren als auch einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Religion, „weil der persönliche Feiertag allen AN zusteht, ohne dass dabei die Wünsche einer Religion bevorzugt würden“.⁴⁴⁹ Ebenfalls kommt die Möglichkeit, sich den persönlichen Feiertag abkaufen zu lassen, allen AN unabhängig von ihrer

⁴⁴² *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

⁴⁴³ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

⁴⁴⁴ *Erler*, ecolex 2019, 350.

⁴⁴⁵ *Erler*, ecolex 2019, 350.

⁴⁴⁶ *Erler*, ecolex 2019, 350.

⁴⁴⁷ *Erler*, ecolex 2019, 350.

⁴⁴⁸ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁴⁴⁹ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 899.

Religion zu.⁴⁵⁰ Der AN ist in seiner Wahl des Zeitpunktes des persönlichen Feiertages und bei der Gestaltung desselben völlig frei ist, und es ergibt sich daraus auch keine unmittelbare Benachteiligung.⁴⁵¹ Für die Qualifizierung des § 7a ARG als mittelbare Diskriminierung, „müsste dieser Personen mit einer bestimmten Religion (oder nicht religiöse Personen) gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen“.⁴⁵² Dies ist aber auch nicht der Fall.⁴⁵³

Löschnigg hält fest, dass die „Beseitigung des Karfreitags als gesetzlichen Feiertag eine neue Dimension des Verhältnisses von Religion und Gesellschaft, insb im Hinblick auf die zunehmende Säkularisierung in Österreich aufzeigt“.⁴⁵⁴ Er wirft im Zusammenhang mit dem Wesen des kirchlichen Feiertages die Frage auf, „ob der innere Grund für das besondere Verhalten aktuell vorhanden sein muss oder ob die glaubensgeschichtliche Wurzel genügt“.⁴⁵⁵ Auf genau diese „glaubensgeschichtliche Wurzel“ geht *Wieshaider* ein, indem er festhält, dass die Neuregelung auch „ohne Karfreitagsbezug mit Diskriminierungspotenzial behaftet ist, da sie keine Ausgleichslösungen für Angehörige von Minderheiten kennt“.⁴⁵⁶

5.2.1.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Eingangs ist daher eine gleichbehandlungsrechtliche Prüfung des Sachverhaltes vorzunehmen und das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung der Evangelischen gegenüber Konfessionslosen zu erörtern, mit der Begründung, dass sich die Ersteren den persönlichen Feiertag am Karfreitag nehmen „müssen“ und sie dann einen Urlaubstag verbrauchen, Konfessionslose jedoch nicht.

Es handelt sich bei beiden Gruppen (Evangelische und Konfessionslose) um Religionsgruppen, die mE miteinander vergleichbar sind. Folglich werden durch die, dem Anschein nach neutrale Vorschrift (§ 7a ARG) protestantische Personen aufgrund der Religion mittelbar diskriminiert, da sie am Karfreitag einen Urlaubstag nehmen „müssen“. Eine positive Maßnahme ist § 7a ARG nicht, da er weder die eine noch die andere Religionsgruppe fördert oder begünstigt, somit religionsneutral ist.

Eine mittelbare Diskriminierung ist jedoch nicht gegeben, wenn die betroffene Vorschrift durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Zielerreichung angemessen und

⁴⁵⁰ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 899.

⁴⁵¹ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 899.

⁴⁵² *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 900.

⁴⁵³ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 900.

⁴⁵⁴ *Löschnigg*, DRdA 2019, 45.

⁴⁵⁵ *Löschnigg*, DRdA 2019, 45.

⁴⁵⁶ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

erforderlich sind.⁴⁵⁷ Nicht religiöse AN werden eher auf den persönlichen Feiertag verzichten, den Urlaubstag behalten und das doppelte Entgelt bekommen.⁴⁵⁸ Meines Erachtens ist jedoch die Vorschrift durch das rechtmäßige Ziel sachlich gerechtfertigt, dass alle „gleich schlecht“ behandelt werden, da sowohl Evangelische als auch Konfessionslose einen Urlaubstag aus dem bestehenden Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme aufopfern müssen. Natürlich ist *Erler* beizupflichten, dass die bisher begünstigten AN nun ungünstiger behandelt werden, aber die von der ehemaligen Regelung des § 7 Abs 3 ARG Benachteiligten wurden durch die Neuregelung auch nicht bessergestellt, da sie auch auf einen Urlaubstag verzichten müssen. Das bedeutet mE die Angleichung nach unten. Außerdem setzt die Zahlung des doppelten Entgeltes immer das Ersuchen des AG um Arbeitsleistung voraus.

Im zweiten Sachverhalt ist zu prüfen, ob eine mittelbare Diskriminierung in Bezug auf die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertags vorliegt, da gläubige Evangelische aufgrund des Kirchenbesuchs am Karfreitag ein Urlaubstag abgezogen wird, während Nichtreligiöse auf ihren persönlichen Feiertag verzichten werden, um das doppelte Entgelt zu erhalten. Meines Erachtens sind die zwei Personengruppen miteinander vergleichbar, aber nicht die zwei Tatbestände, da es einerseits um die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages geht und andererseits um eine potenzielle Zahlung des doppelten Entgeltes.

Da § 7a ARG keine Zweckwidmung und keine Beweggründe für die Inanspruchnahme und auch keine Begründung durch den AN vorsieht, kann ein nicht gläubiger AN am Karfreitag oder an einem beliebigen anderen Tag auf seinen Urlaubstag verzichten und das doppelte Entgelt erhalten. Das doppelte Entgelt steht aber immer unter der Prämisse des Ersuchens des AG zu, dass also der AG an dem persönlichen Feiertag Arbeitsleistung haben möchte.

Erler ist auch zu entgegnen, dass der persönliche Feiertag zwar statt des Karfreitags eingeführt wurde, aber kein „Ersatzkarfreitag“ ist, sondern ein einseitiger Urlaubsantritt, da er weder religiöse Voraussetzungen hat, noch die Wirkung eines gesetzlichen Feiertages entfaltet⁴⁵⁹ und daher auch nicht so oder ähnlich behandelt werden soll (keine Zweckwidmung).

⁴⁵⁷ *Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 377a.

⁴⁵⁸ *Erler*, *ecolx* 2019, 350.

⁴⁵⁹ *Wieshaider*, *öarr* 2019, 339. „Dem persönlichen Feiertag kommt keinesfalls dieselbe Rechtsqualität zu, die den gesetzlichen Feiertag zu eigen ist“.

5.2.2. Erneute (unmittelbare) Diskriminierung der Evangelischen durch die Neuregelung zum persönlichen Feiertag?

5.2.2.1. Problemstellung des Eingriffes in die Religionsfreiheit

In der Literatur wurde zudem erörtert, ob es nicht zu einer erneuten Diskriminierung der Evangelischen durch die Neuregelung zum persönlichen Feiertag gekommen ist, da in Feiertagsprivilegien anderer Konfessionen nicht eingegriffen wurde. Zur Gleichheitswidrigkeit wird auf Kapitel 4 verwiesen. Außerdem wurde durch *Krömer* auf die Schlechterstellung bei der Ausübung der Kultusfreiheit der Evangelischen gegenüber Angehörigen der römisch-katholischen Kirche eingegangen. Liegt womöglich auch ein Eingriff in die Religionsfreiheit vor?

5.2.2.2. Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH und Meinungsstand

Bertsch/Wiedemann sehen eine europarechtlich relevante Diskriminierung zu Lasten evangelischer AN dahingehend, dass in das Feiertagsprivileg der jüdischen Religionsgemeinschaften (*Jom Kippur*) nicht eingegriffen wurde.⁴⁶⁰

Da die evangelischen Kirchen (A.B., H.B., A. u. H.B.), die evangelisch-methodistische und die altkatholische Kirche die Neuregelung des persönlichen Feiertages als einen Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht der Religionsfreiheit inkl der Kultusfreiheit erachteten, haben die genannten Kirchen die Streichung des Karfreitags als Feiertag beim VfGH angefochten.⁴⁶¹ Es wurde durch den Evangelischen Synodenpräsidenten *Krömer* am 26.9.2019 ein Individualantrag auf Gesetzesprüfung beim VfGH eingebracht.⁴⁶² Seiner Meinung nach wurde nicht nur das Recht auf gemeinsame Religionsausübung, das „auf dem Gleichheitsgrundsatz fußende Verbot gegen Diskriminierung“ (Schlechterstellung bei der Ausübung der Kultusfreiheit gegenüber Angehörigen der römisch-katholischen Kirche, da ihnen durch die Neuregelung kein gesetzlicher Feiertag genommen wurde), sondern auch die Grundsatzbestimmung über den religiösen Minderheitenschutz verletzt.⁴⁶³ Zudem betonte er,

⁴⁶⁰ *Bertsch/Wiedemann*, JAP 2018/2019/23.

⁴⁶¹ <https://religion.orf.at/v3/stories/2992008/> (heruntergeladen am 21.02.2021).

⁴⁶² <https://religion.orf.at/v3/stories/2992008/> (heruntergeladen am 21.02.2021); <https://evang.at/karfreitag-betroffene-kirchen-lassen-regelung-bei-verfassungsgerichtshof-pruefen/> (heruntergeladen am 21.02.2021).

⁴⁶³ <https://religion.orf.at/v3/stories/2992008/> (heruntergeladen am 21.02.2021).

dass der Karfreitag „identitätsstiftend“ für die betroffenen Kirchen sei.⁴⁶⁴ Außerdem führte er ua aus, dass durch die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages zB am Karfreitag das „Recht auf einen persönlichen Feiertag konsumiert ist“, also zB für den Reformationstag keine weitere, einseitige Widmung mehr möglich sei.⁴⁶⁵

Der VfGH hat den Antrag mit Beschluss vom 10.03.2020⁴⁶⁶ als unzulässig zurückgewiesen.⁴⁶⁷ Im Leitsatz des Beschlusses wurde dies mit der „Unzulässigkeit der Individualanträge gesetzlich anerkannter Kirchen auf Aufhebung des Karfreitags als gesetzlichen Feiertag mangels unmittelbarer Betroffenheit bzw keine Betroffenheit der Rechtssphäre von Kirchen durch arbeits(zeit)rechtliche Regelungen betreffend die Inanspruchnahme eines persönlichem Feiertags zur Religionsausübung durch Kirchenangehörige“ begründet.⁴⁶⁸ Daher haben die „Kirchen kein Recht auf Beibehaltung eines konkreten gesetzlichen Feiertages und es handle sich im gegenständlichen Fall um Fragen des Arbeitsrechtes“. ⁴⁶⁹ Somit kam es letztlich nicht zu einer inhaltlichen Prüfung durch den VfGH.

Krömer äußerte nach dem Beschluss des VfGH, dass es rechtspolitisch höchst bedenklich ist, „wenn die Evangelischen Kirchen in der Frage des Karfreitags von jedem Recht abgeschnitten werden, in der Sache eine Entscheidung verlangen zu können“. ⁴⁷⁰ Weiters erinnerte *Krömer* daran, dass es den Evangelischen Kirchen bereits in der Arbeitsrechtssache zum Karfreitag vor dem OGH verwehrt wurde, als Nebenintervenientin zugelassen zu werden. ⁴⁷¹ Folglich konnten sie im Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH ihren Rechtsstandpunkt auch nicht darlegen. ⁴⁷² Den Evangelischen Kirchen ist mehrfach und letztsens durch die VfGH Entscheidung der „Zugang zum Recht verweigert“ worden. ⁴⁷³ *Krömer* sieht eine „massive Einschränkung“ der Evangelischen Kirchen und eine „schwere Belastung des Verhältnisses

⁴⁶⁴ <https://religion.orf.at/v3/stories/2992008/> (heruntergeladen am 21.02.2021).

⁴⁶⁵ <https://religion.orf.at/v3/stories/2992008/> (heruntergeladen am 21.02.2021).

⁴⁶⁶ G228/2019 ua.

⁴⁶⁷ https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200312_OTS0185/karfreitag-synodenpraesident-kroemer-evangelische-kirche-massiv-in-ihren-rechten-eingeschraenkt (heruntergeladen am 21.02.2021).

⁴⁶⁸ G228/2019 ua.

⁴⁶⁹ https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200312_OTS0185/karfreitag-synodenpraesident-kroemer-evangelische-kirche-massiv-in-ihren-rechten-eingeschraenkt (heruntergeladen am 21.02.2021); <https://www.glaube.at/news/kirche/evangelische-kirche/article/1000003117-karfreitag-urteil-vom-verfassungsgerichtshof-vfgh-hoehst-bedenklich/> (heruntergeladen am 21.02.2021).

⁴⁷⁰ <https://www.glaube.at/news/kirche/evangelische-kirche/article/1000003117-karfreitag-urteil-vom-verfassungsgerichtshof-vfgh-hoehst-bedenklich/> (heruntergeladen am 01.06.2021).

⁴⁷¹ <https://www.glaube.at/news/kirche/evangelische-kirche/article/1000003117-karfreitag-urteil-vom-verfassungsgerichtshof-vfgh-hoehst-bedenklich/> (heruntergeladen am 01.06.2021).

⁴⁷² <https://www.glaube.at/news/kirche/evangelische-kirche/article/1000003117-karfreitag-urteil-vom-verfassungsgerichtshof-vfgh-hoehst-bedenklich/> (heruntergeladen am 01.06.2021).

⁴⁷³ <https://www.glaube.at/news/kirche/evangelische-kirche/article/1000003117-karfreitag-urteil-vom-verfassungsgerichtshof-vfgh-hoehst-bedenklich/> (heruntergeladen am 01.06.2021).

zwischen den Evangelischen Kirchen und dem Staat“.⁴⁷⁴ Weiters wird in der Karfreitagsfrage ein Antrag zwecks Vorlage an den EGMR geprüft.⁴⁷⁵

5.2.2.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Eingangs der diskriminierungsrechtlichen Prüfung ist festzustellen, dass es sich bei den Vergleichsgruppen (Evangelischen, Juden) um Religionsgruppen handelt, die miteinander vergleichbar sind. Folglich ist zu untersuchen, ob durch die dem Anschein nach neutrale Vorschrift (§ 7a ARG) die Evangelischen (und die vier genannten protestantischen Kirchen) aufgrund der Religion diskriminiert werden, da in das Feiertagsprivilegium der jüdischen Glaubensgemeinschaft nicht eingegriffen wurde. Anzumerken ist, dass in Kapitel 5 dargelegt wurde, die *Jom Kippur* Regelung als positive Maßnahme aufgrund der Shoa zu untersuchen. Diese Begünstigung ist mE nicht als positive Maßnahme anzusehen, da nur auf die formelle Religionszugehörigkeit abzustellen ist, weil gesetzlich (wie bei der ehemaligen Karfreitagsregelung) nur die Religionszugehörigkeit zur israelitischen Glaubensgemeinschaft gefordert und nicht der Nachweis einer tatsächlichen Religionsausübung verlangt wird. Die *Jom Kippur* Bestimmung ist daher unmittelbar diskriminierend. Siehe hierzu im Detail, Kapitel 5.

Da aber in das Feiertagsprivilegium der jüdischen Glaubensgemeinschaft nicht eingegriffen wurde sowie auch eine Schlechterstellung bei der Ausübung der Kultusfreiheit der Evangelischen gegenüber Angehörigen der römisch-katholischen Kirche vorliegt, ist ein Eingriff in die Grundsatzbestimmung über den religiösen Minderheitenschutz gem Art 9 EMRK zu untersuchen bzw zu hinterfragen, ob eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt.

Wieshaider führt in diesem Zusammenhang zutreffend aus, dass elf gesetzliche Feiertage der völkerrechtlichen Verankerung in Art IX des Konkordats⁴⁷⁶ folgen, und daher Angehörige der Katholischen Kirche durchaus Vorteile aus religiösen Gründen genießen.⁴⁷⁷ Ein Anspruch von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, dass gerade bestimmte Kalendertage jedenfalls arbeitsfrei gewährt werden müssen, besteht gegenüber dem Staat nicht.⁴⁷⁸ Aber in

⁴⁷⁴ https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200312_OTS0185/karfreitag-synodenpraesident-kroemer-evangelische-kirche-massiv-in-ihren-rechten-eingeschraenkt (heruntergeladen am 21.02.2021).
<https://www.glaube.at/news/kirche/evangelische-kirche/article/1000003117-karfreitag-urteil-vom-verfassungsgerichtshof-vfgh-hoehst-bedenklich/> (heruntergeladen am 21.02.2021).

⁴⁷⁵ <https://www.glaube.at/news/kirche/evangelische-kirche/article/1000003117-karfreitag-urteil-vom-verfassungsgerichtshof-vfgh-hoehst-bedenklich/> (heruntergeladen am 21.02.2021).

⁴⁷⁶ Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich samt Zusatzprotokoll, BGBl II 1934/2.

⁴⁷⁷ *Wieshaider*, öarr 2019, 339; ebenso kr zum Beschluss des VfGH.

⁴⁷⁸ EGMR 3.12.1996, 24.949/94 *Konttinen vs. Finland*, Urteil des EGMR betreffend Finnland/Siebenten-Tags-Adventisten hinsichtlich eines angestrebten Anspruchs auf einen arbeitsfreien Samstag, der abgelehnt wurde.

dieser Untersuchung eines möglichen Diskriminierungstatbestandes geht es nicht um einen bestimmten Tag, sondern um die Beurteilung, dass eine Religion (fast) alle Feiertage als arbeitsfrei erhält und die anderen keine. In diesem Fall ist eine mittelbare Diskriminierung durch die scheinbar neutrale Vorschrift des § 7a ARG darin zu sehen, dass durch § 7a ARG eine Religion (Angehörige der Katholischen Kirche) die meisten Feiertage als arbeitsfrei erhält, andere Religionen hingegen gar keine und dass die Mehrheitsreligion sich nicht um Freistellungen sorgen muss, während Angehörigen anderer Religionen dies an ihren Feiertagen verwehrt bleibt.⁴⁷⁹ Wie *Wieshaider* mE zutreffend ausführt, ist die Neuregelung des § 7a ARG auch „ohne Karfreitagsbezug mit Diskriminierungspotenzial behaftet, da sie keine Ausgleichslösungen für Angehörige von Minderheiten kennt“. ⁴⁸⁰ Eine sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel ist mE nicht gegeben, da durch die Zielerreichung die evangelische Minderheit den einzigen gesetzlich zugesicherten arbeitsfreien Feiertag verloren hat. Wie mE *Dullinger* beizupflichten ist, ist die Auswahl der staatlichen Feiertage nicht diskriminierend.⁴⁸¹ Das Mittel zur Erreichung des Ziels war mE jedoch nicht angemessen, da durch den zusätzlichen Feiertag für alle eine Anerkennung der Religionsausübung der religiösen Minderheit Rechnung getragen hätte und die Neuregelung hingegen (wie *Wieshaider* mE zutreffend ausführt) keine Ausgleichslösung für die religiöse Minderheiten bietet. Zudem blieben alle bereits arbeitsfreien Feiertage bestehen, es wurde also in Vorrechte anderer Religionen (insb *Jom Kippur* Regelung) nicht eingegriffen. § 7a ARG ist daher in Bezug auf die religiösen Minderheiten mittelbar diskriminierend. Folglich haben die diskriminierten AN aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 21 GRC die Möglichkeit, eine Klage auf Feststellung gegen ihren AG einzubringen, dass sie keinen Urlaubstag verbraucht haben.⁴⁸²

5.2.3. Verhältnis der Dienstverhinderung aus wichtigen persönlichen Gründen zum persönlichen Feiertag

5.2.3.1. Problemstellungen

Die Problematik der Dienstverhinderung aus wichtigen persönlichen Gründen zum persönlichen Feiertag soll anhand des Gottesdienstbesuches am Karfreitag dargestellt werden, würde aber zB auch für wichtiges islamisches oder jüdisches Fest gelten. Es ist daher zu untersuchen, ob der Besuch des Gottesdienstes am Karfreitag innerhalb der Dienstzeit einen

⁴⁷⁹ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁴⁸⁰ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁴⁸¹ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 900.

⁴⁸² *Erlar*, ecolex 2019, 350.

Dienstverhinderungsgrund nach § 8 Abs 3 AngG (Ang) und § 1154b ABGB (Arb) darstellt? Muss sich der AN den persönlichen Feiertag (sprich einen ganzen Urlaubstag „opfern“) nehmen, wenn ein Dienstverhinderungsgrund vorliegt?

Oder ist für den Gottesdienstbesuch § 8 ARG als Freizeit zur Erfüllung der religiösen Pflichten anwendbar? Zunächst wird auf § 8 ARG eingegangen.

5.2.3.2. Zu § 8 ARG Freizeit zur Erfüllung der religiösen Pflichten und § 7a ARG

5.2.3.2.1. Meinungsstand

Gemäß § 8 ARG hat ein AN, „der während der Wochenend- oder Feiertagsruhe beschäftigt wird, auf Verlangen Anspruch auf die zur Erfüllung seiner religiösen Pflichten notwendige Freizeit, wenn diese Pflichten nicht außerhalb der Arbeitszeit erfüllt werden können und die Freistellung von der Arbeit mit den Erfordernissen des Betriebes vereinbar ist“.⁴⁸³ Im Gesetzestext ist die Berücksichtigung der betrieblichen Interessen normiert, was jedoch § 7a ARG nicht vorsieht.⁴⁸⁴ Nach § 8 Abs 2 ARG ist dieser Anspruch bei Vereinbarung der Wochenend- oder Feiertagsarbeit unter zeitlichen Vorgaben (notwendige Freizeit für die Ausübung religiöser Pflichten, die nicht außerhalb der Arbeitszeit erfüllbar sind) beim AG geltend zu machen.⁴⁸⁵ Die Rechtsprechung⁴⁸⁶ lehnt die analoge Anwendung des § 8 ARG auf Tage, die weder Sonntage noch gesetzliche Feiertage sind, ab.⁴⁸⁷ Bei (nicht gesetzlichen) Feiertagen an anderen Tagen, dh wenn der Feiertag außerhalb der Wochenend- und Feiertagsruhe nach ARG fällt und die Verpflichtung der Erfüllung religiöser Pflichten an anderen Tagen besteht⁴⁸⁸, kommt nach hL die analoge Anwendung des § 8 ARG nicht in Betracht⁴⁸⁹, weil § 8 ARG eben nur die Erfüllung religiöser Pflichten an Sonn- und Feiertagen schützt.⁴⁹⁰

⁴⁸³ *Bertsch/Wiedemann*, JAP 2018/2019/23 „Die Erfüllung religiöser Pflichten an Sonn- und Feiertagen begründen gem § 8 ARG, sonstige Dienstverhinderungsgründe gem § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB Freistellungsansprüche“.

⁴⁸⁴ Eine Abwägung von betrieblichen Interessen ist bei § 7a ARG nicht vorgesehen in *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22; und *Drs*, FS Löschnigg, 53.

⁴⁸⁵ *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 82.

⁴⁸⁶ OGH 27.3.1996, 9 ObA 18/96, DRdA 1997/6, 35 (*Mosler*), *Mayr*, Arbeitsrecht § 8 ARG.

⁴⁸⁷ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁴⁸⁸ *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 ARG Rz 13.

⁴⁸⁹ *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 87; *Pfeil* in ZellKomm³ § 8 ARG Rz 13; *Windisch-Graetz*, Freistellung bei Entgeltfortzahlung aus religiösen Gründen, ZAS 2017, 26; *Schrank*, AZG⁵ (2018) § 8 ARG Rz 2.

⁴⁹⁰ *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 ARG Rz 13.

Nach jetziger Rechtslage fällt der Karfreitag nicht (mehr) unter den Begriff der Feiertagsruhe, da dieser kein gesetzlicher Feiertag mehr ist. *Hitz* schließt daraus, dass daher auch „kein Verlangen auf Freistellung gestellt werden kann“. ⁴⁹¹ Eine Dienstverhinderung aus religiösen Gründen zeichnet sich dadurch aus, dass der AN arbeitsfähig ist, also die Arbeit faktisch ausführen kann, aber „die Erbringung der Dienstleistung aufgrund der Kollision mit höherrangigen Pflichten unzumutbar geworden ist“. ⁴⁹²

Der Anspruch auf Freizeit steht gem § 8 Abs 1 ARG aber nur zu, wenn die religiösen Pflichten nicht außerhalb der Arbeitszeit erfüllt werden können und die Freistellung von der Arbeit mit den Erfordernissen des Betriebes vereinbar ist. *Dullinger* hält fest, dass es auch in diesem Zusammenhang die Vorhersehbarkeit des Ereignisses ausschlaggebend ist. ⁴⁹³ Weiters hält *Dullinger* fest, dass die Zielsetzung dieser Bestimmungen es nicht erlaube, „regelmäßige und häufig wiederkehrende Dienstverhinderungen unter diese Bestimmungen zu subsumieren“. ⁴⁹⁴ Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem § 8 ARG besteht nicht, und eine „analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf religiöse Bedürfnisse an anderen Wochentagen wird von der hA ⁴⁹⁵ abgelehnt“. ⁴⁹⁶

Hinzuweisen ist auch auf die Entscheidung 9 ObA 18/96 ⁴⁹⁷ mit der Aussage, dass die Ausübung religiöser Pflichten im Betrieb durch einen muslimischen Mitarbeiter, die ihn an der Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten hindern, nur dann nicht den Entlassungsgrund der Arbeitsverweigerung darstellt, wenn sie mit den Erfordernissen des Betriebs vereinbar sind, was bei Einhaltung aufwendiger Gebetsrituale nicht der Fall ist. ⁴⁹⁸ *Lutz/Heilegger* ⁴⁹⁹ und *Mayr* ⁵⁰⁰ bejahen aber die analoge Anwendung. ⁵⁰¹ Laut Ansicht von *Mayr* müsste man im zweiten Schritt § 8 ARG um den Karfreitag ergänzen, damit alle religiösen AN ihren religiösen Pflichten nachkommen können. ⁵⁰² *Mayr* argumentiert dahingehend, dass zwar die Freistellung

⁴⁹¹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁴⁹² *A. Potz*, Dienstverhinderung aus religiösen Gründen in FS R. Potz (2014) 639 (652). *A. Potz* weist auch auf die grundrechtlichen Wertungen des Art 9 EMRK, Art 14 StGG und § 16 ABGB hin sowie auf die arbeitgeberische Fürsorgepflicht in § 1157 ABGB und § 18 AngG.

⁴⁹³ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 622.

⁴⁹⁴ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 834.

⁴⁹⁵ *Pfeil* in ZellKomm³ § 8 ARG Rz 13; *Schrank*, Arbeitszeit⁵ § 8 ARG Rz 2; *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 8 Rz 3f; *A. Potz* in FS Potz 639 (645); *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 82 (87).

⁴⁹⁶ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 907.

⁴⁹⁷ OGH 27.3.1996, 9 ObA 18/96.

⁴⁹⁸ OGH 27.3.1996, 9 ObA 18/96.

⁴⁹⁹ *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 8 Rz 4.

⁵⁰⁰ *Mayr*, ÖZPR 2019, 4.

⁵⁰¹ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁵⁰² *Mayr*, ÖZPR 2019, 4.

von der Arbeit unbezahlt wäre, aber der Gesetzgeber nun die Freiheit hätte, den AN eine angemessene, vergleichbare Vergünstigung zu gewähren.⁵⁰³

Eine weitere „Hürde“ ist, dass die Freistellung unbezahlte Freizeit darstellt.⁵⁰⁴ *Burger-Ehrnhofer* hält dazu fest, dass eine Entgeltfortzahlung entweder mit der Vereinbarung über die Wochenend- und Feiertagsarbeit mitvereinbart werden muss oder sich aus dem anwendbaren KV oder Gesetz ergeben kann, ansonsten hat der AN keinen Entgeltfortzahlungsanspruch.⁵⁰⁵ Nach *Pfeil* sind hierfür § 8 Abs 3 AngG iVm § 1154b Abs 5 ABGB die denkbare Anspruchsgrundlagen.⁵⁰⁶

5.2.3.2.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Durch die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages bekommt der AN einen ganzen Tag frei, was mE für die Erfüllung von religiösen Pflichten nicht zielführend ist (außer der AN möchte ausdrücklich einen ganzen Urlaubstag konsumieren). Für die Teilnahme am Hauptgottesdienst am Nachmittag des Karfreitags (idR um 15 Uhr, der überlieferten Todesstunde Jesu⁵⁰⁷) bzw in manchen evangelischen Kirchen am Morgen⁵⁰⁸, würde aber nur die Zeit für die Teilnahme am Gottesdienst genügen.

Im Zusammenhang mit der Regelung des § 8 ARG wegen Erfüllung der religiösen Pflichten ist weiters zu erörtern, dass dieser ebenfalls gegenüber Konfessionslosen diskriminierend ist, da dieser eine religiöse Pflichterfüllung ist und daher eine Religionszugehörigkeit erfordert. Die Gesetzesbestimmung § 8 Abs 1 ARG ist mE gemäß Art 7 Abs 1 B-VG⁵⁰⁹ offenkundig verfassungswidrig, da sie ein Vorrecht für Bürger mit religiösem Bekenntnis gegenüber solchen ohne religiöses Bekenntnis schafft. Die Rechtfertigung in diesem Fall wäre aber die religiöse Pflicht.⁵¹⁰

Es ist, wie *Dullinger* mE zutreffend ausführt, darauf hinzuweisen, dass regelmäßige und häufig wiederkehrende Dienstverhinderungen nicht unter § 8 ARG zu subsumieren sind.⁵¹¹ Der Gottesdienst am Karfreitag ist aber ein wiederkehrendes, vorhersehbares Ereignis. Da auch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem § 8 ARG besteht, ist auf die Lösungsalternative des § 8 Abs 3 AngG iVm § 1154b Abs 5 ABGB einzugehen.

⁵⁰³ *Mayr*, ÖZPR 2019, 4.

⁵⁰⁴ *Mayr*, ÖZPR 2019, 4.; so auch *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 87.

⁵⁰⁵ *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 87.

⁵⁰⁶ *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 ARG Rz 13; *Windisch-Graetz*, ZAS 2017, 26.

⁵⁰⁷ https://de.wikipedia.org/wiki/Karfreitag#In_den_evangelischen_Kirchen (heruntergeladen am 02.03.21).

⁵⁰⁸ https://de.wikipedia.org/wiki/Karfreitag#In_den_evangelischen_Kirchen (heruntergeladen am 02.03.21).

⁵⁰⁹ „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen.“

⁵¹⁰ *Mazal*, Religion und Weltanschauung, ZAS 2017, 25.

⁵¹¹ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 834.

5.2.3.3. Zu § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB als Dienstverhinderung zur Ausübung religiöser Pflichten und § 7a ARG

5.2.3.3.1. Meinungsstand

§ 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB ist anzuwenden, wenn der AN durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden während einer verhältnismäßig kurzen Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert ist. Aus dem Anspruch nach § 8 ARG wird kein Entgeltfortzahlungsanspruch ableitbar sein⁵¹², sehr wohl aber aus § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB, da die Freizeit zur Erfüllung religiöser Pflichten im Zweifel als „wichtiger persönlicher Grund der Arbeitsverhinderung“ anerkannt werden kann.⁵¹³ „Diese Bestimmungen sind Ausdruck der Sphärentheorie“.⁵¹⁴ Nach Beendigung der Erfüllung der religiösen Pflichten muss der AN die Arbeit wieder aufnehmen und „die Unterbrechung so kurz wie möglich halten“.⁵¹⁵ Die Rsp sieht die Ausübung von religiösen Pflichten als einen Dienstverhinderungsgrund nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB unter Fortzahlung des Entgeltes an.⁵¹⁶ *Auer-Mayer* erörtert, dass in der Lit die Ansicht vertreten wird, dass aufgrund der Regelungen zur Feiertagsarbeit und § 8 ARG eine Freistellung nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB idR ausscheidet.⁵¹⁷

Da Dienstverhinderungen zeitlich nicht vorhersehbar sind und Ausnahmesituationen darstellen⁵¹⁸, es sich aber im Falle von Dienstverhinderungen im Zusammenhang mit Feiertagen um „regelmäßig notwendigen und grundsätzlich vorhersehbaren Dienstverhinderungen aufgrund der Ausübung diverser religiöser Pflichten“ handelt, kommt laut *Burger-Ehrnhofer* eine Einzelfallbeurteilung zur Anwendung.⁵¹⁹ Diese Meinung vertritt auch *Auer-Mayer* und führt aus, dass über allgemeine gesetzliche Feiertage hinausgehende

⁵¹² *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 8 Rz 12; *Schrank*, ARG³ § 8 Rz 9.

⁵¹³ *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 8 Rz 12.

⁵¹⁴ *A. Potz*, FS R. Potz (2014) 639.

⁵¹⁵ *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 8 Rz 13.

⁵¹⁶ *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 87 = OGH 25.4.1996, 8 ObA 2058/96x. Am Grab des Vaters den Trauerkaddish zu sprechen ist als religiöse Pflicht im Zusammenhang mit dem Tod des Vaters des AN als gerechtfertigter Hinderungsgrund anzusehen, wobei eine Interessensabwägung vorzunehmen ist. In diesem Fall gab es im Betrieb eine besonders große Arbeitsbelastung, der AG konnte keine Ersatzkraft aufreiben und der AN hat den AG falsch über den Hinderungsgrund (Erbchaftangelegenheiten) informiert. Die Entlassung des AN war daher gerechtfertigt.

⁵¹⁷ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22; vgl *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ §§ 7, 8 ARG Rz 13; *Windisch-Graetz*, ZAS 2017, 26; *Wiesinger*, ZAS 2019, 29; anders etwa ASG Wien 9 Cga 52/03m ARD 5526/5/2004.

⁵¹⁸ *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 87; *A. Potz*, FS R. Potz (2014) 639 (652).; *Windisch-Graetz*, ZAS 2017, 26; *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁵¹⁹ *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 87; *Windisch-Graetz*, ZAS 2017, 26; *Hitz*, ARD 6641/5/2019.; *A. Potz*, FS R. Potz (2014) 639; ASG Wien 27.10.2003, 9 Cga 52/03m ARD 5526/5/2004 = ZAS 2004/106, 179.

Feiertage idR kein Anspruch auf „bezahlte Feiertage unter Verweis auf die allgemeinen Dienstverhinderungsgründe geltend gemacht werden können“, sehr wohl aber im Hinblick auf die grundrechtskonforme Interpretation die Erfüllung konkreter wichtiger religiöser Pflichten im Einzelfall.⁵²⁰ Im Umkehrschluss muss der AN den persönlichen Feiertag daher nicht für religiöse Zwecke verwenden.⁵²¹

Dullinger hält ebenfalls fest, dass es dem AN freisteht, sich auf einen Dienstverhinderungsgrund zu berufen, um eine Freistellung für die notwendige Zeit zu erhalten, oder den persönlichen Feiertag als ganzen Urlaubstag zu konsumieren.⁵²² Dem AN kann man die Geltendmachung eines „religiösen“ Dienstverhinderungsgrundes nicht unter Verweis darauf verwehren, er hätte seinen persönlichen Feiertag dafür beanspruchen müssen, da der AN keinesfalls dazu gehalten ist, seinen persönlichen Feiertag zur Erfüllung religiöser Verpflichtungen zu verwenden.⁵²³

Laut *A. Potz* ist eine Interessensabwägung durchzuführen, der AG ist zudem unter Bekanntgabe der Religionszugehörigkeit im Hinblick auf die Entgeltfortzahlung durch den AN zu informieren und hat der AN auf Verlangen des AG die Dienstverhinderung nachzuweisen.⁵²⁴

Kritisch wird die Anwendbarkeit des § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB auf die Erfüllung religiöser Pflichten von *Friedrich*⁵²⁵ und *Wiesinger*⁵²⁶ gesehen. Dieser Meinung schließt sich auch *Hitz* an und verneint ebenfalls die Anwendbarkeit des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB.⁵²⁷ *Friedrich* legt in Bezug auf die Karfreitagsproblematik dar, dass der Anspruch auf Freizeitgewährung erst nach einer Interessensabwägung zwischen AN und AG das Fernbleiben von der Arbeit rechtfertigen kann.⁵²⁸ *Haider* jedoch verneint diese Ansicht.⁵²⁹ *Wiesinger* erörtert für den Fall der Bejahung eines Anspruchs auf Freizeitgewährung, dass die Wichtigkeit des Feiertages und der Zeitraum, den der Feiertag umfasst, geklärt werden muss.⁵³⁰ Weiters führt er aus, dass sowohl die Lit⁵³¹ diesen ablehnt und er sich auch aus Art 9 EMRK

⁵²⁰ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁵²¹ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁵²² *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 848.

⁵²³ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 848.

⁵²⁴ *A. Potz*, FS R. Potz (2014) 639; Dies ist bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages nicht erforderlich, allerdings ginge ein Urlaubstag verloren.

⁵²⁵ *Haider*, Karfreitag - unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion, JAS 2019, 411.

⁵²⁶ *Wiesinger*, ZAS 2019/29, 160.

⁵²⁷ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁵²⁸ *Haider*, JAS 2019, 411; ZESAR 2019, 349. unter Verweis auf *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016) 230 f.

⁵²⁹ *Haider*, JAS 2019, 411.

⁵³⁰ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁵³¹ *Schrank*, AZG⁵ (2018) § ARG Rz 10; *Windisch-Graetz*, ZAS 2017, 26.

nicht ableiten lässt⁵³². *Wiesinger* kritisiert die ASG Entscheidung zum Fest Bayram⁵³³, da es nach dieser Entscheidung auf der Grundlage des § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB iVm can 1247 CIC 1983 für Katholiken jeden Sonntag und alle gebotenen Feiertage ganztägig zu begehen gilt.⁵³⁴ Damit ist seiner Ansicht nach § 8 ARG gänzlich ausgehöhlt.⁵³⁵ Seiner historischen Interpretation nach war die Bestimmung nur auf die Sonntagsmesse zugeschnitten.⁵³⁶ Außerdem führt *Wiesinger* aus, dass die Auslegung des § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB als bezahlter Freistellungsanspruch für religiöse Feiertage unionswidrig ist, da sie dem Inhalt des früheren § 7 Abs 3 ARG entspricht.⁵³⁷

Klar differenziert *Gerhartl* zwischen § 8 ARG und § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB, um eine Diskriminierung zu vermeiden.⁵³⁸ Wenn die Freistellungsansprüche an ein Verlangen des AN gebunden werden, ist dabei das Erfüllen religiöser Verpflichtungen eine „legitime Voraussetzung“ und dient als Vorfrage für die weitere Voraussetzung, „dass der Arbeitnehmer der betreffenden Religion angehört“.⁵³⁹ Zudem weist *Gerhartl* zu Recht darauf hin, dass es bei Zeiträumen, die generell arbeitsfrei sind, zu vermeiden ist, Differenzierungen zwischen religiösen und konfessionslosen AN und einzelnen Religionsgruppen vorzunehmen.⁵⁴⁰ Auch *Dullinger* geht in diese Richtung im Zusammenhang mit dem Karfreitag, indem er ausführt, dass für die Befolgung bestimmter religiöser Riten die Gewährung eines ganzen Feiertages nicht erforderlich ist und ein Rechtsanspruch auf Freizeit im notwendigen Ausmaß ausreicht.⁵⁴¹

Aufgrund der detaillierten spezialgesetzlichen Sonn- und Feiertagsregelung im ARG kommt *Windisch-Graetz* zum Ergebnis, dass Feiertage nicht als „in der Person“ gelegene Gründe zu qualifizieren seien.⁵⁴² Zeitlich nicht vorhersehbare und mit einem gewissen Einmaligkeitscharakter eintretende religiöse Dienstverhinderungen könnten hingegen als Dienstverhinderung aus wichtigem persönlichem Grund qualifiziert werden.⁵⁴³ Hingegen sind

⁵³² *Schrammel* in *Klang*³ (2012) § 1154b Rz 64 mwN.

⁵³³ ASG Wien 27.10.2003, 9 CgA 52/03m ARD 5526/5/2004 = ZAS 2004/106, 179. In dieser Entscheidung ging es um die Dienstverhinderung von Moslems wegen Teilnahme am islamischen Fest Bayram. Das ASG Wien hielt fest, dass das islamische Fest Bayram in die Kategorie der wichtigen, die Person des AN betreffende Dienstverhinderungsgründe fällt.

⁵³⁴ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁵³⁵ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁵³⁶ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁵³⁷ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁵³⁸ *Gerhartl*, Konsequenzen der „Karfreitagsproblematik“, RdW 2018, 97.

⁵³⁹ *Gerhartl*, RdW 2018, 97.

⁵⁴⁰ *Gerhartl*, RdW 2018, 97.

⁵⁴¹ *Dullinger*, Konfessionsgebundener Karfreitag-Feiertag diskriminierend, ZAS 2019, 33.

⁵⁴² *Windisch-Graetz*, ZAS 2017, 26; *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 832.

⁵⁴³ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 832.

regelmäßig wiederkehrende religiöse Bedürfnisse nicht von § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB erfasst, wobei es dennoch eine Abwägung der Interessen von AN und AG stattzufinden hat.⁵⁴⁴

Dullinger hält fest, dass eine Lösung über das Urlaubsrecht praktisch nur im Rahmen des „persönlichen Feiertages“ möglich ist, weil es ansonsten an wirksamen Durchsetzungsmechanismen fehlt.⁵⁴⁵

5.2.3.3.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Meines Erachtens ist die Thematik differenzierter zu betrachten als von *Wiesinger*, da ein ganztägiger Freistellungsanspruch nicht, aber eine stundenweise Freistellung sehr wohl ableitbar ist und dies daher auch nicht dem Inhalt des ehemaligen § 7 Abs 3 ARG entspricht.⁵⁴⁶

Eine Dienstverhinderung für den Besuch des Gottesdienstes kann nicht mit einer ganztägigen Freistellung verglichen werden.

Wie mE *Dullinger* zutreffend ausführt, steht es bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages dem AN frei, sich auf einen Dienstverhinderungsgrund zu berufen, um eine Freistellung für die notwendige Zeit zu erhalten, oder den persönlichen Feiertag als ganzen Urlaubstag zu konsumieren.⁵⁴⁷ Meines Erachtens ist der Ansicht von *Windisch-Graetz* und *Dullinger* zu folgen, weil sie aufgrund der historischen Untersuchung an der Vorhersehbarkeit der Dienstverhinderung anknüpfen und eine Differenzierung zwischen zeitlich nicht vorhersehbaren bzw vorhersehbaren religiösen Dienstverhinderungen vornehmen. Nur zeitlich nicht vorhersehbare religiöse Dienstverhinderungen können als Dienstverhinderung aus wichtigem persönlichem Grund qualifiziert werden.⁵⁴⁸ Folglich ist der Besuch des Gottesdienstes am Karfreitag mE als vorhersehbares, regelmäßig jährlich wiederkehrendes religiöses Ereignis nicht von § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB erfasst und daher nicht als Dienstverhinderung aus wichtigem Grund anzusehen.

Die Lösung des Problems ist daher in der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages zu sehen. Der Vorteil bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist die Möglichkeit des einseitigen Antrittes, mit dem der AG nicht einverstanden sein muss; der Nachteil ist jedoch, wie *Dullinger* zutreffend ausführt, dass diese Möglichkeit nur einmal jährlich zusteht, aber die meisten Religionen mehrere Feiertage haben.⁵⁴⁹ Der Gesetzgeber hat aber den

⁵⁴⁴ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 875.

⁵⁴⁵ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 875.

⁵⁴⁶ vgl *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁵⁴⁷ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 832.

⁵⁴⁸ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 832.

⁵⁴⁹ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 874.

Anspruch des AN offenbar bewusst auf einen Tag beschränkt.⁵⁵⁰ Der persönliche Feiertag hat aber keine Zweckwidmung, und der AN muss seinen Feiertag nicht für religiöse Verpflichtungen verwenden.⁵⁵¹ Daher kann der AG dem AN die Geltendmachung eines „religiösen“ Dienstverhinderungsgrundes nicht unter dem Verweis verwehren, er hätte seinen „persönlichen Feiertag“ dafür beanspruchen müssen.⁵⁵²

5.2.4. Zum Verhältnis von § 4 Abs 2 UrlG bzw § 8 Abs 3 AngG sowie § 1154b Abs 5 ABGB und § 7a ARG

Nach § 4 Abs 2 UrlG kann aufgrund des Erholungszweckes für Zeiten der Dienstverhinderung Urlaub nicht wirksam vereinbart werden.⁵⁵³ Die Konsequenz ist, dass der Urlaub nicht verbraucht wird.

Drs legt den Anwendungsbereich des § 4 Abs 2 UrlG weit aus, und erklärt, dass das Vereinbarungsverbot auch „de-facto Feiertage“ (laut KV zB der 24.12. oder 31.12. sowie *Jom Kippur*) mitumfasst.⁵⁵⁴ Der persönliche Feiertag ist aber weder ein gesetzlicher noch ein „de-facto-Feiertag“.

Es handelt sich bei § 7a ARG jedoch um einen einseitigen Urlaubsantritt. Für den einseitigen Urlaubsantritt ist die Zustimmung bzw das Einverständnis des AG nicht erforderlich. Im Umkehrschluss heißt das, dass ein einseitiger Urlaubsantritt trotz Dienstverhinderung möglich ist und folglich anders als der vereinbarte Urlaub betrachtet wird.

Anzumerken ist zudem, dass es durch § 7a ARG nicht zu einer Anpassung des UrlG bzw zu einer Klarstellung des Verhältnisses hinsichtlich des § 4 Abs 2 UrlG zu Dienstverhinderungsgründen aufgrund der Ausübung religiöser Pflichten kam.⁵⁵⁵ Es ist daher zu untersuchen, ob es eine Normenkonkurrenz zwischen § 7a ARG und § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB bzw § 4 Abs 2 UrlG gibt.

Zur *lex specialis* Frage siehe Punkt 5.2.5.

⁵⁵⁰ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 874.

⁵⁵¹ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 848.

⁵⁵² *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 848.

⁵⁵³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 2 Rz 5 und § 4 Rz 70. Laut *Drs* handelt es sich um eine Teilnichtigkeit, da nur die Zeiträume der Dienstverhinderung nicht als Urlaub gelten.

⁵⁵⁴ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 94.

⁵⁵⁵ vgl *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 87.

5.2.5. Zur *lex specialis* Eigenschaft des 7a ARG im Zusammenhang mit der Dienstverhinderung nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB

5.2.5.1. Problemstellung

Zu untersuchen ist die *lex specialis* Eigenschaft des § 7a ARG im Zusammenhang mit § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB bzw die Erfüllung von religiösen Pflichten im Zusammenhang mit der Neuregelung.

5.2.5.2. Meinungsstand

Glowacka sieht die Möglichkeit der Erfüllung religiöser Pflichten durch § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB zu begründen, kritisch und bejaht dies lediglich für über § 7a ARG hinausgehende Ansprüche.⁵⁵⁶ Dies leitet sie aus der *lex specialis* Eigenschaft des persönlichen Feiertages ab und sagt, dass „die neue Regelung im Vergleich zu anderen Bestimmungen, die Freistellungen an Feiertagen betreffen, vorrangig ist“.⁵⁵⁷

Zu den Erläuterungen von *Windisch-Graetz*⁵⁵⁸ führt *Wieshaider* aus, dass sie zwischen nicht von § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB umfassten ganzen Feiertagen und „dem Besuch des Gottesdienstes am hohen religiösen Feiertag differenziert“.⁵⁵⁹ Es sind daher keine ganzen Feiertage von der Dienstverhinderung gemäß § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB umfasst, Frestellungsmöglichkeiten sind für eine kürzere Zeit beschränkt.⁵⁶⁰ *Wieshaider* führt zudem aus, dass für „Religionsgemeinschaften, deren Feiertage nicht von § 7 Abs 2 ARG erfasst sind, durch § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB die Schwelle des § 8 ARG erreicht werden könnte“.⁵⁶¹ Diese Schwelle, so *Wieshaider*, ist zeitlich beschränkt, an betriebliche Erfordernisse gekoppelt und stößt bei längeren zeremoniellen Verrichtungen an einem religiösen Feiertag an seine Grenzen.⁵⁶² Daher stellen die obigen Paragraphen laut *Wieshaider* „keinen gleichwertigen Feiertagsausgleich“ dar.⁵⁶³ Da die Neuregelung des § 7a ARG laut *Wieshaider* *lex specialis* zu anderen Regelungen im Zusammenhang mit Freistellungen an den Feiertagen ist, geht sie diesen Regelungen vor.⁵⁶⁴

⁵⁵⁶ *Rohrer/Glowacka*, Karfreitag: Feiertagsentgelt für alle, EvBl 2019, 124; sowie *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁵⁵⁷ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁵⁵⁸ *Windisch-Graetz*, ZAS 2017, 26; ebenso *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁵⁹ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁶⁰ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁶¹ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁶² *Wieshaider*, öarr 2019, 339. Außerdem ist unter dem Regime des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB, § 9 Abs 5 ARG auch nicht anwendbar.

⁵⁶³ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁶⁴ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

Auer-Mayer sagt, dass § 7a ARG nichts an der Anwendbarkeit des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB geändert hat.⁵⁶⁵ *Auer-Mayer* führt aus, dass man dem AN „die Geltendmachung eines ‚religiösen‘ Dienstverhinderungsgrundes nicht mit dem Verweis verwehren kann, er hätte seinen persönlichen Feiertag dafür beanspruchen müssen“, da der AN „in keiner Weise gehalten ist, seinen persönlichen Feiertag zur Erfüllung religiöser Verpflichtungen zu verwenden“.⁵⁶⁶

5.2.5.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Da der persönliche Feiertag keine Zweckwidmung hat und nicht für religiöse Verpflichtungen verwendet werden muss, zeigt dies mE wiederum, dass der persönliche Feiertag ebenfalls keinen „gleichwertigen Feiertagsausgleich“⁵⁶⁷ darstellt. Es handelt sich nämlich um einen rechtmäßigen Hinderungsgrund, der den Tatbestand der genannten Bestimmungen erfüllt, da der Hinderungsgrund (Besuch des Gottesdienstes am Karfreitag) mE höherwertig gegenüber der Arbeitspflicht ist.

Der *lex specialis* Eigenschaft ist entgegenzuhalten, dass einerseits die religionsneutrale Bestimmung des § 7a ARG keine religiöse Intention⁵⁶⁸ hat, weshalb mE hier keine *lex specialis* Eigenschaft gegenüber Feiertagsfreistellungen bestehen kann. Zur *lex specialis* Thematik siehe im Detail Kapitel 3.

Weiters liegt mE keine Normenkonkurrenz vor: durch die abweichenden Regelungsinhalte ergibt sich auch, dass § 7a ARG die Möglichkeit der einseitigen Festsetzung des Urlaubsantrittes normiert und (wie mE *Auer-Mayer*⁵⁶⁹ zutreffend ausführt) durch die Inanspruchnahme nicht die Erfüllung von religiösen Pflichten im Vordergrund steht. Hierfür spricht auch die Begründungsfreiheit des persönlichen Feiertages.

In weiterer Folge ergibt sich mE in Anlehnung an *Drs*,⁵⁷⁰ dass beim *Jom Kippur* für jüdische AN zB das Vereinbarungsverbot zu bejahen ist, aber beim persönlichen Feiertag nicht, da dieser einseitig festgelegt wird und kein „de-facto-Feiertag“ ist. Folglich wird bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages der Urlaubstag abgezogen. Das zeigt wiederum, dass der persönliche Feiertag nicht für die Erfüllung von religiösen Pflichten normiert wurde, da das Widmungsrecht nicht einmal die Rechtswirkung von „de-facto-Feiertagen“ entfaltet.

⁵⁶⁵ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁵⁶⁶ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁵⁶⁷ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁶⁸ Der persönliche Feiertag bedarf keines religiösen Konnexes so *Auer-Mayr*, ZAS 2020, 22.

⁵⁶⁹ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁵⁷⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 94.

5.2.6. Exkurs: Rechtspolitischer Vorschlag der Schaffung von substituierbaren Feiertagen nach *Wieshaider*

Eine bahnbrechende und innovative Idee bringt *Wieshaider* in die Feiertagsdiskussion ein. Da religiöse Minderheiten nur in den Genuss der „feiertäglichen Freistellung zum Besuch eines Gottesdienstes gemäß § 8 ARG bei sonstiger Arbeitsleistung gegen einfachen Lohn gemäß § 1154b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG“ kommen können, schlägt er einen ganz neuen Weg vor.⁵⁷¹ Er sieht diesen Weg in der Flexibilisierung von einer „bestimmten Zahl aus der Gruppe der bisherigen religiös bestimmten gesetzlichen Feiertage“ auf Grundlage von Art IX des Konkordats⁵⁷².⁵⁷³ *Wieshaider* schafft dabei den neuen Begriff der „substituierbaren Feiertage“. Er schlägt vor, den Oster- und Pfingstmontag und Stephanstag zu streichen (diese sind nämlich gar nicht in Art IX des Konkordates genannt) und sie durch ebenfalls drei „wichtige Feiertage anderer bereits historisch anerkannter Religionsgesellschaften“, den Karfreitag, das Weihnachtsfest nach dem Julianischen Kalender (7. Jänner) bzw den Versöhnungstag (*Jom Kippur*) zu ergänzen. „Die neuen Feiertage erhalten zusammen mit Fronleichnam, Mariä Himmelfahrt (15. August) und Mariä Empfängnis (8. Dezember) den Status der substituierbaren Feiertage“.⁵⁷⁴ Dies bezeichnet *Wieshaider* als die „neue Feiertagsregelung“.⁵⁷⁵ Diese substituierbaren Feiertage mit arbeitsruherechtlicher Wirkung sollen zunächst je Kalenderjahr durch sechs Tage jener Feiertage ersetzt werden können, die die gesetzlich anerkannten Religionsgesellschaften und die eingetragenen religiösen Bekenntnisgemeinschaften dazu bestimmen.⁵⁷⁶ Dieser Tausch muss dem AG bekannt gegeben werden.⁵⁷⁷ Die Feiertage dürfen nur in begründeten Fällen verändert werden, da die Feiertage „ihren Charakter als festen Anker im Jahreskreis behalten“ sollen.⁵⁷⁸ Wenn der AN keine oder weniger Feiertage eintauscht, belässt er es bei der oben bezeichneten, neuen Feiertagsregelung.⁵⁷⁹ Aus grundrechtlicher Perspektive ist es für jene Menschen, für welche die Feiertage keine wie immer geartete religiöse Bedeutung haben, gleichgültig, welche Tage der Gesetzgeber zu gesetzlichen Feiertagen bestimmt.⁵⁸⁰ Die Anzahl von 13

⁵⁷¹ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁷² BGBl. II 1934/2.

⁵⁷³ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁷⁴ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁷⁵ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁷⁶ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁷⁷ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁷⁸ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁷⁹ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁸⁰ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

Feiertagen bleibt immer gleich.⁵⁸¹ Damit wird sich (mE zutreffender Weise) der „Unterschied zwischen Angehörigen der religiösen Mehrheit und den Minderheiten relativieren“.⁵⁸² „Ganz bewusst wird offen gelassen, ob eine Reihenfolge der zu tauschenden Feiertage festgelegt werden soll oder nicht“.⁵⁸³

Für die AG ist die Situation unverändert, da sie weiterhin mit 13 Feiertagen rechnen können bzw „durch entsprechende Einteilung mit Blick auf den Feiertagszuschlag des § 9 Abs 5 ARG einen finanziellen Gewinn erzielen können“.⁵⁸⁴

Fraglich ist mE aber trotzdem, ob die Gesetzgebung diese innovative Idee (ohne gesetzliche Grundlage) aufgreifen wird, da diese doch eine Flexibilität der Inanspruchnahme von Feiertagen bzw Fenstertagen im Betrieb und ein Eingehen auf die Bedürfnisse der Belegschaft erfordert, und diese nicht einfach als „zu kompliziert und daher nicht alltagstauglich“ verwerfen wird. Weiters ist zu erörtern, ob die Regelung nicht die Atheisten⁵⁸⁵ mittelbar diskriminiert, wenn diese Gruppe der AN die substituierbaren Feiertage nicht verändern kann, aber es auch nicht bei der vorgegebenen „neuen Feiertagsregelung“ belassen möchte. Da die Anzahl der 13 Feiertage gleichbleibt, sind die vorgegebenen Feiertage mangels religiöser Bedeutung für Atheisten mE als religionsneutral zu betrachten und nicht mittelbar diskriminierend.

Wieshaider gesteht, dass sich „die anfängliche Umsetzung dieses Vorschlages durchaus anspruchsvoller gestalten wird als jene eines persönlichen Feiertages, der eigentlich nichts anderes als ein Urlaubstag im besonderen Kleid ist“.⁵⁸⁶ Im Ergebnis ist dieser Vorstellung de lege ferenda durchaus zuzustimmen, dass diese Lösung auf die Bedürfnisse der religiösen Minderheiten eingeht und diese durchaus ernst nimmt und „nicht in einer Perspektive der Mehrheit verharrt“.⁵⁸⁷ Weiters ist auch seinem Schlusssatz beizupflichten: „Und so wäre denn der Kreis geschlossen, wäre der vom EGMR in ständiger Rechtsprechung als wesentliches Merkmal demokratischer Gesellschaften erkannte Pluralismus auch im staatlichen Kalender sichtbar eingeschrieben“.⁵⁸⁸

⁵⁸¹ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁸² *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁸³ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁸⁴ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁸⁵ Vom europäischen und innerstaatlichen Gleichbehandlungsrecht sind nicht nur Religionen, sondern ebenso Weltanschauungen in völlig gleichem Umfang vor Diskriminierung geschützt. Der Atheismus ist eine Weltanschauung, was auch im Kommentar von *Hopf/Mayr/Eichinger* zum GIBG klar ausgeführt wird.

⁵⁸⁶ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁸⁷ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁸⁸ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

5.3. Zwischenergebnis

Dieses Kapitel wurde in zwei Themenblöcke geteilt. Erstens wurde der Frage nachgegangen, ob das Tatbestandselement der Vorankündigungsfrist des § 7a ARG mit möglichem Diskriminierungspotenzial behaftet ist. Durch die kurze Vorankündigungsfrist sind indirekt AN aus anderen Mitgliedstaaten betroffen, die eine kürzere Beschäftigungsdauer haben, insb Saisonarbeiter: innen. Wenn man diesen Gedanken weiterspielt, kann sich aber auch eine mittelbare Diskriminierung dieser betroffenen AN-Gruppe aus § 17 GLBG ergeben. Meines Erachtens ist diese mittelbare Diskriminierung durch das rechtmäßige Ziel sachlich gerechtfertigt, dass auch der AG disponieren und für die Abwesenheit des AN Vorkehrungen treffen muss. Weiters ist mE die dreimonatige Vorankündigungsfrist auch dahingehend zu rechtfertigen, dass ein Urlaub nicht einseitig mit sofortiger Wirkung angetreten werden kann. Somit ist die Vorankündigungsfrist von drei Monaten nicht diskriminierend.

Der zweite, umfangreichere Themenblock hat sich der Diskriminierung aufgrund der Religion bzw der Weltanschauung gewidmet.

Eingangs wurde daher eine gleichbehandlungsrechtliche Prüfung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung der Evangelischen gegenüber Konfessionslosen erörtert, mit der Begründung, dass sich die Ersteren den persönlichen Feiertag am Karfreitag nehmen „müssen“ und sie dann einen Urlaubstag verbrauchen, Konfessionslose jedoch nicht. Meines Erachtens ist jedoch die Vorschrift durch das rechtmäßige Ziel sachlich gerechtfertigt, dass alle „gleich schlecht“ behandelt werden, da sowohl Evangelische als auch Konfessionslose einen Urlaubstag aus dem bestehenden Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme opfern müssen. Im zweiten Sachverhalt wurde geprüft, ob eine mittelbare Diskriminierung in Bezug auf die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertags vorliegt, da gläubigen Evangelischen aufgrund des Kirchenbesuchs am Karfreitag ein Urlaubstag abgezogen wird, während Nichtreligiöse auf ihren persönlichen Feiertag verzichten werden, um das doppelte Entgelt zu erhalten. Meines Erachtens sind die zwei Personengruppen miteinander vergleichbar, aber nicht die zwei Tatbestände, da es einerseits um die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages geht und andererseits um eine potenzielle Zahlung des doppelten Entgeltes. Da § 7a ARG keine Zweckwidmung und keine Beweggründe für die Inanspruchnahme und auch keine Begründung durch den AN vorsieht, kann ein nicht gläubiger AN am Karfreitag oder an einem beliebigen anderen Tag auf seinen Urlaubstag verzichten und das doppelte Entgelt erhalten. Das doppelte Entgelt steht aber immer unter der Prämisse des Ersuchens des AG zu, also dass der AG an dem

persönlichen Feiertag Arbeitsleistung haben möchte. Somit liegt mE in keinem der beiden Fälle eine mittelbare Diskriminierung vor.

Da aber in das Feiertagsprivilegium der jüdischen Glaubensgemeinschaft nicht eingegriffen wurde sowie auch eine Schlechterstellung bei der Ausübung der Kultusfreiheit der Evangelischen gegenüber Angehörigen der römisch-katholischen Kirche vorliegt, ist ein Eingriff in die Grundsatzbestimmung über den religiösen Minderheitenschutz gem Art 9 EMRK zu untersuchen bzw ob eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt.

In diesem Fall ist eine mittelbare Diskriminierung durch die scheinbar neutrale Vorschrift des § 7a ARG dahingehend zu beurteilen, dass durch § 7a ARG eine Religion (Angehörige der Katholischen Kirche) die meisten Feiertage als arbeitsfrei beibehält, andere Religionen hingegen gar keine und die Mehrheitsreligion sich nicht um Freistellungen sorgen muss, während Angehörigen anderer Religionen dies an ihren Feiertagen verwehrt bleibt.⁵⁸⁹ Eine sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel ist mE nicht gegeben, da durch die Zielerreichung die evangelische Minderheit den einzigen gesetzlich zugesicherten arbeitsfreien Feiertag verloren hat. Das Mittel zur Erreichung des Ziels war mE auch nicht angemessen, da durch den zusätzlichen Feiertag für alle eine Anerkennung der Religionsausübung der religiösen Minderheit Rechnung getragen hätte und die Neuregelung hingegen (wie *Wieshaider* mE zutreffend ausführt) keine Ausgleichslösung für die religiöse Minderheiten bietet. Zudem blieben alle bereits arbeitsfreien Feiertage wie bis dato bestehen, es wurde also in Vorrechte anderer Religionen (insb *Jom Kippur*-Regelung) nicht eingegriffen. § 7a ARG ist daher in Bezug auf die religiösen Minderheiten mittelbar diskriminierend. Folglich haben die diskriminierten AN aufgrund Art 21 GRC die Möglichkeit, eine Klage gegen ihren AG mit dem Begehren auf Feststellung, dass sie keinen Urlaubstag verbraucht haben, einzubringen.⁵⁹⁰

Nur zeitlich nicht vorhersehbare religiöse Dienstverhinderungen können als Dienstverhinderung aus wichtigem persönlichem Grund qualifiziert werden.⁵⁹¹ Folglich ist der Besuch des Gottesdienstes am Karfreitag mE als vorhersehbares, regelmäßig jährlich wiederkehrendes religiöses Ereignis nicht von § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB erfasst und daher nicht als Dienstverhinderung aus wichtigem Grund anzusehen.

⁵⁸⁹ *Wieshaider*, öarr 2019, 339.

⁵⁹⁰ *Erlor*, ecolex 2019, 350.

⁵⁹¹ *Dullinger*, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 832.

Die Lösung des Problems ist daher die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages mit dem Vorteil des einseitigen Antrittes ohne Einverständnis des AG. Da er keine Zweckwidmung hat, muss der AN seinen persönlichen Feiertag nicht für religiöse Verpflichtungen verwenden.⁵⁹² Daher kann der AG dem AN die Geltendmachung eines „religiösen“ Dienstverhinderungsgrundes nicht mit dem Argument verwehren, er hätte seinen „persönlichen Feiertag“ dafür beanspruchen müssen.⁵⁹³

⁵⁹² Dullinger, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 848.

⁵⁹³ Dullinger, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen Rz 848.

6. Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages

i. Grundkonstellation

6.1. Die Formvoraussetzungen und der Verbrauch des persönlichen Feiertages

6.1.1. Bekanntgabe und Inhalt

6.1.1.1. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Nach § 7a Abs 1 ARG hat der AN den Zeitpunkt der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages spätestens drei Monate im Vorhinein schriftlich bekannt zu geben. Der Gesetzestext nennt die erforderlichen Formvoraussetzungen für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, nämlich das Schriftlichkeitsgebot sowie die Vorankündigungsfrist.

Somit stellen sich verschiedene Problemkreise insb zur Auslegung des Schriftlichkeitsgebotes (Erforderlichkeit der Unterschriftlichkeit oder nicht?) bzw im Zusammenhang mit der Vorankündigungsfrist vor allem, wann die Erklärung als zugegangen gilt.

Zunächst werden daher die bereits genannten kumulativ erforderlichen Voraussetzungen der Bekanntgabe (Schriftlichkeitsgebot, Vorankündigungsfrist) für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages nach § 7a Abs 1 ARG detailliert untersucht. Im nächsten Schritt wird in diesem Kontext auf die Fragen zur Bekanntgabe und zu den Fristen, zur Abgrenzung zum Urlaubsverbrauch, zur Verschiebung des persönlichen Feiertages sowie auf die Heilung von Frist- und Formmängeln eingegangen.

6.1.1.2. Meinungsstand

Die Bekanntgabe der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertags ist (trotz fehlendem Hinweis im Gesetzestext) an den AG zu richten.⁵⁹⁴ Diese hat laut *Drs* den „fraglichen Tag zu beinhalten, nicht den Grund“.⁵⁹⁵ Weitere zusätzliche Voraussetzungen (zB warum der AN gerade den besagten Tag als persönlichen Feiertag nehmen möchte⁵⁹⁶) sind nicht erforderlich.⁵⁹⁷ Ebenso

⁵⁹⁴ *Erler*, ÖZPR 2019, 42; und *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 19. Nach *Drs* kann der AG seine Kompetenz delegieren, wobei eine Anscheinsvollmacht für den Vertreter ausreicht.

⁵⁹⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170; und *Drs*, FS Löschnigg, 55.

⁵⁹⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁵⁹⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

spielt es keine Rolle, ob der AN seinen persönlichen Feiertag aus religiösen Gründen oder aus welcher inneren Intention auch immer nehmen möchte.⁵⁹⁸ *Drs* führt (mE richtigerweise) aus, dass eine Offenlegungspflicht einen Eingriff in die Privatsphäre des AN darstellt.⁵⁹⁹ Siehe Punkt Ablehnungsrecht.

6.1.2. Das Schriftlichkeitsgebot

6.1.2.1. Problemstellung

Die Urlaubsmeldung für den persönlichen Feiertag hat laut dem Normtext schriftlich zu erfolgen.⁶⁰⁰ Obwohl im Zivilrecht das Gebot der Formfreiheit nach § 883 ABGB gilt⁶⁰¹, wurde in §7a Abs 1 zweiter Satz ARG im Gesetzestext die schriftliche Bekanntgabe (Schriftformerfordernis) normiert. Untersucht wird in weiterer Folge die Auslegung des Schriftlichkeitsgebots beim persönlichen Feiertag, insb, ob Unterschriftlichkeit erforderlich ist oder nicht.

6.1.2.2. Meinungsstand

Laut *Drs* ist es unklar, ob es sich um eine konstitutive oder deklarative Voraussetzung (zu Beweis Zwecken) handelt.⁶⁰² *Drs* hält weiters fest, dass die Schriftform jedenfalls gewahrt ist, wenn der AN den gewünschten Urlaubstag in ein von dem AG bereit gestelltes elektronisches System oder aufgelegte Urlaubsliste einträgt.⁶⁰³ Dies gilt nach *Drs* und *Hitz* ebenfalls für die verkürzte Frist von zwei Wochen, auch wenn die Übergangsbestimmung des § 33a Abs 29 ARG darüber keinen Hinweis enthält (Laut *Hitz* kann es sich hierbei nur um ein Versehen des Gesetzgebers handeln⁶⁰⁴), ergibt sich das aber aus dem Gesamtzusammenhang.⁶⁰⁵

Nach *Gleißner* verfolgt die Schriftform den Zweck, dass „der Adressat zuverlässig Inhalt der Erklärung und Person, von der sie ausgeht, entnehmen kann“. ⁶⁰⁶ *Hitz* betont als Zweck den Übereilungsschutz sowie die Beweissicherung.⁶⁰⁷ Außerdem dient die Schriftform dazu, den persönlichen Feiertag formell von einem Urlaubstag zu unterscheiden, sodass „der AG klar

⁵⁹⁸ *Gleißner*, DRdA 2019, 190. Laut *Gleißner* handelt es sich um eine „gänzlich konfessionsunabhängige Regelung“ und der AN ist in seiner Wahl frei.

⁵⁹⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁰⁰ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶⁰¹ *Risak*, Schriftformgebote im Arbeitsrecht, ZAS 2013, 10.

⁶⁰² *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁰³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁰⁴ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶⁰⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169; und *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶⁰⁶ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁶⁰⁷ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

erkennt, dass er das Verlangen nicht abweisen kann“⁶⁰⁸ bzw im Falle der Arbeitsleistung das doppelte Entgelt zahlen muss.⁶⁰⁹ *Firneis/ Unterrieder* thematisieren die Schriftlichkeit ebenfalls und erwägen, ob ein mündliches Begehren ausreicht und stellen dies unter die Voraussetzung, welche Form der AG als „ausreichend erachtet“. ⁶¹⁰

Weiters ist in der Lehre umstritten, ob unter Schriftlichkeit die Unterschriftlichkeit zu verstehen ist. *Haider* thematisiert, dass seiner Ansicht nach unter Schriftlichkeit keine Unterschriftlichkeit zu verstehen ist, und ein Ersuchen per Mail oder „elektronischer Mitteilung“ ausreicht.⁶¹¹ Außerdem weist er darauf hin, dass der Regelungszweck dazu dient, dass „der AG früh genug auf die Abwesenheit des AN vorbereitet ist und dieser sein Ansuchen unter Beweis stellen kann; Unterschriftlichkeit sei dafür nicht erforderlich“. ⁶¹² Auch *Trinko* prüft beim Schrifterfordernis, „ob die bloße Textform als Formerfordernis ausreicht oder ob der Gesetzgeber unter schriftlich die eigenhändige Unterschrift verstanden wissen wollte“. ⁶¹³ Er kommt ebenfalls zum Ergebnis, dass unter dem Schriftlichkeitsgebot nicht die eigenhändige Unterschriftlichkeit zu verstehen ist, sondern die bloße Textform ohne eigenhändige Unterschrift als ausreichend anzusehen ist. ⁶¹⁴ Seiner Ansicht nach ist das Transparenzgebot im Sinne des Abänderungsantrages zur Neuregelung des Karfreitags⁶¹⁵ aus der bloßen Textform abzuleiten. ⁶¹⁶ Weiters führt er aus, dass die Beweissicherung durch die bloße Textform gewahrt ist und ein Übereilungsschutz bei einer einseitigen Rechtausübung nicht erforderlich ist. ⁶¹⁷

Die (mittlerweile ständige) Rsp⁶¹⁸ des OGH⁶¹⁹ zur Elternteilzeit ist laut *Drs* auf das Schriftformerfordernis des § 7a Abs 1 ARG zu übertragen, „wonach ein schriftliches Verlangen des Arbeitnehmers nicht erforderlich ist, wenn sich der Arbeitgeber auf ein mündliches Verlangen einlässt“⁶²⁰ oder ihn am persönlichen Feiertag zu arbeiten ersucht. ⁶²¹

⁶⁰⁸ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁶⁰⁹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁶¹⁰ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

⁶¹¹ *Haider*, ecolex 2019, 352.

⁶¹² *Haider*, ecolex 2019, 352.

⁶¹³ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

⁶¹⁴ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

⁶¹⁵ AA 74 BlgNR 26. GP 5.

⁶¹⁶ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

⁶¹⁷ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

⁶¹⁸ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶¹⁹ OGH 20.1.2012, 8 ObA 93/11a, RdW 2012/447, 424; OGH 26.5.2011, 9 ObA 80/10w, Arb 12.991; OGH 20.8.2008, 9 ObA 80/07s; RdW 2009/47, 41.

⁶²⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶²¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

Laut *Wiesinger* bedeutet Schriftlichkeit jedoch, dass „die Erklärung in Schriftform“ samt Unterschriftlichkeit zu erfolgen hat⁶²², aber ein „Abgehen von der Schriftform zugunsten des AN zulässig ist („sowohl durch die faktische Akzeptanz einer solchen Erklärung als auch durch Einbettung dieser Erklärung in ein allgemeines elektronisches Urlaubsverwaltungssystem“).⁶²³ *Glowacka* erörtert, dass die Parteien vom Schriftlichkeitsgebot „einvernehmlich abgehen können“.⁶²⁴

Der OGH hat sich zum Schriftlichkeitsgebot mit unterschiedlichen Ergebnissen geäußert: Schriftlichkeit bedeutet Unterschriftlichkeit, bei Kündigungen mittels SMS⁶²⁵, Email ohne qualifizierte elektronische Signatur⁶²⁶ oder WhatsApp⁶²⁷ sah der OGH dies nicht erfüllt⁶²⁸; anders hat der OGH das Schriftlichkeitsgebot gemäß § 15j Abs 4 MSchG beim beabsichtigten Antritt der Elternteilzeit⁶²⁹ interpretiert.⁶³⁰ Auch in „Ermangelung eines schriftlichen Ansuchens“ kommt die Elternteilzeit zustande.⁶³¹ In der jüngsten Entscheidung des OGH⁶³² bestätigt das Höchstgericht diese Judikaturlinie: die Nichtverlängerungserklärung per Email entspricht dem vereinbarten Schriftlichkeitsgebot und „dass die Übermittlung des eingescannten Auflösungsschreibens als Anhang eines Emails die im Dienstvertrag vereinbarte Schriftform erfüllt hat“.⁶³³

Nach der Beratungspraxis der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien ist aus Vorsichtsgründen keine Meldung per Mail, SMS oder WhatsApp empfehlenswert, sondern das unterschriebene Schriftstück. Problematisch ist weiters die Inanspruchnahme in Betrieben mit elektronischer Urlaubsgenehmigung (solange kein E-Formular für den persönlichen Feiertag erstellt wurde).

⁶²² Siehe auch *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁶ (2018) Rz 577.

⁶²³ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶²⁴ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶²⁵ OGH 7.2.2008, 9 ObA 96/07v = ARD 5867/6/2008.

⁶²⁶ OGH 19.12.2014, 8 ObA 64/14s = ARD 6440/7/2015.

⁶²⁷ OGH 28.10.2015, 9 ObA 110/15i = ARD 6478/6/2015.

⁶²⁸ *Gleißner*, DRdA 2019, 190; und *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶²⁹ OGH 28.2.2012, 8 ObA 15/12g = ARD 6233/7/2012.

⁶³⁰ *Gleißner*, DRdA 2019, 190; und *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶³¹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶³² OGH 24.4.2020, 8 ObA 5/20y = DRdA-infas 2020, 322.

⁶³³ OGH 24.4.2020, 8 ObA 5/20y = DRdA-infas 2020, 322.

6.1.2.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Meines Erachtens ist den Ausführungen von *Drs* und *Trinko* und der neuen, großzügigeren Rsp zum Schriftlichkeitsgebot zu folgen, wonach auch ohne Unterschriftlichkeit das Schriftformerfordernis gewahrt ist. Wenn man die oben bereits angesprochene Rsp des OGH⁶³⁴ im Zusammenhang mit dem Schrifterfordernis der Elternteilzeit betrachtet, kann man argumentieren, dass es sich im Fall des persönlichen Feiertages lediglich um eine verhältnismäßig kurze Abwesenheit handelt. Wenn das Höchstgericht bei einer potenziell mehrjährigen Elternteilzeit – die jedenfalls geeignet ist, die Abwesenheit des AN im Vergleich zur ursprünglichen vertraglichen Arbeitszeit wesentlich zu beeinflussen – keine strengeren Formvoraussetzungen für erforderlich hält, soll diese Großzügigkeit beim persönlichen Feiertag erst recht gelten.

Da regulärer Urlaub gemäß § 4 Abs 1 UrlG auch schriftlich vereinbar ist, kann man mE allein aus dem Schriftlichkeitsgebot nicht auf eine bessere Beweisfunktion schließen; mE ist die Einhaltung sämtlicher kumulativer Voraussetzungen (Schriftlichkeitsgebot und Vorankündigungsfrist) ausschlaggebend. Zur Abgrenzung zum Urlaub siehe Punkt 6.1.4. *Firneis/ Unterrieder* übersehen, dass, wenn die Bekanntgabe des persönlichen Feiertages vom Willen des AG abhängig gemacht wird, dies die Einseitigkeit untergräbt. Ebenso ist es mE im Hinblick auf die Einseitigkeit nicht zielführend, wenn, wie *Glowacka* erörtert, die Parteien einvernehmlich vom Schriftlichkeitsgebot abgehen.

Im Zusammenhang mit dem Übereilungsschutz zur Unterschriftlichkeit ist zudem zu untersuchen, wie bei minderjährigen AN (zB Lehrlinge, minderjährige fallweise Beschäftigte) das Schrifterfordernis im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag zu deuten ist. *Drs* legt in Zusammenhang mit der eigenhändigen Unterschrift durch den Lehrling dar, dass dies (wie bei Auflösung des Lehrverhältnisses, „bei dem die Schriftform nicht nur der Beweissicherung, sondern dem Übereilungsschutz dient“⁶³⁵) „hier als überzogen anzusehen ist“, da es nur um die Transparenz geht.⁶³⁶

Meines Erachtens ist bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages (wie bei der regulären Urlaubsvereinbarung) die Unterschrift des Erziehungsberechtigten nicht erforderlich, da die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages zum Vorteil des Minderjährigen ist. Das Ersuchen des AG an dem persönlichen Feiertag zu arbeiten, kann der Minderjährige jedenfalls

⁶³⁴ OGH 20.1.2012, 8 ObA 93/11a, RdW 2012/447, 424; OGH 26.5.2011, 9 ObA 80/10w, Arb 12.991; OGH 20.8.2008, 9 ObA 80/07s; RdW 2009/47, 41.

⁶³⁵ *Drs*, FS Löschnigg, 55.

⁶³⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170; und *Drs*, FS Löschnigg, 55; vgl ua *Lindmayr*, ARD 6643/15/2019.

ablehnen⁶³⁷; es sind mE keine versteckten „Fallen“ für den Minderjährigen beherbergt und der Übereilungsschutz bleibt gewahrt.

6.1.3. Die Vorankündigungsfrist

6.1.3.1. Problemstellung des Zuganges der Erklärung

Laut Gesetzestext hat die Bekanntgabe des Urlaubes spätestens drei Monate vor dem beabsichtigten persönlichen Feiertag zu erfolgen, „die Frist von drei Monaten ist somit vom Tag des beabsichtigten Urlaubsantrittes zurückzurechnen (vgl § 902 ABGB)“⁶³⁸.

Für die ersten drei Monate nach Inkrafttreten der neuen Regelung im Jahr 2019 war die Vorankündigungsfrist gemäß § 33a Abs 29 ARG auf zwei Wochen verkürzt.

Untersucht wird auch,

1. wann die Erklärung als zugegangen und
2. was im Zusammenhang mit der Beschäftigung in befristeten Arbeitsverhältnissen und bei Saisonarbeitskräften gilt.

6.1.3.2. Meinungsstand

Bei der Erklärung handelt sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.⁶³⁹ Ob der Tag des Zugangs der Erklärung mitzuzählen⁶⁴⁰ ist oder nicht⁶⁴¹, ist in der Lehre umstritten⁶⁴².

Hitz legt dar, dass die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages an eine dreimonatige Vorankündigungsfrist gebunden ist.⁶⁴³ Dies ist laut ihm und *Erler* mit Zugang der Erklärung erfüllt⁶⁴⁴, eine Erklärung innerhalb der 3-Monats-Frist ist verspätet und zieht nicht die Rechtsfolgen des § 7a ARG nach sich.⁶⁴⁵

Wiesinger hält fest, dass die Annahme durch den AG nicht erforderlich sei, und der Zugang ausreichend ist. Ausschlaggebend ist, wann die Erklärung „in die Sphäre des AG gelangt ist und

⁶³⁷ Der Mündige kann alle einseitigen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die mit der weiteren Gestaltung des Dienstvertrages zusammenhängen (Kündigung, vorzeitiger Austritt, Entlassung, einvernehmliche Auflösung) - der allgemeinen Regel zuwider - ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters vornehmen und soweit es sich um Erklärungen des Vertragspartners handelt, entgegennehmen; OGH 4 Ob 78/79 = OGH 8 ObA 223/95 = OGH 9 Ob A 330/97p = OGH 9 Ob A 159/01z = OGH 9 Ob A 53/03i.

⁶³⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 145.

⁶³⁹ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁴⁰ AA hingegen *Hitz*, ARD 6641/5/2019; und *Glowacka*, ASoK 2019, 122; sowie *Mertinz*, PV-Info 4/2019, 3.

⁶⁴¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁴² *Drs*, FS Löschnigg, 57.

⁶⁴³ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶⁴⁴ *Erler*, ÖZPR 2019, 42; und *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶⁴⁵ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

der AN damit rechnen durfte, dass der AG in der Lage ist, die Erklärung zu lesen“.⁶⁴⁶ Die Erklärung muss vom AG nicht ausdrücklich angenommen werden, es ist ausreichend, dass diese in den Machtbereich des AG gelangt.⁶⁴⁷ Hierfür trägt der AN das Risiko; bei einer Zugangsvereitelung durch den AG kommt es zu einer Fiktion des Zugangs.⁶⁴⁸

Zur Vorankündigungsfrist von drei Monaten im Zusammenhang mit der Beschäftigung in befristeten Arbeitsverhältnissen und bei Saisonarbeitskräften siehe Gleichbehandlungsrechtliche Aspekte in Kapitel 5 sowie Atypisch Beschäftigte in Punkt 6.2.

6.1.3.3. Sonderfall 1: Möglichkeit zur Inanspruchnahme beim späteren Beginn des Arbeitsverhältnisses

Die Möglichkeit zur Inanspruchnahme ist vor Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses laut *Drs*⁶⁴⁹ möglich, wenn zB der AN die Urlaubsmeldung vor Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses bzw im alten Arbeitsverhältnis zum selben AG bekanntgibt. *Wiesinger* bejaht ebenfalls, dass „eine Antragstellung im davorliegenden Urlaubsjahr möglich ist“.⁶⁵⁰ Jedoch ist diese Möglichkeit nach *Drs* praxisfremd, da ein AN, der auf die (Wieder)einstellung angewiesen ist, diesen Weg nicht gehen wird.⁶⁵¹ *Trinko* bejaht die Möglichkeit der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis erst später beginnt.⁶⁵²

6.1.3.4. Sonderfall 2: Urlaubssperre

Hitz thematisiert, dass die innerbetriebliche Urlaubssperre für einen Tag unterbrochen werden kann: Voraussetzung hierfür ist, dass „besonders starke Arbeitnehmerinteressen im Rahmen einer Interessenabwägung überwiegen müssen“.⁶⁵³ *Glowacka* hält fest, dass der persönliche Feiertag durch die Urlaubssperre nicht auszuhebeln ist.⁶⁵⁴ *Drs* bejaht die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages analog zu § 16 Abs 3 UrlG auch dann, wenn der AG eine Urlaubssperre verhängt hat, da „ein Fall des einseitigen Urlaubsantrittes gemäß Abs 3 vorliegt“ und für diese Zeit verhängte Urlaubssperre unbeachtlich ist.⁶⁵⁵ Zur Urlaubssperre siehe auch Ablehnungsrecht.

⁶⁴⁶ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶⁴⁷ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁴⁸ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁴⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁵⁰ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶⁵¹ *Drs*, FS Löschnigg, 57.

⁶⁵² *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

⁶⁵³ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶⁵⁴ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁵⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171 und § 16 Rz 67; vgl ua *Drs* in ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 27 mwN; *Sabara* ARD 6409/6/2014.

Meines Erachtens ist die Möglichkeit zur Inanspruchnahme beim späteren Beginn des Arbeitsverhältnisses, ebenfalls wie die analoge Anwendung des § 16 Abs 3 UrlG nach *Drs* im Falle einer Urlaubssperre, zu bejahen, da es sich bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages auch, wie in § 16 Abs 3 UrlG, um einen Fall des einseitigen Urlaubsantrittes handelt.⁶⁵⁶

6.1.3.5. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Meines Erachtens ist die Vorankündigungsfrist mit rechtzeitigem Zugang der Erklärung (wie zutreffend *Glowacka*⁶⁵⁷ ausführt) erfüllt, wenn das schriftliche Dokument in den Machtbereich des AG einlangt. Der Tag des Zuganges ist nicht mitzuzählen⁶⁵⁸, denn so ist gewährleistet, dass „insb dem Arbeitgeber die vollen drei Monate für die Verhandlungen und sonstigen Vorbereitungen zur Verfügung stehen“.⁶⁵⁹

Wenn die Voraussetzungen des Schriftlichkeitsgebotes und die Erfüllung der Vorankündigungsfrist für die Bekanntgabe gegeben sind, heißt es gleichzeitig, dass seitens des AN alle erforderlichen Voraussetzungen für die gewünschte einseitige Inanspruchnahme des persönlichen Feiertags erbracht wurden, und der AN den besagten Tag ohne weitere, zusätzliche Voraussetzungen einseitig antreten kann. Somit bedingen diese beiden Voraussetzungen (Schriftlichkeit, Vorankündigungsfrist) die Bekanntgabe bzw die Einseitigkeit. Die Interessen des AG sind auch durch die lange Vorankündigungsfrist gewahrt, da wie *Drs* mE zutreffend darlegt, genug Zeit für die Vorbereitung für die Abwesenheit des AN bleibt.

⁶⁵⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171. und § 16 Rz 67; vgl ua *Drs* in ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 27 mwN; *Sabara* ARD 6409/6/2014.

⁶⁵⁷ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁵⁸ Also persönlicher Feiertag minus drei Monate minus ein Tag (welcher ein Werktag sein muss).

⁶⁵⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 146 = *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 19 = *Kuderna*, Urlaubsrecht² § 4 Rz 40.

6.1.4. Fragestellungen im Zusammenhang mit der Bekanntgabe des persönlichen Feiertages (Abgrenzung zum Urlaubsverbrauch, Persönlicher Feiertag *pro futuro* bzw Änderung und Verschiebung des persönlichen Feiertages)

6.1.4.1. Problemstellung der Abgrenzung zum Urlaubsverbrauch bzw Falschbezeichnung des persönlichen Feiertages

In diesem Zusammenhang sind zwei unterschiedliche Szenarien zu untersuchen:

1. Der Gesetzestext sieht keine Bezeichnungspflicht als „persönlicher Feiertag“ oder ein Ausfüllen von bestimmten Antragsformularen vor. Daher ist in weiterer Folge zu untersuchen, wie Erklärungen von AN zu deuten sind, die einen Antrag unter Einhaltung der Formvoraussetzung fristgerecht abgegeben haben, aber zB nichts auf den Antrag geschrieben haben oder auf dem Antrag lediglich „Urlaubsantrag“ steht oder, wenn der AN dies als „Urlaub“ bezeichnet hat. Folglich stellt sich die Frage, wie nun mit Zweifelsfällen umzugehen ist und wie eine Abgrenzung vorzunehmen ist, ob der gewählte Urlaubstag nun die einseitige Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages oder ein „normaler“ Urlaubsantrag ist, dem der AG zustimmen muss.
2. Weiterführend stellt sich zudem die Frage, ob der AG den AN ersuchen kann, an dem falsch bezeichneten persönlichen Feiertag zu arbeiten bzw ob hierfür das doppelte Entgelt gebührt.

6.1.4.2. Meinungsstand

*Drs*⁶⁶⁰ stellt die Frage, ob der AN dem AG auch bekannt geben muss, ob es sich um die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages oder einen Urlaubstag handelt oder ob es ausreicht, den gewünschten Urlaubstag unter Einhaltung der Vorankündigungsfrist und der Schriftform bekannt zu geben. Laut *Drs* ist die bloße Bekanntgabe der Inanspruchnahme ausreichend. Sie erörtert, dass § 7a ARG dem § 4 Abs 4 UrlG nachgebildet ist, und dass dort auch keine Berufung auf den einseitigen Urlaubsantritt nach § 4 Abs 4 UrlG notwendig ist.⁶⁶¹ Weiters sind auch keine Formvorschriften, wie zB die Verwendung eines bestimmten Antragformulars, vorgesehen.⁶⁶²

Laut *Wiesinger* ist zu untersuchen, ob der AN den persönlichen Feiertag konsumieren möchte, oder ob er „dem AG nur vorschlagen wollte, die Lage seinesurlaubes zu vereinbaren“. ⁶⁶³ Weiters führt er aus, dass seiner Ansicht nach, wenn sich der AN „nicht in erkennbarer Weise

⁶⁶⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁶¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁶² *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 146.

⁶⁶³ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

auf den persönlichen Feiertag bezieht“, man von einem „normalen“ Urlaubsansuchen ausgehen“ muss.⁶⁶⁴ Seiner Ansicht nach ist der AG nicht verpflichtet, „beim AN nachzufragen, ob dies ein persönlicher Urlaubstag sein soll“⁶⁶⁵ und ist im Zweifelsfall von einem Urlaubsverbrauch auszugehen.⁶⁶⁶ Laut *Glowacka* kann uU eine Verpflichtung zur Nachfrage beim „Vorliegen besonderer betriebsbedingter und vom Arbeitgeber darzulegender Umstände aus der Treuepflicht abgeleitet werden“.⁶⁶⁷

6.1.4.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Aus der Wortinterpretation des Gesetzestextes ergibt sich, dass es ausreichend sein muss, wenn der AN die Schriftform und die Vorankündigungsfrist für die Bekanntgabe einhält und sodann den Urlaubstag einseitig antritt.⁶⁶⁸ Das Gesetz sieht keine entsprechenden Antragsformulare vor, die der AN noch zusätzlich ausfüllen muss. Meines Erachtens ist deshalb *Drs*⁶⁶⁹ zu folgen, weil der Gesetzestext nach der Wortinterpretation keine zusätzliche Bezeichnungspflicht vorsieht und daher die Einhaltung der Formerfordernisse durch den AN ausreichen muss.

Wenn folglich die Voraussetzungen der Schriftlichkeit und der Vorankündigungsfrist eingehalten werden, dient dies als Indiz für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages für den AG. Durch die Einhaltung der Formerfordernisse wird mE der Parteiwille des AN ausreichend offengelegt: eine falsche Bezeichnung ist mE keinesfalls schädlich für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages (*falsa demonstratio non nocet*⁶⁷⁰). Weiters ist hier mE festzuhalten, dass der AG kein Ablehnungsrecht hat und er einen, den Formerfordernissen entsprechenden Antrag des AN daher nicht, zB wegen Falschbezeichnung, gar keiner oder undeutlicher Bezeichnung, abweisen kann (siehe Ablehnungsrecht). Im Umkehrschluss heißt das aber auch, dass der AN durch die Erfüllung der Formvoraussetzung sein Widmungsrecht ausgeübt hat und keinen anderen persönlichen Feiertag mehr einseitig bestimmen kann. Zum Nichtantritt des persönlichen Feiertages siehe Kapitel 7.

*Wiesinger*⁶⁷¹ ist hingegen nicht zu folgen, da es nach der Wortinterpretation vollkommen ausreicht, wenn der AN die kumulativen Formalvoraussetzungen erfüllt, von einer Bezeichnungspflicht im Gesetzestext ist keine Rede. Folglich sind nach *Wiesinger* alle falsch bzw. „in nicht erkennbarer Weise auf den persönlichen Feiertag bezogenen“ Urlaubsanträge mit

⁶⁶⁴ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶⁶⁵ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶⁶⁶ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶⁶⁷ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁶⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁶⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁶⁷⁰ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 59.

⁶⁷¹ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

dem AG zu vereinbaren.⁶⁷² Die Einhaltung der Formerfordernisse sind mE aber genug Indiz für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages. Weiters kann der AN nach *Wiesingers* These dann einen anderen Tag als persönlichen Feiertag (unter Einhaltung der Formalvoraussetzungen) bestimmen.

Spätestens, wenn der AG den AN um Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag ersucht, muss er annehmen, dass es sich um den persönlichen Feiertag handelt und bei Erbringung der Arbeitsleistung das doppelte Entgelt zahlen. Wenn der AG zustimmt, dann ist der persönliche Feiertag mE trotzdem konsumiert. Wenn der AG ablehnt, ist noch zu klären, ob eine Arbeitspflicht für den AN besteht oder nicht (siehe Kapitel Nichtantritt des persönlichen Feiertages).

6.1.4.4. Problemstellung des persönlichen Feiertags *pro futuro* und der pauschalen Geltendmachung

Eine weitere Fragestellung ist, ob der AN seinen persönlichen Feiertag jedes Jahr aufs Neue geltend machen muss und jedes Jahr einen anderen Tag festlegen kann oder ob eine „unbefristete Urlaubsmeldung“ für mehrere Jahre oder „bis auf Weiteres“ erfolgen kann.⁶⁷³ In diesem Zusammenhang wird zudem das Problem aufgeworfen, ob der AN an die pauschale Geltendmachung gebunden ist.

6.1.4.5. Meinungsstand

Diese Thematik zum persönlichen Feiertag *pro futuro* bzw pauschale Geltendmachung ist in der Lehre umstritten. *Glowacka* beschäftigt sich auch mit der Thematik des persönlichen Feiertags *pro futuro* und fragt, ob das Wahlrecht für mehrere Urlaubsjahre geltend gemacht werden kann.⁶⁷⁴ Sie erörtert, dass explizit nur eine Mindest-, jedoch keine Maximalfrist normiert wurde und hebt auch solche Fallkonstellationen hervor, „in denen zwischen Beginn des Urlaubsjahres und dem gewünschten persönlichen Feiertag keine drei Monate liegen“.⁶⁷⁵ Aus dem Gesetzestext ist lediglich herauszulesen, dass der persönliche Feiertag einmal pro Urlaubsjahr einseitig zu bestimmen ist (so auch *Glowacka*)⁶⁷⁶, dies deutet darauf hin, dass der AN seinen persönlichen Feiertag jedes Jahr aufs Neue bestimmen muss und hierfür spricht auch die einseitig zwingende Wirkung des § 7a ARG (so auch *Drs*)⁶⁷⁷. *Drs* bejaht aber auch die

⁶⁷² *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶⁷³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 175.

⁶⁷⁴ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁷⁵ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁷⁶ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁷⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 175.

Möglichkeit der unbefristeten Urlaubsmeldung, da diese von der „neuerlichen rechtzeitigen Meldung“ befreit, ohne die AN Interessen zu beeinträchtigen.⁶⁷⁸ *Glowacka* kommt zum Ergebnis, dass das Wahlrecht *ex ante* geltend gemacht werden kann.⁶⁷⁹

Edthaler/ Traxler verneinen jedoch sowohl die Möglichkeit der pauschalen Beantragung als auch die Rücktrittsmöglichkeit des AN und beziehen sich bei ihrer Argumentation auf den Gesetzeswortlaut „*einmal pro Urlaubsjahr*“. Sie legen dar, dass die pauschale Geltendmachung ihrer Ansicht nach dem Wortlaut des § 7a ARG entgegensteht.⁶⁸⁰

6.1.4.6. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Sowohl das Gesetzeswortlaut als auch die einseitig zwingende Wirkung des § 7a ARG sprechen dafür, dass der persönliche Feiertag einmal pro Urlaubsjahr einseitig zu bestimmen ist; somit ist mE die kritische Haltung von *Glowacka* und *Edthaler/ Traxler* durchaus nachvollziehbar. Jedoch ist mE an eine mögliche Lösung nach dem Günstigkeitsprinzip gem § 18 UrlG zu denken, da einseitig zwingende Bestimmungen (zB die Pflegefreistellung gem § 16 UrlG, aber auch der persönliche Feiertag nach § 7a ARG) durch günstigere Regelungen ersetzt werden können. Ein Günstigkeitsvergleich führt im obigen Beispiel zum Ergebnis, dass die unbefristete Urlaubsmeldung den AN von der „neuerlichen rechtzeitigen Meldung“ befreit (wie *Drs* zutreffend ausführt), ohne dass die AN Interessen beeinträchtigt werden und daher diese für den AN von Vorteil ist. Zudem vergessen viele AN mE in der Praxis auf ihr Recht der einseitigen Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages und in solchen Fällen ist die pauschale Geltendmachung in Form einer bereits abgegebenen Meldung ebenfalls vorteilhafter für den AN und daher mE der Ansicht von *Drs* im Hinblick auf die Möglichkeit der unbefristeten Meldung des persönlichen Feiertages zuzustimmen.

Zur Frage des Änderungsrechtes binnen der Dreimonatsfrist siehe nächster Punkt.

6.1.4.7. Folgefrage - Änderung des persönlichen Feiertages

6.1.4.7.1. Einleitung mit Problemendarstellung

In diesem Zusammenhang sind zwei Problemkreise zu untersuchen:

1. Ob eine Änderung des persönlichen Feiertages prinzipiell möglich ist, siehe hierzu detailliert Nichtantritt des persönlichen Feiertages Kapitel 7 bzw ob
2. eine Änderung bei mehrjähriger *pro futuro* Ankündigung möglich ist

⁶⁷⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 175.

⁶⁷⁹ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁶⁸⁰ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

In diesem Zusammenhang ist zu erörtern, ob dem AN ein Änderungsrecht zusteht, wenn er eine Meldung bereits für zukünftige Jahre abgegeben hat bzw wenn man das Änderungsrecht bejaht, bis wann der AN diesen Änderungswunsch zu kommunizieren hat. Es geht insb um das Problem der Bekanntgabe des Änderungswunsches bis zum Beginn des Folgeurlaubsjahres, wenn dadurch die dreimonatige Vorankündigungsfrist verletzt wird.

6.1.4.7.2. Meinungsstand

Drs hält bei Dauermeldungen fest, dass der AN an „für das Jahr abgegebene Urlaubserklärung gebunden ist und eine Änderung nur noch im beiderseitigen Einvernehmen möglich ist“. ⁶⁸¹ Wenn man das Änderungsrecht verneint, ist der einseitige Änderungswunsch des AN, vorausgesetzt es liegen geänderten Verhältnisse vor, laut *Drs* ein Rücktritt, der die Aufrechterhaltung der Meldung unzumutbar macht. ⁶⁸²

Problematisch ist die Bekanntgabe des Änderungswunsches bis zum Beginn des neuen Urlaubsjahres dann, wenn die dreimonatige Vorankündigungsfrist nicht eingehalten werden kann, also der neue persönliche Feiertag in drei Monaten oder erst später stattfinden soll. ⁶⁸³ Die Bekanntgabe des Änderungswunsches bis zum Beginn des Folgeurlaubsjahres wird dann als nicht ausreichend angesehen, wenn damit die dreimonatige Vorankündigungsfrist verletzt wird. ⁶⁸⁴ *Drs* erörtert, dass die betrieblichen Interessen in diesem Fall doch eine Rolle spielen, wenn der AG bereits Dispositionen getroffen hat und dies der AN mitverursacht hat. Wenn aber keine betrieblichen Gründe gegen die Änderung sprechen, ist es nach *Drs* ausreichend, wenn „die Änderungsmeldung dem Arbeitgeber drei Monate vor dem gewünschten neuen Zeitpunkt zugeht“. ⁶⁸⁵

6.1.4.7.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Bei der mehrjährigen *pro futuro* Ankündigung ist mE eine Lösung mittels doppelter Dreimonatsprüfung vorzunehmen. Demnach hat der AN seinen persönlichen Feiertag drei Monate vor dem bereits bekanntgegebenen persönlichen Feiertag und drei Monate vor dem „neuem“ persönlichen Feiertag (als „doppelte“ Vorankündigungsfrist) zu melden. Somit ist gewährleistet, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages (Einhaltung der dreimonatigen Vorankündigungsfrist, Schriftlichkeit) vom AN jedenfalls

⁶⁸¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 176.

⁶⁸² *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 176.

⁶⁸³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 176.

⁶⁸⁴ *Drs*, FS Löschnigg, 58.

⁶⁸⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 176.

eingehalten werden. Wenn der AN die erforderlichen Formvoraussetzungen einhält, darf der AG den gewünschten persönlichen Feiertag nicht ablehnen. Betriebliche Interessen spielen mE keine Rolle. Siehe im Detail Ablehnungsrecht 6.7.

6.1.4.8. Exkurs: Abänderung eines abgelehnten Urlaubsanspruches auf Bekanntgabe eines persönlichen Feiertages

Drs erörtert den Sachverhalt, dass der AN zunächst einen längeren Urlaubswunsch meldet, dann aber erkennt, dass die Urlaubsvereinbarung mit dem AG nicht zustande kommt und die Voraussetzungen des § 4 Abs 4 UrlG nicht erfüllt sind, woraufhin er die gewünschte Dauer auf einen Tag (zB auf den Karfreitag) einschränkt.⁶⁸⁶

Hierbei stellt sich die Frage, ob der AN den Urlaubswunsch gleich zu Beginn auf § 7a ARG (unter Einhaltung der dreimonatigen Vorankündigungsfrist) stützen muss. *Drs* verneint dies, da ihres Erachtens kein betriebliches Interesse des AG erkennbar ist, welches eine enge Auslegung erfordert.⁶⁸⁷ Siehe doppelte Dreimonatsprüfung in 6.1.4.7.3.

Zur Frage der Urlaubsunterbrechung siehe Kapitel 10 Zusammentreffen mit anderen Verhinderungsgründen.

6.1.4.9. Verschiebung des persönlichen Feiertages

Siehe hierzu Nichtantritt des persönlichen Feiertages, Kapitel 7.

⁶⁸⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 176.

⁶⁸⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

6.1.5. Heilung von Form- und Fristwidrigkeit

6.1.5.1. Problemstellung

Kommt es zu Formmängeln, fehlende Schriftlichkeit oder fristwidrige Bestimmung des persönlichen Feiertags (Vorankündigungsfrist nicht eingehalten), stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist.

1. Kann der AN den beanspruchten Tag trotzdem einseitig antreten bzw als „persönlichen Feiertag“ konsumieren, ist also eine Heilung überhaupt möglich oder setzt der AN damit einen Entlassungsrund?
2. Wie ist der Rechtsfall zu beurteilen, wenn der AN den persönlichen Feiertag form- und/oder fristwidrig bekannt gibt und dann an dem Tag arbeitet? Gebührt in diesem Fall das doppelte Entgelt?
3. Ist zwischen Form- und Fristwidrigkeit zu differenzieren?

6.1.5.2. Meinungsstand

Wiesinger legt dar, dass, wenn die formale Voraussetzung der Vorankündigungsfrist nicht erfüllt ist, der AG mit dem AN etwas „Günstigeres vereinbaren kann“. ⁶⁸⁸ *Hitz* erörtert, dass verspätete Meldungen weder den Konsum des persönlichen Feiertages noch die Entlohnung nach sich ziehen können. ⁶⁸⁹ *Gleißner* führt aus, dass in Anwendung der OGH-Entscheidung zur Elternteilzeit ⁶⁹⁰ ein Formmangel geheilt werden kann, „wenn der AG sich auf die Erklärung des AN einlässt“, also kommt es auf die Akzeptanz durch den AG an und ein Eintrag in ein elektronisches Antragssystem genügt. ⁶⁹¹ Ebenfalls bejaht *Hitz* die Möglichkeit wie *Gleißner* zur Heilung des Formmangels, wenn sich der AG auf die Erklärung einlässt. ⁶⁹² *Wiesinger* schließt sich dieser Meinung an und erörtert, dass es ebenfalls zu einer Heilung kommt, wenn der fristwidrig eingelangte Antrag von dem AG akzeptiert wird und somit „das Festlegungsrecht für den persönlichen Feiertag für dieses Jahr konsumiert ist“. ⁶⁹³

Wenn die Vorankündigungsfrist nicht eingehalten wird, so *Erler*, kann nur vereinbarter Urlaub (mit Zustimmung des AG) vorliegen und der AN hat sein Recht auf die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages nicht konsumiert. ⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶⁸⁹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁶⁹⁰ OGH 28.2.2012, 8 ObA 15/12g = ARD 6233/7/2012.

⁶⁹¹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁶⁹² *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁶⁹³ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁶⁹⁴ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

Gleißner differenziert zudem zwischen Form- und Fristmängeln: wenn die Erklärung nicht schriftlich erfolgte, „liegt es am AN eine wirksame Erklärung abzugeben“, bei Formmängeln sei die Erklärung jedoch nicht sanierbar. Wenn sich der AG auf das Verlangen einlässt, ist der Mangel geheilt, wenn nicht, muss der AN in einem mindestens dreimonatigen Abstand einen persönlichen Feiertag erklären.⁶⁹⁵

Gleißner führt noch den besonderen Fall aus, dass der AN seinen persönlichen Feiertag form- und fristwidrig bekannt gibt und in der Folge an dem Tag arbeitet. Hier kommt es seiner Meinung nach darauf an, ob die Erklärung für den AG ersichtlich war und er sich (trotz Formmangels) auf den persönlichen Feiertag einlässt.⁶⁹⁶ Wenn die Arbeitsleistung, laut *Gleißner*, für beide bewusst am persönlichen Feiertag vereinbart war, ist der Tag konsumiert und der Formfehler geheilt und dem AN steht das doppelte Entgelt zu.⁶⁹⁷

Drs erörtert, dass schon durch Einhaltung der Formvorschriften (Schriftform, Vorankündigungsfrist) die AG Interessen „ausreichend gewahrt“ sind.⁶⁹⁸ Wenn der AG Klarheit haben möchte, muss er bei dem AN nachfragen.⁶⁹⁹

Auer-Mayer führt aus, dass der AG eine frist- und formwidrige Inanspruchnahme ablehnen kann und dem AN das Recht zur späteren einseitigen Geltendmachung daher erhalten bleibt.⁷⁰⁰ Ausschlaggebend ist laut *Auer-Mayer* der wahre Parteiwille.⁷⁰¹

6.1.5.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Meines Erachtens ist eingangs festzuhalten, dass die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages bzw die Auslösung von dessen Rechtsfolgen (einseitiger Antritt bzw Bezahlung des doppelten Entgeltes bei Arbeitsantritt am persönlichen Feiertag) nur erfolgen kann, wenn die dreimonatige Vorankündigungsfrist und das Schriftlichkeitsgebot korrekt eingehalten werden.

Zudem ist mE zwischen Form- und Fristwidrigkeit zu unterscheiden: die Frist kann man mE einvernehmlich zu Gunsten des AN verkürzen, bei Formwidrigkeit wohl eher nicht, da dadurch auch der AN geschützt ist (Beweissicherung).

⁶⁹⁵ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁶⁹⁶ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁶⁹⁷ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁶⁹⁸ *Drs*, FS Löschnigg, 56.

⁶⁹⁹ *Drs*, FS Löschnigg, 56.

⁷⁰⁰ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁷⁰¹ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

Bezüglich der Fristwidrigkeit ist mE dem Lösungsansatz von *Gleißner*⁷⁰² zu folgen. Daher kann der AG mit dem Einlassen bzw können die Parteien einvernehmlich fristwidrige Erklärungen bei Fristmängeln heilen, daher die Vorankündigungsfrist einvernehmlich verkürzen. Ausschlaggebend ist, wie *Auer-Mayer*⁷⁰³ zutreffend erörtert, der Parteiwille.

Somit ist mE beim Nichterscheinen des AN im Falle der einvernehmlichen Verkürzung der Vorankündigungsfrist stets zu prüfen, ob der AN die schriftliche Bekanntgabe seines persönlichen Feiertages eingehalten hat, somit der AN erkennbar den persönlichen Feiertag geltend machen wollte, ansonsten setzt er einen Entlassungsgrund. Ein Formmangel (mangelnde Schriftlichkeit, aber Einhaltung der Vorankündigungsfrist) kann hingegen mE auch nicht durch einvernehmliche Erklärung heilen, da die Schriftlichkeit zum Schutz des AN dient.

Wenn der AG den AN um Arbeitsleistung ersucht und auf fehlende Form- und Fristwidrigkeit hinweist, ist mE nach dem Parteienwillen davon auszugehen, dass der Mangel geheilt ist, und es sich um den beabsichtigten persönlichen Feiertag handelt: bei Arbeitsantritt gebührt dem AN demnach das doppelte Entgelt.

Das Ersuchen des AG ist mE „die einleitende Willenserklärung“⁷⁰⁴, also ein Angebot (zur Erbringung der Arbeitsleistung). § 7a ARG sieht keine Frist vor, wie lange das Ersuchen des AG bindend ist. § 862 ABGB bestimmt, dass Angebote unter Anwesenden sofort angenommen werden müssen.⁷⁰⁵ „Unter Abwesenden ist der Offerent (AG) bis zu dem Zeitpunkt gebunden, indem er eine Antwort erwarten kann“.⁷⁰⁶ Die Annahme⁷⁰⁷ durch den AN manifestiert sich mE in der Erfüllungshandlung⁷⁰⁸ des AN, indem er zur Arbeit erscheint (Stille Annahme nach § 864 Abs 1 ABGB⁷⁰⁹). Es ist mE davon auszugehen, dass das Ersuchen des AG bis zum Arbeitsantritt bindend ist und die Annahme der Arbeitsantritt ist.

⁷⁰² *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁷⁰³ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁷⁰⁴ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 399.

⁷⁰⁵ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 411. „Bei schriftlichen Angeboten dauert die Bindung bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Anbietende bei Berücksichtigung der Beförderungszeit des Angebotes, einer angemessenen Überlegungsfrist und der Beförderungszeit für die Antwort die Annahme erwarten darf“.

⁷⁰⁶ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 59.

⁷⁰⁷ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 403.

⁷⁰⁸ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405. Dem Angebot wird innerhalb der Annahmefrist tatsächlich entsprochen. „Solange der Offerent nicht auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut, kann der Annehmende entweder durch völlige Beseitigung der Annahmehandlung oder durch die Widerrufserklärung den Vertrag wieder lösen“. Zum Nichtantritt des persönlichen Feiertages siehe Kapitel 7.

⁷⁰⁹ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 59; und *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405.

Daher kommt es mE bereits beim Ersuchen zur Heilung von ursprünglichen Frist- und Formmängeln und es gebührt das doppelte Entgelt bei Arbeitsantritt. Siehe auch im Detail Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages.

6.1.6. Offener Urlaubsanspruch (vorhandenes Urlaubskontingent)

6.1.6.1. Problemstellung

Zwar ist im Gesetzestext die Voraussetzung des offenen Urlaubsanspruches nicht normiert, jedoch ergibt sich schon aus dem Textzusammenhang des § 7a Abs 1 ARG („eines Tages des ihm zustehendenurlaubes“), dass es sich um die einseitige Bestimmung eines Tages aus dem bestehenden Urlaubskontingent handelt und folglich bei Antritt des einseitigenurlaubes zumindest ein Urlaubstag noch vorhanden sein muss. In diesem Punkt wird daher insb untersucht, wie der Fall zu lösen ist, wenn der AN alle Urlaubstage verbraucht hat und keiner mehr vorhanden ist oder der Anspruch noch nicht (in voller Höhe) entstanden ist. Untersucht wird daher

1. die Möglichkeit des Urlaubsvorgriffes bzw des Rücktrittes. Zum Nichtantritt des persönlichen Feiertages siehe detailliert Kapitel 7.
2. die Problematik, dass nach § 2 Abs 2 UrlG der Anspruch auf Urlaub in den ersten sechs Monaten des ersten Arbeitsjahres im Verhältnis zu der im Arbeitsjahr zurückgelegten Dienstzeit entsteht (aliquoter Anspruch), und nach sechs Monaten in voller Höhe. Der persönliche Feiertag kann wegen der Frist (nicht aber weil es keinen Anspruch gibt) in den ersten drei Monaten nicht in Anspruch genommen werden.⁷¹⁰

6.1.6.2. Meinungsstand

Laut *Drs* ist es notwendig, dass „der AN einen offenen Urlaubsanspruch hat“. ⁷¹¹ Weiters legt sie dar, dass es sich beim persönlichen Feiertag nicht um einen zusätzlichen Urlaubs- bzw Feiertag handelt, sondern um die Möglichkeit der freien Festlegung eines der Urlaubstage. ⁷¹²

⁷¹⁰ *Drs*, FS Löschnigg, 57.

⁷¹¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁷¹² *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

Grundsätzlich ist ein Urlaubsvorgriff zulässig,⁷¹³ der AG muss dem aber zustimmen.⁷¹⁴ In der Lehre ist dieses Thema zur Zulässigkeit und Vereinbarung eines Urlaubsvorgriffes höchst umstritten.⁷¹⁵

Urlaubsvorgriff bedeutet laut *Drs* „eine vorgezogene Urlaubsgewährung vor Beginn des nächsten Urlaubsjahres bzw in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses mehr als der aliquote Teil“.⁷¹⁶ Laut *Drs* kann es zwischen den Parteien vereinbart werden, dass bereits vor Ablauf der ersten sechs Monate, Urlaub im vollen Ausmaß eines Jahresanspruchs konsumiert wird.⁷¹⁷

Nach Ansicht des OGH⁷¹⁸ muss ein Urlaubsvorgriff vereinbart werden.⁷¹⁹ Der zusätzliche Urlaub wird ohne Vereinbarung der Parteien nicht automatisch auf das nächste Urlaubsjahr angerechnet.⁷²⁰ Der OGH hält in seiner Entscheidung 9 ObA 135/14i fest, dass „der Urlaubsverbrauch erst durch die besondere Vereinbarung der Parteien zum Urlaubsvorgriff wird“. Ein Urlaubsvorgriff auf den persönlichen Feiertag ist daher im Einvernehmen der Parteien jedenfalls möglich.⁷²¹ Da die Vereinbarung eines Urlaubsvorgriffes im Falle des persönlichen Feiertages nicht zielführend ist, stellt sich die Frage, ob ein einseitiger Urlaubsvorgriff möglich ist. Laut Urlaubsgesetz ist dies nicht vorgesehen, im Gesetzestext des § 7a ARG wurde dies auch nicht normiert und die höchstgerichtliche Rsp sieht auch nur die Möglichkeit durch Parteienvereinbarung vor. Auch *Haider* verneint die Zulässigkeit des einseitigen Urlaubsvorgriffes.⁷²²

Die Sondergesetze sind ebenso durchwachsen: § 7 Abs 2a BUAG lässt keinen Urlaubsvorgriff für AN in der Baubranche zu.⁷²³ Für Beamte bzw Vertragsbedienstete sehen hingegen die §§ 70 BDG und 27f VBG die Möglichkeit für den einseitigen Urlaubsvorgriff vor, wobei die Kann-Bestimmung die Gewährung des Urlaubsvorgriffes unter die Voraussetzung von berücksichtigungswürdigen Umständen stellt.

⁷¹³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 48.

⁷¹⁴ *Drs*, FS Löschnigg, 59.

⁷¹⁵ OGH 29.11.2015, 9 ObA 135/14i; *Drs*, Urlaubsrecht § 4 Rz 48; DRdA-infas 2015/120, 148 (*Schrattbauer*) = ASoK 2016, 39; OLG Wien 26.1.2016, 9 Ra 139/15z, ARD 6496/8/2016; *Schrank*, UrlG § 4 Rz 38a, 50 f; krit hingegen *Rauch*, ASoK 2016, 162 ff; *Rauch*, PV-Info 6/2015, 24 f.

⁷¹⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 48.

⁷¹⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 2 Rz 159.

⁷¹⁸ OGH 29.11.2015, 9 ObA 135/14i; *Drs*, Urlaubsrecht § 4 Rz 48; DRdA-infas 2015/120, 148 (*Schrattbauer*) = ASoK 2016, 39; OLG Wien 26.1.2016, 9 Ra 139/15z, ARD 6496/8/2016; *Schrank*, UrlG § 4 Rz 38a, 50 f; krit hingegen *Rauch*, ASoK 2016, 162 ff; *Rauch*, PV-Info 6/2015, 24 f.

⁷¹⁹ *Drs*, Urlaubsrecht § 4 Rz 48; 9 ObA 235/00z = SZ 73/178 = DRdA 2001/43 [*Cerny*]; *Reissner* in ZellKomm² § 4 UrlG Rz 31; *Cerny*, UrlG¹⁰ § 4 Erl 6; *Vogt* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar Kap XII Rz 140; vgl RIS-Justiz RS0077520; RS0077513)

⁷²⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 48; OGH 29.11.2015, 9 ObA 135/14i.

⁷²¹ Ebenso *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

⁷²² *Haider*, ecolex 2019, 352.

⁷²³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 10 Rz 95.

6.1.6.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Obwohl nach § 2 Abs 2 Satz 1 UrlG aliquoter Urlaub entsteht und daher ausreichend Urlaubskontingent vorhanden ist⁷²⁴, können AN in den ersten drei Monaten den persönlichen Feiertag nicht in Anspruch nehmen. Zur Diskriminierung der Saisonarbeitskräfte siehe Kapitel Gleichbehandlungsrechtliche Aspekte.

In Bezug auf die sechsmonatige Wartezeit muss man mE differenzieren: in einem Arbeitsverhältnis, welches kürzer als drei Monate ist, entsteht nur das Widmungsrecht (auf den persönlichen Feiertag) nicht, da der AN einen bereits erworbenen aliquoten Urlaubsanspruch gemäß § 2 Abs 2 UrlG hat. Somit scheitert die Inanspruchnahme für AN, die kürzer als drei Monate beschäftigt sind, an dem noch nicht ausübaren Widmungsrecht und nicht an dem aliquoten Urlaubskontingent.

Wenn hingegen alle Urlaubstage bereits verbraucht wurden, stellt sich die Frage „nach der vorgezogenen Urlaubsgewährung vor Beginn des nächsten Urlaubsjahres“⁷²⁵.

Wenn man den Urlaubsvorgriff von der Parteienvereinbarung abhängig macht, höhlt dies die Einseitigkeit beim persönlichen Feiertag vollkommen aus. Da sich die höchstgerichtliche Judikaturlinie bis dato nur mit dem vereinbarten Urlaubsvorgriff im Zusammenhang mit regulärem Urlaub beschäftigt hat, ist mE zu analysieren, ob ein einseitiger Urlaubsvorgriff ohne Parteienvereinbarung im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag möglich ist.

Da der reguläre Urlaub Vereinbarungssache der Parteien ist, ist es schlüssig, den Urlaubsvorgriff hierfür ebenfalls zu vereinbaren. Für die einseitige Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages muss im Umkehrschluss mE die Möglichkeit bestehen, den Urlaubsvorgriff auch einseitig festzusetzen (etwa durch die analoge Anwendung des § 7a ARG auf den einseitigen Urlaubsvorgriff). Ziel und Vorteil für den AN ist, wie beim regulären Urlaub, die vorgezogene Gewährung von Urlaubstagen für die einseitige Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, aber (wie § 7a ARG) aus eigener Initiative. Meines Erachtens ist der einseitige Urlaubsvorgriff mit der Anrechnung des Urlaubstages auf das nächste Urlaubsjahr möglich.⁷²⁶ Für den AG hat dies den Vorteil, dass einerseits der vorgezogene Urlaub den Urlaubsanspruch für das nächste Urlaubsjahr schmälert und andererseits durch den ermöglichten Urlaubsvorgriff zugleich die Konsumation des persönlichen Feiertages (unter

⁷²⁴ Drs, FS Löschnigg, 57.

⁷²⁵ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 48.

⁷²⁶ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 48; Bei vereinbartem Urlaubsvorgriff findet „keine automatische Anrechnung des vorgezogenen Urlaubs auf den erst im nächsten Jahr entstehenden Urlaubsanspruches statt“.

Einhaltung der Formvoraussetzungen) ermöglicht wird und der AN keinen anderen Tag mehr widmen kann. Gleichzeitig sind Einseitigkeit für den Vorgriff und weiters für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages durch den AN aber gewahrt.

Wenn der AN vorher, dh vor Beginn des neuen Urlaubsjahres, aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet und ein Urlaubsvorgriff grundsätzlich bejaht wird, somit der persönliche Feiertag vor Entstehen eines neuen Jahresurlaubsanspruches konsumiert wurde, gilt § 10 Abs 1 UrlG nach welchem ein Urlaubsentgelt für einen über das aliquote Ausmaß hinaus verbrauchten Jahresurlaub nicht rückzuerstatten ist, außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unberechtigten vorzeitigen Austritt oder verschuldete Entlassung (ausgenommen ist die fünfte und sechste Woche des Urlaubsanspruchs gemäß § 10 Abs 2 UrlG). Das bereits ausgeübte Widmungsrecht kann nicht mehr finanziell abgegolten werden.

ii. Abweichende Fälle – Der persönliche Feiertag bei atypisch Beschäftigten

6.2. Teilzeitbeschäftigte – aliquoter Anspruch und Wechsel des Arbeitszeitausmaßes im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag

6.2.1.1. Zum Wechsel des Arbeitszeitausmaßes (Problemstellung)

In der folgenden Untersuchung wird besonderes Augenmerk auf die Problematik des Wechsels des Arbeitszeitausmaßes im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag und der Urlaubersatzleistung gerichtet. Die Problemstellung in diesem Zusammenhang ist, ob es zu einer Aufwertung beim Wechsel des Arbeitszeitausmaßes kommt, insb, wenn der persönliche Feiertag noch im „alten“ Arbeitszeitausmaß gewidmet wurde, aber die Konsumation bzw Arbeitsleistung des persönlichen Feiertages im „neuen“ Arbeitszeitausmaß erfolgt. Die Behandlung des Themas zum Wechsel des Arbeitszeitausmaßes ist auch deshalb detailliert zu analysieren, da diese Problematik im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag in der Lehre noch nicht thematisiert wurde.

Die Teilzeitarbeit ist in § 19d Abs 1 AZG legaldefiniert, die Änderung des Ausmaßes der Teilzeitarbeit wird in Abs 2 geregelt. Bei Teilzeitbeschäftigten, die nicht an jedem Tag der Woche arbeiten, kommt es zur „Umrechnung des Urlaubsanspruches von Werktagen in tatsächlich geleistete Arbeitstage“; der Urlaubsanspruch steht im Verhältnis zur jährlich zu

leistenden Arbeit.⁷²⁷ Bedeutsam ist der Wechsel des Arbeitszeitausmaßes im Arbeitsverhältnis von Vollzeit auf Teilzeit (bzw umgekehrt), aber auch bei der Elternteilzeit (§15h MSchG, § 8 VKG) und bei der Bildungs- und Pflteilzeit (§11a AVRAG bzw §14d AVRAG). Zu beachten ist aber, dass aufgrund der gesetzlichen Anordnung des § 19d Abs 8 AZG die Teilzeitbeschäftigungen gemäß MSchG und VKG vom Geltungsbereich der Abs 2 und 3 AZG ausgenommen sind.⁷²⁸

In den Urteilen *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirol*⁷²⁹ und *Brandes*⁷³⁰ des EuGH lehnt dieser „bei einem Wechsel von einer Voll- auf eine Teilzeitbeschäftigung die Reduzierung des in der Vollzeitphase erworbenen Urlaubs für die Teilzeitphase als gemeinschaftsrechtswidrig ab“. ⁷³¹ Laut Entscheidung des EuGH in der Rs *Brandes* werden Teilzeitbeschäftigte diskriminiert, „wenn ein bei Vollzeitbeschäftigung erworbener Urlaubsanspruch bei Wechsel auf Teilzeitbeschäftigung aliquotiert wird, sofern der AN nicht die Möglichkeit hatte, diesen Anspruch auszuüben“. ⁷³²

Der OGH hielt fest, dass im Falle eines Wechsels von Teilzeit auf Vollzeit das am Ende der Teilzeitbeschäftigung vorhandene Urlaubsguthaben in der Vollzeitphase so aufgewertet werden muss, ⁷³³ „dass die neue Tagesanzahl demselben Urlaubsausmaß in Wochen entspricht wie das Guthaben vor der Umstellung“. ⁷³⁴ Dies gilt auch für den Wechsel von Vollzeit- in die Teilzeitarbeit. ⁷³⁵

Bei der Bemessung der Urlaubersatzleistung nach § 10 UrlG ist nach den Entscheidungen des OGH⁷³⁶ „im Fall eines Wechsels von Teilzeit auf Vollzeit und umgekehrt das zuletzt bezogene Entgelt zugrunde zu legen“. ⁷³⁷ Dasselbe gilt auch für das Urlaubsentgelt nach § 6 UrlG. ⁷³⁸ Bei der Höhe des Urlaubsentgeltes ist auf das „Entgelt abzustellen, das der AN in der Zeit des

⁷²⁷ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 283.

⁷²⁸ Felten in Auer-Maier/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 19d.

⁷²⁹ EuGH 22.4.2010, Rs C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirol* = DRdA 2011, 197 (Balla).

⁷³⁰ EuGH 13.6.2013, Rs C-415/12, *Brandes*.

⁷³¹ Erler, Auswirkungen der Veränderung des Beschäftigungsausmaßes auf den Urlaubsanspruch, ASoK 2014, 207.

⁷³² Hörmann, JAP 2018/2019/10 = EuGH 13.06.2013, C-415/12, *Brandes* Rz 32,42; OGH 22.07.2014, 9 ObA 20/14b = ZAS 2015,76 (Gerhartl) = DRdA 2015, 190 (Kozak).

⁷³³ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/678.

⁷³⁴ OGH 24.10.2012, 8 ObA 35/12y, DRdA 2013, 337 (Gerhartl) = EvBl 2013, 359 (Kohlbacher/Rohrer) = ZAS 2014, 178 (Drs); dazu auch EuGH 13.6.2013, C-415/12 *Brandes*, infas 2014, E 4; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/678.

⁷³⁵ OGH 22.07.2014, 9 ObA 20/14b, DRdA 2015, 190 (Kozak) = DRdA-infas 2015, 19 (Klein) = ZAS 2015, 76 (Gerhartl) = ARD 6421/6/2014.

⁷³⁶ OGH 24.10.2012, 8 ObA 35/12y; und OGH 22.07.2014, 9 ObA 20/14b.

⁷³⁷ OGH 22.07.2014, 9 ObA 20/14b.

⁷³⁸ OGH 22.07.2014, 9 ObA 20/14b.

Urlaubs verdient hätte (Ausfallsprinzip; RIS-Justiz RS0058728; vgl auch EuGH 22. 5. 2014 C-539/12 [*Lock*] Rn 16 ff)“.⁷³⁹

6.2.1.2. Wechsel von Vollzeit auf Teilzeit – Meinungsstand

Bei einer Änderung von Vollzeit auf Teilzeit (Reduktion der Arbeitszeit⁷⁴⁰) und vorhandenem Alturlaub bleibt der Alturlaubsanspruch in der Dauer und in der Höhe des Urlaubsentgeltes unverändert.⁷⁴¹ Grundsätzlich dürfen daher bereits erworbene Urlaubsansprüche nicht auf das aktuelle Arbeitszeitausmaß umgerechnet werden.⁷⁴² Demnach darf ein Resturlaub aus der Vollzeitphase nicht aliquotiert werden, wenn dieser in der Teilzeitphase konsumiert wird.⁷⁴³ Das Urlaubsentgelt muss auf Basis der ursprünglichen Arbeitszeit (auf Basis der Vollzeitbeschäftigung) ermittelt werden.⁷⁴⁴ Die österreichische Lehre und Rechtsprechung gehen jedoch davon aus, dass das aktuelle Entgelt als Urlaubsentgelt bezahlt wird, dies widerspricht aber dem Gemeinschaftsrecht.⁷⁴⁵

6.2.1.3. Wechsel von Teilzeit auf Vollzeit – Meinungsstand

Bei einer Änderung von Teilzeit auf Vollzeit (Ausweitung der Arbeitszeit⁷⁴⁶) und vorhandenem Alturlaub erfolgt die Berechnung während einer Teilzeitbeschäftigung nach dem *Pro-rata-temporis*-Prinzip, die Berechnung des Urlaubsanspruches in Urlaubstagen ist also „entsprechend dem Anteil vorzunehmen, der im Urlaubsjahr jeweils auf Voll- bzw auf Teilzeitbeschäftigung entfällt“.⁷⁴⁷ Das nicht verbrauchte Urlaubsguthaben ist dahingehend aufzuwerten, „dass die neue Tagesanzahl demselben Urlaubsausmaß in Wochen entspricht, wie das Guthaben vor der Umstellung“.⁷⁴⁸ Beispielsweise bei einer Umstellung einer Zweitageswoche auf eine Fünftageswoche, heißt das, dass ein Urlaubsrecht von zwei Tagen auf fünf Tage aufzuwerten ist.⁷⁴⁹ Laut der Entscheidung des OGH vom 24.10.2012⁷⁵⁰ ist „das für Vollzeitbeschäftigte nach dem UrlG geltende Urlaubsausmaß in Wochen zur Ermittlung des Urlaubsanspruches von Teilzeitbeschäftigten mit der Anzahl der Arbeitstage pro Woche zu

⁷³⁹ OGH 22.07.2014, 9 ObA 20/14b.

⁷⁴⁰ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 283.

⁷⁴¹ Erler, ASoK 2014, 207.

⁷⁴² Erler, ASoK 2014, 207.

⁷⁴³ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 283.

⁷⁴⁴ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 283.

⁷⁴⁵ Erler, ASoK 2014, 207.

⁷⁴⁶ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 283.

⁷⁴⁷ Gerhartl, Aliquotierung des Urlaubsanspruches bei Teilzeit, taxlex 2011, 150; Erler, ASoK 2014, 207.

⁷⁴⁸ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 283.

⁷⁴⁹ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 283.

⁷⁵⁰ OGH 24.10.2012, 8 ObA 35/12y.

multiplizieren. Auf die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden kommt es nicht an“.⁷⁵¹ „Um dieses Ergebnis zu erreichen, muss der aliquot stehengebliebene Anspruch aus der Teilzeitperiode angepasst, das heißt im Fall der Erhöhung der Wochenarbeitstage, aufgewertet werden“.⁷⁵²

6.2.1.4. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Meines Erachtens kommt es in diesem Fall nicht darauf an, für welchen Zeitraum (Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigungszeitraum) der persönliche Feiertag gewidmet wurde, sondern darauf, welcher Urlaubsteil verbraucht wird, jener aus der Teilzeit- oder aus der Vollzeitphase. Danach richtet sich auch das jeweilige Urlaubsentgelt.

Weiters geht es auch um die Frage, wie viele Tage verbraucht wurden. Wenn der aliquote Vollzeurlaub in dem Jahr schon gänzlich verbraucht wurde, und der AN wechselt in die Teilzeit, ist der persönliche Feiertag Teilzeurlaub.

6.2.2. Zur ungleichmäßigen Verteilung der Arbeitszeit (Schwankende Arbeitszeit und der persönliche Feiertag)

6.2.2.1. Problemstellung

Bei einer Teilzeitbeschäftigung mit schwankender Arbeitszeit ergeben sich im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag ua Fragen nach der Wertigkeit, also ob das höhere Urlaubsentgelt bei der Inanspruchnahme bezahlt wird bzw wie sich das „doppelte Entgelt“ bei Erbringung der Arbeitsleistung bemisst. Weiters ist zu untersuchen, ob es zulässig ist den persönlichen Feiertag auf den Tag mit höherer Stundenanzahl zu legen, um so ein höheres Urlaubsentgelt zu erzielen. Beispielsweise arbeitet der AN am Montag vier Stunden und am Dienstag acht Stunden. Am Dienstag nimmt er den persönlichen Feiertag in Anspruch.

1. Wie viele Stunden ist der persönliche Feiertag wert und wird das höhere Urlaubsentgelt bei Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages am Dienstag bezahlt?
2. Wie wird das „doppelte Entgelt“ berechnet, wenn der AN am Dienstag auf Ersuchen des AG die Arbeitsleistung erbringt?
3. Ist es zulässig, wenn der AN den persönlichen Feiertag nur deshalb für den Dienstag bestimmt, um das höhere Urlaubsentgelt zu erzielen?

⁷⁵¹ OGH 24.10.2012, 8 ObA 35/12y.

⁷⁵² OGH 24.10.2012, 8 ObA 35/12y.

6.2.2.2. Meinungsstand

Mayr bekräftigt, dass im Falle der Arbeitsleistung das „Urlaubsentgelt“ nach dem Ausfallsprinzip zu zahlen ist, „dies entspricht den Arbeitsstunden, die an diesem Tag regelmäßig zu arbeiten sind“. ⁷⁵³ Die Umrechnung in Stunden ist auch in Fällen schwankender Arbeitszeit zulässig. ⁷⁵⁴ Bei schwankenden Entgelten in Kombination mit dem Entgelt für die geleistete Arbeit kann diese auch höher sein als das „doppelte Entgelt“. ⁷⁵⁵

Laut *Wiesinger* ist die Zustimmung des AN zur Arbeitsleistung an einem bestimmten Tag (zB durch Eintragung in eine Liste) rechtsmissbräuchlich, „um anschließend den persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen zu können“. Seiner Meinung nach deutet das Schikaneverbot des § 1295 Abs 2 ABGB auch in diese Richtung. ⁷⁵⁶

6.2.2.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Demnach ist der einseitige Urlaubstag am Dienstag acht Stunden „wert“. ⁷⁵⁷ Der AN verbraucht seinen persönlichen Feiertag und erhält hierfür Urlaubsentgelt im Ausmaß von acht Stunden, also das höhere Urlaubsentgelt.

Da innere Beweggründe bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages keine Rolle spielen und auch keine Begründungspflicht des AN besteht, liegt mE kein Verstoß gegen Treu und Glauben vor; auch dann nicht, wenn der AN den persönlichen Feiertag nur bestimmt, um im Falle der Arbeitsleistung ein höheres doppeltes Entgelt bzw bei der Konsumation ein höheres Urlaubsentgelt zu erzielen. Weiters kann der AG mangels Ablehnungsrechts ⁷⁵⁸, die Inanspruchnahme nicht verhindern. Siehe auch im Detail Ablehnungsrecht. Bei *Wiesingers* Rechtsmeinung ist es mE außerdem viel zu weit hergeholt, dem AN ein treuwidriges Verhalten und eine „Bereicherungs- bzw Schädigungsabsicht“ zu unterstellen, weil der AN nicht wissen kann, ob der AG ihn gerade an dem Tag ersucht zu arbeiten, und der AG wiederum nicht verpflichtet ist, den AN um Arbeitsleistung zu ersuchen. Folglich ist im Falle der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag das gegebenenfalls höhere, „doppelte“ Entgelt mE jedenfalls zu zahlen.

Für die Urlaubersatzleistung sind die Urlaubstage aufgewertet zu behandeln. ⁷⁵⁹

⁷⁵³ *Mayr*, Arbeitsrecht § 7a ARG.

⁷⁵⁴ *Gerhartl*, ZAS 2005, 43; *Resch*, ecolex 1993, 841; *Schrank*, ZAS 1992, 181; aA *Mosler*, RdA 1999, 349; kr *Kuderna*, Urlaubsrecht² § 2 Rz 13.

⁷⁵⁵ *Haider*, ecolex 2019, 352.

⁷⁵⁶ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29; und *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369. *Edthaler/Traxler* erörtern, dass eine Inanspruchnahme mehrerer AN aus dem Zweck heraus, einen finanziellen Vorteil zu ziehen, unzulässig ist, weil er ihrer Meinung nach § 879 ABGB sittenwidrig ist. Siehe Ausführungen Kapitel Kollektive Inanspruchnahme

⁷⁵⁷ *Gerhartl*, ZAS 2005, 43.

⁷⁵⁸ Ebenso *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

⁷⁵⁹ OGH 24.10.2012, 8 ObA 35/12y.

Auf die Thematik der Berechnung des doppelten Entgeltes wird auf Kapitel 9 Arbeit am persönlichen Feiertag bzw Kapitel 8 Kollektive Inanspruchnahme verwiesen.

6.3. Sonderproblematik des Zusammenfalls vom persönlichen und gesetzlichen Feiertag

6.3.1. Urlaub am gesetzlichen Feiertag mit Arbeitspflicht

Eingangs ist festzuhalten, dass die Arbeit idealerweise am gesetzlichen Feiertag ruht.⁷⁶⁰ Da die Arbeit für den AN feiertagsbedingt ausfällt und es sich daher um einen ohnehin arbeitsfreien Feiertag handelt, ist nach § 4 Abs 2 UrlG eine Urlaubsvereinbarung für diesen Tag nicht zulässig.⁷⁶¹ § 4 Abs 2 UrlG besagt, dass für Zeiten, an denen die Arbeitsleistung des AN unter Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus anderen Gründen entfällt, keine Urlaubsvereinbarung getroffen werden darf.⁷⁶² Nach der herrschenden Lehre hat § 4 Abs 2 UrlG nur den Fall vor Augen, „dass der AN ohnehin nach anderer Vorschrift Entgeltfortzahlungsanspruch unter Entfall der Arbeitsleistung hat“.⁷⁶³

Wenn daher die Arbeit am Feiertag ruht, behält sich der AN gem § 9 Abs 1 ARG für die infolge eines Feiertages ausgefallene Arbeit seinen Anspruch auf Entgelt.⁷⁶⁴ Bei der Berechnung des Feiertagsentgeltes kommt das Ausfallsprinzip zur Anwendung: hierbei handelt es sich gemäß § 9 Abs 2 ARG um jenes Entgelt, das der AN erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht feiertagsbedingt ausgefallen wäre (Feiertagsentgelt).⁷⁶⁵

Ist aber der AN zulässigerweise aufgrund eines Schichtplans zur Feiertagsarbeit verpflichtet, ist zu untersuchen, ob in dieser Fallkonstellation eine Urlaubsvereinbarung für den gesetzlichen Feiertag möglich ist.⁷⁶⁶ Resch erörtert, dass eine Urlaubsvereinbarung zulässig ist, wenn der AN aufgrund des Schichtplans zulässigerweise am Feiertag arbeitet, da § 4 Abs 2 UrlG in diesem besonderen Fall nicht greift, weil „diese Regelung davon ausgeht, dass der AN aufgrund anderer Vorschrift Lohnfortzahlungsanspruch hat und für diesen Tag keine Arbeitspflicht besteht“.⁷⁶⁷

⁷⁶⁰ OGH 8. 3. 1995, 9 Ob A 6/95 = RdA 1995, 425 = infas 1995, A 120.

⁷⁶¹ Kuderna, UrlG² § 4 Rz 25; Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁶² Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁶³ Kuderna, UrlG² § 4 Rz 23; Klein - Martinek, Urlaubsrecht (1977) 62; Spielbüchler in Floretta - Spielbüchler - Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 309.

⁷⁶⁴ OGH 8. 3. 1995, 9 Ob A 6/95 = RdA 1995, 425 = infas 1995, A 120; Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁶⁵ Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁶⁶ Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁶⁷ Resch, ecolex 2001, 463.

Weiterführend stellt sich die Frage nach der Honorierung: der OGH⁷⁶⁸ und die überwiegende Lehre⁷⁶⁹ lehnen eine Kumulierung der Ansprüche von Feiertagsarbeitsentgelt und Feiertagsentgelt mit Urlaubsentgelt ab.⁷⁷⁰ Mangels Kumulation sind Feiertagsentgelt und Feiertagsarbeitsentgelt im Urlaubsentgelt gerade nicht mitzuberechnen.⁷⁷¹ Im Fazit erhält der AN mangels Kumulation nur das Urlaubsentgelt, welches urlaubsbedingt für diesen Tag anfällt.⁷⁷²

Die frühere Rsp des OGH vom 16.12.1987⁷⁷³ hat die Linie vertreten, dass die Ansprüche aus UrlG und ARG nicht kumulierbar sind und bei einem Urlaub an einem arbeitspflichtigen Feiertag nur das Feiertagsentgelt nach § 9 Abs 1 ARG (und nicht das zusätzliche Feiertagsarbeitsentgelt gemäß § 9 Abs 5 ARG⁷⁷⁴) gebührt, mit dem Zusatz, dass das Gericht offenließ, ob überhaupt eine Urlaubsvereinbarung vorliegt.⁷⁷⁵ Jedoch hielt der OGH fest, „dass ein Feiertag, der in den Urlaub fällt, nicht als Urlaubstag zu werten sei und § 6 Abs 3 UrlG nur auf jene Zeiträume bezogen werden könne, in denen tatsächlich Urlaub konsumiert wurde“.⁷⁷⁶ In der Entscheidung des OGH vom 04.05.2006⁷⁷⁷ wurde der Anspruch auf das Feiertagsarbeitsentgelt verneint, und ebenfalls nicht beantwortet, ob das Urlaubsentgelt das Feiertagsarbeitsentgelt umfasst oder nicht.⁷⁷⁸

⁷⁶⁸ OGH 16.12.1987, 9 ObA 164/87 infas 1988, A 57 = RdW 1988, 99; OGH 04.05.2006, 9 ObA 60/05x = DRdA 2007/13 (Resch), unter Verweis auf Resch, ecolex 2001, 463; OGH 03.08.2005, 9 ObA 102/05y; OGH 29.06.2005, 9 ObA 72/05m; OGH 29.06.2005, 9 ObA 7/05b.

⁷⁶⁹ aA Burger, DRdA-infas 2015, 283; Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁷⁰ Zur Differenzierung von Feiertagsarbeitsentgelt und Feiertagsentgelt OGH 15. 3. 2000, 9 Ob A 215/99d = RdA 2001, 33 (B. Schwarz); Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁷¹ Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁷² Resch, ecolex 2001, 463.

⁷⁷³ OGH 16.12.1987, 9 ObA 164/87 infas 1988, A 57 = ARD 3949/15/88 = RdW 1988, 99 = wbl 1988, 370.

⁷⁷⁴ Burger, DRdA-infas 2015, 283.

⁷⁷⁵ Auer-Mayer, ZAS 2020, 22.

⁷⁷⁶ Burger, DRdA-infas 2015, 283.

⁷⁷⁷ OGH 04.05.2006, 9 ObA 60/05x = DRdA 2007/13 (Resch), 130 unter Verweis auf Resch, ecolex 2001, 463.; aA Burger, DRdA-infas 2015, 283.

⁷⁷⁸ Auer-Mayer, ZAS 2020, 22.

6.3.2. Persönlicher Feiertag am gesetzlichen Feiertag mit Arbeitspflicht

6.3.2.1. Problemstellung

Der AN (der auch an gesetzlichen Feiertagen üblicherweise im Schichtbetrieb arbeitet) legt seinen persönlichen Feiertag an einen gesetzlichen Feiertag, um diesen Tag zu konsumieren.

- Darf der AN den persönlichen Feiertag an einen gesetzlichen Feiertag legen und sodann seinen persönlichen Feiertag konsumieren?
- Weiterführend stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der Honorierung des persönlichen Feiertages.
- Gebührt das Urlaubsentgelt im Falle der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages oder auch zusätzlich das Feiertagsentgelt nach dem Ausfallsprinzip?

6.3.2.2. Meinungsstand

Edthaler/ Traxler halten fest, dass „der persönliche Feiertag rechtlich nicht als Feiertag zu qualifizieren ist“.⁷⁷⁹ *Glowacka* weist auf die OGH-Entscheidung⁷⁸⁰ hin, wonach in das Urlaubsentgelt für den Urlaub an einem Feiertag iSd § 7 ARG „weder das zusätzliche Feiertagsarbeitsentgelt gemäß § 9 Abs 5 ARG noch kollektivvertragliche Zuschläge für die Feiertagsarbeit einzubeziehen sind“, sondern es gebührt das Feiertagsentgelt nach § 9 Abs 1 ARG.⁷⁸¹

Wiesinger erörtert den Fall, dass der anwendbare KV für einen gesetzlichen Feiertag besondere Zuschläge normiert und der persönliche Feiertag auf einen gesetzlichen Feiertag fällt. Für das „Urlaubsgeld“ (Anm wohl ist das Urlaubsentgelt gemeint) verneint er den Zuschlag, der für einen Feiertag gebührt, da „ein Anspruch auf kollektivvertragliche Zuschläge, die für einen Feiertag gebühren, beim Urlaubskonsum schon bisher verneint wurde“.⁷⁸²

Wenn man laut *Auer-Mayer*⁷⁸³ den regulären Urlaubsverbrauch an arbeitspflichtigen Feiertagen zulässt und der AN den persönlichen Feiertag an einem arbeitspflichtigen, gesetzlichen Feiertag in Anspruch nimmt, gebührt ihrer Meinung nach iSd des § 6 UrlG sowohl das Urlaubsentgelt in Höhe des Feiertags als auch das Feiertagsarbeitsentgelt nach dem Ausfallsprinzip.⁷⁸⁴

⁷⁷⁹ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

⁷⁸⁰ OGH 16.12.1987, 9 ObA 164/87; OGH 4.5.2006, 9 ObA 60/05x = DRdA 2007/13, 130.

⁷⁸¹ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁷⁸² *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁷⁸³ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁷⁸⁴ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

6.3.2.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Die Ausgangsproblematik ist, ob der persönliche Feiertag überhaupt auf einen gesetzlichen Feiertag gelegt werden kann. Wenn man die Möglichkeit der Urlaubsvereinbarung am gesetzlichen Feiertag mit Arbeitspflicht (wie oben in 6.3.1. detailliert ausgeführt) bejaht, ist dies mE beim persönlichen Feiertag am gesetzlichen Feiertag mit Arbeitspflicht ebenfalls möglich, da bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages der AN eben Urlaub konsumiert und somit in dieser Fallkonstellation der Urlaubscharakter des persönlichen Feiertages im Vordergrund steht. Nach dem Gesetzestext des § 7a ARG kann diese Fallkonstellation keinesfalls rechtsmissbräuchlich sein⁷⁸⁵, da der AN mE nur die Formvorschriften laut Wortinterpretation einzuhalten braucht.

Im zweiten Schritt stellt sich die Frage nach der Entlohnung. Im Falle der Inanspruchnahme ist dies mE nach dem Ausfallsprinzip das Urlaubsentgelt für diesen Tag. Wie *Resch*⁷⁸⁶ mE im Einklang mit der OGH-Judikatur, welcher die Kumulierung der Ansprüche ablehnt⁷⁸⁷, zutreffend ausführt sind „mangels Kumulation Feiertagsentgelt und Feiertagsarbeitsentgelt im Urlaubsentgelt gerade nicht mitzuberücksichtigen“.⁷⁸⁸

6.3.3. Arbeit am persönlichen Feiertag mit Arbeitspflicht

6.3.3.1. Problemstellung

Der AN legt seinen persönlichen Feiertag an einen gesetzlichen Feiertag. Der AG ersucht ihn an diesem Tag zu arbeiten. Welches Entgelt gebührt?

6.3.3.2. Meinungsstand

Hitz führt aus, dass „die Regelungen zum Feiertagsarbeitsentgelt gem § 9 ARG sowie kollektivvertragliche Sonderregelungen zur Entlohnung von Feiertagsarbeit nicht anzuwenden sind“, da es sich um einen persönlichen und nicht um einen gesetzlichen Feiertag handelt.⁷⁸⁹ *Wiesinger* erörtert, dass am gesetzlichen Feiertag die Arbeit grundsätzlich verboten ist, am persönlichen Feiertag aber nicht.⁷⁹⁰

Laut *Wiesinger* ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob kollektivvertragliche Zuschläge für die tatsächliche Arbeitsleistung gebühren: er bejaht dies mit der Argumentation, dass

⁷⁸⁵ So auch *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

⁷⁸⁶ *Resch*, ecolex 2001, 463.

⁷⁸⁷ OGH 16.12.1987, 9 ObA 164/87 infas 1988, A 57 = ARD 3949/15/88 = RdW 1988, 99 = wbl 1988, 370.

⁷⁸⁸ *Resch*, ecolex 2001, 463.

⁷⁸⁹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁷⁹⁰ *Wiesinger*, ASoK 2020, 221.

Feiertagsarbeitsentgelt neben dem Feiertagsentgelt nach § 9 ARG gebührt und man davon ausgehen muss, dass „der höhere Zuschlag tatsächlich nur an die Arbeitsleistung am (gesetzlichen!) Feiertag anknüpft und daher dann gebührt, wenn gesetzlicher Feiertag und persönlicher Feiertag zusammenfallen“. ⁷⁹¹ Für den Fall des Krankenstandes überlegt *Wiesinger*, ob der AN Anspruch auf das dreifache Entgelt hat, verneint dies aber mit der Argumentation, dass der Gesetzgeber „eine solche Kumulierung von Entgeltfortzahlungsansprüchen nicht angestrebt hätte“. ⁷⁹²

Zusätzlich zum Feiertagsentgelt nach § 9 Abs 1 ARG ist laut *Glowacka* im Falle der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag (der auf einen gesetzlichen Feiertag fällt) das zustehende Entgelt zu addieren. ⁷⁹³ Es stellt sich zudem die Frage, ob kollektivvertragliche Feiertagszuschläge bei der Arbeit am persönlichen Feiertag zu berücksichtigen sind oder nicht. *Glowacka* kommt zum Ergebnis, dass „eine Mischberechnung, die in eine Verdopplung bisher kollektivvertraglich vorgesehener besonderer Zuschläge für die Feiertagsarbeit münden würde, nicht zum Tragen kommen soll“ und „Feiertagszuschläge für die Arbeit an einem Urlaubstag iSd § 7a Abs 2 ARG der nicht zugleich gesetzlicher Feiertag ist, nicht zustehen“. ⁷⁹⁴

Friedrich ⁷⁹⁵ erörtert, dass es seiner Ansicht nach seitens des AN rechtsmissbräuchlich ist, wenn der AN seinen persönlichen Feiertag auf einen gesetzlichen Feiertag legt und dann an diesem arbeitet. Seiner Ansicht nach ist daher die Arbeitsleistung zuschlagsfrei. Laut *Friedrich* erhält sich der AN aber diesfalls den Anspruch auf den persönlichen Feiertag im laufenden Urlaubsjahr. ⁷⁹⁶

6.3.3.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Wie bereits erörtert, ist mE die einseitige Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages an einem arbeitspflichtigen gesetzlichen Feiertag möglich. *Friedrich* übersieht, dass der AN in der Festlegung seines persönlichen Feiertages lediglich an die Einhaltung aller Formerfordernisse gebunden ist und den Tag frei wählen kann. ⁷⁹⁷ Wenn der AN an einem gesetzlichen Feiertag arbeitet, erhält er hierfür das Feiertagsarbeitsentgelt sowie das Feiertagsentgelt. ⁷⁹⁸ Wenn aber der gesetzliche Feiertag auf einen Sonntag fällt, verliert der AN seine Privilegierung nach dem

⁷⁹¹ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁷⁹² *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁷⁹³ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁷⁹⁴ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁷⁹⁵ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

⁷⁹⁶ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

⁷⁹⁷ Der Sonntag, der in den Schichtablauf fällt (arbeitspflichtiger Sonntag) wird als Urlaubstag behandelt. Siehe hierzu *Mayr/Erler*, UrlG³ § 2 Rz 13; *Marhold*, Urlaubsentgelt für Sonntagsarbeit? RdW 1988, 456.

⁷⁹⁸ *Resch*, ecolex 2001, 463.

ARG und es liegt ein „normaler“ Sonntag vor.⁷⁹⁹ Der AN hat für die geleistete Arbeit an einem Sonntag, der auch ein gesetzlicher Feiertag ist, gem § 7 Abs 7 ARG keinen Anspruch auf Feiertagsarbeitsentgelt nach § 9 Abs 5 ARG, weil in diesem Fall keine Beschäftigung während der Feiertagsruhe vorliegt.⁸⁰⁰

6.4. Ablehnungsrecht des AG bei der individuellen Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages

6.4.1. Problemstellung

Definiert wird die „Ablehnung“ als Verweigerung, Versagung, Negation, somit eine negative Willensäußerung des AG.⁸⁰¹ Wenn der AN seinen persönlichen Feiertag unter Einhaltung der Formerfordernisse (Schriftlichkeitsgebot, Vorankündigungsfrist) antreten möchte, stellt sich die Frage, ob der AG ihn an diesem Antritt hindern bzw diesen ablehnen kann. Dieser Frage wird hier im Rahmen der individuellen Inanspruchnahme nachgegangen. Zur kollektiven Inanspruchnahme siehe Kapitel 8. Ein Nichtantritt ist aufgrund des Ersuchens durch den AG in § 7a Abs 2 ARG vorgesehen, dazu Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages.

Ein mögliches Ablehnungsrecht ist in folgenden drei Konstellationen zu untersuchen:

1. aus betrieblichen Erfordernissen
2. im Falle der Urlaubssperre
3. Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages zu gesetzwidrigen Zwecken im Zusammenhang mit § 879 ABGB bzw § 1295 Abs 2 ABGB

6.4.2.1. Meinungsstand bei Ablehnung wegen betrieblichen Erfordernissen

In der Lehre verneinen *Drs*⁸⁰², *Gleißner*⁸⁰³ und *Hitz*⁸⁰⁴ ein Ablehnungsrecht des AG.⁸⁰⁵ *Drs* argumentiert die Verneinung des Ablehnungsrechtes aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber keine entsprechende Einschränkung des § 7a ARG und kein Klagerecht des AG, wie bei § 4

⁷⁹⁹ § 7 Abs 7 ARG - vgl auch *B. Schwarz*, ARG³, 227; *Hitz*, Ein Feiertag fällt auf einen Sonntag - ist ein Feiertagsarbeitsentgelt zu bezahlen?, PV Profi 2022 H 1, 5; *Windisch-Graetz*, Kein Feiertagsentgelt für einen Feiertag am Sonntag, ecolex 2021, 56; *Resch*, ecolex 2001, 463.

⁸⁰⁰ *Windisch-Graetz*, ecolex 2021, 56.

⁸⁰¹ Duden <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ablehnung> heruntergeladen am 02.02.2020.

⁸⁰² *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

⁸⁰³ *Gleißner*, Neuregelung Karfreitag, ZAS 2019, 16.

⁸⁰⁴ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁸⁰⁵ *Gleißner*, ZAS 2019, 16.

Abs 4 UrlG⁸⁰⁶, vorgesehen hat und legt dar, dass zudem die betrieblichen Interessen keine Rolle spielen.⁸⁰⁷ Daher ist ihrer Ansicht nach die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages an einem (vor drei Monaten absehbaren) umsatzstarken, verkaufsintensiven Tag im Handel jedenfalls nicht sittenwidrig.⁸⁰⁸ Zur kollektiven Inanspruchnahme der Belegschaft siehe Kapitel 8. *Hitz* schließt sich der Rechtsmeinung von *Drs* an und verneint die Ablehnung durch den AG ebenso und sieht die Grenzen bei Verstößen gegen die Treuepflicht, den allgemeinen Wertungen von Treu und Glauben oder der Sittenwidrigkeit.⁸⁰⁹ Die Anwendbarkeit des § 4 Abs 4 UrlG als Rechtsschutzinstrument verneint *Hitz* mit dem Argument, dass es sich beim persönlichen Feiertag nach § 7a ARG um eine *lex specialis* zum UrlG handelt.⁸¹⁰

Haider sieht im Ersuchen des AG an den AN den einzigen Weg den bereits vorangekündigten Urlaubstag nicht anzutreten, da andere rechtlichen Möglichkeiten dem AG nicht zustehen „auf die Arbeitsleistung des AN aus zwingenden betrieblichen Gründen zu bestehen“.⁸¹¹ Zum Ersuchen siehe Nichtantritt des persönlichen Feiertages, Kapitel 7.

Dass es kein Ablehnungsrecht des AG „geben kann“ wird laut *Gleißner* ebenfalls von der Tatsache unterstützt, dass der AN keine Begründung abgeben muss.⁸¹² *Glowacka* hält fest, dass „der neue Anspruch einseitig ausgestaltet ist und von einer Beschränkung bzw Abwägung von Interessen, wie sie § 4 Abs 1 UrlG kennt, keine Rede ist“.⁸¹³

6.4.2.2. Meinungsstand bei Ablehnung im Falle einer Urlaubssperre

Ebenso bejaht *Drs* die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages analog zu § 16 Abs 3 UrlG, wenn der AG eine Urlaubssperre verhängt hat.⁸¹⁴ Laut *Auer-Mayer* kann die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages nicht durch eine Urlaubssperre verhindert werden.⁸¹⁵ *Hitz* hingegen ist bei der Beantwortung der Frage nach der Konsumation des persönlichen Feiertages während einer Urlaubssperre vorsichtiger, erwägt eine Einzelfallbeurteilung im Hinblick auf die Treuepflicht des AN und sagt, dass ein

⁸⁰⁶ Zur Ablehnung des Urlaubswunsches aus betrieblichen Erfordernissen (beim vereinbarungsgemäßen Urlaub): OGH 26.11.2012, 9 ObA 103/12f, ARD 6293/5/2013. Kommt für einen bestimmten vom Arbeitnehmer gewünschten Zeitpunkt des Urlaubsantritts aus betrieblichen Erfordernissen (zB wegen Sicherstellung der Vertretung während der Urlaube) keine Einigung zustande, wird damit noch nicht der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers in Frage gestellt.

⁸⁰⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

⁸⁰⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

⁸⁰⁹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁸¹⁰ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁸¹¹ *Haider*, ecolex 2019, 352.

⁸¹² *Gleißner*, ZAS 2019, 16.

⁸¹³ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁸¹⁴ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171 und § 16 Rz 67.

⁸¹⁵ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

Urlaubskonsum nur dann durchgesetzt werden kann, „wenn besonders starke AN Interessen im Rahmen einer Interessenabwägung überwiegen“.⁸¹⁶

6.4.2.3. Meinungsstand bei Ablehnung eines zu gesetzwidrigen Zwecks beanspruchten persönlichen Feiertages im Zusammenhang mit § 879 ABGB bzw § 1295 Abs 2 ABGB

Die Frage nach einem möglichen Ablehnungsrecht des AG stellt sich zudem bei Fallkonstruktionen, in denen die Grenzen der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB, das Schikaneverbot iSd § 1295 Abs 2 ABGB sowie die Treuepflicht berührt werden.⁸¹⁷ Zum Beispiel im Zusammenhang mit dem Wiederbetätigungsverbot gemäß § 3g VerbotsG, wenn sich der AN den Geburtstag des Führers als persönlichen Feiertag nehmen möchte.⁸¹⁸ *Wiesinger* führt aus, dass § 879 ABGB auch für einseitige Rechtsgeschäfte gilt und daher ein zu gesetzwidrigen Zwecken beanspruchter persönlicher Feiertag unzulässig ist.⁸¹⁹ Laut *Glowacka* müssen AG die Möglichkeit haben, „die Gewährung eines persönlichen Feiertages im Zusammenhang mit der Verherrlichung radikaler Regime oder gar bei Verstoß gegen die Wiederbetätigung zu verweigern“.⁸²⁰ Dabei ist laut *Glowacka*, „an dem bisher bereits an den Rücktritt des Arbeitgebers von der Urlaubsvereinbarung angelegten strengen Maßstab zu orientieren, wonach nur besonders schwerwiegende Gründe diesen rechtfertigen können“.⁸²¹ *Gleißner* hält fest, dass es sich um eine „gänzlich konfessionsunabhängige Regelung“ handelt und der AN nach dem Willen des Gesetzgebers frei in seiner Wahl ist.⁸²² *Auer-Mayer* verneint ebenfalls das Ablehnungsrecht des AG und erörtert, dass die Grenze bei rechtsmissbräuchlich agierenden AN und beim Schikaneverbot (§ 1295 Abs 2 ABGB, § 879 ABGB) liegt.⁸²³ Weiters führt sie aus, dass rechtsmissbräuchlich agierende AN „mangels rechtswirksamer Ausübung des Antrittsrechts“ auch ihre Arbeitspflicht verletzen.⁸²⁴ „Die Annahme des Rechtsmissbrauches erfordert nach der Rsp, dass die Schädigungsabsicht entweder überhaupt den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, oder dass zwischen den eigenen und den beeinträchtigenden Interessen ein krasses Missverhältnis besteht.“⁸²⁵ Da weder eine Begründungspflicht noch eine Interessensabwägung vorgesehen wurde, wurden vom

⁸¹⁶ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁸¹⁷ *Erlar*, ÖZPR 2019, 42.

⁸¹⁸ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁸¹⁹ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁸²⁰ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁸²¹ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁸²² *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁸²³ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁸²⁴ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁸²⁵ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

Gesetzgeber laut *Auer-Mayer* daher „Mehrkosten und organisatorische Schwierigkeiten für den AG“ in Kauf genommen.⁸²⁶ *Auer-Mayer* legt dar, dass angesichts der dreimonatigen Vorankündigungsfrist „nur ganz ausnahmsweise (nachweislich) ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegen wird“.⁸²⁷

6.4.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Die Grenze der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist mE dann erreicht, wenn der AN den persönlichen Feiertag an einem „verpönten“ Tag laut VerbotsG nehmen möchte. Es ist weiters in diesem Zusammenhang zu untersuchen, ob eine Ablehnung oder Nichtigkeit der Inanspruchnahme vorliegt, die der AG aufgreift. Der Gesetzestext des § 7a ARG sieht kein Ablehnungsrecht des AG vor. Wenn der AN seinen persönlichen Feiertag unter Einhaltung der Formerfordernisse (Schriftlichkeitsgebot, Vorankündigungsfrist) bekannt gibt, kann er dies laut Gesetzestext ohne weitere, zusätzlich erforderliche Voraussetzungen tun. Somit sind mE auch die Interessen auf AG Seite ausgiebig gewahrt. Laut Wortinterpretation ist weder zusätzlich eine Begründung seitens des AN erforderlich, noch sieht (wie mE *Drs*⁸²⁸ richtig ausführt) der Gesetzestext ein Klagerecht des AG vor, weiters bedarf es keiner expliziten Begründung oder Erklärung an den AG. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob der AN an seinem persönlichen Feiertag religiösen Pflichten nachgeht oder nicht.

Außerdem ist fraglich, ob der AG in der Praxis dem „Bedeutungssinn“ des jeweiligen Tages überhaupt nachgehen wird können, ohne dass dem AN eine „verdeckte“ Begründungs- bzw Offenlegungspflicht auferlegt wird.⁸²⁹ Meines Erachtens ist der richtige Zugang laut *Drs*⁸³⁰, dass eine Offenlegungspflicht einen Eingriff in die Privatsphäre des AN darstellt. Der AG kann sich mE aufgrund der langen, dreimonatigen Vorankündigungsfrist (wie *Auer-Mayer*⁸³¹ zutreffend erörtert) über die „Rolle des Tages“ ein Bild machen (ohne den AN zu fragen) und bereits vor dem geplanten Antritt in genauer Kenntnis dessen sein. Ablehnen kann er die Inanspruchnahme mE aber trotzdem nicht.

⁸²⁶ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁸²⁷ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁸²⁸ *Drs*, *Urlaubsrecht*¹¹ § 4 Rz 171.

⁸²⁹ Dem Arbeitsrecht ist eine fehlende Begründungs- und Offenlegungspflicht nicht fremd, zu denken ist an § 4 EFZG, wo der AN lediglich als Grund Krankheit oder Arbeitsunfall anzugeben hat, nicht aber die genaue Diagnose.

⁸³⁰ *Drs*, *Urlaubsrecht*¹¹ § 4 Rz 170.

⁸³¹ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

Anders ist es hingegen, wenn der AN die Inanspruchnahme an dem verpönten Tag aber von sich aus begründet. Hier stellt sich die weiterführende Frage nach der Nichtigkeit der Inanspruchnahme.

Zur Frage der Nichtigkeit ist eingangs festzuhalten, dass § 879 ABGB auch für einseitige Rechtsgeschäfte gilt⁸³² und es ist zudem zu untersuchen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt. Denn Rechtsgeschäfte, die gegen Gesetze verstoßen, sind absolut nichtig.⁸³³ Eine Nichtigkeit der Inanspruchnahme im Einzelfall liegt daher mE dann vor, wenn aus dem Gesamtkontext erkennbar ist, dass die Gesinnung des AN auch sonstige nationalsozialistische Züge aufweist und aus inhaltlichen Zusammenhängen ableitbar ist (verbotener Inhalt), dass dieser Umstand geeignet ist, eine Nichtigkeit im Einzelfall zu rechtfertigen.

6.5. Zusammenfassung der Ergebnisse

6.5.1. Grundkonstellation

Für die Bekanntgabe des persönlichen Feiertages sieht § 7a Abs 1 Satz 2 ARG das Schriftlichkeitsgebot und die dreimonatige Vorankündigungsfrist vor.

Ob unter Schriftlichkeit die Unterschriftlichkeit zu verstehen ist, ist in der Lehre umstritten. Meines Erachtens ist den Ausführungen von *Drs* und *Trinko* und der neuen, großzügigeren Rsp zum Schriftlichkeitsgebot zu folgen, wonach auch ohne Unterschriftlichkeit das Schriftformerfordernis gewahrt ist. Wenn man die bereits angesprochene Rsp des OGH⁸³⁴ im Zusammenhang mit dem Schrifterfordernis der Elternteilzeit betrachtet, kann man argumentieren, dass es sich im Fall des persönlichen Feiertages lediglich um eine verhältnismäßig kurze Abwesenheit handelt. Wenn das Höchstgericht bei einer potenziell mehrjährigen Elternteilzeit – die jedenfalls geeignet ist, die Abwesenheit des AN im Vergleich zur ursprünglichen vertraglichen Arbeitszeit wesentlich zu beeinflussen – keine strengeren Formvoraussetzungen für erforderlich hält, soll diese Großzügigkeit beim persönlichen Feiertag erst recht gelten.

Da regulärer Urlaub gemäß § 4 Abs 1 UrlG auch schriftlich vereinbar ist, kann man mE allein aus dem Schriftlichkeitsgebot nicht auf eine bessere Beweisfunktion schließen; mE ist die

⁸³² Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 550.

⁸³³ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 564.

⁸³⁴ OGH 20.1.2012, 8 ObA 93/11a, RdW 2012/447, 424; OGH 26.5.2011, 9 ObA 80/10w, Arb 12.991; OGH 20.8.2008, 9 ObA 80/07s, RdW 2009/47, 41.

Einhaltung sämtlicher kumulativer Voraussetzungen (Schriftlichkeitsgebot und Vorankündigungsfrist) ausschlaggebend.

Meines Erachtens ist die Vorankündigungsfrist mit rechtzeitigem Zugang der Erklärung (wie *Glowacka*⁸³⁵ zutreffend ausführt) erfüllt, wenn das schriftliche Dokument in den Machtbereich des AG einlangt. Der Tag des Zuganges ist nicht mitzuzählen⁸³⁶, denn so ist gewährleistet, dass „insb dem Arbeitgeber die vollen drei Monate für die Verhandlungen und sonstigen Vorbereitungen zur Verfügung stehen“.⁸³⁷

Weiters wurde sowohl die Möglichkeit der Inanspruchnahme beim späteren Beginn des Arbeitsverhältnisses als auch bei der Urlaubssperre bejaht (analog zu § 16 Abs 3 UrlG).

Zahlreiche Fragen stellen sich zudem im Zusammenhang mit der Bekanntgabe des persönlichen Feiertages: die Abgrenzung zum Urlaubsverbrauch bzw Falschbezeichnung, persönlicher Feiertag *pro futuro* bzw Änderung und Verschiebung des persönlichen Feiertages.

Wenn die Voraussetzungen der Schriftlichkeit und der Vorankündigungsfrist eingehalten werden, dient dies als Indiz für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages für den AG und dafür, dass kein Urlaubsantrag vorliegt. Durch die Einhaltung der Formerfordernisse wird mE der Parteiwille des AN ausreichend offengelegt: eine falsche Bezeichnung ist mE keinesfalls schädlich für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, wenn die erforderlichen, formalen Antrittsvoraussetzungen von dem AN eingehalten werden. Weiters ist hier mE festzuhalten, dass der AG kein Ablehnungsrecht hat und er einen, den Formerfordernissen entsprechenden Antrag des AN daher nicht, zB wegen Falschbezeichnung gar keiner oder undeutlicher Bezeichnung, abweisen kann.

Spätestens, wenn der AG den AN um Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag ersucht, muss er annehmen, dass es sich um den persönlichen Feiertag handelt und bei Erbringung der Arbeitsleistung das doppelte Entgelt zahlen. Wenn der AG zustimmt, dann ist der persönliche Feiertag mE trotzdem konsumiert. Wenn der AG ablehnt, ist noch zu klären, ob eine Arbeitspflicht für den AN besteht oder nicht (siehe Kapitel Nichtantritt des persönlichen Feiertages).

⁸³⁵ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁸³⁶ Also persönlicher Feiertag minus drei Monate minus ein Tag (welcher ein Werktag sein muss).

⁸³⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 146 = *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 19 = *Kuderna*, Urlaubsrecht² § 4 Rz 40.

Eine weitere Fragestellung ist, ob der AN seinen persönlichen Feiertag jedes Jahr aufs Neue geltend machen muss und jedes Jahr einen anderen Tag festlegen kann, oder ob eine „unbefristete Urlaubsmeldung“ für mehrere Jahre oder „bis auf Weiteres“ erfolgen kann.⁸³⁸ In diesem Zusammenhang wird zudem das Problem aufgeworfen, ob der AN an die pauschale Geltendmachung gebunden ist. Hierbei ist mE an eine mögliche Lösung nach dem Günstigkeitsprinzip gem § 18 UrlG zu denken, da einseitig zwingende Bestimmungen (zB die Pflegefreistellung gem § 16 UrlG aber auch der persönliche Feiertag nach § 7a ARG) durch günstigere Regelungen ersetzt werden können. Ein Günstigkeitsvergleich führt im obigen Beispiel zum Ergebnis, dass die unbefristete Urlaubsmeldung den AN von der „neuerlichen rechtzeitigen Meldung“ befreit (wie *Drs* zutreffend ausführt), ohne dass die AN Interessen beeinträchtigt werden und daher diese für den AN von Vorteil ist. Zudem vergessen viele AN mE in der Praxis auf ihr Recht der einseitigen Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages und in solchen Fällen ist die pauschale Geltendmachung in Form einer bereits abgegebenen Meldung ebenfalls vorteilhafter für den AN und daher mE der Ansicht von *Drs* im Hinblick auf die Möglichkeit der unbefristeten Meldung des persönlichen Feiertages zuzustimmen.

Im Zusammenhang mit der Thematik zur *pro futuro* Meldung ist zu erörtern, ob dem AN ein Änderungsrecht zusteht, wenn er eine Meldung bereits für zukünftige Jahre abgegeben hat bzw wenn man das Änderungsrecht bejaht, bis wann der AN diesen Änderungswunsch zu kommunizieren hat. Es geht insb um das Problem der Bekanntgabe des Änderungswunsches bis zum Beginn des Folgeurlaubsjahres, wenn dadurch die dreimonatige Vorankündigungsfrist verletzt wird. Bei der mehrjährigen *pro futuro* Ankündigung ist mE eine Lösung mittels doppelter Dreimonatsprüfung vorzunehmen. Demnach hat der AN seinen persönlichen Feiertag drei Monate vor dem bereits bekanntgegebenen persönlichen Feiertag und drei Monate vor dem „neuem“ persönlichen Feiertag (als „doppelte“ Vorankündigungsfrist) zu melden. Somit ist gewährleistet, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages (Einhaltung der dreimonatigen Vorankündigungsfrist, Schriftlichkeit) vom AN jedenfalls eingehalten werden. Wenn der AN die erforderlichen Formvoraussetzungen einhält, darf der AG den gewünschten persönlichen Feiertag nicht ablehnen. Betriebliche Interessen spielen mE keine Rolle.

Ein weiterer Themenblock ist die Heilung von Form- und Fristmängeln; Es ist mE eingangs festzuhalten, dass die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages bzw die Auslösung von

⁸³⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 175.

dessen Rechtsfolgen (einseitiger Antritt bzw. Bezahlung des doppelten Entgeltes bei Arbeitsantritt am persönlichen Feiertag) nur erfolgen kann, wenn die dreimonatige Vorankündigungsfrist und das Schriftlichkeitsgebot korrekt eingehalten werden.

Zudem ist mE zwischen Form- und Fristwidrigkeit zu unterscheiden: die Frist kann man mE einvernehmlich zu Gunsten des AN verkürzen, bei Formwidrigkeit wohl eher nicht, da dadurch auch der AN geschützt ist (Beweissicherung).

Bezüglich der Fristwidrigkeit ist mE dem Lösungsansatz von *Gleißner*⁸³⁹ zu folgen. Daher kann der AG mit dem Einlassen bzw. können die Parteien einvernehmlich fristwidrige Erklärungen bei Fristmängeln heilen, und folglich die Vorankündigungsfrist einvernehmlich verkürzen. Ausschlaggebend ist, wie *Auer-Mayer*⁸⁴⁰ zutreffend erörtert, der Parteiwille.

Somit ist mE beim Nichterscheinen des AN im Falle der einvernehmlichen Verkürzung der Vorankündigungsfrist stets zu prüfen, ob der AN die schriftliche Bekanntgabe seines persönlichen Feiertages eingehalten hat, somit der AN erkennbar den persönlichen Feiertag geltend machen wollte, ansonsten setzt er einen Entlassungsgrund. Ein Formmangel (mangelnde Schriftlichkeit, aber Einhaltung der Vorankündigungsfrist) kann hingegen mE auch nicht durch einvernehmliche Erklärung heilen, da die Schriftlichkeit dem Schutz des AN dient.

Wenn der AG den AN um Arbeitsleistung ersucht und auf fehlende Form- und Fristwidrigkeit hinweist, ist mE nach dem Parteienwillen davon auszugehen, dass der Mangel geheilt ist, und es sich um den beabsichtigten persönlichen Feiertag handelt: bei Arbeitsantritt gebührt dem AN demnach das doppelte Entgelt.

Das Ersuchen des AG ist mE „die einleitende Willenserklärung“⁸⁴¹, also ein Angebot (zur Erbringung der Arbeitsleistung). § 7a ARG sieht keine Frist vor, wie lange das Ersuchen des AG bindend ist. § 862 ABGB bestimmt, dass Angebote unter Anwesenden sofort angenommen werden müssen.⁸⁴² „Unter Abwesenden ist der Offerent (AG) bis zu dem Zeitpunkt gebunden, indem er eine Antwort erwarten kann“.⁸⁴³ Die Annahme⁸⁴⁴ durch den AN manifestiert sich mE in der Erfüllungshandlung⁸⁴⁵ des AN, in dem er zur Arbeit erscheint (Stille Annahme nach §

⁸³⁹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

⁸⁴⁰ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

⁸⁴¹ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 399.

⁸⁴² *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 411. „Bei schriftlichen Angeboten dauert die Bindung bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Anbietende bei Berücksichtigung der Beförderungszeit des Angebotes, einer angemessenen Überlegungsfrist und der Beförderungszeit für die Antwort die Annahme erwarten darf“.

⁸⁴³ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 59.

⁸⁴⁴ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 403.

⁸⁴⁵ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405. Dem Angebot wird innerhalb der Annahmefrist tatsächlich entsprochen. „Solange der Offerent nicht auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut, kann der Annehmende

864 Abs 1 ABGB⁸⁴⁶). Es ist mE davon auszugehen, dass das Ersuchen des AG bis zum Arbeitsantritt bindend ist und die Annahme der Arbeitsantritt ist.

Daher kommt es mE bereits beim Ersuchen zur Heilung von ursprünglichen Frist- und Formmängeln und es gebührt das doppelte Entgelt bei Arbeitsantritt.

Zwar ist im Gesetzestext die Voraussetzung des offenen Urlaubsanspruches nicht normiert, jedoch ergibt sich schon aus dem Textzusammenhang des § 7a Abs 1 ARG („eines Tages des ihm zustehendenurlaubes“), dass es sich um die einseitige Bestimmung eines Tages aus dem bestehenden Urlaubskontingent handelt und folglich bei Antritt des einseitigenurlaubes zumindest ein Urlaubstag noch vorhanden sein muss. In diesem Punkt wird daher insb untersucht, wie der Fall zu lösen ist, wenn der AN alle Urlaubstage verbraucht hat und keiner mehr vorhanden ist oder der Anspruch noch nicht (in voller Höhe) entstanden ist.

Wenn alle Urlaubstage bereits verbraucht wurden, stellt sich die Frage „nach der vorgezogenen Urlaubsgewährung vor Beginn des nächsten Urlaubsjahres“⁸⁴⁷.

Wenn man den Urlaubsvorgriff von der Parteienvereinbarung abhängig macht, höhlt dies die Einseitigkeit beim persönlichen Feiertag vollkommen aus. Da sich die höchstgerichtliche Judikaturlinie bis dato nur mit dem vereinbarten Urlaubsvorgriff im Zusammenhang mit regulärem Urlaub beschäftigt hat, ist mE zu analysieren, ob ein einseitiger Urlaubsvorgriff ohne Parteienvereinbarung im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag möglich ist.

Da der reguläre Urlaub Vereinbarungssache der Parteien ist, ist es schlüssig, den Urlaubsvorgriff hierfür ebenfalls zu vereinbaren. Für die einseitige Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages muss im Umkehrschluss mE die Möglichkeit bestehen, den Urlaubsvorgriff auch einseitig festzusetzen (etwa durch die analoge Anwendung des § 7a ARG auf den einseitigen Urlaubsvorgriff). Ziel und Vorteil für den AN ist, wie beim regulären Urlaub, die vorgezogene Gewährung von Urlaubstagen für die einseitige Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, aber (wie § 7a ARG) aus eigener Initiative. Meines Erachtens ist der einseitige Urlaubsvorgriff mit der Anrechnung des Urlaubstages auf das nächste Urlaubsjahr möglich.⁸⁴⁸ Für den AG hat dies den Vorteil, dass einerseits der vorgezogene Urlaub den Urlaubsanspruch für das nächste Urlaubsjahr schmälert und andererseits durch den

entweder durch völlige Beseitigung der Annahmehandlung oder durch die Widerrufserklärung den Vertrag wieder lösen“. Zum Nichtantritt des persönlichen Feiertages siehe Kapitel 7.

⁸⁴⁶ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 59; und Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405.

⁸⁴⁷ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 48.

⁸⁴⁸ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 48. Bei vereinbartem Urlaubsvorgriff findet „keine automatische Anrechnung des vorgezogenen Urlaubs auf den erst im nächsten Jahr entstehenden Urlaubsanspruches statt“.

ermöglichten Urlaubsvorgriff zugleich die Konsumation des persönlichen Feiertages (unter Einhaltung der Formvoraussetzungen) ermöglicht wird und der AN keinen anderen Tag mehr widmen kann. Gleichzeitig sind Einseitigkeit für den Vorgriff und weiters für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages durch den AN aber gewahrt.

Wenn der AN vorher, dh vor Beginn des neuen Urlaubsjahres, aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet und ein Urlaubsvorgriff grundsätzlich bejaht wird, somit der persönliche Feiertag vor Entstehen eines neuen Jahresurlaubsanspruches konsumiert wurde, gilt § 10 Abs 1 UrlG nach welchem ein Urlaubsentgelt für einen über das aliquote Ausmaß hinaus verbrauchten Jahresurlaub nicht rückzuerstatten ist, außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unberechtigten vorzeitigen Austritt oder verschuldete Entlassung (ausgenommen ist die fünfte und sechste Woche des Urlaubsanspruchs gemäß § 10 Abs 2 UrlG). Das bereits ausgeübte Widmungsrecht kann nicht mehr finanziell abgegolten werden.

6.5.2. Abweichende Fälle

In diesem Teilkapitel wurden die atypischen Beschäftigungsverhältnisse der Teilzeitbeschäftigten detailliert untersucht.

Meines Erachtens kommt in diesem Fall nicht darauf an, für welchen Zeitraum (Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigungszeitraum) der persönliche Feiertag gewidmet wurde, sondern darauf, welcher Urlaubsteil verbraucht wird, jener aus der Teilzeit- oder aus der Vollzeitphase. Danach richtet sich auch das jeweilige Urlaubsentgelt.

Weiters geht es auch um die Frage, wie viele Tage verbraucht wurden. Wenn der aliquote Vollzeiturlaub in dem Jahr schon gänzlich verbraucht wurde, und der AN wechselt in die Teilzeit, ist der persönliche Feiertag Teilzeiturlaub.

Bei einer Teilzeitbeschäftigung mit schwankender Arbeitszeit ergeben sich im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag ua Fragen nach der Wertigkeit, also ob das höhere Urlaubsentgelt bei der Inanspruchnahme bezahlt wird bzw wie sich das „doppelte Entgelt“ bei Erbringung der Arbeitsleistung bemisst. Weiters ist zu untersuchen, ob es zulässig ist, den persönlichen Feiertag auf den Tag mit höherer Stundenanzahl zu legen, um so ein höheres Urlaubsentgelt zu erzielen. Der AN verbraucht seinen persönlichen Feiertag und erhält hierfür Urlaubsentgelt im Ausmaß des höheren Urlaubsentgeltes. Da innere Beweggründe bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages keine Rolle spielen und auch keine Begründungspflicht des AN besteht, liegt mE kein Verstoß gegen Treu und Glauben vor; auch dann nicht, wenn der AN den

persönlichen Feiertag nur bestimmt, um im Falle der Arbeitsleistung ein höheres doppeltes Entgelt bzw bei der Konsumation ein höheres Urlaubsentgelt zu erzielen. Weiters kann der AG mangels Ablehnungsrechts⁸⁴⁹ die Inanspruchnahme nicht verhindern. Folglich ist im Falle der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag das gegebenenfalls höhere, „doppelte“ Entgelt mE jedenfalls zu zahlen. Für die Urlaubersatzleistung sind die Urlaubstage aufgewertet zu behandeln.⁸⁵⁰

6.5.3. Zusammenfall von gesetzlichem mit persönlichem Feiertag

Ein Sonderfall liegt vor, wenn der gesetzliche mit dem persönlichen Feiertag zusammenfällt. Die Ausgangsproblematik ist, ob der persönliche Feiertag überhaupt auf einen gesetzlichen Feiertag gelegt werden kann. Wenn man die Möglichkeit der Urlaubsvereinbarung am gesetzlichen Feiertag mit Arbeitspflicht (wie bereits detailliert ausgeführt) bejaht, ist dies mE beim persönlichen Feiertag am gesetzlichen Feiertag mit Arbeitspflicht ebenfalls möglich, da bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages der AN eben Urlaub konsumiert und somit in dieser Fallkonstellation der Urlaubscharakter des persönlichen Feiertages im Vordergrund steht. Nach dem Gesetzestext des § 7a ARG kann diese Fallkonstellation keinesfalls rechtsmissbräuchlich sein⁸⁵¹, da der AN mE nur die Formvorschriften laut Wortinterpretation einzuhalten braucht.

Im zweiten Schritt stellt sich die Frage nach der Entlohnung. Im Falle der Inanspruchnahme ist dies mE nach dem Ausfallsprinzip das Urlaubsentgelt für diesen Tag. Wie *Resch*⁸⁵² mE im Einklang mit der OGH-Judikatur, welcher die Kumulierung der Ansprüche ablehnt⁸⁵³, zutreffend ausführt sind „mangels Kumulation Feiertagsentgelt und Feiertagsarbeitsentgelt im Urlaubsentgelt gerade nicht mitzuberücksichtigen“.⁸⁵⁴

Wie bereits erörtert, ist mE die einseitige Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages an einem arbeitspflichtigen gesetzlichen Feiertag möglich. Wenn der AN an einem gesetzlichen Feiertag arbeitet, erhält er hierfür das Feiertagsarbeitsentgelt sowie das Feiertagsentgelt.⁸⁵⁵ Wenn aber der gesetzliche Feiertag auf einen Sonntag fällt, verliert der AN seine Privilegierung nach dem ARG und es liegt ein „normaler“ Sonntag vor.⁸⁵⁶ Der AN hat für die geleistete Arbeit

⁸⁴⁹ Ebenso *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

⁸⁵⁰ OGH 24.10.2012, 8 ObA 35/12y.

⁸⁵¹ So auch *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

⁸⁵² *Resch*, ecolex 2001, 463.

⁸⁵³ OGH 16.12.1987, 9 ObA 164/87 infas 1988, A 57 = ARD 3949/15/88 = RdW 1988, 99 = wbl 1988, 370.

⁸⁵⁴ *Resch*, ecolex 2001, 463.

⁸⁵⁵ *Resch*, ecolex 2001, 463.

⁸⁵⁶ § 7 Abs 7 ARG - vgl auch *B. Schwarz*, ARG³, 227; *Hitz*, PV Profi 2022 H 1, 5; *Windisch-Graetz*, ecolex 2021, 56; *Resch*, ecolex 2001, 463.

an einem Sonntag, der auch ein gesetzlicher Feiertag ist, gem § 7 Abs 7 ARG keinen Anspruch auf Feiertagsarbeitsentgelt nach § 9 Abs 5 ARG, weil in diesem Fall keine Beschäftigung während der Feiertagsruhe vorliegt.⁸⁵⁷

6.5.4. Ablehnungsrecht des AG

Die Grenze der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist mE dann erreicht, wenn der AN den persönlichen Feiertag an einem „verpönten“ Tag laut VerbotsG nehmen möchte. Es ist weiters in diesem Zusammenhang zu untersuchen, ob eine Ablehnung oder Nichtigkeit der Inanspruchnahme vorliegt, die der AG aufgreift. Der Gesetzestext des § 7a ARG sieht kein Ablehnungsrecht des AG vor. Wenn der AN seinen persönlichen Feiertag unter Einhaltung der Formerfordernisse (Schriftlichkeitsgebot, Vorankündigungsfrist) bekannt gibt, kann er dies laut Gesetzestext ohne weitere, zusätzlich erforderliche Voraussetzungen tun. Somit sind mE auch die Interessen auf AG Seite ausgiebig gewahrt. Laut Wortinterpretation ist weder zusätzlich eine Begründung seitens des AN erforderlich, noch sieht (wie mE *Drs*⁸⁵⁸ richtig ausführt) der Gesetzestext ein Klagerecht des AG vor, weiters bedarf es keiner expliziten Begründung oder Erklärung an den AG. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob der AN an seinem persönlichen Feiertag religiösen Pflichten nachgeht oder nicht.

Außerdem ist fraglich, ob der AG in der Praxis dem „Bedeutungssinn“ des jeweiligen Tages überhaupt nachgehen wird können, ohne dass dem AN eine „verdeckte“ Begründungs- bzw Offenlegungspflicht auferlegt wird.⁸⁵⁹ Meines Erachtens ist der richtige Zugang laut *Drs*⁸⁶⁰, dass eine Offenlegungspflicht einen Eingriff in die Privatsphäre des AN darstellt. Der AG kann sich mE aufgrund der langen, dreimonatigen Vorankündigungsfrist (wie *Auer-Mayer*⁸⁶¹ zutreffend erörtert) über die „Rolle des Tages“ ein Bild machen (ohne den AN zu fragen) und bereits vor dem geplanten Antritt in genauer Kenntnis dessen sein. Ablehnen kann er die Inanspruchnahme mE aber trotzdem nicht.

Anders ist es hingegen, wenn der AN die Inanspruchnahme an dem verpönten Tag aber von sich aus begründet. Hier stellt sich die weiterführende Frage nach der Nichtigkeit der Inanspruchnahme.

⁸⁵⁷ *Windisch-Graetz*, *ecolex* 2021, 56.

⁸⁵⁸ *Drs*, *Urlaubsrecht*¹¹ § 4 Rz 171.

⁸⁵⁹ Dem Arbeitsrecht ist eine fehlende Begründungs- und Offenlegungspflicht nicht fremd, zu denken ist an § 4 EFZG, wo der AN lediglich als Grund Krankheit oder Arbeitsunfall anzugeben hat, nicht aber die genaue Diagnose.

⁸⁶⁰ *Drs*, *Urlaubsrecht*¹¹ § 4 Rz 170.

⁸⁶¹ *Auer-Mayer*, *ZAS* 2020, 22.

Zur Frage der Nichtigkeit ist eingangs festzuhalten, dass § 879 ABGB auch für einseitige Rechtsgeschäfte gilt⁸⁶² und es ist zudem zu untersuchen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt. Denn Rechtsgeschäfte, die gegen Gesetze verstoßen, sind absolut nichtig.⁸⁶³ Eine Nichtigkeit der Inanspruchnahme im Einzelfall liegt daher mE dann vor, wenn aus dem Gesamtkontext erkennbar ist, dass die Gesinnung des AN auch sonstige nationalsozialistische Züge aufweist und aus inhaltlichen Zusammenhängen ableitbar ist (verbotener Inhalt), dass dieser Umstand geeignet ist, eine Nichtigkeit im Einzelfall zu rechtfertigen.

⁸⁶² Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 550.

⁸⁶³ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 564.

7. Der Nichtantritt des persönlichen Feiertages

7.1. Problemstellung

In diesem Kapitel wird der Nichtantritt des persönlichen Feiertages behandelt, wobei drei Konstellationen zu unterscheiden sind:

1. Einerseits geht es um den gesetzlich in § 7a Abs 2 ARG geregelten Fall, dass der persönliche Feiertag auf Ersuchen des AG nicht angetreten wird. Ein Unterfall dieser Konstellation ist, dass nur der Zeitpunkt des persönlichen Feiertages einvernehmlich verschoben wird.
2. Andererseits soll der Fall behandelt werden, dass ein AN einen persönlichen Feiertag nach dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht mehr konsumieren möchte. Es stellt sich dabei die Frage, ob es ein solches, eigentlich gesetzlich nicht vorgesehenes Recht zum Rücktritt vom bereits bestimmten persönlichen Feiertag gibt bzw unter welchen Voraussetzungen dieses ausgeübt werden kann.
3. Eine weitere hier zu untersuchende Frage ist jene danach, ob der AG den Antritt des persönlichen Feiertages verhindern kann, indem er eine Arbeitsleistung an diesem Tag anordnet, insb auch deshalb, da ein Ausfall der Arbeitsleistung des AN zu unverhältnismäßigen Schäden für ihn führen würde.

Es ist im zweiten und dritten Fall, dem Rücktritt vom persönlichen Feiertag, insb zu prüfen, ob die zum Urlaub entwickelten Lösungen auf den persönlichen Feiertag übertragen werden können. Auch hier zeigt sich in voller Schärfe, dass die theoretische Einordnung des persönlichen Feiertages, der ja ein Hybrid aus Feiertag und Urlaub ist, von großer praktischer Relevanz ist. Ist dieser trotz legislativer Verankerung im ARG dem Wesen nach Urlaub nach dem UrlG und können daher die zu diesem entwickelten Ansätze Anwendung finden? Oder ist der persönliche Feiertag eine besondere Form der Ruhezeit und es müssen dem ARG entsprechende spezifische Lösungen gefunden werden?

Im Sinne des UrlG kann ein Vertragspartner, und zwar AG oder AN, ja bekanntlich aus wichtigen Gründen einseitig zurücktreten, wenn die Aufrechterhaltung der

Urlaubsvereinbarung wegen geänderter Verhältnisse unzumutbar ist.⁸⁶⁴ Da § 7a Abs 2 ARG von einem „Urlaubstag“ spricht und beim persönlichen Feiertag ja auch ein solcher konsumiert wird, ist zu untersuchen, ob der persönliche Feiertag ebenso dem Erholungszweck des AN dient und ob bei einer Vereitelung desselben durch nachher eintretende Ereignisse uU ein Rücktrittsrecht analog jenem zum Erholungsurlaub besteht. Dieselbe Frage stellt sich auch für AG in den Fällen, in denen von einer Urlaubsvereinbarung zurückgetreten bzw ein AN aus dem Urlaub zurückgerufen werden kann.

Die Verortung im ARG könnte hingegen auch eine andere Einordnung von gesetzlich nicht geregelten Fällen des Nicht-Antritts ermöglichen, die analog den Fällen einer Arbeitsleistung an einem herkömmlichen, „nicht persönlichen“ Feiertag vorzunehmen ist. An einem Feiertag kann eine Arbeitsleistung nach § 2 Abs 2 ARG nur im Rahmen des §§ 10 bis 18 ARG und nur für die unumgänglich notwendige Anzahl von AN angeordnet werden⁸⁶⁵. Es gelten „für die Zulässigkeit der Feiertagsarbeit im Grundsatz dieselben Voraussetzungen wie für die Zulässigkeit der Wochenendarbeit“.⁸⁶⁶

Außerdem stellt sich noch die Frage, ob nicht uU § 7a Abs 2 ARG als *lex specialis* gilt und daneben kein Raum für andere Formen des Nichtantritts bleibt (siehe dazu die Ausführungen im Kapitel 3).

7.2. Rücktrittsrecht des AN bei bekanntgegebenem persönlichem Feiertag

Fallkonstellationen

In der Folge wird nun ein eigener Ansatz zum Nicht-Antritt des persönlichen Feiertages entwickelt, der zwischen verschiedenen Fallgruppen unterscheidet. Es ist dabei zwischen zwei Hauptkonstellationen zu differenzieren, nämlich dem Nicht-Antritt/Rücktritt vor und nach dessen Antritt. Zudem ist bei diesen weiter danach zu unterscheiden, ob es hier zu einem Einvernehmen oder einem einseitigen Rücktritt kommt bzw aus welchem Rechtsgrund der Rücktritt erfolgt ist.

⁸⁶⁴ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 103; so schon ErlAB 276 BlgNR 14. GP 3; OGH 6.9.1983 4 Ob 89/83, DRdA 1985/9, 197 (*Runggaldier*), 9 ObA 132/88, DRdA 1991/4, 40 (*Csebrenyak*); *Kuderna*, UrlG² § 4 Rz 16 ff; *Cerny*, UrlR¹⁰ § 4 Erl 12.

⁸⁶⁵ Lutz/Heilegger, ARG⁵ § 7 Rz 73.

⁸⁶⁶ Lutz/Heilegger, ARG⁵ § 7 Rz 73; OGH 22.12.1993, RIS-Justiz RS 0052477.

7.2.1. Nicht-Antritt

7.2.1.1. Nicht-Antritt auf Wunsch des AG

1. Variante: Wenn der AN auf das Ersuchen des AG nicht reagiert, die Formvoraussetzungen jedoch einhält und dem AG daher der Zeitpunkt des persönlichen Feiertages bekannt ist und der AN am besagten Tag zur Arbeit nicht erscheint (= Antritt des persönlichen Feiertages).
2. Variante: Wenn der AN auf das Ersuchen des AG nicht reagiert, aber zur Arbeit erscheint und die Arbeitsleistung erbringen möchte (= Nichtantritt des persönlichen Feiertages).
3. Variante: Der AN stimmt dem Ansinnen des AG zu und willigt in die Arbeitsleistung ein, tritt aber den persönlichen Feiertag noch nicht an, da er einen begründeten Rücktritt setzt unter der Voraussetzung, dass das möglich ist. Gebührt dem AN trotzdem das fiktive doppelte Entgelt?

7.2.1.2. Einvernehmliche Änderung und Verschiebung des persönlichen Feiertages

1. Variante: Der AN gibt den Wunsch nach einem persönlichen Feiertag unter Einhaltung der Vorankündigungsfrist an den AG bekannt. Bevor der AN den persönlichen Feiertag antritt, kommt es zu einem hindernden Ereignis und der AN ersucht den AG um einvernehmliche Änderung des Antrittszeitpunktes.
2. Variante: Beide Vertragsparteien verschieben einvernehmlich den persönlichen Feiertag
3. Variante: Verschiebung auf Initiative des AG

7.2.2. Begründeter Rücktritt durch AN

Beispiel 1: AN erfährt vor dem einseitigen Urlaubsantritt, dass sie schwanger ist, und den geplanten Langstreckenflug am persönlichen Feiertag wegen Gefahr einer Fehlgeburt nicht antreten kann.

Beispiel 2: Es ist dem AN nicht zumutbar, den persönlichen Feiertag aufgrund eines Todesfalles eines nahen Angehörigen nach Antritt des persönlichen Feiertages zu konsumieren.

7.2.3. Unbegründeter Rücktritt

Fraglich ist einerseits, ob im Falle des unbegründeten Rücktrittes ohne Zustimmung des AG an diesem Tag überhaupt gearbeitet werden darf bzw ob der AG die Arbeitsleistung annehmen muss oder andererseits gemäß § 1155 ABGB Entgelt fortzahlen muss.

Zudem stellt sich in diesem Zusammenhang noch die Frage, ob der persönliche Feiertag für dieses Arbeitsjahr dann konsumiert ist oder ob dieser zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden kann.

7.2.4. Kollision mit anderen Verhinderungsgründen

7.2.4.1. Der persönliche Feiertag kann aus wichtigen, in der Person des AN liegenden Gründen nicht konsumiert werden (Kollision verschiedener Dienstverhinderungen mit Entgeltfortzahlung)

7.2.4.2. Der persönliche Feiertag kann krankheitsbedingt nicht konsumiert werden.

1. Variante: Krankenstand nach Bekanntgabe, aber vor Antritt des persönlichen Feiertages
2. Variante: Krankenstand am persönlichen Feiertag

7.2.5. Der persönliche Feiertag und die Kündigungsfrist

1. Variante: Persönlicher Feiertag fällt in die Kündigungsfrist

Wenn der bereits bestimmte persönliche Feiertag durch nachherige Lösung des Arbeitsverhältnisses in die Kündigungsfrist fällt, stellt sich die Frage, ob der AN den persönlichen Feiertag während der Kündigungsfrist verbrauchen muss oder aus der Kündigung ein Rücktrittsrecht resultieren könnte. Außerdem ist zu untersuchen, ob es einen Unterschied macht, wer (AN oder AG) die Kündigung ausgesprochen hat.

2. Variante: Persönlicher Feiertag fällt nach Ende des Arbeitsverhältnisses

Wenn der bereits bestimmte persönliche Feiertag durch eine Kündigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällt, stellt sich die Frage, ob für diesen Tag das doppelte Entgelt iS des Entgeltausfallprinzips in Form der Urlaubersatzleistung zu zahlen ist.

7.2.1. Nicht-Antritt

7.2.1.1. Nicht-Antritt auf Ersuchen des AG

1. Problemstellung

Der AN äußert den Wunsch nach einem persönlichen Feiertag unter Einhaltung der Vorankündigungsfrist gegenüber dem AG. In weiterer Folge ersucht ihn jedoch der AG, an dem persönlichen Feiertag zu arbeiten und der AN tritt nicht an. Hierbei handelt es sich um den in § 7a ARG normierten Nichtantritt. Es soll untersucht werden, ob es sich beim Nichtantritt

eigentlich um einen Rücktritt handelt oder nicht. Dies ist aus dem Grund relevant, weil wiederum der Hybrid-Charakter des persönlichen Feiertages in Erscheinung tritt und folglich detailliert zu untersuchen ist, ob urlaubsrechtliche Lösungsansätze, welche eine Rücktrittsmöglichkeit von der Vereinbarung ermöglichen oder doch feiertagsrechtliche Aspekte zur Problemlösung heranzuziehen sind.

2. Meinungsstand

Zum Urlaub wird von der hA vertreten, dass durch dessen Vereinbarungscharakter eine einseitige Änderung oder Aufhebung der Vereinbarung grds gar nicht möglich ist.⁸⁶⁷ Der AN kann im Urlaubsrecht unter Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechtes von der Urlaubsvereinbarung aus wichtigen Gründen einseitig zurücktreten; Voraussetzung hierfür ist, dass die Aufrechterhaltung der Urlaubsvereinbarung wegen geänderter Verhältnisse unzumutbar ist.⁸⁶⁸

Sowohl *Haider*⁸⁶⁹ als auch *Erler*⁸⁷⁰ und *Glowacka*⁸⁷¹ gehen in Bezug auf das Rücktrittsrecht auf die allgemeinen Schranken des Rechtsmissbrauchs bzw Schikaneverbots iSd § 1295 Abs 2 ABGB, der Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB und die Treue- und Friedenspflicht⁸⁷² ein. Das bedeutet, dass dem Rücktrittsrecht zivilrechtliche Schranken gesetzt sind.

Hitz verneint die Möglichkeit des AN nach Bekanntgabe des persönlichen Feiertages, von diesem zurückzutreten. Seiner Ansicht nach hat der AN den persönlichen Feiertag anzutreten, wenn der AG kein Ersuchen (statt Urlaubskonsumation, zu arbeiten) abgibt.⁸⁷³

*Drs*⁸⁷⁴ hat sich zu einem möglichen Rücktritt dahingehend geäußert, dass der AN an die abgegebene Erklärung iSd § 7a Abs 1 ARG gebunden ist, außer der Antritt des persönlichen Feiertages ist ihm wegen geänderter Verhältnisse unzumutbar.⁸⁷⁵ Der wichtige Grund, der einen Rücktritt rechtfertigt, muss im Einzelfall aufgrund einer Interessensabwägung geprüft werden; bei der Prüfung ist ein strenger Maßstab anzulegen.⁸⁷⁶

⁸⁶⁷ *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), *ZellKomm*³ § 4 *UrlG Rz* 14, *ErlAB* 276 *BlgNR* 14. GP 3; *OGH* 4 Ob 89/83, *DRdA* 1985/9, 197 (*Runggaldier*); 9 ObA 132/88, *DRdA* 1991/4, 40 (*Csebrenyak*); *Kuderna*, *UrlG*² § 4 *Rz* 16 *mwN*; *Cerny*, *UrlR*¹⁰ § 4 *Anm* 5, 12.

⁸⁶⁸ *Drs*, *Urlaubsrecht*¹¹ § 4 *Rz* 103.

⁸⁶⁹ *Haider*, *ecolex* 2019, 352.

⁸⁷⁰ *Erler*, *ÖZPR* 2019, 42.

⁸⁷¹ *Glowacka*, *ASoK* 2019, 122.

⁸⁷² *Cerny*, *Zur Frage einer betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht*, *DRdA* 2004, 517; *Rebhahn*, *Flugblätter des Betriebsrates im Zusammenhang mit kollektivem Konflikt*, *ZAS* 2005,6; *OGH* 19.11.2003, 9 ObA 125/03b.

⁸⁷³ *Hitz*, *ARD* 6641/5/2019.

⁸⁷⁴ *Drs*, *FS Löschnigg*, 58.

⁸⁷⁵ *Drs*, *FS Löschnigg*, 58.

⁸⁷⁶ *Drs*, *FS Löschnigg*, 58.

3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

3.1. Grundkonstellation

§ 7a Abs 2 ARG normiert im ersten Satz einen Nichtantritt des persönlichen Feiertags auf Ersuchen des AG. Im Gesetzestext steht, dass der AG ein Ersuchen (Bitte) vorbringt und der AN darauf reagiert bzw dem faktisch nachkommt.⁸⁷⁷ Hierbei übt der AN ein einseitiges Wahlrecht (Gestaltungsrecht) aus, das jedoch ein entsprechendes Ansuchen des AG voraussetzt.⁸⁷⁸ Der AG kann in diesem Zusammenhang bis zum Antritt des persönlichen Feiertages ein solches Verlangen iSd § 7a Abs 2 ARG stellen, es kann daher zu jedem Zeitpunkt der mindestens dreimonatigen Vorankündigungsfrist gestellt werden. Da der AN ja nicht auf das Ersuchen des AG einzugehen braucht („*Es steht dem Arbeitnehmer frei...*“), ist mE der Zeitpunkt des Ansuchens von Seiten der AG rechtlich ohne Bedeutung.

Der Nichtantritt resultiert dann darin, dass der AN das doppelte Entgelt erhält und der für den persönlichen Feiertag ansonsten verbrauchte Urlaubstag in der Folge weiterhin noch konsumiert werden kann. Der AG kauft dem AN sozusagen das Widmungsrecht auf den persönlichen Feiertag ab.

3.2. Das Ersuchen - wie lange ist das Ersuchen des AG bindend?

Der Gesetzestext des § 7a Abs 2 ARG geht von einem Ersuchen durch den AG aus und normiert, dass „*es frei steht... den Urlaubstag... nicht anzutreten*“.⁸⁷⁹ Das Ersuchen des AG ist mE als „einleitende Willenserklärung“⁸⁸⁰, also als Angebot zur Erbringung der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zu werten. Beim Ersuchen muss der AG zudem auch in Kenntnis darüber sein, dass es sich bei dem beabsichtigten, einseitigen Urlaubsantritt um den persönlichen Feiertag handelt und die Einseitigkeit bei diesem in „beide Richtungen“ besteht: einmal einseitig den Urlaub anzutreten („Zeitpunkt des Antrittes eines Tages einmal pro Urlaubsjahr einseitig bestimmen“⁸⁸¹) und zweitens eben diesen nicht anzutreten⁸⁸². Da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung⁸⁸³ handelt, wird sie mit dem Zugang beim AN wirksam.⁸⁸⁴

⁸⁷⁷ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

⁸⁷⁸ Erler, ÖZPR 2019, 42.

⁸⁷⁹ So auch Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

⁸⁸⁰ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 399.

⁸⁸¹ § 7a Abs 1 ARG.

⁸⁸² § 7a Abs 2 ARG.

⁸⁸³ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 407.

⁸⁸⁴ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 407.

Bindungswirkung bedeutet, dass der AG sein Angebot nicht mehr einseitig widerrufen kann.⁸⁸⁵ Fraglich ist, wie lange der AG an sein Ersuchen gebunden ist, da „die Bindungswirkung des Antrages zeitlich begrenzt ist“.⁸⁸⁶ § 7a Abs 2 ARG sieht diesbezüglich keine Bindungsfrist des AG vor. Der AG kann eine Frist ausdrücklich festlegen.⁸⁸⁷ Wenn jedoch keine Frist ausdrücklich festgelegt wurde, greifen die Dispositivnormen des § 862 ABGB ein.⁸⁸⁸ „Unter Abwesenden ist der Offerent (AG) bis zu dem Zeitpunkt gebunden, indem er eine Antwort erwarten kann“.⁸⁸⁹ Dies ist die Zusage des AN zur Arbeit (Begründung der Arbeitspflicht) bzw der Zeitpunkt des Arbeitsantrittes.

Die Annahme⁸⁹⁰ durch den AN manifestiert sich mE in der Erfüllungshandlung⁸⁹¹ des AN, dh mit Arbeitsantritt (stille Annahme nach § 864 Abs 1 ABGB⁸⁹²). Sobald dem Angebot tatsächlich entsprochen wurde⁸⁹³, also spätestens mit Arbeitsantritt, kommt daher mE ein zweiseitiger Vertrag zwischen den Parteien zustande. Bis zum Arbeitsantritt kann sich mE der AN überlegen, ob er das Angebot annimmt. Im Extremfall bedeutet das eine Bindungsfrist für den AG von drei Monaten. Daher kann der AG sein Angebot in dieser Zeit der Bindung nicht einseitig zurücknehmen, auch wenn er Dispositionen trifft.

3.3. Reaktion des AN auf das Ersuchen

In diesem Zusammenhang stellt sich zudem die weitere Frage, ob der AN auf dieses Ersuchen reagieren muss.

In § 7a Abs 2 ARG ist weder eine Frist zur Reaktion vorgesehen noch, ob der AN überhaupt reagieren muss. Dem AN steht es nämlich frei, auf das Ersuchen zu reagieren; es besteht keine Verpflichtung dazu. Auch Formgebote bestehen nicht.⁸⁹⁴ Folglich wäre auch eine kurzfristige Bekanntgabe an den AG bzw sogar ein bloßer Nichtantritt möglich.

Jedoch trifft den AN die Treuepflicht iS der Interessenswahrungspflicht. Die Treuepflicht des AN bezieht sich auf eine „umfassende Verpflichtung die betrieblichen Interessen des AG zu

⁸⁸⁵ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 408.

⁸⁸⁶ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 411.

⁸⁸⁷ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 411.

⁸⁸⁸ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 411. § 862 ABGB bestimmt, dass Angebote unter Anwesenden sowie telefonische Offerten sofort angenommen werden müssen.

⁸⁸⁹ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 59.

⁸⁹⁰ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 403.

⁸⁹¹ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405. Dem Angebot wird innerhalb der Annahmefrist tatsächlich entsprochen. „Solange der Offerent nicht auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut, kann der Annehmende entweder durch völlige Beseitigung der Annahmehandlung oder durch die Widerrufserklärung den Vertrag wieder lösen“.

⁸⁹² Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 59; und Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405.

⁸⁹³ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 413.

⁸⁹⁴ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

schützen“⁸⁹⁵ und in zumutbarer Weise diese zu berücksichtigen. Nach dem Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme⁸⁹⁶ trifft den AN die Pflicht, „die Interessen des Vertragspartners nicht nachteilig zu beeinflussen“⁸⁹⁷. Wenn der AN Kenntnis davon hat, dass der AG eine Ersatzkraft eingestellt, Dienstplan umstrukturiert etc hat, ist mE aus der Treupflicht als Interessenswahrungspflicht abzuleiten, dass der AN aus der Disposition im Vertrauen, dass er nicht arbeitet, unverzüglich auf das Ersuchen des AG zu reagieren hat. Sind dem AN die Dispositionen des AG nicht bekannt oder wurden keine seitens des AG für die Abwesenheit des AN getroffen, ist auch keine Reaktion des AN erforderlich.

Meines Erachtens lässt sich aus der Verletzung der Treupflicht jedoch keine Schadenersatzpflicht des AN ableiten, da diese hauptsächlich Unterlassungspflichten zum Gegenstand hat, dh der AN Handlungen zu unterlassen hat, die betriebliche Interessen nachteilig beeinflussen.⁸⁹⁸ Einerseits spielen beim persönlichen Feiertag betriebliche Interessen des AG keine Rolle (der Gesetzgeber hat weder entsprechende Einschränkungen in § 7a ARG und auch kein dem § 4 Abs 4 UrlG entsprechendes Klagerecht des AG vorgesehen)⁸⁹⁹, andererseits ist es zudem mE fraglich, welches Schadensausmaß der AG (es geht um einen Tag an dem der AN nicht anwesend ist) hier geltend machen würde.

1. Variante: Wenn der AN auf das Ersuchen des AG nicht reagiert, die Formvoraussetzungen jedoch einhält und dem AG daher der Zeitpunkt des persönlichen Feiertages bekannt ist und der AN am besagten Tag zur Arbeit nicht erscheint (= Antritt des persönlichen Feiertages), wird man mE von der Konsumation des persönlichen Feiertages ausgehen und keinen unberechtigten vorzeitigen Austritt annehmen, weil es ja einen Grund für die Abwesenheit gibt. Der AN erhält das Urlaubsentgelt. Sollte der AG eine Entlassung aussprechen, ist dies mE nach § 106 Abs 2 iVm § 105 Abs 3 lit i ArbVG erfolgreich anfechtbar. Anders zu beurteilen ist es mE bei Verletzung der Treupflicht, insb wenn der AG zur Arbeitsleistung aufgefordert und der AN explizit zugesagt hat.

2. Variante: Wenn der AN auf das Ersuchen des AG nicht reagiert, aber zur Arbeit erscheint und die Arbeitsleistung erbringen möchte (= Nichtantritt des persönlichen Feiertages), darf der AG den Arbeitsantritt aufgrund der Bindungswirkung seines Angebotes nicht verweigern und muss

⁸⁹⁵ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 256.

⁸⁹⁶ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 236.

⁸⁹⁷ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 236.

⁸⁹⁸ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 256.

⁸⁹⁹ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

das doppelte Entgelt für die Arbeitsleistung zahlen. Meines Erachtens ist dies auch dann der Fall, wenn der AN sich hätte äußern müssen, weil der AG Dispositionen für dessen Abwesenheit getroffen hat, da die Treuepflichtverletzung nicht zu einer Entgeltminderung beim AN führen kann.

Wenn der AG nach der Vereinbarung der Parteien (AG ersucht zur Arbeitsleistung und der AN kommt dem faktisch nach⁹⁰⁰) den Dienstantritt und sodann die Ausübung der Arbeitsleistung verweigert, ist er im Annahmeverzug, und muss nach § 1155 ABGB wegen Nichtannahme der Dienstleistung das doppelte Entgelt trotzdem zahlen, da der AN zur Arbeit aufgefordert wurde und die Anspruchsvoraussetzung des Antrittes erfüllt hat, zur Arbeitsleistung bereit war und durch Umstände, die auf Seiten des AG liegen, daran gehindert wurde. Somit muss mE der AG wegen der Bindung an sein Angebot bis zum Beginn des persönlichen Feiertages bei einer Leistungsbereitschaft des AN das doppelte Entgelt auch ohne Leistung durch den AN jedenfalls zahlen, auch wenn er die Leistung nicht annimmt.

Das Widmungsrecht ist dann aber durch die Zahlung des doppelten Entgeltes konsumiert. Der AN behält diesfalls den Urlaubstag, dieser gilt sodann als nicht verbraucht. Nach *Drs* ist „*mit dem erhöhtem Entgeltanspruch gemäß § 7a Abs ARG auch das Recht der Arbeitnehmer auf seinen persönlichen Feiertag konsumiert*“ und er kann an keinem weiteren Tag gemäß § 7a Abs 1 ARG einseitig auf Urlaub gehen.⁹⁰¹ *Firneis/Unterrieder* legen in diesem Sinne dar, dass lediglich das Recht auf den einseitigen Urlaubsantritt nach § 7a ARG erlischt, dadurch aber das Urlaubskontingent nicht gemindert wird.⁹⁰²

Mit Zustimmung zur Arbeitsleistung verliert der AN die einseitige Antretbarkeit, durch das doppelte Entgelt wird ihm das Recht „abgekauft“.

3. Variante: Gebührt das doppelte Entgelt, wenn der AG den AN um Arbeitsleistung ersucht, der AN auch einwilligt, aber den persönlichen Feiertag noch nicht antritt, da er einen begründeten Rücktritt von der Vereinbarung über die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag setzt?

⁹⁰⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

⁹⁰¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

⁹⁰² *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

Die Vereinbarung der Parteien über die Arbeitsleistung des AN wird mit Arbeitsantritt begründet (Stille Annahme nach § 864 Abs 1 ABGB). Mit Arbeitsantritt entsteht auch der Anspruch auf das doppelte Entgelt (und das Widmungsrecht wird durch den AG „abgekauft“). Wenn also der AN auf das Ersuchen des AG zwar reagiert, zB zusagt, aber doch vor Arbeitsantritt begründet zurücktritt, entsteht der Anspruch auf das doppelte Entgelt nicht. Die Sphärentheorie nach § 1155 ABGB ist nicht heranzuziehen, da der AN aufgrund des Rücktrittes nicht zur Leistung bereit war. Somit gebührt in diesem Fall kein doppeltes Entgelt.

Wenn der AN auf das Ersuchen nicht reagiert und vom persönlichen Feiertag begründet zurücktritt, entsteht mangels Arbeitseintritt ebenfalls kein Anspruch auf das doppelte Entgelt. In dieser Variante wurde seitens des AG das Widmungsrecht nicht abgekauft und es besteht kein Recht auf das doppelte Entgelt. Da aber der Rücktritt begründet ist, bleibt dem AN der Urlaubstag samt Widmung erhalten. Zu den Dienstverhinderungen siehe auch Zusammentreffen mit anderen Dienstverhinderungsgründen, Kapitel 10.

7.2.1.2. Einvernehmliche Änderung und „Verschiebung“ des persönlichen Feiertages

1. Problemstellung

Der AN gibt den Wunsch nach einem persönlichen Feiertag unter Einhaltung der Formvoraussetzung an den AG bekannt. Bevor der AN den persönlichen Feiertag antritt, kommt es zu einem hindernden Ereignis und der AN ersucht den AG um einvernehmliche Änderung des Antrittszeitpunktes. Wenn der AG der Änderung zustimmt, liegt kein Rücktritt vor.

Denkbar ist auch, dass sich der AG und der AN darauf einigen, dass die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag nicht als Verbrauch des einseitigen Urlaubsantrittes gemäß § 7a ARG gilt und dafür der AN einen anderen Tag als persönlichen Feiertag ohne höheren Entgeltanspruch „widmen“ kann („Verschiebung des persönlichen Feiertages“).⁹⁰³ Dabei kann weiters danach unterschieden werden, auf wessen Initiative diese Verschiebung zu Stande kommt. Basiert die Verschiebung auf einer Initiative des AN, so wird lediglich der Zeitpunkt verschoben, der persönliche Feiertag gilt als konsumiert (Genaueres unter 3.1.).

Anders ist es hingegen uU zu beurteilen, wenn der AG dies initiiert, da ja damit argumentiert werden kann, dass dann am ursprünglich festgelegten persönlichen Feiertag iSd § 7a Abs 2

⁹⁰³ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

ARG auf Ersuchen des AG gearbeitet wurde und in der Folge dann eine Vereinbarung über einen eintägigen Urlaubsverbrauch getroffen wurde. Es stellt sich dann die Frage, ob nicht auf Grund des zwingenden Charakters von § 7a Abs 2 ARG, nicht dennoch eine doppelte Bezahlung zusteht, da ja so der persönliche Feiertag zu dem konkreten Zeitpunkt, wie gesetzlich vorgesehen, „abgekauft“ wurde.

2. Meinungsstand

Drs legt dar, dass der AN an eine „für das jeweilige Jahr abgegebene Urlaubserklärung iSd § 7a Abs 1 ARG“ in aller Regel gebunden ist.⁹⁰⁴ Eine Änderung ist „grundsätzlich nur noch im beiderseitigen Einvernehmen möglich“.⁹⁰⁵ Dies bedeutet daher kein doppelter Anspruch, keine Differenzierung.

Weiters erörtert *Drs* in diesem Zusammenhang die Rechtsnatur des persönlichen Feiertages und legt dar, dass es sich beim Urlaubsverbrauch um Entgelt im weiten Sinn handelt, und dies auch auf § 7a Abs 1 ARG übertragbar ist.⁹⁰⁶ Da es sich bei den Entgeltbestimmungen nach hM⁹⁰⁷ um einseitig zwingendes Recht handelt, gilt dies erst recht für die Entgeltbestimmung des § 7a Abs 2 ARG.⁹⁰⁸ Das bedeutet, dass bei einseitig zwingenden Bestimmungen von diesen zugunsten des AN abgewichen werden kann.⁹⁰⁹

3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

3.1. Verschiebung auf Initiative des AN

Wenn der AN einen Änderungswunsch über den Zeitpunkt des persönlichen Feiertages an den AG richtet, handelt es sich um ein Angebot zur einvernehmlichen Abänderung der Lage des persönlichen Feiertages. Mit Annahme des Angebotes des AG kommt die einvernehmliche Änderung zustande. Folglich ist der persönliche Feiertag konsumiert, ausbezahlt wird das Urlaubsentgelt.

3.2. Verschiebung auf Initiative des AG

In der obigen Variante hat der AN sein Widmungsrecht ausgeübt, die Formvoraussetzungen eingehalten, ist auf das Ersuchen des AG eingegangen und hat am ursprünglich festgesetzten

⁹⁰⁴ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 176.

⁹⁰⁵ *Drs*, FS Löschnigg 58; und *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 176.

⁹⁰⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

⁹⁰⁷ Vgl ua *Drs*, Arbeits- und Sozialrecht⁵, 137.

⁹⁰⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

⁹⁰⁹ *Drs*, Arbeits- und Sozialrecht⁵, 137.

persönlichen Feiertag die Arbeit verrichtet, welche der AG auch entgegengenommen hat. Die Schutzfunktion für AN im ARG wird insb durch zweiseitig zwingende Normen (zB im Falle von arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen und Ruhezeiten) gewährleistet.⁹¹⁰ Bei den Entgeltbestimmungen des ARG, wie auch § 7a Abs 2 ARG⁹¹¹, handelt es sich jedoch um einseitig zwingende Bestimmungen, dh, dass von diesen zugunsten des AN abgewichen werden kann („Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende *Entgelt*, insgesamt daher das *doppelte Entgelt*“).⁹¹² Folglich hat der AN alle erforderlichen Voraussetzungen⁹¹³ des Abs 2 für den Anspruch auf das doppelte Entgelt erfüllt. Erst danach wird zwischen den Parteien ein eintägiger Urlaubsverbrauch vereinbart.

Meines Erachtens steht daher der zwingende Charakter von § 7a Abs 2 ARG einer einvernehmlichen Verschiebung des persönlichen Feiertages entgegen, wenn diese auf Initiative des AG erfolgt. Schließlich übt der AN sein Widmungsrecht aus und der AG nimmt am persönlichen Feiertag auf sein Ansuchen dessen Arbeitsleistung entgegen und kauft ihm daher das Widmungsrecht ab. Damit geht der AN sogar zweimal (Ersuchen und Verschiebung des persönlichen Feiertages) auf den Änderungswunsch des AG ein. Folglich kann eine Verschiebung des persönlichen Feiertages auf AG-Initiative wegen des einseitig zwingenden Charakters von § 7a Abs 2 ARG nicht ohne das doppelte Entgelt am ursprünglichen persönlichen Feiertag erfolgen.

7.2.2. Begründeter Rücktritt

7.2.2.1. Einseitiger, begründeter Rücktritt

1. Problemstellung

In diesem Punkt wird auf Sachverhalte und deren Lösungsvarianten eingegangen, in denen der AN seinen persönlichen Feiertag aus wichtigem Grund, der den Verbrauch unzumutbar macht, nicht konsumieren kann. Es handelt sich um Fälle, bei denen gearbeitet werden kann, dh keine Dienstverhinderung aus anderen Gründen vorliegt, und bei denen der AN auch arbeiten will, da der persönliche Feiertag seinen Zweck verfehlt.

⁹¹⁰ Lutz/Heilegger, ARG⁵ Einleitung Rz 4.

⁹¹¹ Beim Urlaubsverbrauch handelt es sich um Entgelt im weiten Sinn siehe Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

⁹¹² Drs, Arbeits- und Sozialrecht⁵, 11 und 137.

⁹¹³ Meines Erachtens ist es ausreichend, wenn der AN die Formvoraussetzungen einhält.

Einerseits sind Fallkonstellationen zu untersuchen, wo der Rücktrittsgrund bereits vor dem Antritt des persönlichen Feiertages bestand, andererseits aber erst nach Antritt des persönlichen Feiertages auftritt. Es ist beispielsweise an folgende Fallgruppen zu denken:

Beispiel 1: AN erfährt vor dem einseitigen Urlaubsantritt, dass sie schwanger ist, und den geplanten Langstreckenflug am persönlichen Feiertag wegen Gefahr einer Fehlgeburt nicht antreten kann.

Beispiel 2: AN kann den persönlichen Feiertag aufgrund eines Todesfalles eines nahen Angehörigen nach Antritt des persönlichen Feiertages nicht mehr konsumieren.

2. Urlaubsrechtliche Lösungsansätze

2.1. Rücktritt im Urlaubsrecht durch den AN aus wichtigem Grund, der den Verbrauch unzumutbar macht

Zunächst wird auf die Grundsätze des Rücktrittes im Urlaubsrecht eingegangen, um die Rücktrittsmöglichkeit des AN in begründeten Fällen zu untersuchen, damit man aus diesen Grundsätzen mögliche Schlüsse für den persönlichen Feiertag ziehen kann.

Fraglich ist jedoch aufgrund des bereits in Kapitel 3 detailliert untersuchten Hybrid-Charakters, ob der Urlaubsscharakter beim Rücktritt in Vordergrund steht oder doch die feiertagsrechtlichen Aspekte dominieren.

Die Feiertagsruhe ist ein Fall der Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung.⁹¹⁴ Bei der Ruhezeit an Feiertagen nach dem ARG handelt es sich um jene Zeit, die frei von arbeitsvertraglicher Arbeitsbelastung ist.⁹¹⁵ Wie der AN aber seine Ruhezeit verbringt, bleibt ihm überlassen.⁹¹⁶ Somit verfolgt die Ruhezeit an Feiertagen dieselben Zwecke, wie bei einem Urlaubstag, jedoch ist bei einem Feiertag nach dem ARG weder ein Rücktritt noch eine Zweckverfehlung noch ein Nachholen möglich. Somit handelt es sich nur bei § 7a Abs 2 ARG um eine (Art von) Feiertagsabgeltung (Siehe dazu Kapitel 3 im Detail).

In beiden obigen Beispielen geht es um den einseitigen Urlaubsantritt, dessen Verbrauch unzumutbar wird, aber die Arbeitsleistung möglich ist. Wie bereits erörtert, ist der persönliche Feiertag nicht zweckgebunden, der AN kann diesen Tag nach Belieben verbringen und kann auch Tätigkeiten ausüben, die nicht der Erholung dienen. Jedoch ist der Erholungszweck bereits dadurch erfüllt, dass bei der Konsumation des persönlichen Feiertages die Arbeitspflicht des AN vorübergehend entfällt, und der AN sich erholen kann (aber nicht muss). Durch den Entfall

⁹¹⁴ *Burger*, DRdA-infas 2015, 283.

⁹¹⁵ *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 7 Rz 20.

⁹¹⁶ *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ §§ 2-5 Rz 48.

der Arbeitsverpflichtung hat der AN in dieser autonomen, selbstbestimmten Zeit die Möglichkeit, diesen Tag ohne Zweckwidmung beliebig zu gestalten, welcher daher ebenfalls vom Erholungszweck umfasst ist. In den Beispielen zum begründeten Rücktritt des AN wird der genau umgekehrte Fall untersucht: die Konsumation des persönlichen Feiertages wird aus diversen Gründen unzumutbar, es liegt demnach eine Zweckverfehlung vor und die Arbeitspflicht lebt wieder auf. Da der Urlaubsscharakter im Vordergrund steht, ist somit zunächst der Rücktritt im Urlaubsrecht zu untersuchen.

Die Urlaubsvereinbarung bindet beide Parteien. Da der Urlaub den Charakter des Dauerschuldverhältnisses hat, sind „die für solche Rechtsverhältnisse geltenden Grundsätze anzuwenden“.⁹¹⁷ Unter Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechtes kann der AN im Urlaubsrecht von der Urlaubsvereinbarung aus wichtigen Gründen einseitig zurücktreten; Voraussetzung hierfür ist, dass die Aufrechterhaltung der Urlaubsvereinbarung wegen geänderter Verhältnisse unzumutbar ist.⁹¹⁸ Für den Rücktritt von dieser Vereinbarung bedeutet das, dass für beide Parteien eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund zulässig ist.⁹¹⁹ Dies geschieht durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.⁹²⁰ Ein wirksamer Rücktritt löst die Vereinbarung *ex nunc* auf.⁹²¹ Bezüglich der Rechtswirkung im Zusammenhang mit dem Rücktritt im Urlaubsrecht ist laut *Runggaldier* von einem „Recht zur vorzeitigen Auflösung *ex nunc* aus wichtigem Grund⁹²² ohne rückwirkende Kraft⁹²³ auszugehen“, er schließt das daraus, dass der die „Auflösung begehrender Vertragsteil nur ein Interesse hat, sich für die Zukunft von seiner Verpflichtung zu befreien“.⁹²⁴ Der Rücktritt im Urlaubsrecht ist sowohl vor als auch nach Urlaubsantritt möglich, wobei beim Rücktritt nach Urlaubsantritt das Vorliegen des wichtigen Grundes strenger zu beurteilen ist.⁹²⁵ Maßgeblich ist das Unzumutbarkeitsprinzip, es kommt nicht auf das Verschulden an.⁹²⁶

„Den AN berechtigen nur wichtige, seine Person und seine Familie betreffende, die Aufrechterhaltung der Urlaubsvereinbarung im Hinblick auf den Erholungszweck (Problem mit dem persönlichen Feiertag siehe Kapitel 3) unzumutbar erscheinend lassende, wichtige Gründe

⁹¹⁷ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 16.

⁹¹⁸ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 103.

⁹¹⁹ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 16.

⁹²⁰ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 16.

⁹²¹ OGH 16.10.2002, 9 ObA 90/02d, RIS-Justiz RS0077467; Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 16; Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 502.

⁹²² OGH 9 ObA 90/02d.

⁹²³ Kuderna, UrlG² § 4 Rz 17.

⁹²⁴ Runggaldier, Komm zu OGH 4 Ob 89/83, DRdA 1985/9, 197; Kuderna, UrlG² § 4 Rz 17.

⁹²⁵ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 16 und 20.

⁹²⁶ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 18.

zum Rücktritt“.⁹²⁷ Welche Rücktrittsgründe als „wichtiger Grund“ angesehen werden, ist im Einzelfall zu beurteilen. Wichtige Gründe stehen uU erst kurz vorher fest. *Drs* erörtert beispielsweise Sachverhalte, in denen „wichtige Gründe“ im Zusammenhang mit der Urlaubsvereinbarung ihres Erachtens einen einseitigen Rücktritt von der Urlaubsvereinbarung rechtfertigen würden, wo der AN kurz vor dem Urlaub eine Krebsdiagnose erhält und danach noch Untersuchungen anfallen oder der AN kurz vor der Amerikareise erfährt, dass sie schwanger ist und von ihrem Arzt aufgrund der Gefahr einer Fehlgeburt vom langen Flug abgeraten wird.⁹²⁸

Mayr/Erler erörtern Fälle wie zB Todesfall eines nahen Angehörigen während des Urlaubes (oder kurz vor Urlaubsantritt); die Notwendigkeit für einen Ehegatten den Urlaub zu verschieben, sodass ein gemeinsamer Urlaub nicht möglich wäre oder die Notwendigkeit einer Operation des Ehegatten etc.⁹²⁹ Begründet wird der Rücktritt des AN demnach damit, ob es für den AN zu einer „Beeinträchtigung der Erholungsmöglichkeit“ kommt.⁹³⁰

2.2. Rücktritt im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag in der Literatur

Im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag bejaht *Drs* ebenfalls die Rücktrittsmöglichkeit des AN, „wenn dem AN der Urlaubsantritt wegen geänderter Verhältnissen unzumutbar ist“.⁹³¹ Ob ein wichtiger Grund vorliegt, der zum Rücktritt berechtigt, muss anhand von einer Interessenabwägung im Einzelfall untersucht werden.⁹³² Bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist ein strenger Maßstab anzulegen.⁹³³ *Drs* verneint das Vorliegen einer Rücktrittsmöglichkeit des AN, „wenn der wichtige Grund bereits bei Bekanntgabe des Urlaubswunsches *bekannt* oder zumindest *vorhersehbar* war“.⁹³⁴ Im Falle des begründeten Rücktrittes bleibt laut *Drs*⁹³⁵ der Urlaubstag jedenfalls erhalten, unklar ist hingegen, ob damit auch das Recht zum einseitigen Urlaubsantritt konsumiert ist.⁹³⁶

3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Die Regelung des § 7a ARG thematisiert den Rücktritt des AN nicht. Wenn keine Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt, bestehen nur die allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten

⁹²⁷ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 20.

⁹²⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 106.

⁹²⁹ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 20.

⁹³⁰ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 20.

⁹³¹ *Drs*, FS Löschnigg, 58.

⁹³² *Drs*, FS Löschnigg, 58.

⁹³³ *Drs*, FS Löschnigg, 58.

⁹³⁴ *Drs*, FS Löschnigg, 59.

⁹³⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 174.

⁹³⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 174.

des Vertragsrechtes von einseitigen rechtsrelevanten Erklärungen wieder Abstand nehmen zu können.⁹³⁷ Das heißt für den Rücktritt des AN von der beabsichtigten Konsumation des persönlichen Feiertages, dass dieser voraussetzt, dass die Aufrechterhaltung des persönlichen Feiertages wegen geänderter Verhältnisse unzumutbar ist.

3.2. Zum Rücktritt des AN aus wichtigem Grund, der den Verbrauch unzumutbar macht

Die Konsumation des persönlichen Feiertages als einseitiger Urlaubsantritt weist überwiegend Charakterzüge des Urlaubes auf. Zudem ist festzuhalten, dass der Erholungszweck des persönlichen Feiertages bei der Inanspruchnahme mE zu bejahen ist (beide Themen wurden bereits in Kapitel 3 Grundsätzliches zu § 7a ARG ausführlich erörtert). Folglich berechtigen beim persönlichen Feiertag mE „im Hinblick auf den Erholungszweck unzumutbar erscheinend lassende, wichtige Gründe zum Rücktritt“⁹³⁸. Wegen diesen Aspekten ist der persönliche Feiertag im Zusammenhang mit dem begründeten Rücktritt wie Urlaub zu behandeln.

In Anlehnung an *Drs* und die Rsp des OGH⁹³⁹ ist wegen Verfehlung des Erholungszweckes, dh wenn durch den Eintritt des wichtigen Grundes kein Erholungszweck mehr gegeben ist, ein Festhalten an den persönlichen Feiertag nicht mehr zumutbar.⁹⁴⁰ Abgeleitet aus den Wertungen des Urlaubsrechtes muss der AN bei einem begründeten Rücktritt vom persönlichen Feiertag darlegen, dass es sich für den Rücktritt um einen „wichtigen Grund“ handelt, welcher ihm bei der Bekanntgabe weder bekannt noch voraussehbar war, ansonsten besteht kein Rücktrittsrecht.⁹⁴¹ Ob ein Rücktrittsgrund als wichtig anzusehen ist oder nicht, ist im Einzelfall zu analysieren. Meines Erachtens ist daher im ersten Schritt abzuklären, ob wichtige Gründe vorliegen, die die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages unzumutbar machen und zweitens, ob diese den Zweck verfehlen.

Ebenfalls ergibt sich aus der Treuepflicht als Interessenswahrungspflicht, die Pflicht des AN nach Bekanntwerden des Grundes unverzüglich zu reagieren, und diesen dem AG mitzuteilen. Eine Frist dafür kann es nicht geben, da uU der wichtige Grund, der den Antritt unzumutbar macht, erst kurz vorher feststeht. In diesem Fall kann der AG nach Bekanntwerden des Rücktrittsgrundes für die Abwesenheit des AN Vorkehrungen treffen.

In Variante 1 möchte der AN vor Antritt aus wichtigem Grund, der den Verbrauch unzumutbar macht, den persönlichen Feiertag doch nicht konsumieren, weil der ursprüngliche Zweck

⁹³⁷ Heilegger in Gasteiger/Heilegger/Klein, AZG⁵ § 19c AZG Rz 25.

⁹³⁸ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 20.

⁹³⁹ OGH 16.10.2002, 9 ObA 90/02d, RIS-Justiz RS0077467.

⁹⁴⁰ *Drs*, Urlaubrecht¹¹ § 4 Rz 106.

⁹⁴¹ *Drs*, FS Löschnigg, 59; und *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 105.

(Fernreise) verfehlt wäre (Anmerkung: ob in diesem Beispiel eine Erholungsmöglichkeit in Österreich möglich ist oder nicht, ist insofern irrelevant, da ausschlaggebend die Zweckverfehlung ist, also der Umstand, dass der AN Urlaub in der Ferne machen wollte). Diesen wichtigen Grund muss mE der AN dem AG nach Bekanntgabe des Grundes unverzüglich mitteilen. In weiterer Folge muss der AN die Arbeit antreten (außer es liegen Dienstverhinderungsgründe vor, die aber keinen Rücktritt, sondern eine Kollision mit anderen Dienstverhinderungsgründen darstellen). Sowohl der Urlaubstag als auch das Widmungsrecht bleiben erhalten.

In Variante 2 liegt ebenfalls ein begründeter Rücktritt mit Verhinderungsgrund, diesmal aber nach Urlaubsantritt, vor. In diesem Fall ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes strenger zu beurteilen als vor Urlaubsantritt.⁹⁴² Der Umstand des Todesfalles rechtfertigt mE jedenfalls den begründeten Rücktritt vom ganzen persönlichen Feiertag, der den Erholungszweck beeinträchtigt und die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages unzumutbar macht.

Im Falle eines „halb konsumierten“ persönlichen Feiertages ist mE ebenfalls von einem Rücktritt auszugehen, da der Urlaub in ganzen Tagen zu konsumieren ist und ein Rücktritt ebenso von einem ganzen Tag erfolgt.⁹⁴³

Liegt ein begründeter Rücktrittsgrund vor, fällt der persönliche Feiertag als Grund für das Unterbleiben der Dienstleistung weg und es ist diese zu erbringen. Der persönliche Feiertag als Urlaubstag samt Widmungsrecht bleibt dem AN erhalten. Einerseits ist das Widmungsrecht mit dem Urlaubstag verbunden, andererseits rechtfertigt mE das Vorliegen des Rücktrittsgrundes, der die Konsumation des persönlichen Feiertages unzumutbar macht, den Erhalt des persönlichen Feiertages samt Widmungsrecht. Das heißt, dass der AN einen anderen Tag (unter Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen) als persönlichen Feiertag widmen kann. Da der AN seinen Dienst nach dem Rücktritt vom persönlichen Feiertag an dem in Aussicht gestellten Datum antreten muss, darf der AG seinen Dienstantritt nicht verweigern (anders als beim unbegründeten Rücktritt).

⁹⁴² Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 20.

⁹⁴³ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 20.

7.2.3. Unbegründeter Rücktritt

1. Problemstellung

Ebenfalls gesetzlich nicht geregelt ist ein unbegründeter Rücktritt des AN von einem fristgerecht vorangekündigten persönlichen Feiertag. Es geht um den Fall, dass der AN beschließt, vor Antritt des persönlichen Feiertages ohne Gründe, diesen nicht zu konsumieren und stattdessen zu arbeiten. Ein Ersuchen seitens des AG zur Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag ist nicht erfolgt. Fraglich ist einerseits, ob ohne Zustimmung des AG an diesem Tag überhaupt gearbeitet werden darf bzw, ob der AG die Arbeitsleistung annehmen muss. Im Falle eines allfälligen Rücktrittsrechts stellt sich zudem noch die Frage, ob der persönliche Feiertag für dieses Arbeitsjahr dann konsumiert ist, oder ob dieser zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden kann.

2. Meinungsstand

Laut *Drs* ist der AN an die, für das jeweilige Jahr abgegebene Urlaubserklärung gebunden und bejaht nur die Möglichkeit eines begründeten Rücktrittes bei Vorliegen eines wichtigen Grundes.⁹⁴⁴

Glowacka verneint ebenfalls die Rücktrittsmöglichkeit eines grundlosen, einseitigen Rücktrittes, weil § 7a Abs 2 ARG „explizit den Nichtantritt an das Ersuchen des AG bindet“.⁹⁴⁵ Sie begründet dies teleologisch damit, dass der AG bereits Dispositionen in Vorbereitung getroffen haben könnte.⁹⁴⁶

3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

3.1. Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist, dass es sich bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages um eine einseitige Festlegung des Zeitpunktes eines Urlaubstages handelt. Es dominieren bei der Konsumation die Aspekte des Urlaubsrechtes und der Erholungszweck ist daher relevant. Siehe detailliert hierzu Grundsätzliches zu § 7a ARG (Kapitel 3). Aufgrund der Urlaubsvereinbarung ist im Urlaubsrecht ein Rücktritt nur dann möglich, wenn wichtige Gründe, die die Aufrechterhaltung der Urlaubsvereinbarung wegen den

⁹⁴⁴ *Drs*, FS Löschnigg, 58.

⁹⁴⁵ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁹⁴⁶ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

Erholungszweck unzumutbar erscheinen und seine Person und seine Familie betreffen, vorliegen.⁹⁴⁷

Meines Erachtens ist im obigen Fall ein (echter) Rücktritt ohne Grund nicht möglich. Daher ist mE der persönliche Feiertag in diesem Fall vom AN zu konsumieren bzw beim Nichterscheinen des AN als Konsumation des persönlichen Feiertages zu werten. Folglich geht in diesem Fall also der Urlaubstag „verloren“.

3.2. Wenn der AN zur Arbeit erscheint, stellt sich die Frage, ob der AN ohne Zustimmung des AG an diesem Tag überhaupt arbeiten darf bzw ob der AG die Arbeitsleistung annehmen muss.

In der Rsp wurde dieser Sachverhalt bislang noch nicht behandelt. In der Lehre haben sich *Mayr/ Erler* hierzu im Zusammenhang mit regulärem Urlaub und unberechtigtem Rücktritt bezüglich der Rechtsfolge des Rücktrittes auseinandergesetzt und dargelegt, dass der AG kein rechtliches Mittel zur Durchsetzung des Urlaubsverbrauches hat, er könnte aber den AN (für die Zeit des wirksam vereinbartenurlaubes) zur Arbeit nicht zulassen.⁹⁴⁸

Da bei der Konsumation des persönlichen Feiertages der Urlaubsscharakter im Vordergrund steht und man mE bei den Rechtsfolgen zwischen begründetem und unbegründetem Rücktritt differenzieren muss, ist mE bei dieser Fallkonstellation der Rechtsmeinung von *Mayr/ Erler* im Zusammenhang mit dem regulären Urlaubsverbrauch zu folgen.

In Falle des unbegründeten Rücktrittes des AN beim persönlichen Feiertag heißt das, dass der AG von einer Konsumation des persönlichen Feiertages ausgeht. Um eine Arbeitsleistung hat der AG den AN zudem nicht ersucht. Da es sich um einen unbegründeten Rücktritt handelt, hat der AG die Möglichkeit, den AN für die Zeit des einseitig festgesetztenurlaubes zur Arbeit nicht zuzulassen und diesen Tag auf das gesetzliche Urlaubsausmaß anzurechnen.⁹⁴⁹ Wenn der AG die Arbeitsleistung annimmt, ist mE von einem Konsens über die Arbeit am persönlichen Feiertag im Sinne des § 7a Abs 2 ARG auszugehen. Dass dem kein Ersuchen des AG vorausgegangen ist, ist aber mE nicht schädlich, da dieser durch die Annahme der Arbeitsleistung geheilt wird. Somit ist auch das doppelte Entgelt an den AN zu zahlen, das Widmungsrecht wurde ausgeübt, aber der Urlaubstag bleibt erhalten.

⁹⁴⁷ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 20.

⁹⁴⁸ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 20.

⁹⁴⁹ Siehe hierzu die Ausführungen im Zusammenhang zum Urlaub in *Mayr/Erler*, UrlG³ § 4 Rz 20.

Bei einer einseitigen Festlegung des persönlichen Feiertages unter Erfüllung sämtlicher Form- und Fristvoraussetzungen geht der AG beim Nichterscheinen des AN von der Konsumation des persönlichen Feiertages aus. Im Umkehrschluss muss es aber auch heißen, dass beim persönlichen Feiertag das plötzliche Erscheinen des AN zur Arbeit ohne Nennung von Rücktrittsgründen und ohne Ersuchen des AG ebenfalls als Konsumation des persönlichen Feiertages zu werten ist.

Meines Erachtens gibt es nur zwei Szenarien, die eine Arbeit am persönlichen Feiertag rechtfertigen: der in Abs 2 normierte Arbeitsantritt, dem ein Ersuchen des AG vorausgeht (der ja hier nicht vorliegt) und der begründete Rücktritt unter Nennung von Rücktrittsgründen (siehe nächster Punkt).

Zur Fragestellung, ob der persönliche Feiertag bzw das Widmungsrecht konsumiert sind, ist im Falle des unbegründeten Rücktrittes festzuhalten, dass der AN sein Widmungsrecht ausgeübt hat und somit zugleich auch die Festlegung des einseitigen Urlaubsantrittes für dieses Arbeitsjahr ausgeübt wurde. Beim persönlichen Feiertag teilt das Widmungsrecht das rechtliche Schicksal des einseitigen Urlaubstages und geht beim unbegründeten Rücktritt mit diesem ebenfalls verloren. Daher kann mE der persönliche Feiertag später nicht mehr nachgeholt werden und ein anderer persönliche Feiertag kann in diesem Urlaubsjahr nicht mehr bestimmt werden.

7.2.4. Kollision mit anderen (Dienst-)verhinderungsgründen

7.2.4.1. Kollision verschiedener Dienstverhinderungen mit Entgeltfortzahlung

1. Problemstellung

In diesem Punkt wird auf die Fälle eingegangen, bei denen andere Dienstverhinderungsgründe wie Krankenstand, Dienstverhinderung nach § 8 Abs 3 AngG usw mit dem persönlichen Feiertag zusammentreffen, also der persönliche Feiertag aus wichtigen, in der Person des AN liegenden Gründen nicht konsumiert werden kann. Es ist daher zu untersuchen, ob überhaupt ein Rücktrittsgrund oder eine Kollision verschiedener Dienstverhinderungen mit Entgeltfortzahlung vorliegt.

Hierbei ist an folgende Fallkonstellationen zu denken:

- § 4 Abs 2 UrlG

Für Zeiträume, während welchen ein AN aus einem der im § 2 Entgeltfortzahlungsgesetz 1974, BGBl. Nr. 399, genannten Gründen an der Arbeitsleistung verhindert ist, während welchen er Anspruch auf Pflegefreistellung oder während welchen er sonst Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung hat, darf der Urlaubsantritt nicht vereinbart werden, wenn diese Umstände bereits bei Abschluss der Vereinbarung bekannt waren. Geschieht dies dennoch, gilt der Zeitraum der Arbeitsverhinderung nicht als Urlaub. Siehe im Detail, Kapitel 10 Zusammentreffen mit anderen Dienstverhinderungsgründen.

- § 5 UrlG Krankenstand am persönlichen Feiertag

Erkrankt (verunglückt) ein AN während desurlaubes, ohne dies vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt zu haben, so werden auf Werkstage fallende Tage der Erkrankung, an denen der AN durch die Erkrankung arbeitsunfähig war, auf das Urlaubsausmaß nicht angerechnet, wenn die Erkrankung länger als drei Kalendertage gedauert hat.

- Kann es Dienstverhinderung geben, wenn es keine Arbeitspflicht gibt?

Eine Dienstverhinderung setzt immer eine Arbeitspflicht voraus, weil der AN an Tagen, an denen er zu keinem Dienst eingeteilt ist, auch nicht an dessen Verrichtung verhindert sein kann. So gibt es etwa an Urlaubstagen, während eines Krankenstandes oder einer Pflegefreistellung sowie außerhalb der vertraglich festgesetzten Arbeitszeit keine Dienstverhinderung.

2. Meinungsstand

Weder die Kollision noch der Rücktritt sind legaldefiniert. *Löschnigg* erörtert zu der Dienstverhinderung, dass es sich um eine Störung des Arbeitsablaufes handelt und es sich die Frage stellt, wer die Arbeitsverhinderung zu vertreten hat.⁹⁵⁰ *Glowacka* stellt fest, dass es zu „keiner Verdrängung des persönlichen Feiertages durch andere Entgeltfortzahlungstatbestände kommt“ und leitet dies aus den Wertungen des Urlaubsrechtes ab.⁹⁵¹

3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Bei einem Rücktritt muss grundsätzlich die Arbeit angetreten werden, die Dienstverhinderungen „überlappen“ hingegen den persönlichen Feiertag, ohne dass es eines expliziten Rücktrittes bedarf. Hierbei ist zB an unvorhersehbare Fälle (ad hoc-Notfälle) zu denken, die ihrer Natur nach das Einhalten einer Frist bzw eine rechtzeitige Meldung nicht zulassen (Operationen, spontane Untersuchungen etc). Damit ist bei einem

⁹⁵⁰ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ 6/563, 465.

⁹⁵¹ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

Dienstverhinderungsgrund (zB Krankheit nach ein paar Stunden Arbeit) am persönlichen Feiertag dieser konsumiert.

Zur detaillierten Behandlung der jeweiligen Dienstverhinderungen mit Entgeltfortzahlung, siehe Kapitel 10.

7.2.4.2. Krankenstand am persönlichen Feiertag aus Sicht des Rücktrittsrechts

1.1. Variante 1 Problemstellung

Der AN erkrankt nach Bekanntgabe, aber noch vor Antritt des persönlichen Feiertages und übermittelt dem AG vor Antritt ordnungsgemäß die Krankmeldung und kann den persönlichen Feiertag nicht konsumieren. Kann der AN einen anderen persönlichen Feiertag nach seinem Krankenstand widmen?

1.2. Meinungsstand

In der Literatur gibt es dazu verschiedene Ansichten:

- Nach *Erler* wäre ein Rücktritt in diesem Fall möglich und der AN könnte einen anderen Tag als persönlichen Feiertag wählen.⁹⁵²
- *Drs* nimmt hingegen eine Urlaubsunterbrechung mit der Rechtsfolge von § 5 UrlG an, wonach „die fraglichen Krankenstandstage nicht auf den Urlaub anzurechnen sind“.⁹⁵³ Somit geht ihrer Ansicht nach das Widmungsrecht „verloren“, der Urlaubstag hingegen nicht, auch wenn der Krankenstand nur einen Tag dauern sollte.
- Laut *Auer-Mayer* bedeutet es „nicht zwangsläufig, dass bei einem Krankenstand, der länger als drei Kalendertage dauert, auch das einseitige Antrittsrecht nach § 7a ARG konsumiert ist, die in § 5 Abs 1 UrlG kommende Risikoverteilung wird sich aber auch auf dieses durchschlagen“.⁹⁵⁴
- Laut *Glowacka* ist es fraglich, ob die Grundsätze des Urlaubsrechtes schlagend werden, da eben im Falle des § 7a ARG keine Urlaubsvereinbarung zwischen den Parteien vorliegt. Sie legt dar, dass „sie gewisse Wertungen indizieren, die dem Urlaubsrecht immanent sind“ und bekräftigt dies am Beispiel des § 5 UrlG, welcher „zu einer

⁹⁵² *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

⁹⁵³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 175.

⁹⁵⁴ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

automatischen Urlaubsunterbrechung bei mehrtägiger Krankheit führt und somit keines expliziten Rücktritts bedarf⁹⁵⁵.

1.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Da es sich um einen Dienstverhinderungsgrund⁹⁵⁶ handelt und es zu einer Kollision von Krankenstand und dem persönlichen Feiertag kommt, bedarf es keines Rücktrittes. Die einschlägigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen (AngG, EFZG) sehen eine Entgeltfortzahlung vor.⁹⁵⁷

Meines Erachtens ist der Krankenstand in der beabsichtigten Konsumation des persönlichen Feiertages nicht mit einem Krankenstand am Zeitausgleichstag gleichzusetzen. Der Zeitausgleich verfolgt zwar ähnliche Zwecke wie der Urlaub, aber der Entgeltcharakter steht beim Zeitausgleich im Vordergrund⁹⁵⁸. Der Erholungszweck beim Zeitausgleich ist weniger von Bedeutung als beim Urlaub⁹⁵⁹, daher gilt der Zeitausgleichsanspruch als verbraucht, wenn ein Krankenstand währenddessen auftritt. Bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages gemäß § 7a Abs 1 ARG ist aber mE aufgrund des Urlaubscharakters der Erholungszweck zu bejahen und dieser mE folglich beim Krankenstand „wie Urlaub“ zu behandeln.

Wenn man eine Dienstverhinderung und keinen Rücktritt annimmt, ergeben sich mE je nach Länge des Krankenstandes verschiedene Lösungen⁹⁶⁰ (siehe detailliert Kapitel 10).

1. Der AN bestimmt unter Einhaltung der Formalvoraussetzung seinen persönlichen Feiertag. Bevor er diesen antreten kann, erkrankt er. Der (gemeldete) Krankenstand dauert länger als drei Tage.

- Wenn der AN während eines regulären Urlaubes erkrankt, dies unverzüglich meldet und nach Ende des Krankenstandes die Arbeitsunfähigkeitsmeldung vorlegt, wird der Urlaub gemäß § 5 Abs 1 UrlG unterbrochen, wenn die Erkrankung länger als drei Tage andauert (Vorrang des Krankentgeltes gegenüber dem Urlaubsentgelt)⁹⁶¹. In diesem Fall bedarf es keines expliziten Rücktrittes. Wie ist dieser Sachverhalt nun im Falle des persönlichen Feiertages zu lösen?

⁹⁵⁵ Glowacka, ASoK 2019, 122.

⁹⁵⁶ Lösching, Arbeitsrecht¹³ 6/586, 475.

⁹⁵⁷ Lösching, Arbeitsrecht¹³ 6/586, 475.

⁹⁵⁸ OGH 22.10.2012, 9 Ob A 146/11b.

⁹⁵⁹ OGH 29.5.2013, 9 Ob A 11/13b, *Windisch-Graetz*, Zeitausgleich trotz Krankenstands, ecolex 2013, 339.

⁹⁶⁰ So auch *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁹⁶¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 5 Rz 42.

- Wenn der AN länger als drei Tage erkrankt (persönlicher Feiertag und zwei Urlaubstage) und der persönliche Feiertag wäre als Urlaubstag konsumiert worden, bleibt der persönliche Feiertag erhalten. Das Widmungsrecht geht auch nicht verloren, da es aus Gründen, die der AN nicht zu vertreten hat, diesen nicht antreten kann. Der AN kann daher einen anderen persönlichen Feiertag einseitig widmen.
2. Der AN bestimmt unter Einhaltung der Formalvoraussetzung seinen persönlichen Feiertag. Bevor er diesen antreten kann, erkrankt er. Der (gemeldete) Krankenstand dauert kürzer als drei Tage.
- Wenn der AN während des regulären Urlaubes erkrankt, diesen unverzüglich meldet und nach Ende des Krankenstandes die Krankstandsbestätigung (Arbeitsunfähigkeitsbestätigung) vorlegt, wird der Urlaub nicht unterbrochen, wenn sich die Erkrankung kürzer als drei Tage andauert. Wie ist dies nun beim persönlichen Feiertag zu beurteilen?
 - Wenn der AN kürzer als drei Tage erkrankt und der persönliche Feiertag wäre als Urlaubstag konsumiert worden, unterbricht der Krankenstand den Urlaub nicht⁹⁶², dh sowohl der persönliche Feiertag als auch das Widmungsrecht gehen verloren.

2.1. Variante 2 Problemstellung

Der AN gibt seinen persönlichen Feiertag bekannt. Der AG ersucht ihn, an seinem persönlichen Feiertag zu arbeiten. Der AN sagt dem Ansinnen zu. Der AN erkrankt nach Bekanntgabe, aber noch vor Antritt des persönlichen Feiertages und übermittelt dem AG vor Antritt ordnungsgemäß die Krankmeldung. Somit stellt sich die Frage nach einer möglichen Entgeltfortzahlung mit doppeltem Entgelt aufgrund des Ausfallsprinzips.

2.2. Meinungsstand siehe auch in Kapitel 10

Laut *Hitz* ist der AN nach dem Ausfallsprinzip so zu stellen, als wäre er nicht erkrankt.⁹⁶³ Da in diesem Fall „kein Anlassfall vorliegt, der nach dem UrlG zu beurteilen ist“⁹⁶⁴, ist das Ausfallsprinzip anzuwenden und dem AN gebührt das doppelte Entgelt.⁹⁶⁵

⁹⁶² *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁹⁶³ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁹⁶⁴ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

⁹⁶⁵ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

Glowacka hält fest, dass in diesem Fall der AN nicht nur das Urlaubsentgelt behält, sondern auch den Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 8 AngG bzw dem EFZG und es gebührt das doppelte Entgelt.⁹⁶⁶

Drs vertritt hingegen die Rechtsansicht, dass § 5 UrlG in dieser Fallkonstellation gerade deshalb nicht zur Anwendung kommt, da es sich beim persönlichen Feiertag eben „um keinen Fall einesurlaubes handelt“, da der persönlichen Feiertag dem gesetzlichen Feiertag nachgebildet ist.⁹⁶⁷ Laut *Drs* ist es sachlich nur so zu erklären, dass die Regelung zum einseitigen Urlaubsantritt gemeinsam mit der Bezahlung des persönlichen Feiertages bei Erbringung einer Arbeitsleistung im ARG und nicht im UrlG angesiedelt ist.⁹⁶⁸

Erler legt dar, dass das doppelte Entgelt als Krankenentgelt gebührt, ohne dass ein Urlaubstag abgezogen wird, jedoch steht „aufgrund der Wertungen des Gesetzgebers aber auch in diesem Fall kein weiterer persönlicher Feiertag zu“. ⁹⁶⁹

Für den Krankheitsfall ergibt sich daraus nach *Drs*, dass dem AN ausnahmsweise auch am Feiertag das Krankenentgelt gemäß § 8 AngG bzw § 2 EFZG (inkl des für den Feiertag zu leistendem Arbeitsentgelt samt Zuschlägen) gebührt, wenn der AN aufgrund einer Vereinbarung am Feiertag hätte arbeiten müssen.⁹⁷⁰ Dies gilt nach Rechtsansicht von *Drs* auch für den persönlichen Feiertag, wenn sich der AN auf das Ersuchen des AG bereit erklärt zu arbeiten.⁹⁷¹

Wiesinger führt in diesem Zusammenhang aus, dass, wenn der AN den persönlichen Feiertag beantragt hat und dann dem Ersuchen des Arbeitgebers nachkommt und sich arbeitsbereit erklärt, jedoch erkrankt, er in diesem Fall (nach den Materialien) keinen Anspruch auf das doppelte, sondern auf das dreifache (!) Entgelt hätte.⁹⁷² Schließlich verneint er, dass der Gesetzgeber „eine solche Kumulierung von Entgeltfortzahlungsansprüchen angestrebt hätte“. ⁹⁷³ Da laut *Wiesinger* keine Arbeitsleistung erfolgt, steht dem AN ein Anspruch aus dem Krankenstandskontingent zu.⁹⁷⁴

Schrank führt in diesem Zusammenhang aus, dass hier zu fragen ist, ob „das gesetzliche Ausfallsprinzip bei vorhandenem Entgeltfortzahlungsanspruch (nur) das Urlaubsentgelt meint oder dieses doppelte Entgelt“. ⁹⁷⁵ Für das Urlaubsentgelt spricht „die Präzisierung mit dem Urlaubsentgelt“ in § 7a Abs 2 Satz 3 ARG sowie die „Wendung für die geleistete Arbeit“; für

⁹⁶⁶ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

⁹⁶⁷ *Drs*, FS Löschnigg, 48.

⁹⁶⁸ *Drs*, FS Löschnigg, 48.

⁹⁶⁹ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

⁹⁷⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 178.

⁹⁷¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 178.

⁹⁷² *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁹⁷³ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁹⁷⁴ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

⁹⁷⁵ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

das doppelte Entgelt hingegen spricht das „sehr weit verstandene Ausfallsprinzip, welches zumindest bei feststehender Feiertagsarbeit auch dieses in § 9 Abs 5 ARG zu erfassen scheint“.⁹⁷⁶ Abschließend führt er aus, dass „infolge des höheren Werts gesetzlicher Feiertage die Analogie zu § 9 Abs 5 ARG freilich nicht zwingend ist, vor allem dann nicht, wenn dem AN trotz des Krankenstandes die Möglichkeit offen steht, den persönlichen Feiertag zu konsumieren“.⁹⁷⁷

2.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Das doppelte Entgelt gebührt nur bei Nichtantritt auf Ansuchen des AG zur Kompensation für den Wegfall des einseitigen Urlaubsantrittsrechts im Interesse des AG. Wegen der langen Bindungswirkung des AG Angebotes kann sich mE der AN bis zum Antritt der Arbeit überlegen, ob er den persönlichen Feiertag konsumieren oder arbeiten möchte (dazu 7.2.1.1. Nicht-Antritt auf Ersuchen des AG Pkt 3.2.).

Erst wenn der AN faktisch die Arbeit antritt (Erfüllungshandlung⁹⁷⁸ des AN) oder das zusagt, wird als Rechtsfolge das doppelte Entgelt begründet (stille Annahme nach § 864 Abs 1 ABGB⁹⁷⁹). Da der AN krankheitsbedingt nicht erscheinen kann, kommt es daher nie zu einer Begründung des doppelten Entgeltes bei einem Krankenstand bzw zu einer Zahlung des doppelten Entgeltes nach dem Entgeltausfallsprinzip, außer wenn der AN die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zusagt und dann krank wird.

Da in § 7a Abs 2 ARG das doppelte Entgelt quasi als Kompensation für den Wegfall des einseitigen Urlaubsantrittsrechts im Interesse des AG gebührt und der Entgeltcharakter im Vordergrund steht, kann mE die Judikatur zum Zeitausgleich herangezogen werden, und der Urlaubstag gilt daher als verbraucht. Da das Widmungsrecht bereits ausgeübt wurde (=bekannt gegebener Urlaubstag), gehen sowohl der Urlaubstag als auch die Widmung verloren, dh es kann kein weiterer Urlaubstag mehr einseitig gewidmet werden. Letztlich erhält der AN auch kein doppeltes Entgelt, weil er ja nicht arbeitet (keine Arbeitspflicht). Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zusagt und dann aber erkrankt, gebührt dem AN nach dem Entgeltausfallsprinzip im Krankenstand das doppelte Entgelt (wie die Judikatur zum ZA).

⁹⁷⁶ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

⁹⁷⁷ *Schrank*, Liber Amicorum Mazal, 196.

⁹⁷⁸ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405. Dem Angebot wird innerhalb der Annahmefrist tatsächlich entsprochen. „Solange der Offerent nicht auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut, kann der Annehmende entweder durch völlige Beseitigung der Annahmehandlung oder durch die Widerrufserklärung den Vertrag wieder lösen“.

⁹⁷⁹ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 59; und *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405.

7.2.5. Der persönliche Feiertag und die Kündigungsfrist

7.2.5.1. Problemstellung

Wenn der AN die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages bestimmt hat und dieser durch die darauffolgende Lösung des Dienstverhältnisses in die Kündigungsfrist fällt, stellt sich die Frage, ob der AN den persönlichen Feiertag während der Kündigungsfrist verbrauchen muss oder aus der Kündigung ein Rücktrittsrecht resultieren könnte.

Hierbei ist zudem zu untersuchen, ob es hinsichtlich der Lösung einen Unterschied macht, wer (der AN oder der AG) das Arbeitsverhältnis aufkündigt.

7.2.5.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Variante 1: Der persönliche Feiertag fällt in die Kündigungsfrist

In der Lehre wurde diese Fragestellung im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag noch nicht thematisiert. Ausschlaggebend ist erstens der Urlaubsscharakter des persönlichen Feiertages, der bei der Konsumation zu bejahen ist und zweitens der, mE ebenfalls zu bejahende Erholungszweck beim persönlichen Feiertag (dazu Kapitel 3 Grundsätzliches zu § 7a ARG). Wenn man den Erholungszweck beim persönlichen Feiertag bejaht, ist in Anlehnung an die Rsp des OGH zum Urlaubsverbrauch während der Kündigungsfrist⁹⁸⁰ zu untersuchen, ob der Urlaubsverbrauch während der Kündigungsfrist unzumutbar ist, „wenn Umstände vorliegen, die den Urlaubszweck vereiteln“⁹⁸¹. Dies ist zB gegeben, „wenn der AN auf Grund seiner persönlichen und familiären Verhältnisse keine entsprechende Erholungsmöglichkeit hat“.⁹⁸² Im Falle einer AG-Kündigung kann man mE dahingehend argumentieren, dass sich der AN im Falle der AG-Kündigung durch die Kündigung uU ausgelösten Existenzängste an seinem persönlichen Feiertag nicht erholen kann. Es besteht für ihn keine Erholungsmöglichkeit⁹⁸³ und folglich ist der Verbrauch des persönlichen Feiertages mangels Erholungszweck nicht zumutbar. In diesem Fall ist mE dem AN ein Rücktrittsrecht einzuräumen. Anders ist es mE zu sehen, wenn der AN selbst kündigt, weil er ja die Kündigung selber herbeigeführt hat in Kenntnis des bereits für diesen Zeitraum festgelegten persönlichen Feiertag und er sich daher mE nicht auf geänderte Verhältnisse berufen kann.

⁹⁸⁰ OGH 23.11.1982, 7 Ob 633/82, Arb 10.196; OGH 13.3.1984, 4 Ob 28/84, Arb 10.334.

⁹⁸¹ Löschingg, Arbeitsrecht¹³ 6/692, 510; OGH 23.11.1982, 7 Ob 633/82, Arb 10.196.

⁹⁸² Löschingg, Arbeitsrecht¹³ 6/692, 510; OGH 13.3.1984, 4 Ob 28/84, Arb 10.334.

⁹⁸³ OGH 23.11.1982, 7 Ob 633/82, Arb 10.196.

Wenn der persönliche Feiertag sohin nicht konsumiert wird, wird er in Form von Urlaubersatzleistung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt. Siehe auch Kapitel Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Variante 2: Der persönliche Feiertag fällt auf einen Tag nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Deutlich mehr Fragen wirft mE die Konstellation auf, wenn der vom AN rechtzeitig vorangekündigte persönliche Feiertag durch eine Kündigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällt. In diesem Fall kann der AN konsequenterweise den persönlichen Feiertag nicht mehr verbrauchen bzw. die Arbeit auf Ersuchen des AG auch nicht antreten. Somit stellt sich die Frage, ob für diesen Tag das doppelte Entgelt iS des Entgeltausfallsprinzips in Form der Urlaubersatzleistung zu zahlen ist. Bei einer Vereitelung der Arbeitsleistung durch den AG gebührt mE jedenfalls das doppelte Entgelt. Ist noch offener Urlaub vorhanden, wird dieser als Urlaubersatzleistung abgegolten. Zur Frage der Abgeltung des persönlichen Feiertages als Urlaubersatzleistung siehe Kapitel 14 Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

7.3. Rücktrittsrecht des AG bei vereinbarter Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag

7.3.1. Problemstellung

Nachdem der AG die Meldung der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages entgegengenommen hat, gibt dieser in der Folge bekannt, dass er die Arbeitsleistung des AN für diesen Tag benötigt. Der AN sagt dem Ansinnen zu. In der Folge beschließt der AG jedoch, die Arbeitsleistung des AN doch nicht zu benötigen.

Hierbei stellt sich die Frage, ob dem AN das doppelte Entgelt nach dem Entgeltausfallsprinzip gebührt, da die Nichtannahme der Arbeitsleistung seitens des AG erfolgt.

7.3.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Grundsätzlich kommt ein Rücktritt des AG bei einer einseitigen Urlaubsantrittsmeldung wie der einseitige Urlaubsantritt gemäß § 7a ARG ist, nicht in Betracht⁹⁸⁴. Weiters ist ein Rücktritt des AG auch deshalb nicht möglich, weil betriebliche Interessen keine Rolle spielen.⁹⁸⁵

⁹⁸⁴ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 107.

⁹⁸⁵ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 107.

Wenn aber der AN dem Ersuchen des AG nachkommt, wird die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zwischen den Parteien vereinbart, es liegt also eine Vereinbarung von Arbeitsleistung am konkreten Tag vor. Ein Rücktritt von der Vereinbarung ist einer vorzeitigen Auslösung aus wichtigem Grund ist für jede der beiden Parteien zulässig.⁹⁸⁶ Das Rücktrittsrecht wird durch eine einseitige, empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung ausgeübt, weiters muss die Erklärung materiell berechtigt sein.⁹⁸⁷ Voraussetzung hierfür ist, dass ein wichtiger Grund vorliegt, der zum Rücktritt berechtigt⁹⁸⁸ und die Aufrechterhaltung der Vereinbarung wegen geänderter Verhältnisse unzumutbar macht.⁹⁸⁹

Im obigen Sachverhalt ist kein wichtiger Grund seitens des AG vorhanden, er benötigt nur die Arbeitskraft des AN nicht. Erklärt der AN seine Arbeitsbereitschaft und nimmt der AG diesen aber dann doch nicht an, handelt es sich um einen Fall der Risikotragung. Der AG ist im Annahmeverzug und er muss iSd Entgeltausfallsprinzips gemäß § 1155 ABGB das doppelte Entgelt leisten.⁹⁹⁰ § 1155 ABGB ordnet an, dass AN ihr Entgelt für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, auch dann gebührt, wenn sie zur Leistung bereit waren und durch Umstände, die auf Seite des AG liegen, daran verhindert worden sind.⁹⁹¹

Da das Widmungsrecht seitens des AN ausgeübt und der persönliche Feiertag durch die Zahlung des doppelten Entgeltes gemäß § 1155 vom AG „abgekauft“ wurde, gilt das Recht auf den persönlichen Feiertag als konsumiert und der AN kann daher in diesem Urlaubsjahr keinen anderen persönlichen Feiertag mehr widmen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in all den Fällen, in denen eine Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag auf Initiative des AG vereinbart wurde, die Bezahlung des doppelten Entgeltes gem § 1155 ABGB zusteht, da diese durch diese Vereinbarung ausgelöst wurde und der AN zur Arbeit bereit und willig war, der AG aber auf seine Arbeitsleistung verzichtet hat.

⁹⁸⁶ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 16.

⁹⁸⁷ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 16.

⁹⁸⁸ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 107.

⁹⁸⁹ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 16; Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 103.

⁹⁹⁰ Heilegger in Gasteiger/Heilegger/Klein, AZG⁵, 500 Rz 18ff; und OGH 9 ObA 81/88; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1093.

⁹⁹¹ Gruber-Risak, ÖJZ 4/2021, 165.

7.4. Einschränkung des Zeitpunktes des persönlichen Feiertages

7.4.1. Problemstellung

Der AN bestimmt seinen persönlichen Feiertag. Bevor er diesen antritt, will ihn der AG in die Arbeit rufen, da er dessen Arbeitsleistung benötigt.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es Gründe gibt, die immer eine Arbeitsleistung rechtfertigen können, wie zB beim Rückruf aus dem Urlaub.

Die Fragestellung wird anhand einer möglichen Notarbeitspflicht beim persönlichen Feiertag untersucht.

7.4.2. Meinungsstand

7.4.2.1. Notarbeitspflicht im Rahmen der Treuepflicht

Die hL geht von einer Notarbeitspflicht im Rahmen der Treuepflicht als Ausfluss der Interessenwahrungs- bzw Treuepflicht aus.⁹⁹² Laut Definition im Lehrbuch *Födermayr/Resch* handelt es sich bei der Notarbeitspflicht „um eine Beistandspflicht in besonderen Zwangslagen, die für den AG weder vorhersehbar noch anders abwendbar sind und aus denen erhebliche Nachteile drohen. Auf alle Fälle ist vor Bejahung der Pflicht zur Notarbeit eine Abwägung der konkret betroffenen Interessen des AG und des AN vorzunehmen.“⁹⁹³

Weiters unbestritten ist auch, dass dieser Pflicht enge Grenzen gesetzt sind.⁹⁹⁴ In diesem Sinne führte der OGH⁹⁹⁵ aus, dass der AN nur zu den arbeitsvertraglichen bedungenen Arbeiten und nur ausnahmsweise bei Arbeiten einzuspringen verpflichtet ist, die nicht zu seiner eigentlichen Arbeitspflicht gehören.⁹⁹⁶ Weiters führt der OGH aus, dass die Treuepflicht insb nicht dazu führen kann, dass der AG den Inhalt der Arbeitspflicht via "Treuepflicht" quasi nach billigem Ermessen bestimmen kann, um den Betriebserfolg zu sichern.⁹⁹⁷

Zur Notarbeitspflicht hält *Preyer* fest, dass der AN bei Katastrophenfällen auch zu anderen Arbeiten als den vertraglich vereinbarten verpflichtet ist, etwa ein Angestellter ausnahmsweise

⁹⁹² *Resch*, Homeoffice im Kontext "außergewöhnlicher Verhältnisse", ZAS 2023, 2.

⁹⁹³ *Resch*, ZAS 2023, 2; *Födermayr/Resch*, Arbeitsrecht⁷ (2020) Rz 21; vgl etwa auch *Kietaihl/Rebhahn* in *ZellKomm*³ § 1153 ABGB Rz 38 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at) mwN; *Auer-Mayer* in *Köck*, Homeoffice-Kommentar § 2h AVRAG Rz 143.

⁹⁹⁴ *Resch*, ZAS 2023, 2; vgl *Auer-Mayer* in *Köck*, Homeoffice-Kommentar § 2h AVRAG Rz 143 mwN; *Felten*, Home-Office und Arbeitsrecht, öRdA 2020, 511(516).

⁹⁹⁵ OGH 9 Ob A 23/94 Arb 11.177 Der AN ist aus der Treuepflicht verpflichtet, seine Gewerbeberechtigung für den Reifenhandel dem AG zur Verfügung zu stellen.

⁹⁹⁶ *Resch*, ZAS 2023, 2; OGH 9 Ob A 23/94 Arb 11.177.

⁹⁹⁷ *Resch*, ZAS 2023, 2; OGH 9 Ob A 23/94 Arb 11.177.

vorübergehend auch zu Hilfsarbeiten.⁹⁹⁸ Eine solche Verpflichtung kann sich auch in Krisenzeiten ergeben und die Treuepflicht den AN in Ausnahmezeiten auch dazu verpflichten, dass er zumindest vorübergehend andersartige Tätigkeiten verrichtet, als vertraglich zunächst vereinbart.⁹⁹⁹ Es kommt für die Beurteilung dieser Verpflichtung einerseits auf die vertraglich vereinbarte Tätigkeit an, andererseits aber laut *Preyer* vor allem auf die jeweiligen Umstände, mit denen der AG konfrontiert ist, die je nach Branche und Aufgabengebiet unterschiedlich zu beurteilen sind (vgl auch *Friedrich*, ZAS 2020/26; *Gerhartl*, ecolex 2020, 577).¹⁰⁰⁰

Hervorzuheben ist, dass der AN iSd Notarbeitspflicht in Notfällen auch zu inhaltlich anderen Tätigkeiten als vertraglich vereinbart verpflichtet sein kann: zu gleichwertigen Diensten schon bei Ausfall anderer AN, zu geringerwertigen erst bei Katastrophenfällen (OGH 4 Ob 143/57, Arb 6746; 4 Ob 107/58, Arb 6945; 9 ObA 23/94, Arb 11.177).¹⁰⁰¹ Abzulehnen ist hingegen die in manchen E anklingende Auffassung, dass die Treuepflicht zu einer dauernden Änderung der vereinbarten Dienstpflicht im Falle notwendiger Umstrukturierungen des Betriebs führen kann (so zB OGH 4 Ob 94/76, Arb 8480; abl zu Recht *Spielbüchler*, DRdA 1980, 139 ff; s auch Rz 16).¹⁰⁰²

Der AN kann ausnahmsweise verpflichtet sein bei besonders schwerwiegenden, nicht vorhersehbaren betrieblichen Gründen seinen vereinbarten Urlaub bzw sogar den bereits angetretenen Urlaub abubrechen (Siehe Pkt 7.5.).¹⁰⁰³

7.4.2.2. Notarbeitspflicht beim persönlichen Feiertag

Firneis/ Unterrieder behandeln die Konstellation, ob sich eine Arbeitspflicht in außergewöhnlichen Fällen aus § 11 Abs 1 ARG ergeben könnte. Nach § 11 ARG dürfen AN während der Wochenend- und Feiertagsruhe in außergewöhnlichen Fällen mit vorübergehenden und unaufschiebbaren Arbeiten beschäftigt werden, soweit diese zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für die Sicherheit des Lebens oder der Gesundheit von Menschen oder bei Notstand sofort vorzunehmen sind (Z 1) oder zur Behebung einer Betriebsstörung oder zur Verhütung des Verderbens von Gütern oder eines sonstigen unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Schadens erforderlich sind, wenn unvorhergesehene und

⁹⁹⁸ *Preyer* in *Kuras*, Handbuch Arbeitsrecht, Kap 6 Pkt 6.2.2.2.

⁹⁹⁹ *Preyer* in *Kuras*, Handbuch Arbeitsrecht, Kap 6 Pkt 6.2.2.2.

¹⁰⁰⁰ *Preyer* in *Kuras*, Handbuch Arbeitsrecht, Kap 6 Pkt 6.2.2.2.

¹⁰⁰¹ *Kietztaibl/Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 38.

¹⁰⁰² *Kietztaibl/Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 38.

¹⁰⁰³ *Preyer* in *Kuras*, Handbuch Arbeitsrecht, Kap 6 Pkt 6.2.2.2.

nicht zu verhindernde Gründe vorliegen und andere zumutbare Maßnahmen zu diesem Zweck nicht möglich sind (Z 2).

Laut *Firneis/ Unterrieder* ergibt sich eine Arbeitspflicht in diesen Fällen aus der Treuepflicht des AN.¹⁰⁰⁴ Die Treuepflicht (als vertragliche Nebenpflicht) ist eine Fremddinteressenwahrungspflicht: sie verpflichtet den AN nur „in wenigen Fällen zu einem *positiven Tun*“ eben zB in außergewöhnlichen Fällen bzw Notfällen zu arbeiten, obwohl eigentlich grundsätzlich keine Arbeitspflicht besteht.¹⁰⁰⁵

Friedrich hält fest, dass ein außergewöhnlicher Grund iSd § 11 ARG in absoluten Ausnahmefällen vorliegen kann und nennt als Beispiel den einzelnen Techniker, der eine Betriebsstörung beheben kann und gerade am Tag der Betriebsstörung seinen persönlichen Feiertag hat oder den Spitzenkoch, der für den wichtigsten Feiertag seinen freien Tag bestimmt und dadurch ein gravierender wirtschaftlicher Schaden droht.¹⁰⁰⁶

Haider kommt eben zum selben Ergebnis und nimmt in Extremfällen die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers an.¹⁰⁰⁷ Wenn der AN seinen persönlichen Feiertag gerade dann nimmt, wenn er für den AG unverzichtbar ist, bejaht *Haider* die Arbeitspflicht, hält jedoch fest, dass dies wegen der langen Vorankündigungsfrist kaum der Fall sein wird.¹⁰⁰⁸

Reissner spricht im Zusammenhang mit dem Urlaubsgesetz davon, dass zur „Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile für das Unternehmen eine dienstliche Inanspruchnahme gerade dieses Arbeitnehmers nach den Umständen des Falles unumgänglich notwendig machen“.¹⁰⁰⁹ Laut *Pfeil* ist Betriebsnotstand zB bei Ausfall eines Backofens in einer Großbäckerei während der Nachstunden anzunehmen, wenn keine fremden Fachkräfte verfügbar sind.¹⁰¹⁰

Laut *Friedrich* gebührt in analoger Anwendung des § 7a ARG der 100%ige Zuschlag zum Arbeitsentgelt für die „aufgrund von § 11 ARG erbrachte Arbeitsleistung“ und „der Anspruch auf Geltendmachung eines weiteren persönlichen Feiertages entfällt“.¹⁰¹¹

Wiesinger hält eine Arbeitspflicht für gegeben, wenn ansonsten der Betrieb stillstehen würde und beruft sich auf die Treuepflicht des AN. Er begründet dies damit, dass der AN laut

¹⁰⁰⁴ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

¹⁰⁰⁵ *Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 239 und 256 ff.

¹⁰⁰⁶ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹⁰⁰⁷ *Haider*, ecolex 2019, 352.

¹⁰⁰⁸ *Haider*, ecolex 2019, 352.

¹⁰⁰⁹ *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ § 4 UrlG Rz 18.

¹⁰¹⁰ Vgl OGH 8 ObA 268/01x = wbl 2002/354.

¹⁰¹¹ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

Entscheidung des OGH¹⁰¹² zur Überstundenleistung verpflichtet ist, wenn ein Notfall iSd § 20 AZG vorliegt.¹⁰¹³

7.4.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

In dieser Variante möchte der AG einseitig aus einem wichtigen Grund heraus, der offenbar dem der Notarbeitspflicht entspricht, eine Arbeitspflicht am persönlichen Feiertag begründen.

Grundsätzlich gibt es keine Arbeitspflicht des AN, aufgrund der Notarbeitspflicht im Rahmen der Treuepflicht kann der AN aber in Notfällen auch zu inhaltlich anderen Tätigkeiten als vertraglich vereinbart verpflichtet sein: zu gleichwertigen Diensten schon bei Ausfall anderer AN, zu geringerwertigen erst bei Katastrophenfällen.¹⁰¹⁴

Eine Arbeitspflicht kann es auch nur im Rahmen der Notarbeitspflicht beim persönlichen Feiertag geben, weil ansonsten der AG die Inanspruchnahme des AN iS eines einseitigen Urlaubsantrittes durch ein willkürliches Ersuchen, dass er die Arbeitsleistung des AN gerade jetzt an seinem persönlichen Feiertag benötigt, vereiteln kann. Somit ist mE der AG verpflichtet, den Grund seines Ersuchens dem AN mitzuteilen. Wenn sich der Grund erst später herausstellt, zB bei Katastrophenfällen, ist mE eine Notarbeitspflicht für den AN im Rahmen der Treuepflicht zu bejahen. Wenn der AN über den Grund schon Bescheid weiß, ist ggf die Inanspruchnahme sittenwidrig, wenn der AN den persönlichen Tag dann nehmen möchte, wenn er für den AG unverzichtbar ist (Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages zur Unzeit), dies ist aber mE wegen der dreimonatigen Vorankündigungsfrist nur schwer vorstellbar.¹⁰¹⁵

Sowohl der AN als auch der AG haben hinsichtlich der Notarbeitspflicht Obliegenheiten: Einerseits muss der AN aufgrund seiner Treuepflicht im Hinblick auf die Aufwendungen des AG nach Bekanntwerden des Grundes unverzüglich auf das Ersuchen des AG reagieren. Andererseits muss ein redlicher AG aufgrund seiner Sorgfaltspflicht und in Kenntnis der Möglichkeit eines unvorhersehbaren drohenden Schadens, auch andere AN mit Spezialkenntnissen im Betrieb beschäftigen.

¹⁰¹² OGH 9 ObA 191/95.

¹⁰¹³ Wiesinger, ZAS 2019, 29.

¹⁰¹⁴ Kietaibl/Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 38.

¹⁰¹⁵ Haider, ecolex 2019, 352.

Sollte nur dieser AN über Spezialkenntnisse verfügen und nicht anwesend sein und es droht ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden, ist aufgrund der Treuepflicht des AN ausnahmsweise die Arbeitspflicht denkbar.

7.5. Zum Rückruf aus dem persönlichen Feiertag

7.5.1. Problemstellung

Der AN bestimmt seinen persönlichen Feiertag und tritt diesen auch an. Während der Konsumation des persönlichen Feiertages will der AG ihn in die Arbeit rufen. Da der AN vor der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages eine dreimonatige Vorankündigungsfrist hat, stellt sich die Frage, ob seitens des AG es überhaupt möglich ist, ihn vom persönlichen Feiertag zur Arbeit zurückzuberufen.

Eine weitere Frage ist, wenn man den Rückruf aus dem persönlichen Feiertag im Einzelfall bejaht, ob dann für die Arbeitsleistung das einfache oder das doppelte Entgelt gebührt und, ob das Widmungsrecht auch in dieser Fallkonstellation „abgekauft“ wird oder nicht.

7.5.2. Meinungsstand

Preyer erörtert im Zusammenhang mit der Notarbeitspflicht und bereits vereinbartem Urlaub, dass bei besonders schwerwiegenden, nicht vorhersehbaren betrieblichen Gründen der AN ausnahmsweise verpflichtet sein kann, seinen Urlaub zu verschieben oder den angetretenen Urlaub abubrechen.¹⁰¹⁶

Trinko differenziert im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag bei dieser Thematik zwischen Privatwirtschaft und Betrieben, wo ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Das entspricht den außergewöhnlichen Fällen des § 11 ARG, wenn ein besonderes öffentliches Interesse zur Einsatzbereitschaft in vollem Umfang besteht, insb in Angelegenheiten der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Landesverteidigung, Katastrophenschutz, Grenzkontrolle und Justizwache. Deshalb dürfen Bundesbedienstete (und mE wohl alle Mitarbeiter von ausgegliederten Betrieben, wo ein besonderes öffentliches Interesse besteht) auch an ihrem persönlichen Feiertag zum Dienst aus dem besonderen öffentlichen Interesse herangezogen werden.¹⁰¹⁷ Dies ergibt sich laut *Trinko* aus der Dienstrechtsnovelle 2019¹⁰¹⁸ und aus dem

¹⁰¹⁶ *Preyer* in *Kuras*, Handbuch Arbeitsrecht, Kap 6 Pkt 6.2.2.2.

¹⁰¹⁷ *Trinko*, DRdA-infas 2019, 292.

¹⁰¹⁸ BGBl. I Nr. 32/2019.

Ausschussbericht.¹⁰¹⁹ Ebenso bejaht dies *Friedrich* in Angelegenheiten der Dienstbereiche des § 48f Abs 2 Z 3 bis 7 BDG und des § 48f Abs 4 Z 2 BDG sowie für Bereiche mit einem besonderem öffentlichen Interesse, „wenn dies zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes zwingend geboten ist“.¹⁰²⁰

Friedrich legt dar, dass der Gesetzgeber (leider) keine vergleichbaren Regelungen für private Unternehmen geschaffen hat, eine Analogie findet er gefährlich und schlägt als alternative Lösungsvariante § 14 ARG vor.¹⁰²¹ Der Gesetzestext von § 14 ARG besagt, dass durch Verordnung Ausnahmen von der Wochenend- oder Feiertagsruhe für AN bestimmter Betriebe zuzulassen sind, wenn es das öffentliche Interesse infolge besonders schwerwiegender Umstände erfordert. Da durch § 11 ARG im Zusammenhang mit Katastrophen und Notstandsfällen nur vorübergehende und unaufschiebbare Arbeiten (Aufräumarbeiten bzw Wiederaufbauarbeiten) erlaubt sind, gibt hingegen § 14 ARG die Möglichkeit während längerer Zeit hindurch diese Arbeiten auch während der Ruhezeiten durchzuführen.¹⁰²² Somit hat § 14 ARG das breitere Spektrum, allerdings ist für den zulässigen Umfang einer solchen Verordnung das öffentliche Interesse ausschlaggebend, „das durch besonders schwerwiegende Umstände begründet sein muss“.¹⁰²³

Friedrich geht (von *Trinko* wurde diese Fallvariante nicht berücksichtigt), auf die privatrechtliche Unternehmen mit Betriebspflicht (zB Austro Control GmbH, öffentliche Eisenbahnen und Seilbahnen) in § 2 Abs 1 Satz 3 Austro Control-Gesetz, in § 2 Eisenbahngesetz und in § 5 Seilbahngesetz ein und bekräftigt, dass „das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung notwendiger gemeinwirtschaftlicher Versorgungsleistungen den individuellen betrieblichen Interessen vorgeht, was regelmäßig aber auch die Möglichkeit der Beschäftigung der zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendigen Anzahl an Arbeitnehmern bedeuten muss“.¹⁰²⁴ Er bejaht die analoge Anwendung „auch die von § 7a ARG abweichenden Regelungen der Dienstrechts-Novelle 2019“ bei vergleichbarer Interessenlage.¹⁰²⁵

7.5.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Zu bedenken und hinzuweisen ist mE in diesem Zusammenhang auf den Umstand, dass laut § 68 Abs 4 BDG 1979 und § 27e Abs 4 VBG 1948 gesetzlich verankert ist, dass sich durch

¹⁰¹⁹ AB 545 BlgNR 26. GP 2.

¹⁰²⁰ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹⁰²¹ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹⁰²² *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 14 ARG Rz 1.

¹⁰²³ *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ § 14 ARG Rz 3.

¹⁰²⁴ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹⁰²⁵ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

Heranziehung des AN zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebes das zustehende Urlaubsausmaß nicht mindert. Jedoch verliert der AN nach § 68 Abs 4 letzter Satz BDG 1979 sowie § 27e Abs 4 letzter Satz VBG 1948 sein Widmungsrecht auf den persönlichen Feiertag („Das Recht auf einseitige Festlegung gemäß Abs 3 bleibt jedoch konsumiert“). Da es sich hierbei um eine durch den AG (jedenfalls aber der AG-Sphäre) zurechenbare Rückberufung handelt, wird zwar das Urlaubskontingent des AN richtigerweise nicht gemindert, dem AN wird jedoch sein Rechtsanspruch auf einseitige Festsetzung des persönlichen Feiertages und somit das einseitige Gestaltungsrecht des AN durch den Gesetzgeber genommen. Eine mögliche Rechtfertigung kann die Zahlung des doppelten Entgeltes, also der „Abkauf“ des persönlichen Feiertages durch den AG sein, dies ist aber weder in den genannten Paragraphen (im Gegensatz zu § 7a Abs 2 ARG) noch im BDG 1979 und VBG 1948 geregelt.

Im Folgenden werden die Voraussetzungen sowie die Konsequenzen eines Rückrufs aus dem persönlichen Feiertag analysiert.

1. Voraussetzungen des Rückrufs

Dogmatisch ist mE die Rückberufung aus dem persönlichen Feiertag eine Form des Rücktritts des AG (wie der Rücktritt vom Urlaub).¹⁰²⁶ Es liegt mE kein einseitiges Gestaltungsrecht seitens des AG vor, da dieser den einseitigen Urlaubsantritt des AN aushebeln würde.

Dadurch, dass der AN seinen Urlaub einseitig antritt, begründet er die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages und konsumiert seinen Urlaubtag iSd § 7a Abs 1 ARG („des ihm zustehenden *Urlaubs*“). Leistet der AN dem Rückruf des AG Folge, kommt es zu einer Begründung einer Vereinbarung zwischen den Parteien (wie beim Rücktritt des AG schon erörtert). Grundsätzlich ist der AG nicht berechtigt den AN vom persönlichen Feiertag zurückzuberufen, dies kann nur unter den strengen Voraussetzungen des Rücktrittsrechts erfolgen.¹⁰²⁷ Wie bereits im Detail ausgeführt wurde, ist ein Rücktritt des AG (in der besonderen Form der Rückberufung aus dem persönlichen Feiertag) nur aus besonders schwerwiegenden Gründen möglich¹⁰²⁸, die zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile für das Unternehmen eine dienstliche Inanspruchnahme gerade dieses AN nach den Umständen des Falles unumgänglich

¹⁰²⁶ Vgl Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 18.

¹⁰²⁷ Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 12ff.

¹⁰²⁸ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 19; OGH 18.10.1989, 9 ObA 267/89, infas 1990 A 38; OGH 15.6.1988, 9 ObA 132/88, DRdA 1991/4, 40 (Csebrenyak); OGH 6.9.1983 4 Ob 89/83, DRdA 1985/9, 197 (Runggaldier); ASG Wien 28.4.1987, 13 Cga 660/86, Arb 10.628; ArbG Vöcklabruck 29.12.1986, Cr 40/86, Arb 10.586; OGH 2.4.2003, ObA 244/02a infas 2003, A 75.

notwendig machen.¹⁰²⁹ Da der AN bereits seinen persönlichen Feiertag angetreten hat¹⁰³⁰, ist beim Rückruf aus dem persönlichen Feiertag ein besonders strenger Maßstab¹⁰³¹ anzulegen, es muss ein Betriebsnotstand oder ein „Notstand auf Seiten des AG“ vorliegen.¹⁰³² Das Vorliegen der besonders schwerwiegenden Gründe ist folglich nach Antritt des persönlichen Feiertages strenger zu beurteilen, als vor Urlaubsantritt.¹⁰³³

2. Konsequenzen des Rückrufs

Erfolgt der Rücktritt nach Antritt des einseitigenurlaubes, wird der persönliche Feiertag für die Zukunft unterbrochen wie bei einem Rücktritt nach Urlaubsantritt.¹⁰³⁴ Wie bereits erörtert, dominieren die urlaubsrechtlichen Aspekte bei der Konsumation des persönlichen Feiertages, er dient demnach einem Erholungszweck. Grundsätzlich ist beim einseitigen Urlaubsantritt der Erholungszweck bereits dadurch erfüllt, dass die Arbeitspflicht des AN vorübergehend entfällt, und der AN sich erholen kann (aber nicht muss). Durch den Rückruf aus dem persönlichen Feiertag lebt die Arbeitsverpflichtung des AN wieder auf und er kann seinen persönlichen Feiertag ohne Zweckwidmung nicht mehr beliebig gestalten, womit daher auch sein Erholungszweck beeinträchtigt wird.

Daher ist im Einzelfall zu entscheiden, ob die Interessen des AG höherwertiger sind als der Erholungszweck des AN. Denkbar ist mE zB, dass im Betrieb nur ein AN über Spezialkenntnisse verfügt, er im Betrieb unersetzbar ist oder durch ein unvorhersehbares Ereignis (zB Epidemie) der Betriebsnotstand (welcher über das allgemeine Betriebsrisiko hinausgeht)¹⁰³⁵ droht und dies mit einem unverhältnismäßigen und wirtschaftlichen Schaden für den Betrieb einhergeht und die Ergreifung anderer Maßnahmen (durch überlassene AN) unzumutbar ist. Erst dann kann mE ein Rückruf für den AN vom persönlichen Feiertag erfolgen. Meines Erachtens verletzt der AG zudem seine Fürsorgepflicht, wenn er in Kenntnis über betriebliche Abläufe und durch Kalkulation möglicher Schäden keine Vertretung für diesen einen AN (schon allein im Hinblick auf Krankenstand, längere Abwesenheit, Karenzierung etc) organisiert, obwohl er für die Organisation des Betriebes¹⁰³⁶ verantwortlich ist.

¹⁰²⁹ Mayr/Erler, *UrlG*³ § 4 Rz 19; Basalka in Adametz/Basalka/M.Mayr/Stummvoll, *UrlG* (Loseblatt, 1977 idF 2002) § 4 Rz 18; Cerny, *Urlaubsrecht*¹⁰ § 4 Erl 1 und 12; Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, *Arbeitsrecht I*⁴ (1998) 312; Strasser, *Der Verbrauch des Urlaubs*, *ÖJZ* 1958, 398 (405); Waas, *Das geltende Urlaubsrecht und seine Probleme*, *DRdA* 1976, 93 (100).

¹⁰³⁰ Mayr/Erler, *UrlG*³ § 4 Rz 19.

¹⁰³¹ Mayr/Erler, *UrlG*³ § 4 Rz 19.

¹⁰³² Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), *ZellKomm*³ § 4 *UrlG* Rz 18.

¹⁰³³ Mayr/Erler, *UrlG*³ § 4 Rz 20.

¹⁰³⁴ Mayr/Erler, *UrlG*³ § 4 Rz 18.

¹⁰³⁵ Pfeil in Neumayr/Reissner, *ZellKomm*³ § 23 *AZG* Rz 8.

¹⁰³⁶ Lösching, *Arbeitsrecht*¹³ 6/307, 387.

Fraglich ist weiters, ob ein einziger Tag überhaupt den Betriebsnotstand in der Privatwirtschaft auslösen kann und ob der Rückruf des AN überhaupt in der Privatwirtschaft vorstellbar ist. Ein öffentliches Interesse wird wohl in der Privatwirtschaft nicht anzunehmen sein. Für einen Rückruf des AN von seinem persönlichen Feiertag durch den AG ist jedenfalls ein strenger Maßstab anzusetzen, weil es sich hierbei um einen einzigen Tag handelt (außer der AN vereinbart anschließend einen längeren Urlaub) und es mE in der Privatwirtschaft wohl seltener zur „Substitutionsproblematik“ durch andere AN (wie zB im öffentlichen Dienst mit AN mit Spezialkenntnissen) kommen kann. Weiters ist auch zu bedenken, dass aufgrund der dreimonatigen Vorankündigungsfrist ein redlicher AG in Abwägung der betrieblichen Interessen und Möglichkeiten jedenfalls zeitgerechte Vorkehrungen (sowohl in den betrieblichen Abläufen und Betriebsorganisation als auch im Personalstand) iS seiner Fürsorgepflicht treffen muss, damit ein reibungsloser Fortbetrieb gewährleistet ist.

Die Rückberufung aus dem persönlichen Feiertag hat zur Folge, dass der AN seinen Dienst grundsätzlich wieder antreten muss.¹⁰³⁷ Meines Erachtens kann der Rückruf des AG mit dem Ersuchen iSd § 7a Abs 2 ARG gleichgesetzt werden und es steht dem AN bei einer Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag das doppelte Entgelt zu.

Durch die Zahlung des doppelten Entgeltes wird im „Normalfall“ auch das Widmungsrecht „abgekauft“. Voraussetzung hierfür ist, dass der Nicht-Antritt auf freiwilligen Wunsch des AN basiert (§ 7a Abs 2 ARG: Es steht dem Arbeitnehmer *frei*, auf Ersuchen des Arbeitgebers den bekannt gegebenen Urlaubstag nicht anzutreten). Dadurch aber, dass der AN zwar sein Widmungsrecht ausgeübt hat, die gewünschte Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages des AN durch den Rückruf des AG vereitelt bzw unzumutbar wurde und der AN der Arbeitsleistung nicht zugestimmt hat, wird mE in dieser Fallkonstellation das Widmungsrecht nicht „abgekauft“.

Wenn der AN bereits Kosten und Aufwendung für die Konsumation seines persönlichen Feiertages getätigt hat, führt die Rückberufung aus dem Urlaub zum Ersatzanspruch auf diese getätigten Kosten und Aufwendungen (Reisekosten, Flugkosten, Hotelkosten etc); man wird wohl daher § 1014 ABGB analog anwenden und der AG hat diese getätigten Ausgaben zu ersetzen.

¹⁰³⁷ Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 20.

Ein möglicher Ersatz frustrierter Aufwendungen kann auch in einer fakultativen BV gemäß § 97 Abs 1 Z 12 ArbVG geregelt sein. Im Tatbestand des Z 12 ist „die Vergütung jener Aufwendungen erfasst, die der AN im Interesse des AG erbracht hat“.¹⁰³⁸ Somit auch Diäten und Kilometergelder.¹⁰³⁹

7.6. Zusammenfassung der Ergebnisse

In diesem Kapitel wurde der Nichtantritt des persönlichen Feiertages untersucht, wobei drei Konstellationen zu unterscheiden sind:

1. Einerseits geht es um den gesetzlich in § 7a Abs 2 ARG geregelten Fall, dass der persönliche Feiertag auf Ersuchen des AG nicht angetreten wird.
2. Andererseits soll der Fall behandelt werden, dass ein AN einen persönlichen Feiertag nach dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht mehr konsumieren möchte. Es stellt sich dabei die Frage, ob es ein solches, eigentlich gesetzlich nicht vorgesehenes Recht zum Rücktritt vom bereits bestimmten persönlichen Feiertag gibt bzw unter welchen Voraussetzungen dieses ausgeübt werden kann.
3. Eine weitere hier zu untersuchende Frage ist jene danach, ob der AG den Antritt des persönlichen Feiertages verhindern kann, indem er eine Arbeitsleistung an diesem Tag anordnet, insb auch deshalb, da ein Ausfall der Arbeitsleistung des AN zu unverhältnismäßigen Schäden für ihn führen würde.

Es ist im zweiten und dritten Fall, dem „Rücktritt“ vom persönlichen Feiertag, insb zu prüfen, ob die zum Urlaub entwickelten Lösungen auf den persönlichen Feiertag übertragen werden können. Auch hier zeigt sich in voller Schärfe, dass die theoretische Einordnung des persönlichen Feiertages, der ja ein Hybrid aus Feiertag und Urlaub ist, von großer praktischer Relevanz ist.

Konstellation 1: Nichtantritt auf Ersuchen des AG

Der Gesetzestext des § 7a Abs 2 ARG geht von einem Ersuchen durch den AG aus und normiert, dass „*es frei steht... den Urlaubstag... nicht anzutreten*“.¹⁰⁴⁰ Das Ersuchen des AG ist mE als „einleitende Willenserklärung“¹⁰⁴¹, also als Angebot zur Erbringung der

¹⁰³⁸ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 185c.

¹⁰³⁹ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 185c.

¹⁰⁴⁰ So auch Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

¹⁰⁴¹ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 399.

Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zu werten. Bindungswirkung bedeutet, dass der AG sein Angebot nicht mehr einseitig widerrufen kann.¹⁰⁴²

§ 7a Abs 2 ARG sieht diesbezüglich keine Bindungsfrist des AG vor. Der AG kann eine Frist ausdrücklich festlegen.¹⁰⁴³ Wenn eine solche nicht ausdrücklich festgelegt wurde, greifen die Dispositivnormen des § 862 ABGB ein,¹⁰⁴⁴ wonach der Offerent (AG) bis zu dem Zeitpunkt gebunden ist, indem er eine Antwort erwarten kann.¹⁰⁴⁵ Dies ist mE der Zeitpunkt des Arbeitsantrittes.

Die Annahme¹⁰⁴⁶ durch den AN manifestiert sich neben einer entsprechenden Erklärung insb etwa mE in der Erfüllungshandlung¹⁰⁴⁷ des AN, dh mit Arbeitsantritt (stille Annahme nach § 864 Abs 1 ABGB¹⁰⁴⁸). Spätestens mit Arbeitsantritt kommt daher ein zweiseitiger Vertrag zwischen den Parteien zustande. Bis zum Arbeitsantritt kann sich der AN überlegen, ob er das Angebot annimmt, wenn der AG keine Frist festgelegt hat. Im Extremfall bedeutet das eine Bindungsfrist für den AG von drei Monaten.

In § 7a Abs 2 ARG ist auch nicht normiert, ob der AN überhaupt reagieren muss. Dem AN steht es daher frei, auf das Ersuchen zu reagieren oder auch nicht. Wenn der AN Kenntnis davon hat, dass der AG im Vertrauen auf das Unterbleiben der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag Dispositionen getroffen hat (wie zB eine Ersatzkraft eingestellt, Dienstplan umstrukturiert hat), ist mE aus der Treupflicht als Interessenswahrungspflicht abzuleiten, dass der AN nach Bekanntwerden des Grundes unverzüglich auf das Ersuchen des AG zu reagieren hat. Meines Erachtens lässt sich aus der Verletzung der Treuepflicht jedoch keine Schadenersatzpflicht des AN ableiten, da diese hauptsächlich Unterlassungspflichten zum Gegenstand hat, dh der AN Handlungen zu unterlassen hat, die betriebliche Interessen nachteilig beeinflussen.¹⁰⁴⁹ Einerseits spielen beim persönlichen Feiertag betriebliche Interessen des AG keine Rolle (der Gesetzgeber hat weder entsprechende Einschränkungen in § 7a ARG und auch kein dem § 4 Abs 4 UrlG entsprechendes Klagerecht des AG vorgesehen)¹⁰⁵⁰, andererseits ist es zudem mE

¹⁰⁴² Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 408.

¹⁰⁴³ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 411.

¹⁰⁴⁴ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 411; § 862 ABGB bestimmt, dass Angebote unter Anwesenden sowie telefonische Offerten sofort angenommen werden müssen.

¹⁰⁴⁵ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 59.

¹⁰⁴⁶ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 403.

¹⁰⁴⁷ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405. Dem Angebot wird innerhalb der Annahmefrist tatsächlich entsprochen. „Solange der Offerent nicht auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut, kann der Annehmende entweder durch völlige Beseitigung der Annahmehandlung oder durch die Widerrufserklärung den Vertrag wieder lösen“.

¹⁰⁴⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 59; und Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405.

¹⁰⁴⁹ Brodil/Gruber-Risak, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 256.

¹⁰⁵⁰ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

fraglich, was für einen Schadensausmaß der AG (es geht um einen Tag an dem der AN nicht anwesend ist) hier geltend machen würde.

Anders zu beurteilen ist es mE bei Verletzung der Treuepflicht, insb wenn der AG zur Arbeitsleistung aufgefordert und der AN explizit zugesagt hat.

1. Variante: Wenn der AN auf das Ersuchen des AG nicht reagiert, die Formvoraussetzungen jedoch einhält und dem AG daher der Zeitpunkt des persönlichen Feiertages bekannt ist und der AN am besagten Tag zur Arbeit nicht erscheint (= Antritt des persönlichen Feiertages), ist mE von der Konsumation des persönlichen Feiertages auszugehen und nicht von einem unberechtigten vorzeitigen Austritt.

2. Variante: Wenn der AN auf das Ersuchen des AG nicht reagiert, aber zur Arbeit erscheint und die Arbeitsleistung erbringen möchte (= Nichtantritt des persönlichen Feiertages), darf der AG den Arbeitsantritt aufgrund der Bindungswirkung nicht verweigern, wenn er selbst darum ersucht hat und muss das doppelte Entgelt für die Arbeitsleistung zahlen.

3. Variante: Anders ist es hingegen zu beurteilen, wenn der AG eine Frist zur Äußerung festlegt.

4. Variante: Wenn der AG den AN um Arbeitsleistung ersucht, der AN willigt auch ein, tritt aber den persönlichen Feiertag doch nicht an, da er vor Arbeitsantritt begründet zurücktritt, wird der Anspruch auf das doppelte Entgelt nicht begründet, da dieser eben erst mit Arbeitsantritt entsteht. Die Sphärentheorie nach § 1155 ABGB ist nicht heranzuziehen, da der AN aufgrund des Rücktrittes nicht zur Leistung bereit war. Somit gebührt in diesem Fall kein doppeltes Entgelt.

Wenn der AN einen Änderungswunsch über den Zeitpunkt des persönlichen Feiertages an den AG richtet, handelt es sich um ein Angebot zur einvernehmlichen Abänderung der Lage des persönlichen Feiertages. Mit Annahme des Angebotes den AG kommt die einvernehmliche Änderung zustande. Selbiges gilt auch für den Nichtantritt ohne neuen Termin.

Denkbar ist auch, dass sich der AG und der AN darauf einigen, dass die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag nicht als Verbrauch des einseitigen Urlaubsantrittes gemäß § 7a ARG gilt,

und dafür der AN einen anderen Tag als persönlichen Feiertag ohne höheren Entgeltanspruch „widmen“ kann („Verschiebung des persönlichen Feiertages“).¹⁰⁵¹ Dabei kann weiters danach unterschieden werden auf wessen Initiative diese Verschiebung zu Stande kommt. Basiert die Verschiebung auf Initiative des AN, so wird lediglich der Zeitpunkt verschoben, der persönliche Feiertag gilt als konsumiert.

Wenn die Verschiebung auf die Initiative des AG erfolgte, ist der AN auf das Ersuchen des AG eingegangen und hat am ursprünglich festgesetzten persönlichen Feiertag die Arbeit verrichtet, welche der AG auch entgegengenommen hat. Es liegt somit ein Arbeitsantritt am persönlichen Feiertag vor. Zudem handelt es sich bei den Entgeltbestimmungen des ARG, wie auch § 7a Abs 2 ARG¹⁰⁵², um einseitig zwingende Bestimmungen, dh dass von diesen zugunsten des AN abgewichen werden kann.¹⁰⁵³ Der AN hat somit alle erforderlichen Voraussetzungen¹⁰⁵⁴ des Abs 2 für den Anspruch auf das doppelte Entgelt erfüllt. Erst danach wird zwischen den Parteien ein eintägiger Urlaubsverbrauch vereinbart.

Folglich kann eine Verschiebung des persönlichen Feiertages auf AG - Initiative wegen des einseitig zwingenden Charakters von § 7a Abs 2 ARG nicht ohne das doppelte Entgelt am ursprünglichen persönlichen Feiertag erfolgen.

Konstellation 2: Rücktritt des AN

Es geht dabei um Sachverhalte und deren Lösungsvarianten, in denen der AN seinen persönlichen Feiertag aus wichtigem Grund, der den Verbrauch unzumutbar macht, nicht konsumieren kann. Es handelt sich um Fälle, bei denen gearbeitet werden kann, dh keine Dienstverhinderung aus anderen Gründen vorliegt, und bei denen der AN auch arbeiten will, da der persönliche Feiertag seinen Zweck verfehlt.

1. Begründeter Rücktritt:

Ein Rücktritt ist immer dann möglich, wenn die Konsumation des persönlichen Feiertages wegen geänderter Verhältnisse unzumutbar ist. Dies ergibt sich aus generellen zivilrechtlichen Normen, die die Vertragsgrundsätze auch auf die Auslegung der einseitigen Willenserklärung des § 7a Abs 1 ARG anzuwenden sind.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵¹ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

¹⁰⁵² Beim Urlaubsverbrauch handelt es sich um Entgelt im weiten Sinn siehe Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

¹⁰⁵³ Drs, Arbeits- und Sozialrecht⁵, 11. und 137.

¹⁰⁵⁴ Meines Erachtens ist es ausreichend, wenn der AN die Formvoraussetzungen einhält.

¹⁰⁵⁵ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 346.

Dazu kommt, dass der persönliche Feiertag als einseitiger Urlaubsantritt überwiegend Charakterzüge desurlaubes aufweist und damit der Erholungszweck des persönlichen Feiertages zu bejahen ist (dazu Kapitel 3). Daher berechtigen beim persönlichen Feiertag „im Hinblick auf den Erholungszweck dessen Konsumation unzumutbar erscheinend lassende, wichtige Gründe zum Rücktritt“¹⁰⁵⁶.

Ob ein Rücktrittsgrund als ausreichend wichtig anzusehen ist oder nicht, ist im Einzelfall zu analysieren. Meines Erachtens ist daher im ersten Schritt abzuklären, ob der Erholungszweck beeinträchtigt ist bzw ob wichtige Gründe vorliegen, die die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages unzumutbar machen.

Jedenfalls ergibt sich aus der Treuepflicht als Interessenswahrungspflicht, die Pflicht des AN nach Bekanntwerden des Grundes unverzüglich zu reagieren, dh den Rücktritt unverzüglich zu erklären. Ansonsten geht das Rücktrittsrecht unter.

Liegt ein begründeter Rücktritt vor, ist eine Arbeitsleistung zu erbringen. Der persönliche Feiertag als Urlaubstag samt Widmungsrecht bleiben dem AN erhalten. Das heißt, dass der AN einen anderen Tag (unter Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen) als persönlichen Feiertag widmen kann. Der AG darf seinen Dienstantritt nicht verweigern bzw treffen ihn ansonsten die Rechtsfolgen des § 1155 ABGB.

Ohne wichtigen Grund ist ein Rücktritt hingegen nicht möglich. Der persönliche Feiertag ist daher zu konsumieren. Anders wenn der AG den AN zur Arbeit zulässt, dann liegt eine Nichtkonsumation auf Ersuchen des AN vor.

Konstellation 3: Kollision mit anderen Dienstverhinderungsgründen

- Wenn der persönliche Feiertag **krankheitsbedingt** nicht konsumiert werden kann und der **AN länger als drei Tage erkrankt**, bleibt der persönliche Feiertag erhalten. Das Widmungsrecht geht auch nicht verloren, weil er aus Gründen, die der AN nicht zu vertreten hat, diesen nicht antreten kann. Der AN kann daher einen anderen persönlichen Feiertag einseitig widmen.
- Wenn der **AN kürzer als drei Tage erkrankt**, unterbricht der Krankenstand den Urlaub nicht¹⁰⁵⁷, dh sowohl der persönliche Feiertag als auch das Widmungsrecht gehen verloren.

¹⁰⁵⁶ So zum Urlaub Mayr/Erler, UrlG³ § 4 Rz 20.

¹⁰⁵⁷ Hitz, ARD 6641/5/2019.

Wenn **der AG den AN nach Bekanntgabe des persönlichen Feiertages ersucht, an seinem persönlichen Feiertag zu arbeiten und der AN erkrankt noch vor Antritt des persönlichen Feiertages**, stellt sich somit die Frage nach einer möglichen Entgeltfortzahlung mit doppeltem Entgelt. Da in § 7a Abs 2 ARG das doppelte Entgelt quasi als Kompensation für den Wegfall des einseitiges Urlaubsantrittsrechts im Interesse des AG gebührt und der Entgeltcharakter im Vordergrund steht, kann mE die Judikatur zum Zeitausgleich herangezogen werden, und der Urlaubstag gilt daher als verbraucht. Da das Widmungsrecht bereits ausgeübt wurde (= bekannt gegebener Urlaubstag), gehen sowohl der Urlaubstag als auch die Widmung verloren, dh es kann kein weiterer Urlaubstag mehr einseitig gewidmet werden. Letztlich erhält der AN auch kein doppeltes Entgelt, weil er ja nicht arbeitet (keine Arbeitspflicht). Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zusagt und dann aber erkrankt, gebührt dem AN nach dem Entgeltausfallsprinzip im Krankenstand das doppelte Entgelt (wie die Judikatur zum ZA).

Konstellation 4: Zur Arbeitspflicht am persönlichen Feiertag

In dieser Variante möchte der AG einseitig aus einem wichtigen Grund heraus, der offenbar dem der Notarbeitspflicht entspricht, eine Arbeitspflicht am persönlichen Feiertag begründen. Sowohl der AN als auch der AG haben hinsichtlich der Notarbeitspflicht Obliegenheiten: Einerseits muss der AN aufgrund seiner Treuepflicht im Hinblick auf die Aufwendungen des AG nach Bekanntwerden des Grundes unverzüglich auf das Ersuchen des AG reagieren. Andererseits muss ein redlicher AG aufgrund seiner Sorgfaltspflicht und in Kenntnis der Möglichkeit eines unvorhersehbaren drohenden Schadens, auch andere AN mit Spezialkenntnissen im Betrieb beschäftigen. Sollte nur dieser AN über Spezialkenntnisse verfügen und nicht anwesend sein und es droht ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden, ist aufgrund der Treuepflicht des AN ausnahmsweise die Arbeitspflicht denkbar.

Ein Unterfall ist die Konstellation, dass der AG den AN aus dem persönlichen Feiertag in die Arbeit rufen möchte. Das ist nur unter den strengen Voraussetzungen des Rücktrittsrechts möglich¹⁰⁵⁸, wo ebenso wie beim Rückruf aus dem Urlaub ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist. Es muss ein Betriebsnotstand oder ein „Notstand auf Seiten des AG vorliegen“.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁸ Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 12ff.

¹⁰⁵⁹ Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm³ § 4 UrlG Rz 18.

Durch Interessensabwägung im Einzelfall ist dabei zu entscheiden, ob die Interessen des AG im Einzelfall höherwertiger sind als der Erholungszweck des AN. Ist das der Fall, so ist der Rückruf mit dem Ersuchen iSd § 7a Abs 2 ARG gleichzusetzen und es steht dem AN bei einer Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag das doppelte Entgelt zu.

Durch die Zahlung des doppelten Entgeltes wird im „Normalfall“ auch das Widmungsrecht „abgekauft“. Voraussetzung hierfür ist, dass der Nicht-Antritt auf freiwilligen Wunsch des AN basiert (§ 7a Abs 2 ARG: Es steht dem Arbeitnehmer *frei*, auf Ersuchen des Arbeitgebers den bekannt gegebenen Urlaubstag nicht anzutreten). Dadurch aber, dass der AN zwar sein Widmungsrecht ausgeübt hat, die gewünschte Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages des AN durch den Rückruf des AG vereitelt bzw unzumutbar wurde und der AN der Arbeitsleistung nicht zugestimmt hat, wird mE in dieser Fallkonstellation das Widmungsrecht nicht „abgekauft“.

Wenn der AN bereits Kosten und Aufwendung für die Konsumation seines persönlichen Feiertages getätigt hat, führt die Rückberufung vom persönlichen Feiertag zum Ersatzanspruch auf diese getätigten Kosten und Aufwendungen (Reisekosten, Flugkosten, Hotelkosten etc) gemäß § 1014 ABGB analog.

8. Sonderfall Kollektive Inanspruchnahme

In den bisherigen Kapiteln wurde auf die individuelle Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages eingegangen. Spezielle Probleme wirft aber die kollektive Inanspruchnahme auf. Prinzipiell lässt der persönliche Feiertag mangels Zweckwidmung eine Konsumationsmöglichkeit für alle AN an jedem beliebigen Tag zu, so auch, wenn alle AN denselben Tag wählen.

Im Hinblick darauf, dass es mE kein Ablehnungsrecht des AG gibt und der AN auch seine Entscheidung, diesen ausgewählten Tag in Anspruch nehmen zu wollen, nicht begründen¹⁰⁶⁰ bzw den Grund der Inanspruchnahme nicht angeben muss (siehe Kapitel 6 Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages Ablehnungsrecht), sind jene Sachverhalte zu untersuchen, bei welchen mehrere AN zB in einem Betrieb denselben Tag als persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen wollen.

So ergeben sich zB folgende Problemkreise der kollektiven Inanspruchnahme:

- Im Handel an verkaufsintensiven, umsatzstarken Tagen
- Als Arbeitskampfmaßnahme (Streik)
- Wenn die AN das doppelte Entgelt erzielen wollen
- Arbeitsniederlegung unter Anleitung des BR
- Inanspruchnahme mehrerer AN aus religiösen Gründen
- Kollektiver Nicht-Antritt mehrerer AN aus der Intension heraus, um ein höheres Entgelt zu erzielen

8.1.1. Problemstellung der kollektiven Inanspruchnahme als wirtschaftliche Unzumutbarkeit
Wenn mehrere AN denselben Tag ins Auge gefasst haben und dieser zB auf einen verkaufsintensiven, umsatzstarken Tag (zB Verkaufssamstage in der Adventszeit) fällt, ist in diesem Zusammenhang die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme durch mehrere AN zu untersuchen.

¹⁰⁶⁰ Auer-Mayer, ZAS 2020, 22.

8.1.1. Meinungsstand

Friedrich nimmt auf *K. Mayr* Bezug und erklärt, dass es im Handel vorkommen könnte, dass AN den persönlichen Feiertag auf den umsatzstärksten Tag des Jahres legen.¹⁰⁶¹ *Gleißner* sieht in dem Umstand, den AG unter Druck zu setzen oder ihm zu schaden, die Verletzung der Treuepflicht, „in die etwa auch das allgemeine Schikaneverbot nach § 1295 Abs 2 ABGB einfließt“.¹⁰⁶² Laut *Auer-Mayer* erfordert die Annahme für den Rechtsmissbrauch, dass die Schädigungsabsicht der einzige Grund der Rechtsausübung ist, oder dass zwischen den eigenen und den beeinträchtigten Interessen „ein ganz krasses Missverhältnis besteht“.¹⁰⁶³ Sie legt dar, dass der Gesetzgeber den Fall (AN bestimmt einen Tag als persönlichen Feiertag, an dem er vom AG dringend benötigt wird) mit dem Ersuchen des AG unter gleichzeitigem Anspruch auf das doppelte Entgelt sehr wohl bedacht und auch geregelt hat.¹⁰⁶⁴ Es gibt weder eine Begründungspflicht noch eine Interessensabwägung.¹⁰⁶⁵ Daher ist die Wahl eines für den AG „ungünstigen“ Tages kein rechtsmissbräuchliches Verhalten.¹⁰⁶⁶

8.1.2. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Schon der Gesetzestitel räumt dem AN das Recht ein, einen Tag (ohne Zweckwidmung) einseitig festzulegen („einseitiger Urlaubsantritt“). Eine Schädigungsabsicht des AN ist mE allein schon aus dem Machtungleichgewicht des AG und AN-Verhältnisses und aus der persönlichen Abhängigkeit des AN nicht anzudenken, da der AN womöglich seine Kündigung bzw Entlassung riskiert. Siehe hierzu im Detail Pkt 8.2.3.

Aus der langen Vorankündigungsfrist von drei Monaten kann es grundsätzlich für den AG nicht überraschend kommen, wenn mehrere AN einen besagten Tag in Anspruch nehmen möchten. Eben wegen dieser langen Vorankündigungsfrist bleibt ihm ausreichend Zeit und Dispositionsmöglichkeit, für den Fall der Inanspruchnahme durch mehrere AN bereits vorab rechtzeitig entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Hierzu ist der AG zudem aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht und Organisationspflichten verpflichtet. Weiters ist auch anzuführen, dass mE der AG den beabsichtigten persönlichen Feiertag grundsätzlich nicht ablehnen darf.

¹⁰⁶¹ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹⁰⁶² *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

¹⁰⁶³ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

¹⁰⁶⁴ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

¹⁰⁶⁵ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

¹⁰⁶⁶ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

8.2.1. Problemstellung der kollektiven Inanspruchnahme der Belegschaft als Arbeitskampfmaßnahme

In dieser Fallkonstellation geht es darum, dass mehrere AN den persönlichen Feiertag kollektiv in Anspruch nehmen möchten, um gegen die gegenwärtigen Arbeitsbedingungen in Form einer Arbeitskampfmaßnahme zu protestieren sowie eine Verschlechterung dieser zu verhindern bzw um bessere zu erkämpfen (zB höheren Lohn etc). Sie nutzen sozusagen die kollektive Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages als Arbeitskampfmittel. Die Forderung der AN, und damit das Streikziel der AN, ist daher die Erwirkung eines besseren Arbeitsumfeldes bzw die Optimierung der künftigen Arbeitsbedingungen.

Eine Variante der Problemstellung ist, wenn mehrere AN denselben persönlichen Feiertag wählen und dann auf Ersuchen des AG nicht antreten, um das doppelte Entgelt zu erzielen.

Hierbei sind daher folgende zwei Konstellationen zu untersuchen:

1. AN wählen den persönlichen Feiertag als Arbeitskampfmaßnahme
2. AN wollen doppeltes Entgelt erzielen

Folgender Sachverhalt hat sich ereignet: 30 Bundesheerbedienstete beantragten am Tag der Airpower ihren persönlichen Feiertag als Protestaktion. Sie waren bei der Flugshow unabhkömmlich, bei den Bediensteten handelte es sich um Meteorologen und Flugsicherer. Sie protestierten mit ihrer Aktion gegen die Dienstverträge, da diese um 30 Prozent niedriger dotiert gewesen seien als in der Privatwirtschaft. Verteidigungsminister Starlinger kündigte mit ihnen Gespräche an (APA 19.06.2019).¹⁰⁶⁷

Es stellen sich in diesem Zusammenhang folgende Fragen bzw offene Punkte, die näher auszuführen sind:

- Ist die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages von mehreren AN als Streik zu werten?
- Dürfen die AN ihren persönlichen Feiertag kollektiv konsumieren?
- Wenn es kein legitimes Ziel ist, stellt sich zudem die Frage, ob es die Treuepflicht verbietet, dass alle AN am selben Tag den persönlichen Feiertag konsumieren.
- Wenn man den Streik bejaht, ist weiter zu untersuchen, ob es sich hierbei um einen gerechtfertigten Streik handelt oder nicht. Daher ist mE das Streikziel maßgeblich. Liegt ein Arbeitskampf mit einem legitimen Ziel vor (Streikziel)?

¹⁰⁶⁷ <https://www.derstandard.at/story/2000105098831/30-soldaten-beantragten-am-tag-der-airpower-persoentlichen-feiertag> (heruntergeladen am 31.03.2020).

- Eine weitere zu untersuchende Frage ist jene nach der Entgeltfortzahlung bei der kollektiven Inanspruchnahme, ob also das Entgelt der AN fortgezahlt wird oder nicht.
- Wenn man die kollektive Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages als einen eintägigen Streik wertet, stellt sich zudem die Frage nach dem Lohnanspruch (Urlaubsentgelt), da beim Streik dieser aufgrund der arbeitskampfbedingten Nichtarbeit entfällt.¹⁰⁶⁸
- Zudem ist zu untersuchen, ob die Streikzeit als einseitiger Urlaubsantritt gilt.
- Ist das doppelte Entgelt ein legitimes Ziel? Siehe Pkt 8.5.3.

8.2.1.1. Grundsätzliches zum Streik

Unter Arbeitskampf im weitesten Sinn wird „jede von einer Partei des Arbeitslebens ausgehende planmäßige Störung des Arbeitsfriedens durch kollektive Maßnahmen verstanden, mit denen ein bestimmter Zweck erreicht werden soll“. ¹⁰⁶⁹ Kollektivmaßnahmen betreffen eine Mehrzahl von Mitwirkenden¹⁰⁷⁰ (AN und AG sowie ihre jeweiligen Organisationen¹⁰⁷¹) und mitumfassen insb auch den Streik.¹⁰⁷² Kollektivmaßnahmen nach Art 28 GRC sind aber nicht nur solche des klassischen Arbeitskampfes¹⁰⁷³, sondern auch andere Arten wie Aussperrungen und sonstige Kollektivmaßnahmen (etwa Boykotte, Demonstrationen, Medienkampagnen, Flashmob-Aktionen).¹⁰⁷⁴ *Mazal* erörtert, dass es kraft Größenschlusses eindeutig ist, dass der Streik nur eine von mehreren kollektiven Maßnahmen ist, „sodass das Grundrecht nicht nur die Arbeitsniederlegung, sondern auch andere kollektive Maßnahmen zur Verteidigung von kollektiven Interessen umfasst“. ¹⁰⁷⁵ Außerdem ist laut *Mazal* unbestreitbar, dass kollektive Maßnahmen nicht nur auf Themen, die in einem KV zu regeln sind, beschränkt sind.¹⁰⁷⁶ Legitim sind kollektive Maßnahmen im Allgemeinen dann, wenn sie zur Verteidigung der Interessen von AN und AG oder deren Organisationen eingesetzt werden.¹⁰⁷⁷ Bei sonstigen kollektiven Maßnahmen reicht der Grundrechtsschutz nach Art 52 Abs 1 GRC bis an die Grenzen des Erlaubten.¹⁰⁷⁸ Ebenso gelten die allgemein für Streiks entwickelten Regeln bei einer

¹⁰⁶⁸ *Krejci*, Recht auf Streik, 316.

¹⁰⁶⁹ *Marhold/Osmanovic*, Ausstieg eines Fachverbandes aus einer Kollektivvertrags-Verhandlungsgemeinschaft, ASoK 2012, 202.

¹⁰⁷⁰ *Krejci*, Recht auf Streik, 143.

¹⁰⁷¹ *Krejci*, Recht auf Streik, 145.

¹⁰⁷² *Krejci*, Recht auf Streik, 384.

¹⁰⁷³ *Krejci*, Recht auf Streik, 154.

¹⁰⁷⁴ *Krejci*, Recht auf Streik, 157.

¹⁰⁷⁵ *Mazal*, Aus aktuellem Anlass: Streik und Friedenspflicht, ecolex 2024, 45

¹⁰⁷⁶ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹⁰⁷⁷ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹⁰⁷⁸ *Krejci*, Recht auf Streik, 157.

Protestversammlung¹⁰⁷⁹, welche als „einseitige kurzfristige Arbeitsniederlegung im Sinne eines Kurzstreiks“ anzusehen ist.¹⁰⁸⁰

Die „relativ häufigste Erscheinungsform des Arbeitskampfes ist der Streik“.¹⁰⁸¹ Der Streik ist der österreichischen Rechtsordnung bekannt, jedoch nicht definiert.¹⁰⁸² Aus Art 11 Abs 1 EMRK kann abgeleitet und in Art 28 GRC umfassend dargelegt werden, dass auf Verfassungsebene ein Grundrecht auf Streik besteht.¹⁰⁸³ Art 28 GRC und die jüngere Rsp des EGMR zu Art 11 EMRK legitimieren aufgrund von verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten ein subjektives Recht, an einem legitimen Streik teilzunehmen.¹⁰⁸⁴ *Krejci* definiert den Streik wie folgt: „Streik bedeutet Druckausübung durch planmäßige kollektive Arbeitsniederlegung, um dadurch bestimmte Ziele zu erreichen“.¹⁰⁸⁵ Hierbei handelt es sich um einen Arbeitskampf, bei dem es vor allem um die Durchsetzung besserer Arbeitsbedingungen für die AN geht.¹⁰⁸⁶ Die AN agieren nicht allein, sondern verfolgen zusammen das gemeinsame Streikziel („Gesamtaktion“).¹⁰⁸⁷

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer kollektiven Maßnahme ist, dass sie einem legitimen Ziel dient, wenn das Mittel, das eingesetzt wird, dem Ziel adäquat, also zur Erreichung des Ziels geeignet, und wenn der Einsatz des Mittels nicht übermäßig ist.¹⁰⁸⁸ Die kollektive Arbeitsniederlegung (= Streik) darf nur als „letztes Mittel“ der Interessenwahrung (*ultima ratio*) eingesetzt werden.¹⁰⁸⁹

Streiks, die gegen die kollektivvertragliche Friedenspflicht verstoßen, sind unzulässig.¹⁰⁹⁰ Streiks, die Ziele verfolgen, die nichts mit der Gestaltung von Arbeitsbedingungen zu tun haben, werden als sittenwidrig erachtet.¹⁰⁹¹ *Krejci* legt die Latte für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Streiks sehr hoch an: ein Streik ist demnach nur dann sittenwidrig, wenn „eine Verletzung des Gemeinwohls bzw der öffentlichen Sicherheit, den Eingriff in

¹⁰⁷⁹ *Krejci*, Recht auf Streik, 356.

¹⁰⁸⁰ OGH 17.01.1990, 9 ObA 347/89.

¹⁰⁸¹ *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2012, 202.

¹⁰⁸² *Jabornegg*, OGH 19.12.2005, 8 Ob A 23/05y, DRdA 2007, 9.

¹⁰⁸³ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹⁰⁸⁴ *Krejci*, Inwieweit kippt das Grundrecht auf Streik Österreichs tradierte Arbeitskampfdoktrin?, ASoK 2015, 282.

¹⁰⁸⁵ *Krejci*, Recht auf Streik, 21.

¹⁰⁸⁶ *Krejci*, Recht auf Streik, 22.

¹⁰⁸⁷ *Krejci*, Recht auf Streik, 23.

¹⁰⁸⁸ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹⁰⁸⁹ *Krejci*, Recht auf Streik, 17; *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹⁰⁹⁰ *Krejci*, Recht auf Streik, 393.

¹⁰⁹¹ *Krejci*, Recht auf Streik, 399.

höherrangige Rechte Dritter oder eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots betrifft“.¹⁰⁹² Zudem sind unverhältnismäßige Streikmaßnahmen sitten- und rechtswidrig.¹⁰⁹³ Weiters sind Streiks sittenwidrig, welche gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Streikmaßnahmen oder „gegen das Gebot verstoßen, den Streik erst als *ultima ratio* einzusetzen“.¹⁰⁹⁴ Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist zu prüfen, ob die durch die Kollektivmaßnahme ausgelösten Schäden in einem Verhältnis zum Verhandlungsstand stehen.¹⁰⁹⁵

Krejci unterscheidet zwischen kollektivrechtlich rechtmäßigen bzw rechtswidrigen Streiks.¹⁰⁹⁶ In beiden Fällen hält der AN seinen Arbeitsvertrag nicht ein.¹⁰⁹⁷ Bei der Teilnahme an einem erlaubten Streik handelt der einzelne Streikteilnehmer auch in seinem individualrechtlichen Rechtsverhältnis zum bestreikten AG nicht rechtswidrig und vorwerfbar.¹⁰⁹⁸

Bei der individualrechtlichen Seite der kollektiven Maßnahme folgt die aktuelle Lehre der sog Einheitsthese, wonach der einzelne AN, der sich an einer zulässigen kollektiven Maßnahme beteiligt, nicht rechtswidrig handelt und daher weder entlassen, noch aus dem Motiv der Teilnahme an der kollektiven Maßnahme ordentlich gekündigt werden kann.¹⁰⁹⁹

Krejci sieht das Arbeitsverhältnis für die Dauer eines berechtigten Streiks nicht gebrochen, sondern bis zum Ende des Streiks suspendiert.¹¹⁰⁰ Es kommt zur automatischen Suspendierung des Arbeitsvertrags¹¹⁰¹ und die Verletzung des individuellen Arbeitsvertrages in einem solchen Fall erscheint tolerabel.¹¹⁰²

8.2.1.2. Streikziele, Streikmittel bzw Streikmethoden

Ein essenzieller Bestandteil des Arbeitskampfes ist das Vorhandensein eines Kampfzieles: Dieses kann auf die Veränderung von Arbeitsbedingungen gerichtet sein (Arbeitskampf im

¹⁰⁹² *Krejci*, ASoK 2015, 282.

¹⁰⁹³ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹⁰⁹⁴ *Krejci*, Recht auf Streik, 395; *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹⁰⁹⁵ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹⁰⁹⁶ *Krejci*, Recht auf Streik, 266.

¹⁰⁹⁷ *Krejci*, Recht auf Streik, 266.

¹⁰⁹⁸ *Krejci*, Recht auf Streik, 267.

¹⁰⁹⁹ *Mazal*, ecolex 2024, 45; *Krejci*, Recht auf Streik, 272.

¹¹⁰⁰ *Krejci*, ASoK 2015, 282; *Krejci*, Recht auf Streik, 272 und 300. „Ist jedoch von einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf Streik auszugehen, liegt eine durch den Streik ausgelöste Suspendierung des individuellen Arbeitsvertrages nahe.“

¹¹⁰¹ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹¹⁰² *Krejci*, Recht auf Streik, 267; *Beumer*, Individuelles Streikrecht insb 98 ff.

engeren Sinn) oder auf die Durchsetzung allgemeiner gesellschaftlicher Ziele (Arbeitskampf im weiteren Sinn).¹¹⁰³

Durch den Entzug der Arbeitskraft und den Ausfall der Produktion soll Druck auf den AG ausgeübt werden.¹¹⁰⁴ Unmittelbares Ziel der Streikmethoden ist es, dem AG Schaden zuzufügen, um ihn in Richtung des angestrebten Streikzieles zu bewegen.¹¹⁰⁵ Die Schädigung ist der Druckmittel des Streiks: die kollektive Arbeitsniederlegung soll den üblichen Betriebsverlauf stören.¹¹⁰⁶ Zweck der Maßnahme ist dem AG Schaden anzudrohen bzw auch tatsächlich zu schaden, wenn der Streik durchgeführt wird.¹¹⁰⁷ Streikmaßnahmen sind organisiert, beruhen auf einem vorweg erstellten Aktionsplan, der entsprechend umgesetzt werden soll.¹¹⁰⁸

Streiks verfolgen primär das Ziel bessere Arbeitsbedingungen für die AN durchzusetzen, aber es gibt auch Streiks mit anderen Zielsetzungen (politischer Streik, Warnstreik, Demonstrations- bzw Proteststreik, Sympathiestreik).¹¹⁰⁹ Weiters können sie nach ihrer Erscheinungsform, also nach ihrer strategischen Methode, unterschiedlich konzipiert sein: es ist zwischen Totalstreik, Generalstreik, Flächenstreik sowie zwischen Teilstreik, Schwerpunktstreik, Sukzessivstreik, und Wellenstreik zu unterscheiden.¹¹¹⁰

8.2.1.3. Zum Entgeltanspruch der AN

Unabhängig davon, ob der Arbeitskampf gerechtfertigt erscheint oder nicht, haben die streikenden AN für die Zeit der arbeitskampfbedingten Dienstverweigerung keinen Lohnanspruch¹¹¹¹, da im Falle des Streiks die Dienstpflicht verletzt wird, wodurch der Lohnanspruch entfällt.¹¹¹² Dies ergibt sich schon aus § 1155 ABGB, weil die Ursache dafür, dass die AN ihrer Arbeitspflicht nicht nachkommen, der AN-Seite und nicht der AG-Sphäre zuzurechnen ist.¹¹¹³

Bezüglich der Entgeltfortzahlung entwickelte *Krejci* sowohl aus der Trennungs-, wie der Einheitsthese zutreffend die Auffassung, dass "auch Arbeitswillige, die infolge eines auch in

¹¹⁰³ *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2012, 202.

¹¹⁰⁴ *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2012, 202.

¹¹⁰⁵ *Krejci*, Recht auf Streik, 24.

¹¹⁰⁶ *Krejci*, Recht auf Streik, 36.

¹¹⁰⁷ *Krejci*, Recht auf Streik, 36.

¹¹⁰⁸ *Krejci*, Recht auf Streik, 28.

¹¹⁰⁹ *Krejci*, Recht auf Streik, 27.

¹¹¹⁰ *Krejci*, Recht auf Streik, 31.

¹¹¹¹ *Krejci*, Recht auf Streik, 398.

¹¹¹² *Krejci*, Recht auf Streik, 280.

¹¹¹³ *Krejci*, Recht auf Streik, 272.

ihrem Interesse geführten Teil- oder Schwerpunkstreiks nicht beschäftigt werden können, keinen Lohnanspruch haben";¹¹¹⁴ es ist immerhin möglich, dass der OGH¹¹¹⁵ seine erwähnte gegenteilige Judikatur im Hinblick auf diese Aussagen aufgibt.¹¹¹⁶ Der Lohnanspruch entfällt allein aufgrund der arbeitskampfbedingten Nichtarbeit.¹¹¹⁷ Im Falle von ernstlich arbeitsbereiten AN jedoch, „bei denen nicht evident ist, dass sie bei Schwerpunkt- oder Teilstreiks nicht beschäftigt werden können, tatsächlich nicht beschäftigt werden, muss der AG das Entgelt grds fortzahlen, wenn er die angebotene Arbeitsleistung nicht abruft“.¹¹¹⁸

8.2.1.4. Meinungsstand zur kollektiven Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages

Haider spricht in diesem Zusammenhang von der Schwierigkeit, den Betrieb aufrechtzuerhalten, da für die AG in § 7a ARG keine Eingriffsmöglichkeiten normiert wurden, lässt aber die Lösung der Problemstellung offen.¹¹¹⁹ Laut *Edthaler/Traxler* ist es sittenwidrig, wenn mehrere AN ihren persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen, dies miteinander absprechen und bereits im Zeitpunkt der Absprache klar ist, dass es aufgrund betrieblicher Erfordernisse unmöglich ist, dass sämtliche AN den persönlichen Feiertag auch tatsächlich konsumieren.¹¹²⁰ Sie legen dar, dass die Beurteilung des sittenwidrigen Vorgehens wesentlich von der Anzahl der im Betrieb beschäftigten AN sowie von der Anzahl jener AN, die gemeinsam den persönlichen Feiertag beantragen, abhängt.¹¹²¹ Es ist hierbei beispielsweise an Fallkonstellationen zu denken, in denen ein betriebliches Erfordernis der kollektiven Geltendmachung entgegensteht, insb bei Schichtbetrieben oder im Produktionsbereich, wo ein gewisser Fortlauf bzw eine gewisse Anzahl von AN zur Betreuung von Maschinen oder Produktionsstätten zwingend erforderlich ist.¹¹²² Ebenso bejahen sie die Notwendigkeit einer Mindestbesetzung bei Handelsbetrieben, wobei eine Schließung - entgegen der anwendbaren Öffnungszeitenregelungen - in diesen Fällen nicht zu argumentieren ist.¹¹²³ Ebenso bezieht sich

¹¹¹⁴ *Krejci*, Recht auf Streik, 398; *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹¹¹⁵ OGH 19.12.2005, 8 ObA 23/05y; vgl ebenso OGH 22.02.2006, 9 ObA 40/05f; OGH 25.01.2006, 9 ObA 71/05i.

¹¹¹⁶ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹¹¹⁷ *Krejci*, Recht auf Streik, 316.

¹¹¹⁸ *Krejci*, Recht auf Streik, 399; OGH 19.12.2005, 8 ObA 23/05y; vgl ebenso OGH 22.02.2006, 9 ObA 40/05f; OGH 25.01.2006, 9 ObA 71/05i.

¹¹¹⁹ *Haider*, ecolex 2019, 352.

¹¹²⁰ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹¹²¹ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹¹²² *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹¹²³ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

diese Regelung nach ihrer Ansicht auch auf sämtliche Dienstleistungsbetriebe mit direktem Kundenkontakt und gewissen Betreuungs- bzw Beratungszeiten.¹¹²⁴

Friedrich behandelt die Fälle, bei welchen die AN denselben persönlichen Feiertag „in gemeinsamer Absprache“ wählen und daher im Betrieb der reguläre Ablauf nicht möglich sein wird, und der AG den anderen AN Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB leisten muss, „da er mangels ausreichender Arbeitnehmer an diesem Tag den Betrieb nicht führen kann“.¹¹²⁵ Laut *Friedrich* ist Rechtsmissbrauch dann anzunehmen, wenn die AN miteinander in Absprache den persönlichen Feiertag nehmen „ohne dass es bisher je im Betrieb das Begehren der Arbeitnehmer gab“.¹¹²⁶ Dies revidiert *Friedrich* jedoch mit der Aussage, dass jeder AN angeben kann, weshalb für ihn, gerade diesen Tag zu nehmen, wichtig war, um das unlautere Motiv zu widerlegen.¹¹²⁷ Ebenfalls legt *Auer-Mayer* dar, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nur dann vorliegt, „wenn der persönliche Feiertag tatsächlich aus augenscheinlich unlauteren Motiven an einem gewissen Tag gewählt wird“, also „bei kollusivem Zusammenwirken der AN in Schädigungsabsicht“.¹¹²⁸

Die Grenze zieht *Drs* auch beim Schikaneverbot, also bei einer „Rechtsausübung zum bloßen Zweck, einen anderen (hier den AG) zu schädigen“.¹¹²⁹ Diese Linie wird auch von *Glowacka*¹¹³⁰ vertreten.

Laut *Erler* ist an Rechtsmissbrauch nur zu denken, wenn die AN denselben Tag wählen und gleichzeitig erklären, dass sie das Angebot des AG, am persönlichen Feiertag zu arbeiten, nicht annehmen wollen. Doch sind sachliche Gründe jedenfalls zu beachten, wenn alle AN derselben Glaubensrichtungen der ehemaligen § 7 Abs 3 ARG angehören¹¹³¹ (siehe auch Punkt 8.5.).

8.2.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Es ist zunächst zu untersuchen, ob bei der Inanspruchnahme durch mehrere AN, Parallelen zu einem (eintägigen) Streik gezogen werden können.

Wie bereits erörtert, sind Kollektivmaßnahmen nach Art 28 GRC nicht nur solche des klassischen Arbeitskampfes¹¹³², sondern auch andere Arten wie Aussperrungen und sonstige

¹¹²⁴ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹¹²⁵ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹²⁶ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹²⁷ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹²⁸ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

¹¹²⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

¹¹³⁰ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹¹³¹ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹¹³² *Krejci*, Recht auf Streik, 154.

Kollektivmaßnahmen (etwa Boykotte, Demonstrationen, Medienkampagnen, Flashmob-Aktionen).¹¹³³

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer kollektiven Maßnahme ist, dass sie einem legitimen Ziel dient, wenn das Mittel, das eingesetzt wird, dem Ziel adäquat, also zur Erreichung des Ziels geeignet, und wenn der Einsatz des Mittels nicht übermäßig ist.¹¹³⁴ Die kollektive Arbeitsniederlegung (= Streik) darf nur als „letztes Mittel“ der Interessenwahrung (*ultima ratio*) eingesetzt werden.¹¹³⁵ Es handelt sich jedenfalls bei der kollektiven Inanspruchnahme mehrerer AN mE um eine sonstige kollektive Maßnahme, mit dem die AN bessere Arbeitsbedingungen durchsetzen wollen.

Zunächst ist zu untersuchen, ob es hier ein legitimes Ziel der kollektiven Inanspruchnahme gibt, abseits einer bloßen Schädigung des AG. Zudem verstößt die, nur durch Schädigungsabsicht motivierte, Inanspruchnahme laut *Gleißner* auch gegen die Treuepflicht.¹¹³⁶ Bei der beschriebenen Inanspruchnahme durch die Bundesheerbediensteten zeigt sich mE der „Optimierungseffekt“, zumal die AN die Beantragung des persönlichen Feiertages als Maßnahme zur Optimierung der betrieblichen Umstände genutzt haben, da nach Beantragung, jedoch noch vor Konsumation des persönlichen Feiertages, Gespräche mit dem AG eingeleitet wurden. Das hier verfolgte Streikziel war die Verbesserung bzw. optimierende Gestaltung von Arbeitsbedingungen und ist mE als ein legitimes Streikziel zu werten.

Bei einer faktischen Konsumation des persönlichen Feiertages stellt sich die Eruierung des legitimen Zieles mE mitunter schwierig dar, da bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages innere Beweggründe keine Rolle spielen und die AN die Wahl ihres persönlichen Feiertages nicht begründen müssen. Das legitime Streikziel muss sich klar aus dem jeweiligen Sachverhalt ergeben, also darstellbar sein, dass die AN hier mit der Inanspruchnahme Streikziele verfolgen möchten bzw. diese anstreben.

Weiters ist die Zulässigkeit der kollektiven Maßnahme zu untersuchen. Streiks sind dann sittenwidrig, wenn sie gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Streikmaßnahmen oder „gegen das Gebot verstoßen, den Streik erst als *ultima ratio* einzusetzen“.¹¹³⁷

¹¹³³ *Krejci*, Recht auf Streik, 157.

¹¹³⁴ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹¹³⁵ *Krejci*, Recht auf Streik, 17; *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹¹³⁶ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

¹¹³⁷ *Krejci*, Recht auf Streik, 395; *Mazal*, ecolex 2024, 45.

Erstens ist daher die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Durch das Druckmittel des Streiks, der Schädigung bzw Androhung der Schädigung des AG, soll der übliche Betriebsverlauf gestört werden und der AG in Richtung des angestrebten Streikzieles gedrängt werden.¹¹³⁸ Wie bereits erörtert, ist bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob die durch die Kollektivmaßnahme ausgelösten Schäden in einem Verhältnis zum Verhandlungsstand stehen.¹¹³⁹

Im obigen Fall wurde ein Schaden angedroht, es ist kein Schaden durch die Protestaktion entstanden, da es nicht zu der kollektiven Konsumation des persönlichen Feiertages gekommen ist (nur zum Antrag mehrerer AN zur geplanten der Inanspruchnahme) und es gab folglich auch keine schadenersatzrechtlichen Konsequenzen.

Der AG kann den persönlichen Feiertag grundsätzlich nicht ablehnen und der AN kann durch die kollektive Inanspruchnahme versuchen, betriebliche Verläufe zu optimieren (bessere Arbeitsbedingungen, Lohnerhöhungen etc), die er auf anderem Weg (zB mangels BR) nicht erreichen kann. Zudem müssen die AN bei der Bekanntgabe des persönlichen Feiertages nicht darlegen, wieso sie die Inanspruchnahme gerade für diesen Tag begehren, weil die inneren Beweggründe der AN unbeachtlich sind (siehe Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages). Somit war das eingesetzte Mittel, also die Beantragung des persönlichen Feiertages als Protestaktion, zur Erreichung des Ziels geeignet, da der AG Gespräche mit den AN angekündigt hat. Folglich war das Mittel dem Ziel adäquat und daher ist die Androhung eines eintägigen Streiks als verhältnismäßig zu werten.

Bei der faktischen Konsumation des persönlichen Feiertages iSd Streiks ist jedoch mE die Sittenwidrigkeit infolge Unverhältnismäßigkeit der Streikmaßnahmen detailliert zu untersuchen, somit also, ob durch die Inanspruchnahme ausgelösten Schäden im Verhältnis zum Streikziel (bessere Arbeitsbedingungen) stehen. Das Arbeitskämpfungsmittel muss verhältnismäßig, also ein proportionales Mittel zur Erreichung des Kampfzieles sein.¹¹⁴⁰ Dies ist daher im Einzelfall aufgrund des jeweiligen Streikzieles und dem Verhandlungsstand der Parteien genau zu prüfen und anschließend zu beurteilen.

Weiters ist bei einer faktischen Konsumation des persönlichen Feiertages die Sittenwidrigkeit zu prüfen, wenn der Streik nicht *ultima ratio* ist, da „die Bestreikung von Betrieben iSe

¹¹³⁸ Krejci, Recht auf Streik, 24.

¹¹³⁹ Mazal, ecolex 2024, 45.

¹¹⁴⁰ Krejci, Recht auf Streik, 253.

kollektiven Arbeitsniederlegung als *ultima ratio* erst nach Auslotung aller anderen Möglichkeiten legitim ist“.¹¹⁴¹ Laut *Krejci* ist das Ultima-Ratio-Prinzip lediglich als Facette des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu sehen.¹¹⁴² Die Beurteilung dieses Aspekts bedarf mE ebenfalls einer Einzelfallbeurteilung aufgrund des jeweiligen Streikzieles und, ob bereits mildere Mittel als der Arbeitskampf durch die AN ergriffen werden konnten.

Meines Erachtens ist bei der kollektiven Inanspruchnahme mit einem legitimen Streikziel von einer Arbeitskampfmaßnahme iS eines eintägigen Streiks auszugehen.

Die weiterführende Frage stellt sich dahingehend, wie nun die Streikzeit zu werten ist bzw, ob Entgeltfortzahlung besteht oder nicht.

Für die Zeit der arbeitskampfbedingten Dienstverweigerung haben die AN keinen Lohnanspruch¹¹⁴³, da im Falle des Streiks die Dienstpflicht verletzt wird, wodurch der Lohnanspruch entfällt.¹¹⁴⁴ Bejaht man den eintägigen Streik, wie oben im Detail untersucht, entfällt das (Urlaubs)entgelt für diesen Tag. Der Entfall des Urlaubsentgeltes unterstreicht zudem die These, dass es seitens der AN realitätsfremd ist, den persönlichen Feiertag für einen eintägigen Streik mutwillig zu missbrauchen.

Ob die Streikzeit als regulärer Urlaub oder Zeitausgleich gewertet wird, bedarf des Einvernehmens der Vertragspartner.¹¹⁴⁵ Durch die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist es mE unangemessen, von einem Verbrauch des Urlaubstages auszugehen (inkl bereits ausgeübter Widmung), wenn hierfür kein Urlaubsentgelt gebührt.

8.3. Arbeitsniederlegung unter Anleitung des BR (Exkurs)

8.3.1. Problemstellung

Der BR fordert die AN im Betrieb zur kollektiven Inanspruchnahme ihres persönlichen Feiertages am selben Tag auf. Zunächst ist zu prüfen, ob ein eintägiger Streik vorliegt. Weiters stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob „die Organisation eines gewerkschaftlich nicht gedeckten Streiks durch den BR“¹¹⁴⁶ überhaupt möglich ist.

¹¹⁴¹ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹¹⁴² *Krejci*, Recht auf Streik, 256.

¹¹⁴³ *Krejci*, Recht auf Streik, 398.

¹¹⁴⁴ *Krejci*, Recht auf Streik, 280.

¹¹⁴⁵ *Krejci*, Recht auf Streik, 311.

¹¹⁴⁶ *Krejci*, Recht auf Streik, 332.

8.3.2. Meinungsstand

Der BR ist das Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan der Belegschaft, also der betrieblichen Arbeitnehmerschaft.¹¹⁴⁷ *Krejci* legt dar, dass die eigenständige Organisation von betrieblichen Streiks nicht zu den gesetzlich vorgesehenen Aufgaben des BR gehört.¹¹⁴⁸ Der BR ist zudem zur Wahrung des betriebsverfassungsrechtlichen Friedens verpflichtet.¹¹⁴⁹ Laut *Krejci* liegt es daher nahe, dass „die eigenständige, gewerkschaftlich nicht gedeckte Organisation eines Streiks allein durch den Betriebsrat“ eher als Missbrauch der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung zu sehen ist.¹¹⁵⁰

Hitz und *Friedrich* gehen auf die kollektive Inanspruchnahme bzw Arbeitsniederlegung unter Beiziehung des BR ein.¹¹⁵¹ In diesem Zusammenhang verweist *Hitz* nicht nur auf die Treuepflicht der AN, sondern auch auf die „betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht“ des Betriebsrates.¹¹⁵² Seines Erachtens widerspricht die kollektive Inanspruchnahme dem Prinzip des persönlichen Feiertages, da diesen jeder AN einzeln bestimmen kann und das Recht darf nicht in sittenwidriger Weise ausgeübt werden.¹¹⁵³

Gleißner legt außerdem dar, dass wenn der BR den kollektiven Urlaubsantritt mit dem Zweck organisiert, den AG zu schädigen oder ihn unter Druck zu setzen, die Friedenspflicht verletzt ist.¹¹⁵⁴ *Friedrich* knüpft da an und erwägt, ob man mit einer BV unter Anwendung des § 97 Abs 1 Z 10 ArbVG der kollektiven Inanspruchnahme nicht entgegenwirken könnte, hält aber Zweifel an der Zulässigkeit, da die BV den Anspruch der AN einschränken würde und dies wegen der zwingenden Wirkung des § 7a ARG unzulässig ist.¹¹⁵⁵

In der bisherigen Literatur setzt sich *Friedrich* ausführlich mit der Frage auseinander, wenn der BR die AN auffordert, kollektiv ihren persönlichen Feiertag am selben Tag zu nehmen. Er erörtert, dass Arbeitsk Kampfmaßnahmen die „auf die Erweiterung der Befugnisse der Belegschaft oder den Abschluss einer BV abzielen sowie das Ausnutzen betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse zur Organisation von Arbeitskämpfen“ unzulässig sind. Seines Erachtens liegt daher ein Verstoß gegen die betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht iSd § 39 ArbVG vor. In Einklang mit *Marhold*¹¹⁵⁶ legt er zudem dar, dass die

¹¹⁴⁷ *Krejci*, Recht auf Streik, 330.

¹¹⁴⁸ *Krejci*, Recht auf Streik, 332.

¹¹⁴⁹ *Krejci*, Recht auf Streik, 332.

¹¹⁵⁰ *Krejci*, Recht auf Streik, 332.

¹¹⁵¹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019; und *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁵² *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹¹⁵³ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹¹⁵⁴ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

¹¹⁵⁵ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁵⁶ *Friedrich*, ASoK 2019, 202; und *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht³ 528.

kollektive Wahrnehmung durch gemeinsame Inanspruchnahme von regulärem Urlaub auch eine Erscheinungsform von Arbeitskampf sein kann. Dies bejaht er ebenfalls für den persönlichen Feiertag, da der Betrieb faktisch für einen Tag stillgelegt und dem AG ein Schaden zugefügt werden kann.¹¹⁵⁷

Laut *Edthaler/Traxler* ist der AN im Rahmen der Treuepflicht zur Wahrung der Interessen des AG verpflichtet, weiters ist eine Interessensabwägung zwischen den berechtigten Interessen des AN und des AG vorzunehmen.¹¹⁵⁸ Dem BR steht es zudem nicht zu, den persönlichen Feiertag für die AN auszusuchen bzw zu organisieren, da es sich nicht um ein Recht des BR sondern um ein Recht jedes AN handelt.¹¹⁵⁹ Im Zusammenhang mit der Verletzung der betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht prüft *Friedrich*, ob das Gericht gemäß § 122 Abs 1 Z 3 ArbVG wegen Untreue im Dienst die Zustimmung zur Entlassung des BR geben kann und bejaht dies, wenn die Schädigungsabsicht des BR gegeben ist.¹¹⁶⁰

8.3.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Das Vorliegen eines eintägigen Streiks ist anhand der bereits dargelegten Voraussetzungen zu prüfen, wobei das Streikziel ausschlaggebend ist. Die kollektive Inanspruchnahme iS eines eintägigen Streiks (als kollektive Maßnahme) ist dann zulässig, wenn sie einem legitimen Ziel dient. Ohne Streikziel, nur durch Schädigungsabsicht motivierte Inanspruchnahme ist mE rechtswidrig und verstößt zudem gegen die Treuepflicht¹¹⁶¹ (Siehe Pkt 8.2.3.).

Darüber hinaus ist mE auch der Ansatz von *Hitz*¹¹⁶² und *Friedrich*¹¹⁶³ richtig, dass die Bestimmung des persönlichen Feiertages ein Recht jedes einzelnen AN ist.

Wie *Krejci* zutreffend ausführt, gehören erstens die eigenständige Organisation von betrieblichen Streiks nicht zu den gesetzlich vorgesehenen Aufgaben des BR¹¹⁶⁴ und zweitens verletzt der BR auch die betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht nach § 39 ArbVG¹¹⁶⁵ bei der Organisation eines „eigenständigen, gewerkschaftlich nicht gedeckten Streiks.“¹¹⁶⁶

¹¹⁵⁷ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁵⁸ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹¹⁵⁹ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁶⁰ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁶¹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

¹¹⁶² *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹¹⁶³ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁶⁴ *Krejci*, Recht auf Streik, 332.

¹¹⁶⁵ *Krejci*, Recht auf Streik, 332.

¹¹⁶⁶ *Krejci*, Recht auf Streik, 332.

8.4. Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages durch mehrere AN aus religiös motivierten Gründen (aufgrund derselben Glaubensrichtung) am selben Tag oder ohne religiöse Gründe

8.4.1. Problemstellung

In diesem Zusammenhang wird der Frage nachgegangen, ob mehrere AN, die derselben Glaubensrichtung angehören, aus religiös motivierten Gründen ihren persönlichen Feiertag konsumieren dürfen. Weiters ist zu untersuchen, ob eine Inanspruchnahme mehrerer auch dann möglich ist, wenn die AN keine religiösen Gründe für die Inanspruchnahme haben.

Bei dieser Art der kollektiven Inanspruchnahme ist nicht von einer Arbeitskampfmaßnahme iS eines eintägigen Streiks auszugehen, da es kein Streikziel gibt und nicht alle, sondern nur mehrere AN desselben Betriebes die Konsumation ihres persönlichen Feiertages am gleichen Tag anstreben. Es stellt sich hierbei einerseits die Frage, ob alle AN, die ihren persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen möchten, dies auch dürfen und andererseits, ob eine Grenze bei der Anzahl der AN zu ziehen ist, die ihren persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen möchten, da durch die Inanspruchnahme mehrerer zB betriebliche Abläufe gestört werden. Weiterführend stellt sich noch die Frage, ob betriebliche Gründe bei der Inanspruchnahme eine Rolle spielen.

Beispiel 1: Mehrere AN des islamischen Glaubens in einem Betrieb nehmen sich den Tag des Fastenbruches als persönlichen Feiertag.

Beispiel 2: Mehrere AN haben am gleichen Tag Geburtstag und konsumieren diesen Tag als persönlichen Feiertag.

8.4.2. Meinungsstand

Wenn sich mehrere AN denselben Tag aus religiösen Gründen nehmen, ist dies laut *Wiesinger* grundsätzlich nicht sittenwidrig. Außerdem hält er fest, dass sich aus § 8 ARG ergibt, dass der AG auf die Arbeitsleistung beharren kann, da „das Recht auf Freistellung zur Religionsausübung am Feiertag ua an die Voraussetzung gebunden ist, dass der Betriebsablauf nicht gestört wird“. ¹¹⁶⁷ *Edthaler/ Traxler* argumentieren damit, dass es sich beim Anspruch um ein „*persönliches*“ Recht des einzelnen AN handelt und „für dessen Durchsetzung kein

¹¹⁶⁷ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

gemeinsames Vorgehen zur Zielerreichung notwendig ist“.¹¹⁶⁸ Laut *Hitz* wäre die geplante Aktion, den Betrieb für einen Tag still zu legen, jedenfalls rechtswidrig.¹¹⁶⁹

Nach *Erler* kann aus der Tatsache, dass alle AN eines Betriebs ihren persönlichen Feiertag an einem bestimmten Tag konsumieren möchten, kein Rechtsmissbrauch abgeleitet werden, denn der AG darf die AN ersuchen, trotzdem zu arbeiten.¹¹⁷⁰ Weiters legt er dar, dass der AG nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schützenswert ist, wenn er seine AN nicht ersuchen oder nicht das doppelte Entgelt zahlen will.¹¹⁷¹ Laut *Erler* ist es zwar rechtsmissbräuchlich, wenn die AN denselben Tag wählen und gleichzeitig erklären, dass sie das Angebot des AG, am persönlichen Feiertag zu arbeiten, nicht annehmen wollen.¹¹⁷² Selbst für diesen Fall kann es aber sachliche Gründe geben, zB wenn alle AN derselben Glaubensrichtungen der ehemaligen § 7 Abs 3 ARG angehören, „legitimiert“ dies auch die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages nach *Erler*.¹¹⁷³

8.4.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

8.4.3.1. Zu Beispiel 1

In diesem Beispiel möchten mehrere AN im Betrieb denselben Tag aus religiösen Gründen in Anspruch nehmen. Der AN ist in seiner Wahl frei, aus welchem Grund (sei es religiös oder familiär) er seinen persönlichen Feiertag konsumieren möchte.¹¹⁷⁴ Aus der Tatsache, dass mehrere AN denselben persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen, kann mE eine Sittenwidrigkeit nicht pauschal angenommen werden. Eine Begründungspflicht der AN, ist im Gesetz nicht vorgesehen und der Beweggrund der AN zur Konsumation eines bestimmten Tages spielt zudem auch keine Rolle. Aus der fehlenden Begründungspflicht sowie aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber keine Einschränkung in § 7a ARG bezüglich betrieblicher Interessen vorgesehen hat¹¹⁷⁵, kann ebenfalls abgeleitet werden, dass betriebliche Gründe bei der Inanspruchnahme keine Rolle spielen.

*Erler*¹¹⁷⁶ ist dahingehend zu folgen, dass der AG die AN ersuchen kann, an ihrem persönlichen Feiertag zu arbeiten. Der AG ist nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schützenswert, wenn

¹¹⁶⁸ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹¹⁶⁹ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹¹⁷⁰ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹¹⁷¹ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹¹⁷² *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹¹⁷³ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹¹⁷⁴ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

¹¹⁷⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

¹¹⁷⁶ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

er seine AN nicht ersuchen oder nicht das doppelte Entgelt zahlen will.¹¹⁷⁷ Zwar ist es rechtsmissbräuchlich, wenn die AN denselben Tag wählen und gleichzeitig erklären, dass sie das Angebot des AG, am persönlichen Feiertag zu arbeiten, nicht annehmen wollen.¹¹⁷⁸ Selbst für diesen Fall kann es aber sachliche Gründe geben, zB wenn alle AN den Glaubensrichtungen des bisherigen § 7 Abs 3 ARG angehören und den Karfreitag ausgewählt haben. Der historische Grund für den persönlichen Feiertag ist die Religion, womit diese nie sittenwidrig sein kann. Außerdem ist bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages mE nicht von Religionsausübung am Feiertag iSd § 8 ARG zu sprechen, da dieser eben kein (gesetzlicher) Feiertag ist.

8.4.3.2. Zu Beispiel 2

Eine Variante des ersten Beispiels ist, wenn mehrere AN am gleichen Tag Geburtstag haben und diesen Tag als persönlichen Feiertag konsumieren möchten.

Zutreffend zu den Argumenten von *Edthaler/ Traxler* bezieht sich das Wort „*persönlich*“ wahrlich auf eine Person betreffende Angelegenheit¹¹⁷⁹, und es ist kein gemeinsames Vorgehen notwendig; jedoch kann mE der individuelle persönliche Feiertag für mehrere Personen auch einen individuellen Rechtsanspruch auf einen beliebigen Tag bilden (zB haben im Betrieb mehrere AN am gleichen Tag Geburtstag und möchten diesen Tag als persönlichen Feiertag konsumieren- dies ist ihr „*persönlicher*“, individueller Feiertag). Der Gesetzestext fordert außerdem, trotz Bezeichnung im Gesetzestitel als *persönlicher* Feiertag, keine Begründung der Inanspruchnahme und untersagt auch nicht pauschal eine gleichzeitige Inanspruchnahme durch mehrere AN. Meines Erachtens bezieht sich die Bezeichnung *persönlicher* Feiertag lediglich auf die Unterscheidung vom gesetzlichen Feiertag.

Folglich muss der AN nicht darlegen, weshalb der Tag für ihn „*persönlich*“ von besonderer Wichtigkeit ist (keine Begründungspflicht, Beweislast trifft den AG). Daher können mE die AN in beiden obigen Fällen ihren persönlichen Feiertag (unter Einhaltung der restlichen Anspruchsvoraussetzungen) konsumieren.

¹¹⁷⁷ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹¹⁷⁸ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹¹⁷⁹ <https://www.duden.de/rechtschreibung/persoendlich> (heruntergeladen am 22.03.2020).

8.5. Problemstellung der Arbeit am persönlichen Feiertag, um ein höheres Entgelt zu erzielen

8.5.1. Problemstellung

Es ist auch der Sachverhalt zu analysieren, wenn mehrere AN denselben Tag als persönlichen Feiertag aus der Intension heraus in Anspruch nehmen, um dadurch das doppelte Entgelt zu erzielen.

Der AG ersucht alle AN an ihrem persönlichen Feiertag zu arbeiten, damit zB der Betrieb nicht stillsteht und muss den AN das doppelte Entgelt zahlen.

Weiters einzugehen ist auf die Frage, ob bei einer Deutung als ein eintägiger Streik das Erzielen des doppelten Entgeltes als legitimes Streikziel anzusehen ist oder nicht.

8.5.2. Meinungsstand

*Friedrich*¹¹⁸⁰ und *Wiesinger*¹¹⁸¹ gehen auf den Fall ein, dass mit dem kollektiv gelegten persönlichen Feiertag Druck auf den AG ausgeübt werden soll, zB am persönlichen Feiertag zu arbeiten und höhere Zuschläge zu erkämpfen.¹¹⁸² Dies würde nach *Friedrich* einem Streik sehr nahe kommen¹¹⁸³, da der verfolgte Zweck (erhöhte Zuschläge) und die eingesetzten Mittel (Betriebsstillegung, Drohung) nicht in einer angemessenen, verhältnismäßigen Relation stehen.¹¹⁸⁴

Edthaler/ Traxler schließen sich *Wiesinger* an und schnüren für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ein eher enges Korsett: sie bejahen die Sittenwidrigkeit bei Beanspruchung für diesen Tag einen finanziellen Vorteil (mE hier das doppelte Entgelt bei der Arbeitsleistung gemeint) zu erlangen.¹¹⁸⁵

8.5.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Es handelt sich beim persönlichen Feiertag um ein einseitiges Gestaltungsrecht und jeder AN kann ihn individuell bestimmen. Die Zahlung des doppelten Entgeltes setzt ein Ersuchen des AG an jeden AN voraus. Wenn mehrere AN das Angebot des AG ausschlagen und den persönlichen Feiertag konsumieren wollen, ist mE noch nicht auf Anhieb an Rechtsmissbrauch

¹¹⁸⁰ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁸¹ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

¹¹⁸² *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁸³ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁸⁴ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹¹⁸⁵ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

zu denken. Wie bereits im Kapitel Nichtantritt des persönlichen Feiertages ausführlich erörtert, müssen die AN das Ersuchen, also das Angebot des AG, nicht annehmen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch die Treuepflicht als Fremdinteressenswahrungspflicht, wenn der AG bereits Aufwendungen getätigt hat. Innere Beweggründe spielen keine Rolle und eine mögliche Schädigungsabsicht muss zudem der AG beweisen¹¹⁸⁶. Für die Inanspruchnahme als mögliche Druckausübung auf den AG wird auf die vorherigen Ausführungen zum Streik verwiesen.

Im Umkehrschluss heißt das aber auch, dass, wenn mehrere AN das doppelte Entgelt erzielen wollen, dies ebenfalls das Ersuchen des AG voraussetzt. Somit liegt es in der Hand des AG, welche AN er ersucht und ob er sie überhaupt um Arbeitsleistung ersucht. Wie *Erler* zutreffend erörtert, ist der AG nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schützenswert, wenn er seine AN nicht ersuchen oder nicht das doppelte Entgelt zahlen will.¹¹⁸⁷

Sittenwidrig ist mE aber die Fallkonstellation, dass mehrere AN in Absprache den persönlichen Feiertag bestimmen, um den AG zu zwingen, ihnen ihren persönlichen Feiertag zum doppelten Entgelt abzukaufen und sie so in die Arbeit „zurückzuholen“, damit der AG nicht zusperren muss. Denn dieses Vorgehen wäre durch eine Schädigungsabsicht motiviert. Meines Erachtens ist die Erzielung des doppelten Entgeltes alleine noch kein legitimes Streikziel, weil es nur um die Erwirkung von finanziellen Vorteilen für die AN und nicht um die Gestaltung von Arbeitsbedingungen geht.¹¹⁸⁸ Dieses kollusive Zusammenwirken ist aber mE schon aus dem Machtungleichgewicht zwischen AN und AG schwer in der Praxis denkbar, schließlich riskieren die AN ihre Entlassung oder Kündigung. Die Anspruchsbegründung auf das doppelte Entgelt erfolgt mit Arbeitsantritt; innere Beweggründe spielen hierbei ebenfalls keine Rolle.

8.6. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zunächst wurde die Fallkonstellation untersucht, dass mehrere AN denselben Tag als persönlichen Feiertag ins Auge gefasst haben und dieser zB ein **verkaufsintensiver, umsatzstarker Tag** (zB Verkaufssamstage in der Adventszeit) ist. Infolge der langen Vorankündigungsfrist bleibt dem AG ausreichend Zeit, diesfalls Vorkehrungen zu treffen. Der AG hat zudem arbeitsvertragliche Fürsorge- und Organisationspflichten. Außerdem ist anzuführen, dass mE der AG den beabsichtigten persönlichen Feiertag grundsätzlich nicht ablehnen darf.

¹¹⁸⁶ Friedrich, ASoK 2019, 202.

¹¹⁸⁷ Erler, ÖZPR 2019, 42.

¹¹⁸⁸ Krejci, Recht auf Streik, 257.

Bei der **kollektiven Inanspruchnahme durch die Belegschaft als Arbeitskampfmaßnahme** wurde eingangs untersucht, ob bei der Inanspruchnahme durch mehrere AN Parallelen zu einem (eintägigen) Streik gezogen werden können. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer kollektiven Maßnahme ist, dass sie einem legitimen Ziel dient, das Mittel, das eingesetzt wird, dem Ziel adäquat, also zur Erreichung des Ziels geeignet ist, und das Mittel nicht übermäßig eingesetzt wird.¹¹⁸⁹ Die kollektive Arbeitsniederlegung (= Streik) darf nur als „letztes Mittel“ der Interessenwahrung (*ultima ratio*) eingesetzt werden.¹¹⁹⁰ Es handelt sich jedenfalls bei der kollektiven Inanspruchnahme durch mehrere AN mE um eine sonstige kollektive Maßnahme, mit der die AN bessere Arbeitsbedingungen durchsetzen wollen.

Im Fall der Bundesheerbediensteten zeigt sich der „Optimierungseffekt“, zumal die AN den persönlichen Feiertag bekannt gegeben haben, um betriebliche Umstände zu optimieren, jedoch noch vor Konsumation des persönlichen Feiertages Gespräche mit dem AG eingeleitet wurden. Das Streikziel war die Verbesserung von Arbeitsbedingungen und ist mE legitim.

Bei einer faktischen Konsumation des persönlichen Feiertages stellt sich die Eruierung des Zieles mE mitunter schwierig dar, da bei der Inanspruchnahme innere Beweggründe keine Rolle spielen und die AN die Wahl ihres persönlichen Feiertages nicht begründen müssen. Das legitime Streikziel muss sich klar aus dem jeweiligen Sachverhalt ergeben. Es muss darstellbar sein, dass die AN mit der Inanspruchnahme Streikziele verfolgen möchten bzw diese anstreben. Es ist ausschlaggebend, ob es ein legitimes Ziel der kollektiven Inanspruchnahme gibt, das über eine bloße Schädigung des AG hinausgeht. Denn die nur durch Schädigungsabsicht motivierte Inanspruchnahme verstößt laut *Gleißner* gegen die Treuepflicht.¹¹⁹¹

Weiters wurde die Zulässigkeit der kollektiven Maßnahme untersucht. Wie bereits erörtert, ist bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob die durch die Kollektivmaßnahme ausgelösten Schäden in einem Verhältnis zum Verhandlungsstand stehen.¹¹⁹² Im obigen Fall wurde ein Schaden angedroht, es ist kein Schaden durch die Protestaktion entstanden, da es nicht zu der kollektiven Konsumation des persönlichen Feiertages gekommen ist (nur zum Antrag mehrerer AN zur geplanten Inanspruchnahme) und es gab folglich auch keine schadenersatzrechtlichen Konsequenzen.

¹¹⁸⁹ *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹¹⁹⁰ *Krejci*, Recht auf Streik, 17; *Mazal*, ecolex 2024, 45.

¹¹⁹¹ *Gleißner*, DRdA 2019, 190.

¹¹⁹² *Mazal*, ecolex 2024, 45.

Der AG kann den persönlichen Feiertag grundsätzlich nicht ablehnen und der AN kann durch die kollektive Inanspruchnahme versuchen, betriebliche Verläufe zu optimieren (bessere Arbeitsbedingungen, Lohnerhöhungen etc), die er auf anderem Weg (zB mangels BR) nicht erreichen kann. Zudem müssen die AN bei der Bekanntgabe des persönlichen Feiertages nicht darlegen, wieso sie gerade diesen Tag begehren, weil die inneren Beweggründe der AN unbeachtlich sind (siehe Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages). Somit war das eingesetzte Mittel, also die Beantragung des persönlichen Feiertages als Protestaktion, zur Erreichung des Ziels geeignet, da der AG Gespräche mit den AN angekündigt hat. Folglich war das Mittel dem Ziel adäquat und daher ist die Androhung eines eintägigen Streiks als verhältnismäßig zu werten.

Bei der faktischen Konsumation des persönlichen Feiertages iSd Streiks wurde detailliert untersucht, ob durch die Inanspruchnahme ausgelöste Schäden im Verhältnis zum Streikziel (bessere Arbeitsbedingungen) stehen. Das Arbeitskampfmittel muss verhältnismäßig, also ein proportionales Mittel zur Erreichung des Kampzieles sein.¹¹⁹³ Dies ist im Einzelfall auf Grundlage des jeweiligen Streikzieles und des Verhandlungsstandes der Parteien zu prüfen und zu beurteilen.

Weiters wurde bei einer faktischen Konsumation des persönlichen Feiertages die Sittenwidrigkeit geprüft, wenn der Streik nicht *ultima ratio* ist, da „die Bestreikung von Betrieben iSe kollektiven Arbeitsniederlegung als *ultima ratio* erst nach Auslotung aller anderen Möglichkeiten legitim ist“.¹¹⁹⁴ Laut *Krejci* ist das Ultima-Ratio-Prinzip lediglich als Facette des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu sehen.¹¹⁹⁵ Die Beurteilung dieses Aspekts bedarf mE ebenfalls einer Einzelfallanalyse unter Berücksichtigung des jeweiligen Streikzieles und einer Prüfung, ob gelindere Mittel ausreichen würden, oder es tatsächlich des Arbeitskampfes bedarf.

Meines Erachtens ist bei der kollektiven Inanspruchnahme mit einem legitimen Streikziel von einer Arbeitskampfmaßnahme iS eines eintägigen Streiks auszugehen.

Für die Zeit der arbeitskampfbedingten Dienstverweigerung haben die AN keinen Lohnanspruch¹¹⁹⁶, da im Falle des Streiks die Dienstpflicht verletzt wird, wodurch der

¹¹⁹³ *Krejci*, Recht auf Streik, 253.

¹¹⁹⁴ *Mazal*, *ecolex* 2024, 45.

¹¹⁹⁵ *Krejci*, Recht auf Streik, 256.

¹¹⁹⁶ *Krejci*, Recht auf Streik, 398.

Lohnanspruch entfällt.¹¹⁹⁷ Bejaht man den eintägigen Streik, wie oben im Detail untersucht, entfällt das (Urlaubs)entgelt für diesen Tag. Der Entfall des Urlaubsentgeltes unterstreicht zudem die These, dass es seitens der AN realitätsfremd ist, den persönlichen Feiertag für einen eintägigen Streik mutwillig zu missbrauchen.

Durch die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist es mE unangemessen von einem Verbrauch des Urlaubstages auszugehen (inkl bereits ausgeübter Widmung), wenn hierfür kein Urlaubsentgelt gebührt. Das Widmungsrecht bleibt daher samt Urlaubstag erhalten.

Zur Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages durch mehrere AN **aus religiös motivierten Gründen (aufgrund derselben Glaubensrichtung) am selben Tag oder ohne religiöse Gründe** ist festzuhalten, dass der AN in seiner Wahl frei ist, aus welchem Grund (sei es religiös oder familiär) er seinen persönlichen Feiertag konsumieren möchte.¹¹⁹⁸ Aus der Tatsache, dass mehrere AN denselben persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen, kann mE eine Sittenwidrigkeit nicht pauschal angenommen werden. Eine Begründungspflicht der AN ist im Gesetz nicht vorgesehen und der Beweggrund der AN zur Konsumation eines bestimmten Tages spielt zudem auch keine Rolle. Aus der fehlenden Begründungspflicht sowie aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber keine Einschränkung in § 7a ARG bezüglich betrieblicher Interessen vorgesehen hat¹¹⁹⁹, kann ebenfalls abgeleitet werden, dass betriebliche Gründe bei der Inanspruchnahme keine Rolle spielen.

*Erler*¹²⁰⁰ ist dahingehend zu folgen, dass der AG die AN ersuchen kann, an ihrem persönlichen Feiertag zu arbeiten. Der AG ist nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schützenswert, wenn er seine AN nicht ersuchen oder nicht das doppelte Entgelt zahlen will.¹²⁰¹ Zwar ist es rechtsmissbräuchlich, wenn die AN denselben Tag wählen und gleichzeitig erklären, dass sie das Angebot des AG, am persönlichen Feiertag zu arbeiten, nicht annehmen wollen.¹²⁰² Selbst für diesen Fall kann es aber sachliche Gründe geben, zB wenn alle AN den Glaubensrichtungen des bisherigen § 7 Abs 3 ARG angehören und den Karfreitag ausgewählt haben. Der historische Grund für den persönlichen Feiertag ist die Religion, womit diese nie sittenwidrig sein kann. Außerdem ist bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages mE nicht von

¹¹⁹⁷ *Krejci*, Recht auf Streik, 280.

¹¹⁹⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 170.

¹¹⁹⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 171.

¹²⁰⁰ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²⁰¹ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²⁰² *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

Religionsausübung am Feiertag iSd § 8 ARG zu sprechen, da dieser eben kein (gesetzlicher) Feiertag ist.

Eine Variante des ersten Beispiels ist, wenn mehrere AN am gleichen Tag Geburtstag haben und diesen Tag als persönlichen Feiertag konsumieren möchten. Wie *Edthaler/ Traxler* argumentieren, bezieht sich das Wort „*persönlich*“ wahrlich auf eine Person betreffende Angelegenheit¹²⁰³, und es ist kein gemeinsames Vorgehen notwendig; jedoch kann mE der individuelle persönliche Feiertag für mehrere Personen auch einen individuellen Rechtsanspruch auf einen beliebigen Tag bilden. Der Gesetzestext fordert außerdem trotz der Bezeichnung als *persönlicher* Feiertag im Gesetzestitel keine Begründung der Inanspruchnahme und untersagt auch nicht pauschal eine Inanspruchnahme durch mehrere AN. Meines Erachtens bezieht sich die Bezeichnung persönlicher Feiertag lediglich auf die Unterscheidung zum gesetzlichen Feiertag.

Folglich muss der AN nicht darlegen, weshalb der Tag für ihn „*persönlich*“ von besonderer Wichtigkeit ist (keine Begründungspflicht, Beweislast trifft den AG). Daher können mE die AN in beiden obigen Fällen ihren persönlichen Feiertag (unter Einhaltung der restlichen Anspruchsvoraussetzungen) konsumieren.

Es wurde auch der Sachverhalt analysiert, dass mehrere AN denselben Tag als persönlichen Feiertag aus der Intension heraus in Anspruch nehmen, dadurch **das doppelte Entgelt zu erzielen**.

Es handelt sich beim persönlichen Feiertag um ein einseitiges Gestaltungsrecht und jeder AN kann ihn individuell bestimmen. Die Zahlung des doppelten Entgeltes setzt ein Ersuchen des AG an mehrere AN voraus. Wenn mehrere AN das Angebot des AG ausschlagen und den persönlichen Feiertag konsumieren wollen, ist mE noch nicht auf Anheb an Rechtsmissbrauch zu denken. Wie bereits im Kapitel Nichtantritt des persönlichen Feiertages ausführlich erörtert, müssen die AN das Ersuchen, also das Angebot des AG, nicht annehmen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch die Treuepflicht als Fremdinteressenswahrungspflicht, wenn der AG bereits Aufwendungen getätigt hat. Innere Beweggründe spielen keine Rolle und eine mögliche Schädigungsabsicht muss zudem der AG beweisen¹²⁰⁴. Für die Inanspruchnahme als mögliche Druckausübung auf den AG wird auf die vorherigen Ausführungen zum Streik verwiesen.

¹²⁰³ <https://www.duden.de/rechtschreibung/persoendlich> (heruntergeladen am 22.03.2020).

¹²⁰⁴ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

Im Umkehrschluss heißt das aber auch, dass, wenn mehrere AN das doppelte Entgelt erzielen wollen, dies ebenfalls das Ersuchen des AG voraussetzt. Somit liegt es in der Hand des AG, welche AN er um Arbeitsleistung ersucht und ob er ihn überhaupt darum ersucht. Wie *Erler* zutreffend erörtert, ist der AG nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schützenswert, wenn er seine AN nicht ersuchen oder nicht das doppelte Entgelt zahlen will.¹²⁰⁵

Sittenwidrig ist mE aber die Fallkonstellation, dass mehrere AN in Absprache den persönlichen Feiertag bestimmen, um den AG zu zwingen (damit dieser nicht zusperren muss), ihren persönlichen Feiertag zum doppelten Entgelt abzukaufen und die AN so in die Arbeit „zurückzuholen“, da dies nur von einer Schädigungsabsicht motiviert ist. Es ist mE daraus zu schließen, dass die Erzielung des doppelten Entgeltes allein noch kein legitimes Streikziel bildet, weil es nur um die Erwirkung von finanziellen Vorteilen für die AN und nicht um die Gestaltung von Arbeitsbedingungen geht.¹²⁰⁶ Dieses kollusive Zusammenwirken ist aber mE schon aus dem Machtungleichgewicht zwischen AN und AG schwer in der Praxis denkbar, schließlich riskieren die AN ihre Entlassung oder Kündigung. Die Anspruchsbegründung auf das doppelte Entgelt erfolgt mit Arbeitsantritt; innere Beweggründe spielen hierbei ebenfalls keine Rolle.

¹²⁰⁵ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²⁰⁶ *Krejci*, Recht auf Streik, 257.

9. Die finanzielle Abgeltung der Arbeit am persönlichen Feiertag

§ 7a Abs 2 erster Satz normiert die Möglichkeit des Nichtantrittes des persönlichen Feiertags. Im Kapitel 7 wurde die Möglichkeit des „Abkaufes“ durch den AG ausführlich erörtert und zudem dargelegt, dass der AN mit Arbeitsantritt am persönlichen Feiertag den Anspruch auf das sog. „doppelte Entgelt“ begründet. Im folgenden Kapitel wird somit die finanzielle Abgeltung der Arbeit am persönlichen Feiertag nun detailliert untersucht.

Eingangs wird analysiert, wie das „doppelte“ Entgelt zu interpretieren bzw zu berechnen ist. Im Anschluss widmet sich dieses Kapitel der pauschalen Abgeltung von Mehrleistungen mittels All-In-Vereinbarung bzw einer Überstundenpauschale. Ein besonderes Augenmerk wird dem Themenbereich der Gleitzeit gewidmet. Zum Schluss wird die Kündigung sowie die Kündigungsanfechtung im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag untersucht.

Somit ergeben sich folgende Fallgruppen:

- Interpretation des doppelten Entgeltes (Bezeichnung und Berechnung)
- Problemstellung der Abgeltung mittels All-In-Vereinbarung und der Überstundenpauschale
- Problemstellung in der Gleitzeit
- Kündigung und Kündigungsanfechtung sowie schwebende Unwirksamkeit des Urlaubsverbrauchs

9.1. Interpretation des „doppelten“ Entgelts (Bezeichnung und Berechnung)

9.1.1. Problemstellung

Wenn der AN am persönlichen Feiertag auf Ersuchen des AG die Arbeit faktisch antritt, gebührt ihm laut Gesetzestext des § 7a Abs 2 ARG das „doppelte Entgelt“, also Urlaubsentgelt sowie zusätzlich Arbeitsentgelt.

Somit enthält Abs 2 gleich zwei auslegungsbedürftige Begriffe (Urlaubsentgelt und doppeltes Entgelt), die einer genauen Untersuchung bedürfen. Es ist folglich zu eruieren, wie das Urlaubsentgelt in diesem Zusammenhang zu interpretieren ist, da der AN, wenn er die Arbeit faktisch antritt, ja keinen Urlaub verbraucht. Außer dem Urlaubsentgelt hat der AN bei Arbeitsantritt laut § 7a Abs 2 3. Satz ARG *„Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt, insgesamt daher das doppelte Entgelt“*. Hier ist insb zu untersuchen, was genau unter dem doppelten Entgelt zu verstehen ist: handelt es sich hierbei um eine rechnerische Größe oder um eine bloße Bezeichnung; ist dieses Entgelt immer das Doppelte etc.

Ein weiterer hier zu untersuchender Themenkreis ist jene nach der analogen Anwendbarkeit von § 9 ARG auf die tatsächlich geleistete Arbeit im Falle des persönlichen Feiertages, ob also § 9 Abs 5 ARG bei der Berechnung des doppelten Entgeltes heranzuziehen wäre.

Weiters stellt sich hier zudem die Frage, ob der AG den AN zum Zeitpunkt, wo er auf seinen persönlichen Feiertag verzichtet, im Sinne der Fürsorgepflicht hinweisen muss, dass sich sein Entgelt zB aufgrund weniger geleisteten Stunden womöglich reduziert, denn je nachdem, wie viele Stunden der AN tatsächlich arbeitet, stehen ihm mehr (zB wenn er Überstunden leistet) oder weniger (zB bei Arbeit von weniger Stunden) als das „doppelte Entgelt“ zu.¹²⁰⁷

9.1.2. Meinungsstand

9.1.2.1. Bezeichnung als „doppeltes Entgelt“

§ 7a Abs 2 3. Satz normiert, dass der AN „weitere für den bekannt gegebenen Tag außer dem Urlaubsentgelt Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt hat, insgesamt daher das doppelte Entgelt, womit das Recht gemäß Abs. 1 erster Satz konsumiert ist“.

In der Literatur setzen sich diverse Autoren mit der Bezeichnung des „doppelten Entgeltes“ auseinander. *Schrank* spricht von einer entgeltrechtlichen Verwandlung des persönlichen Feiertages.¹²⁰⁸ Die hL steht der Bezeichnung „*doppeltes Entgelt*“ eindeutig kritisch gegenüber: Laut *Wiesinger* wird ebenfalls kein Urlaub konsumiert und das Gesetz sieht bei der Arbeit am persönlichen Feiertag einen „besonderen Entgeltsanspruch“ vor.¹²⁰⁹ Diese Meinung vertritt auch *Drs*, indem sie darlegt, dass der Gesetzgeber „systemwidrigerweise“ vom Urlaubsentgelt spricht (wobei ein Verweis auf § 9 ARG sachgerechter wäre) und es sich keinesfalls um Urlaub handelt, da an diesem Tag eben kein Urlaubstag verbraucht wird.¹²¹⁰

Friedrich erörtert, dass das doppelte Entgelt dem AN nur nach dem Ersuchen des AG gebührt: der AN erhält, wenn er der Beschäftigung nachkommt „zu seinem normalen Arbeitslohn einen 100%igen Zuschlag“.¹²¹¹

Auer-Mayer kritisiert die Bezeichnung „doppeltes Entgelt“ ebenfalls als unpräzise, da abhängig davon, wie viele Stunden letztlich faktisch gearbeitet werden, dem AN mehr (zB wenn Überstunden geleistet werden) oder weniger (zB bei Arbeit von weniger Stunden) als das

¹²⁰⁷ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

¹²⁰⁸ *Schrank*, Einführung und Grundzüge der Arbeitsruhe, Rz 1a.

¹²⁰⁹ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

¹²¹⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

¹²¹¹ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

„doppelte Entgelt“ zusteht.¹²¹² Weiters legt sie dar, dass das „Urlaubsentgelt“ missverständlich formuliert ist.¹²¹³

9.1.2.2. Berechnung des „doppelten Entgeltes“

Bezüglich der Berechnung des doppelten Entgeltes erörtern *Firneis/Unterrieder*, dass es zu einem „echten“ rechnerisch doppelten Entgelt erst kommen kann, „wenn das Entgelt für die tatsächliche Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag dem Urlaubsentgelt für diesen Tag entspricht“.¹²¹⁴ *Hitz* sieht vor allem Probleme bei der Berechnung dann, wenn „die Höhe des Urlaubsentgeltes (aufgrund von Schnittberechnungen) abweichend vom Arbeitsentgelt ist“.¹²¹⁵ Seiner (mE richtiger) Meinung nach sind daher das „Urlaubsentgelt“ und das Arbeitsentgelt unabhängig voneinander zu berechnen.¹²¹⁶

Laut *Glowacka* scheint der Entgeltanspruch „vom Verhältnis der fiktiv ausgefallenen Arbeit zur tatsächlich geleisteten Arbeit abzuhängen“.¹²¹⁷ Sie differenziert in drei Lösungsvarianten, ob sich erstens „das doppelte Entgelt aus Urlaubsentgelt und Urlaubsarbeitsentgelt zusammensetzt“¹²¹⁸, oder ob zweitens „das für die Arbeitsleistung gebührende Entgelt um einen speziellen Zuschlag aufgewertet wird“, verneint dies jedoch, da weder der Gesetzestext noch die Erläuterungen auf einen (speziellen) Zuschlag Bezug nehmen, „sondern es vielmehr auf eine Ersatzleistung in Form der Entgeltfortzahlung im Urlaubsfall abgestellt wird“. (Zur dritten Variante siehe Ausführungen zu § 9 ARG unter 9.1.2.3.).¹²¹⁹

Erler hält fest, dass für die Berechnung des „Urlaubsentgeltes“ das Lohnausfallsprinzip nach § 6 UrlG gilt (ebenso *Wiesinger*)¹²²⁰, dies „entspricht den Arbeitsstunden, die an dem Tag regelmäßig zu arbeiten sind (inkl Zulagen, regelmäßigen Mehr- und Überstunden, Gewinnbeteiligungen, Prämien¹²²¹)“.¹²²² Die regelmäßig zu leistenden Entgelten dürfen nicht geschmälert werden.¹²²³ Ausgenommen sind jedoch die echten Aufwandsentschädigungen (zB Fahrtkosten, Diäten).¹²²⁴

¹²¹² *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

¹²¹³ *Auer-Mayer*, ZAS 2020, 22.

¹²¹⁴ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

¹²¹⁵ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹²¹⁶ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹²¹⁷ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²¹⁸ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²¹⁹ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²²⁰ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

¹²²¹ *Lutz/Heilegger*, ARG § 9 Rz 9.

¹²²² *Mayr*, Arbeitsrecht § 7a ARG; und *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²²³ *Lutz/Heilegger*, ARG § 9 Rz 15.

¹²²⁴ *Lutz/Heilegger*, ARG § 9 Rz 8.

9.1.2.3. Zur analogen Anwendbarkeit von § 9 ARG

Die (analoge) Anwendbarkeit von § 9 ARG auf die tatsächlich geleistete Arbeit ist im Falle des persönlichen Feiertages in der Literatur ebenfalls strittig. Laut *Drs* entspricht dieses doppelte Entgelt „weder der Regelung über das Feiertagsarbeitsentgelt des § 9 Abs 5 ARG noch der in § 7a Abs 2 ARG selbst vorgesehenen Definition“.¹²²⁵ *Hitz* verneint die Anwendbarkeit des § 9 ARG, da es sich um einen persönlichen und nicht um einen gesetzlichen Feiertag handelt.¹²²⁶ Ebenso verneint *Glowacka* die (dritte) Lösungsvariante, wonach es sich um Feiertagsentgelt und Feiertagsarbeitsentgelt handelt.¹²²⁷

Nach *Erlers* Ansicht ist hingegen § 9 Abs 5 ARG auf die Berechnung sinngemäß anzuwenden (da es keine vergleichbare Bestimmung im Urlaubsrecht gibt) und der AN muss das Entgelt für die konkret (tatsächlich) geleisteten Stunden erhalten.¹²²⁸ *Mayr*¹²²⁹ und *Schrank*¹²³⁰ schließen sich auch der Meinung von *Erler* an und bejahen die sinngemäße Anwendung von § 9 Abs 1 und 5 ARG.¹²³¹ Dies ist im Idealfall das doppelte Entgelt, kann aber auch mehr oder weniger sein.¹²³²

Wiesinger bejaht die Anwendbarkeit des § 9 ARG sowie den höheren Zuschlag aber nur dann, wenn gesetzlicher und persönlicher Feiertag zusammenfallen, da der höhere Zuschlag tatsächlich nur an der Arbeitsleistung am (gesetzlichen!) Feiertag anknüpft.¹²³³ Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn der AN seinen persönlichen Feiertag auf einen gesetzlichen Feiertag legt und in Folge vom AG ersucht wird, an diesem zu arbeiten.

Lutz/Heilegger gehen auf die Problematik im Falle des § 9 Abs 5 ARG ein und legen dar, dass das Feiertagsarbeitsentgelt „für sich betrachtet nicht das Doppelte beträgt“¹²³⁴, und daher „die zweite Hälfte des doppelten Entgeltes“¹²³⁵ als viel bessere Formulierung zu verwenden ist.¹²³⁶

Erler erörtert, dass das Entgelt für die am persönlichen Feiertag konkret geleisteten Stunden im Idealfall das doppelte Entgelt iSd § 7a Abs 2 ARG ist. Aber, je nachdem, wie viele Stunden der AN tatsächlich arbeitet, kann es jedoch auch mehr (zB wenn er Überstunden leistet) oder weniger (zB bei Arbeit von weniger Stunden) sein. In diesem Zusammenhang stellt *Erler* die

¹²²⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

¹²²⁶ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹²²⁷ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²²⁸ *Erler*, ÖZPR 2019, 42; und *Mayr*, Arbeitsrecht § 7a ARG.

¹²²⁹ *Mayr*, Arbeitsrecht § 7a ARG.

¹²³⁰ *Schrank*, Einführung und Grundzüge der Arbeitsruhe, Rz 1a.

¹²³¹ *Mayr*, Arbeitsrecht § 7a ARG.

¹²³² *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²³³ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

¹²³⁴ *Lutz/Heilegger*, ARG § 9 Rz 35.

¹²³⁵ *Lutz/Heilegger*, ARG § 9 Rz 35.

¹²³⁶ *Lutz/Heilegger*, ARG § 9 Rz 35.

Frage, ob der AG den AN zum Zeitpunkt, wo er auf seinen persönlichen Feiertag verzichtet, im Sinne der Fürsorgepflicht hinweisen muss, dass sich sein Entgelt womöglich reduziert.¹²³⁷ Seiner Ansicht nach ist die Reduktion des doppelten Entgeltes aufgrund weniger geleisteten Stunden nur zulässig, wenn der AG auf diese Tatsache „bereits zum Zeitpunkt hinweist, zu dem er den Arbeitnehmer um eine Arbeitsleistung ersucht“.¹²³⁸ Da der AN beim Abkauf durch den AG auf seinen persönlichen Feiertag verzichtet, muss der AN „sein Wahlrecht auf Basis konkreter Angaben des Arbeitgebers ausüben können“.¹²³⁹ Ansonsten tritt die Rechtsfolge des § 7a Abs 2 letzter Halbsatz ARG nicht ein.¹²⁴⁰

9.1.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Eingangs ist auf die Bezeichnung „doppeltes Entgelt“ einzugehen und die Diskrepanz zwischen Arbeits- bzw Urlaubsentgelt zu untersuchen.

Als Lösungsvariante ist mE bei der Interpretation des doppelten Entgeltes der Rechtsansicht von *Drs* in diesem Zusammenhang zu folgen, die statt dem eher auslegungsbedürftigen Gesetzeswortlaut des § 7a Abs 2 ARG („Urlaubsentgelt“) das Wort „Feiertagsentgelt“ (mE ist „persönliches Feiertagsentgelt“ die bessere Formulierung, da eben kein gesetzlicher Feiertag vorliegt) bzw „normales (Urlaubs-)Entgelt“ präferiert, da der AN gerade keinen Urlaub konsumiert.¹²⁴¹ Daher ist die gesetzliche Bezeichnung „Urlaubsentgelt“ in § 7a Abs 2 ARG mE eigentlich falsch, da eben kein Urlaub verbraucht wird.

An dieser Stelle ist zudem festzuhalten, dass der AN eben an diesem nicht gesetzlichen Feiertag arbeitet und nicht während der Feiertagsruhe beschäftigt wird; daher kann es folglich auch nicht zum Lohnausfall kommen, sondern zum „normalen“ Urlaubsentgelt (daher die kritische Haltung von *Drs* zu § 9 Abs 5 ARG). Demzufolge wird das Lohnausfallprinzip nicht im herkömmlichen Sinne angewendet, da der persönliche Feiertag ausfällt, sondern lediglich fingiert und nur für die Berechnung herangezogen. *Glowacka* spricht in diesem Zusammenhang vom „fiktiven Ausfallsprinzip“.¹²⁴²

¹²³⁷ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²³⁸ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²³⁹ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²⁴⁰ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²⁴¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177. Die Auslegung hat ua bei der BUAG eine Bedeutung siehe Kapitel 11 BUAK

¹²⁴² *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

Wie *Glowacka*¹²⁴³ und *Friedrich*¹²⁴⁴ richtigerweise ausführen, setzt „der Vergütungsanspruch das explizite Ersuchen des Arbeitgebers“ voraus.¹²⁴⁵ Durch Arbeitsantritt begründet der AN den Anspruch auf das doppelte Entgelt („Abkauf des persönlichen Feiertages“, siehe auch detailliert hierzu Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages). Ausschlaggebend ist demnach mE lediglich das Ersuchen des AG bzw der faktische Arbeitsantritt.

Das Arbeitsentgelt kann mehr oder weniger als das „doppelte“ Entgelt sein (je nach zusätzlichen Mehr- und Überstunden oder weniger Stunden etc), somit ist es rechnerisch nicht immer das „Doppelte“. Nach der mE richtigen Interpretation von *Drs* gebührt für die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag das Urlaubsentgelt und noch zusätzlich „das Entgelt für die an diesem Tag geleistete Arbeit“¹²⁴⁶, also das Arbeitsentgelt (siehe auch Kapitel 11 BUAK).

Das in § 7a Abs 2 letzter Satz ARG normierte „*doppeltes Entgelt*“ ist daher eine unpräzise, gar falsche Gesetzesbezeichnung, die laut *Haider* nicht als „höhenmäßige Begrenzung“ verstanden werden darf.¹²⁴⁷ Folglich ist mE die Klagbarkeit des wortwörtlichen „doppelten Entgeltes“ zu verneinen, da es im Hinblick auf die analoge Anwendbarkeit des § 9 Abs 5 ARG wohl überschießend und sinnbefreit ist.

Einerseits ist *Erlers* Ausführungen bezüglich der Verständigung des AN über die Reduktion des doppelten Urlaubsentgeltes durch den AG mE dahingehend zuzustimmen, dass der AN über die Höhe des „doppelten Entgeltes“ aufgrund der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht verständigt werden muss. Der AN verzichtet beim Abkauf durch den AG auf seinen persönlichen Feiertag und muss daher „sein Wahlrecht auf Basis konkreter Angaben des Arbeitgebers ausüben können“.¹²⁴⁸ Andererseits ist *Erler*¹²⁴⁹ auch zuzustimmen, dass widrigenfalls die Rechtsfolge des § 7a Abs 2 letzter Halbsatz ARG nicht eintritt und somit folglich das Widmungsrecht auf einen anderen persönlichen Feiertag erhalten bleibt.

Wenn der AN über das tatsächliche Entgelt nicht in Kenntnis gesetzt wurde, kann man mE erwägen, den Entgeltdifferenzbetrag wohl nicht zum fiktiven doppelten Urlaubsentgelt, aber bis zum rechnerisch richtigen (gegebenenfalls doppelten) Entgelt einzuklagen. (Besonderheiten zum BUAG siehe Kapitel 11)

¹²⁴³ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁴⁴ *Friedrich*, ASoK 2019, 202.

¹²⁴⁵ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁴⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

¹²⁴⁷ *Haider*, ecolex 2019, 352.

¹²⁴⁸ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²⁴⁹ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das doppelte Entgelt aus zwei Komponenten, einerseits aus dem Urlaubsentgelt für den nicht konsumierten persönlichen Feiertag und andererseits zusätzlich aus dem Entgelt für die geleistete Arbeit besteht. Das Arbeitsentgelt ist „das Entgelt für die an diesem Tag geleistete Arbeit“¹²⁵⁰, wenn also zB Überstunden an diesem Tag anfallen, gebühren diese mit Zuschlag.

9.2. Pauschale Abgeltung von Mehrleistungen

9.2.1. Problemstellung der Abgeltung mittels All-In-Vereinbarung und der Überstundenpauschale

Besondere Probleme ergeben sich bei der Abgeltung von Mehrleistungen in Form einer All-In-Vereinbarung oder einer Überstundenpauschale. Fraglich ist, ob das doppelte Entgelt in diesem aufgeht oder die Arbeit am persönlichen Feiertag gesondert zu vergüten ist.

9.2.2. Meinungsstand zur All-In-Vereinbarung

Laut Rechtsmeinung von *Firneis/Unterrieder* ist die Arbeit am persönlichen Feiertag durch eine All-In-Vergütung jedenfalls dann abgegolten, „wenn das Entgelt entsprechend hoch ist“ und auch die „Arbeit an Feiertagen“ abgegolten ist.¹²⁵¹

Bezüglich der Abgeltung von All-In-Vereinbarungen differenziert *Hitz* zwischen neu abzuschließenden All-In-Vereinbarungen und bereits bestehenden.¹²⁵² Eine neue mit Abgeltung des „doppelten Entgelts“ ist seiner Ansicht nach möglich. Bei bestehender All-In-Vereinbarung ähnelt die Diskussion seiner Ansicht nach der Debatte über die zusätzlichen Überstunden im Sinne des Arbeitszeitpakets 2018. Seiner Meinung nach wird die weite Formulierung, die Zulagen, Zuschläge und sonstigen Entgelten mitumfasst, ebenfalls bei neuen All-In-Vereinbarungen für die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag Anwendung finden.¹²⁵³

Glowacka erörtert, dass das doppelte Entgelt von einer All-In-Vereinbarung erfasst sein kann (im Gegensatz zur Überstundenpauschale), dies muss allerdings in der Deckungsprüfung Berücksichtigung finden.¹²⁵⁴ Auf den Verbrauch des dadurch entstandenen Guthabens in Form von Zeitausgleich hat der AN „nur insoweit einen Rechtsanspruch als sich dieser auf § 10 Abs 4 AZG stützt“, also nur für die am persönlichen Feiertag erbrachten Überstunden (durch die die

¹²⁵⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

¹²⁵¹ *Firneis/Unterrieder*, RdW 2019, 196.

¹²⁵² *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹²⁵³ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

¹²⁵⁴ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

Tagesarbeitszeit von zehn Stunden oder die Wochenarbeitszeit von 50 Stunden überschritten wird).¹²⁵⁵

9.2.3. Meinungsstand zur Überstundenpauschale

Glowacka hält fest, dass das doppelte Entgelt in einer Überstundenpauschale grundsätzlich nicht aufgeht, am persönlichen Feiertag erbrachten Überstunden jedoch gedeckt sein können.¹²⁵⁶

9.3.1. Problemstellung in der Gleitzeit

Im Zusammenhang mit der Gleitzeit bzw bei Vorliegen einer Gleitzeitvereinbarung stellt sich die Frage, ob im Falle der Arbeitsverrichtung am persönlichen Feiertag die gesamten geleisteten Stunden als angeordnete Überstunden zu werten sind oder nicht und ob ein 200% Überstundenzuschlag gebührt.¹²⁵⁷

9.3.2. Berechnung und Verbuchung bei Gleitzeit (Meinungsstand)

Edthaler/ Traxler erörtern, dass seit der Novelle BGG I 2018/53 nach § 4b Abs 5 AZG vom AG angeordnete Überstunden erst „über die täglich achte oder die wöchentlich 40. Stunde hinaus“ vorliegen und für derart angeordnete Überstunden gebührt „zusätzlich zu den 200 % aufgrund des persönlichen Feiertages auch Anspruch auf einen Überstundenzuschlag“.¹²⁵⁸

Glowacka differenziert, ob das Ersuchen des AG am persönlichen Feiertag zu arbeiten als „Eingriff in die Gleitbefugnis des Arbeitnehmers zu werten ist“¹²⁵⁹ oder nicht.¹²⁶⁰ Das fiktiv ausgefallene Entgelt orientiert sich an der gemäß § 4b Abs 3 Z 4 AZG in der Gleitzeitvereinbarung festzulegenden fiktiven Normalarbeitszeit.¹²⁶¹ Für die tatsächlich geleisteten Stunden bei zB 10 Stunden ist hingegen zu unterscheiden, ob man die Vergütung als 10-stündige Normalarbeitszeit oder („in Entsprechung des § 4b Abs 5 AZG¹²⁶²“) als achtstündige Normalarbeitszeit und zweistündiger Überstundenarbeit wertet.¹²⁶³ Laut *Glowacka* ist im Einzelfall zu unterscheiden wie „selbstbestimmt der Arbeitnehmer seine

¹²⁵⁵ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁵⁶ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁵⁷ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹²⁵⁸ *Edthaler/Traxler*, ASoK 2019, 369.

¹²⁵⁹ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁶⁰ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁶¹ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁶² *Risak*, Überstunden bei Gleitzeit durch Ad-hoc-Eingriffe in die Zeitautonomie, in *Liber Amicorum Mazal*, 141.

¹²⁶³ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

Arbeitszeit an diesem Tag durch Gleiten wählen kann, gelangt § 4b Abs 5 AZG zur Anwendung oder nicht“.¹²⁶⁴

Zum selben Ergebnis kommen *Jöst/Wolf*:¹²⁶⁵ Sie setzen sich detailliert und praxisbezogen mit der Frage der Verbuchung des Urlaubstages am Gleitzeitkonto auseinander. Sie legen dar, dass bei Antritt des persönlichen Feiertages die fiktive Normalarbeitszeit in die Gleitzeit einzubuchen ist.¹²⁶⁶ Mehrere Fragen wirft es jedoch auf, wenn der Tag nicht angetreten wird und der AN an diesem Tag arbeitet.¹²⁶⁷ Sie schlagen zur Lösung zwei Varianten vor: entweder wird der Tag als normaler Arbeitstag gewertet und die Ist-Zeit bis zur Grenze der selbstbestimmbaren Normalarbeitszeit am Gleitzeitkonto gebucht (§ 4b Abs 5 AZG ist ihrer Meinung nach nicht anzuwenden, denn der AG um die Arbeitsleistung ersucht und nicht anordnet) oder es wird als Ausfalltag gewertet und die Soll-Zeit (fiktive Normalarbeitszeit) verbucht. Sie sprechen sich mehr für die erste Variante aus.¹²⁶⁸ Bezüglich des Entgeltes am nicht angetretenen, „selbstbestimmten“ Urlaubstag halten sie fest, dass sich das Arbeitsentgelt (Teil des doppelten Entgeltes) „soweit sich die Arbeitsleistung innerhalb des Gleitzeitmodells bewegt, aus der am Gleitzeitkonto verbuchten Arbeitszeit ergibt“. Sie differenzieren daher im Falle des Arbeitsentgeltes danach, ob der AG in das Selbstbestimmungsrecht des AN eingreift: greift der AG nicht ein, bestimmt der AN wieviel er arbeitet, wird die Arbeitszeit innerhalb des Gleitzeitrahmens bis zur Grenze der selbstbestimmten Normalarbeitszeit am Gleitzeitkonto verbucht. Greift jedoch der AG in das zeitliche Selbstbestimmungsrecht der AN ein, und gibt die Arbeitszeit an diesem Tag vor, kommt § 4b Abs 5 AZG zur Anwendung und „es kommt bereits dann zu Überstunden, wenn die Arbeitszeit 8 Stunden überschreitet“. Das „Urlaubsentgelt“ für die fiktive Normalarbeitszeit steht dem AN daneben jedenfalls zu.¹²⁶⁹

9.3.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Meines Erachtens ist den detaillierten Ausführungen von *Glowacka* in diesem Zusammenhang zu folgen, weil sie eine präzise Differenzierung zwischen Überstundenpauschale und All-In-Vereinbarung vornimmt und auf den persönlichen Feiertag anwendet.

¹²⁶⁴ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁶⁵ *Jöst/Wolf*, Wie ist das Arbeiten am „persönlichen Feiertag“ bei Gleitzeit zu verbuchen?, PVP 2019, 184.

¹²⁶⁶ *Jöst/Wolf*, PVP 2019, 184.

¹²⁶⁷ *Sabara*, ARD 6665/27/2019.

¹²⁶⁸ *Jöst/Wolf*, PVP 2019, 184.

¹²⁶⁹ *Jöst/Wolf*, PVP 2019, 184.

Das bedeutet, dass das doppelte Entgelt von einer All-In-Vereinbarung erfasst sein kann (im Gegensatz zur Überstundenpauschale), dies muss allerdings in der Deckungsprüfung Berücksichtigung finden.¹²⁷⁰

Hinsichtlich der Gleitzeitsvereinbarung ist mE zu differenzieren, ob das Ersuchen des AG am persönlichen Feiertag zu arbeiten, als „Eingriff in die Gleitbefugnis des Arbeitnehmers zu werten ist“¹²⁷¹ oder nicht¹²⁷², und ist im Einzelfall zu unterscheiden, wie „selbstbestimmt der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit an diesem Tag durch Gleiten wählen kann, gelangt § 4b Abs 5 AZG zur Anwendung oder nicht“.¹²⁷³

9.4. Kündigung und Kündigungsanfechtung sowie schwebende Unwirksamkeit des Urlaubsverbrauchs

9.4.1. Problemstellung

Der AN will seinen persönlichen Feiertag an einem beliebigen Tag in Anspruch nehmen, der AG ersucht ihn an diesem Tag zu arbeiten, der AN kommt dem Ersuchen aber nicht nach und tritt seinen persönlichen Feiertag an. Daraufhin spricht der AG die Kündigung aus. Ist die Kündigung als unzulässige Motivkündigung anfechtbar?

Anzusprechen ist auch in diesem Zusammenhang die faktische Unmöglichkeit des Verbrauchs des persönlichen Feiertages: das Gerichtsverfahren zur Kündigungsanfechtung kann auch mehrere Jahre dauern und obsiegt der AN im Verfahren, ist er nach erfolgreicher Anfechtung rechtlich so zu stellen, als wäre das Arbeitsverhältnis durchgehend aufrecht gewesen und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird rückwirkend für rechtsunwirksam erklärt¹²⁷⁴. Der AN ergreift durch die Anfechtung den rechtsgestaltenden Rechtsbehelf zur Durchsetzung des Anspruchs auf das aufrechte Arbeitsverhältnis inkl Urlaubsanspruch. Folglich sind die für diesen Zeitraum gebührenden Urlaubstage im Falle des Obsiegens des AN auf seinem Urlaubssaldo gutzuschreiben. Jedoch kann der AN, wenn zB das Gerichtsverfahren mehrere Jahre dauert, von seinem Widmungsrecht keinen Gebrauch machen (da die Kündigung schwebend wirksam ist): das Urlaubskontingent bleibt ihm zwar erhalten, jedoch nicht die Möglichkeit des einseitigen Urlaubsantrittes nach § 7a ARG.

¹²⁷⁰ Glowacka, ASoK 2019, 122.

¹²⁷¹ Glowacka, ASoK 2019, 122.

¹²⁷² Glowacka, ASoK 2019, 122.

¹²⁷³ Glowacka, ASoK 2019, 122.

¹²⁷⁴ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 2 Rz 163.

Somit stellen sich in diesem Zusammenhang folgende Fragen:

- Wie ist die Handhabe des persönlichen Feiertages in diesem Zusammenhang?
- Weiters ist außerdem fraglich, inwieweit ein Diskriminierungsverbot iZm dem Antritt des persönlichen Feiertages besteht.

9.4.2. Meinungsstand

Vorerst ist abzuklären, ob die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages als verpöntes Motiv gemäß § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG anzusehen ist und ob eine sogenannte Motivanfechtung möglich ist. Laut *Drs* darf der AN nicht benachteiligt werden, nur weil er das Ersuchen des AG auf Arbeitsleistung ablehnt und seinen Urlaubstag am persönlichen Feiertag konsumiert. Eine aus diesem Grund ausgesprochene Kündigung kann wegen verpönten Motivs angefochten werden, da es sich um eine „offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche (einseitiger Urlaubsantritt gemäß § 7a ARG) aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer“ handelt.¹²⁷⁵ Diese Ansicht wird auch von *Gleißner* vertreten, da der AN lediglich „seinen Anspruch auf den persönlichen Feiertag durchsetzt“. ¹²⁷⁶ Unter Umständen ist Schadenersatz wegen Diskriminierung denkbar (zur Diskriminierung aufgrund der Religion und Weltanschauung siehe Kapitel 5 Gleichbehandlungsrechtliche Aspekte).

9.4.3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Wie *Drs* mE richtigerweise erörtert, darf der AN nicht benachteiligt werden, nur weil er das Ersuchen des AG auf Arbeitsleistung ablehnt und seinen Urlaubstag am persönlichen Feiertag konsumiert. Ebenso wie bereits bei der Inanspruchnahme erörtert, muss der AN weder die Wahl seines persönlichen Feiertages für die Inanspruchnahme begründen, noch angeben, wieso er dem Ersuchen nicht nachkommt bzw muss er seine Entscheidung diesbezüglich auch nicht begründen.

Der Gesetzestext des § 7a Abs 2 erster Halbsatz („*Es steht dem Arbeitnehmer frei*“) legt dar, dass es eine wählbare Option des AN auf den Nicht-Antritt gibt und er daher dem Ersuchen des AG nicht entsprechen muss, wenn er nicht will. Das heißt aber im Umkehrschluss, dass der AN die Option, am persönlichen Feiertag zu arbeiten, auch ablehnen darf.

Eine aus diesem Grund ausgesprochene Kündigung kann wegen verpönten Motivs angefochten werden, da es sich um eine „offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung vom Arbeitgeber in

¹²⁷⁵ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 179.

¹²⁷⁶ *Gleißner*, ZAS 2019, 16.

Frage gestellter Ansprüche (einseitiger Urlaubsantritt gemäß § 7a ARG) aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer“ handelt.¹²⁷⁷

Eine Abgeltung des Widmungsrechtes kommt mE aufgrund des Ablöseverbotes nicht in Frage, da das Arbeitsverhältnis laufend ist. Die analoge Anwendung des § 1497 ABGB widerspricht dem Gesetzestext (einmal pro Urlaubsjahr), somit kann kein weiterer Tag mehr gewidmet werden.

9.5. Zusammenfassung der Ergebnisse

Der **Anspruch auf das doppelte Entgelt** setzt immer ein Ersuchen des AG bzw den faktischen Arbeitsantritt des AN voraus.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das doppelte Entgelt aus zwei Komponenten, einerseits aus dem Urlaubsentgelt für den nicht konsumierten persönlichen Feiertag und andererseits zusätzlich aus dem Entgelt für die geleistete Arbeit besteht. Für die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag gebührt demnach das „normale“ Urlaubsentgelt und das Arbeitsentgelt. Das Arbeitsentgelt ist „das Entgelt für die an diesem Tag geleistete Arbeit“¹²⁷⁸.

Weiters wurde die **Abgeltung mittels Überstundepauschale, All-In-Vereinbarung und in der Gleitzeit** untersucht. Das doppelte Entgelt kann von einer All-In-Vereinbarung erfasst sein (im Gegensatz zur Überstundenpauschale), dies muss allerdings in der Deckungsprüfung Berücksichtigung finden.¹²⁷⁹

Hinsichtlich der Gleitzeitsvereinbarung ist mE zu differenzieren, ob das Ersuchen des AG am persönlichen Feiertag zu arbeiten, als „Eingriff in die Gleitbefugnis des Arbeitnehmers zu werten ist“¹²⁸⁰ oder nicht¹²⁸¹, und ist im Einzelfall zu unterscheiden, wie „selbstbestimmt der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit an diesem Tag durch Gleiten wählen kann, gelangt § 4b Abs 5 AZG zur Anwendung oder nicht“.¹²⁸²

Anzusprechen ist auch die **faktische Unmöglichkeit des Verbrauchs im Zusammenhang mit einem Kündigungsanfechtungsverfahren**. Der AN darf nicht benachteiligt werden, nur weil er das Ersuchen des AG auf Arbeitsleistung ablehnt und seinen Urlaubstag am persönlichen Feiertag konsumiert. Ebenso wie bereits bei der Inanspruchnahme erörtert, muss der AN weder die Wahl seines persönlichen Feiertages für die Inanspruchnahme begründen, noch angeben,

¹²⁷⁷ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 179.

¹²⁷⁸ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

¹²⁷⁹ Glowacka, ASoK 2019, 122.

¹²⁸⁰ Glowacka, ASoK 2019, 122.

¹²⁸¹ Glowacka, ASoK 2019, 122.

¹²⁸² Glowacka, ASoK 2019, 122.

wieso er dem Ersuchen nicht nachkommt bzw muss er seine Entscheidung diesbezüglich auch nicht begründen.

Der Gesetzestext des § 7a Abs 2 erster Halbsatz („*Es steht dem Arbeitnehmer frei.*“) legt dar, dass es eine wählbare Option des AN auf den Nicht-Antritt gibt und er daher dem Ersuchen des AG nicht entsprechen muss, wenn er nicht will. Das heißt aber im Umkehrschluss, dass der AN die Option, am persönlichen Feiertag zu arbeiten, auch ablehnen darf.

Eine aus diesem Grund ausgesprochene Kündigung kann wegen verpönten Motivs angefochten werden, da es sich um eine „offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche (einseitiger Urlaubsantritt gemäß § 7a ARG) aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer“ handelt.¹²⁸³

Eine Abgeltung des Widmungsrechtes kommt mE aufgrund des Ablöseverbotes nicht in Frage, da das Arbeitsverhältnis laufend ist. Die analoge Anwendung des § 1497 ABGB widerspricht dem Gesetzestext (einmal pro Urlaubsjahr), somit kann kein weiterer Tag mehr gewidmet werden.

¹²⁸³ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 179.

10. Zusammentreffen mit anderen Dienstverhinderungsgründen

10.1. Problemstellung

In diesem Kapitel wird auf Fälle eingegangen, wo Dienstverhinderungsgründe wie Krankenstand, Dienstverhinderung nach § 8 Abs 3 AngG usw mit dem persönlichen Feiertag zusammentreffen, ohne dass es eines Rücktrittes des AN bedarf.

Folgende Fallgruppen werden in diesem Kapitel im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag untersucht:

- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

In dieser Konstellation ergeben sich einerseits danach, ob der Dienstverhinderungsgrund vor oder nach Bekanntgabe des persönlichen Feiertages eintritt, bzw je nach Länge des Krankenstandes, verschiedene Fragestellungen und Lösungen.

- Verlängerung der Inanspruchnahme bzw der Entgeltfortzahlungsdauer

In dieser Fallgruppe wird analysiert, ob der persönliche Feiertag die Entgeltfortzahlungsdauer wie ein gesetzlicher Feiertag ebenfalls um einen Tag verlängert.

Außerdem wird untersucht, ob der bereits bekannt gegebene persönliche Feiertag, der in eine fiktive Kündigungsfrist fällt, in gleicher Weise wie ein gesetzlicher Feiertag im aufrechten Arbeitsverhältnis zu behandeln ist, wenn das Arbeitsverhältnis durch fristwidrige Arbeitgeberkündigung, unberechtigte Entlassung oder berechtigten vorzeitigen Austritt beendet wird und dem AN Schadenersatz in Form einer Kündigungsentschädigung zusteht.

- Pflegefreistellung, Betreuungsfreistellung und der persönliche Feiertag

Wenn bereits ein persönlicher Feiertag fristgerecht bestimmt wurde und der AN Pflegefreistellung iSd § 16 UrlG benötigt, handelt es sich um eine Konkretisierung des wichtigen Grundes und eigentlich um keinen Sonderfall. Daher wird diese Fallgruppe wie die Thematik zur EFZ beim Krankenstand behandelt.

- Sonderformen der Karenz (Bildungskarenz, Bildungsteilzeit, Pflegekarenz und Pflegezeit) und der persönliche Feiertag

In dieser Fallgruppe geht es um die Konstellation, wenn der Konsum eines persönlichen Feiertags schon gesetzeskonform angekündigt wurde und dann in der Folge die Arbeitszeit reduziert wurde oder überhaupt das Arbeitsverhältnis ausgesetzt wurde.

Welche Auswirkungen hat das auf einen bereits angekündigten persönlichen Feiertag im Ausmaß eines vollen Arbeitstages?

Ein weiteres Problem bildet bei der Bildungskarenz die Dauer der Vereinbarung bis zu einem Jahr, da der persönliche Feiertag gemäß § 7a ARG einmal pro Urlaubsjahr einseitig bestimmt werden kann und der AN aufgrund einer längeren Bildungskarenz diesen faktisch nicht in Anspruch nehmen kann.

10.2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (Unglücksfall, Berufskrankheit und Arbeitsunfall)

10.2.1.1. Meinungsstand zum Urlaub

Laut *Drs* berechtigt eine Erkrankung vor dem Urlaubsantritt uU zum Rücktritt von der Urlaubsvereinbarung.¹²⁸⁴ Laut *Mayr/ Erler* berechtigt (im Zusammenhang mit dem Urlaub) „eine Erkrankung vor allem dann zum Rücktritt, wenn sie über den Antrittstermin hinausreicht oder eine Vorbereitung des Urlaubs nicht zulässt“.¹²⁸⁵

10.2.1.2. Meinungsstand zum persönlichen Feiertag

Erler bejaht ebenfalls die Möglichkeit des Rücktrittes, wenn der AN nach Bekanntgabe, aber vor Verbrauch des persönlichen Feiertages erkrankt; der AN kann demnach einen anderen persönlichen Feiertag wählen.¹²⁸⁶ *Glowacka* stellt in diesem Zusammenhang fest, dass es zu „keiner Verdrängung des persönlichen Feiertages durch andere Entgeltfortzahlungstatbestände kommt“ und leitet dies aus den Wertungen des Urlaubsrechtes ab.¹²⁸⁷

Ebenfalls wirft der Krankenstand am persönlichen Feiertag Fragen auf, insbesondere im Hinblick auf das doppelte Entgelt, also, ob und in welcher Höhe Entgeltfortzahlung gebührt.¹²⁸⁸

Zur detaillierten Behandlung (Problemstellung, Meinungsstand, Lösungsalternativen und eigene Ansicht) wird auf die Ausführungen im Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages verwiesen. In diesem Kapitel werden die dort gewonnenen Ergebnisse nochmals kurz zusammengefasst.

¹²⁸⁴ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 5 Rz 13.

¹²⁸⁵ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 5 Rz 5.

¹²⁸⁶ *Erler*, ÖZPR 2019, 42.

¹²⁸⁷ *Glowacka*, ASoK 2019, 122.

¹²⁸⁸ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

10.2.2. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Bei den gerechtfertigten Dienstverhinderungen muss im Gegensatz zum Rücktritt die Arbeit grundsätzlich nicht angetreten werden. Dabei ist an unvorhersehbare Fälle (ad hoc-Notfälle) zu denken, die ihrer Natur nach keiner Einhaltung einer Frist bzw rechtzeitige Meldung zulassen (Operationen, spontane Untersuchungen etc). Diese „überlappen“ den persönlichen Feiertag, ohne dass es eines expliziten Rücktrittes bedarf. Damit ist bei einem Dienstverhinderungsgrund (zB Krankheit nach ein paar Stunden Arbeit) am persönlichen Feiertag dieser konsumiert.

Wenn man von einer Dienstverhinderung ausgeht, ergeben sich mE je nach Länge des Krankenstandes verschiedene Lösungen¹²⁸⁹.

1. Nach Bekanntgabe, aber vor Inanspruchnahme eintretender Krankenstand

Wenn der AN während einesurlaubes, der den persönlichen Feiertag inkludiert, für insgesamt **länger als drei Tage erkrankt**, bleibt der persönliche Feiertag erhalten, da diesfalls die Bestimmung des § 5 UrlG zur Anwendung kommt. Das Widmungsrecht geht auch nicht verloren, da aus Gründen, die der AN nicht zu vertreten hat, der persönliche Feiertag nicht angetreten werden konnte. Der AN kann daher einen anderen persönlichen Feiertag einseitig widmen.

Anderes gilt für eine **kürzer als drei Tage andauernde Arbeitsunfähigkeit**, diesfalls unterbricht jedoch mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 UrlG der Krankenstand den Urlaub nicht.¹²⁹⁰ Sowohl der persönliche Feiertag als auch das Widmungsrecht gehen dann verloren.

2. Wenn **der AG den AN nach Bekanntgabe des persönlichen Feiertages ersucht, an seinem persönlichen Feiertag zu arbeiten, und der AN noch vor Antritt des persönlichen Feiertages erkrankt**, stellt sich somit die Frage nach einer möglichen Entgeltfortzahlung mit doppeltem Entgelt. Da in § 7a Abs 2 ARG das doppelte Entgelt quasi als Kompensation für den Wegfall des einseitiges Urlaubsantrittsrechts im Interesse des AG gebührt und der Entgeltcharakter im Vordergrund steht, kann mE die Judikatur zum Zeitausgleich herangezogen werden, und der Urlaubstag gilt daher als verbraucht. Da das Widmungsrecht bereits ausgeübt wurde (= bekannt gegebener Urlaubstag), gehen sowohl der Urlaubstag als auch die Widmung

¹²⁸⁹ Hitz, ARD 6641/5/2019.

¹²⁹⁰ Hitz, ARD 6641/5/2019.

verloren, dh es kann kein weiterer Urlaubstag mehr einseitig gewidmet werden. Letztlich erhält der AN auch kein doppeltes Entgelt, weil er ja nicht arbeitet (keine Arbeitspflicht). Im Falle eines Krankenstandes an einem gesetzlichen Feiertag, wenn der AN gearbeitet hätte, hätte er Anspruch auf das doppelte Entgelt gehabt. Das zeigt wiederum, dass der persönliche Feiertag keinesfalls mit einem gesetzlichen Feiertag gleichzusetzen ist. Der vorliegende Fall ist wie ein Krankenstand am Feiertag ohne Arbeitspflicht zu behandeln.

Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zusagt und dann aber erkrankt, gebührt dem AN nach dem Entgeltausfallsprinzip im Krankenstand das doppelte Entgelt (wie die Judikatur zum ZA).

3. Wenn der AN die Arbeit faktisch antritt (Erfüllungshandlung¹²⁹¹ des AN), wird als Rechtsfolge das doppelte Entgelt begründet (stille Annahme nach § 864 Abs 1 ABGB¹²⁹²), da dieses ja im Fall der Arbeitsleistung zugestanden hätte (Entgeltfortzahlungsprinzip im Fall der Krankheit gem § 2 EFZG und § 8 AngG). Aufgrund des Arbeitsantrittes wurde der Anspruch auf das doppelte Entgelt bereits begründet und gebührt dies unabhängig von der Krankheitsdauer. Damit ist aber bei einem Dienstverhinderungsgrund (zB Krankheit nach ein paar Stunden Arbeit) am persönlichen Feiertag dieser konsumiert.

10.3. Verlängerung der Inanspruchnahme bzw der Entgeltfortzahlungsdauer

10.3.1. Fortsetzung bzw Verlängerung der beabsichtigten Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages (Meinungsstand und eigene Ansicht)

Die Urlaubsunterbrechung führt zu keiner Verlängerung des Urlaubszeitraumes.¹²⁹³ Im Urlaubsrecht ist jedoch zu beachten, dass der „Urlaub nach Wegfall des Unterbrechungsgrundes bis zur vertragsgemäßen Beendigung wieder fortgesetzt wird“.¹²⁹⁴

Eine Fortsetzung kann es beim persönlichen Feiertag nicht geben, da es sich lediglich um einen Tag handelt. Eine Verlängerung beim persönlichen Feiertag wird aufgrund der erforderlichen

¹²⁹¹ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405. Dem Angebot wird innerhalb der Annahmefrist tatsächlich entsprochen. „Solange der Offerent nicht auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut, kann der Annehmende entweder durch völlige Beseitigung der Annahmehandlung oder durch die Widerrufserklärung den Vertrag wieder lösen“.

¹²⁹² *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 59; und *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405.

¹²⁹³ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 5 Rz 14.

¹²⁹⁴ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 5 Rz 2.

Formvoraussetzungen (Schriftlichkeit, Vorankündigungsfrist) für den einseitigen Urlaubsantritt anders zu beurteilen sein als beim regulären Urlaub, und es bedarf folglich nach dem Krankenstand einer neuen einseitigen Festlegung des persönlichen Feiertages.

Wenn der persönliche Feiertag mit anschließendem regulärem Urlaub in Anspruch genommen wird, kann es ebenfalls nicht zu einer Verlängerung kommen, da die Antrittsvoraussetzungen (Schriftlichkeit und dreimonatige Vorankündigungsfrist für den einseitigen Urlaubsantritt) andere sind als, beim regulären Urlaub, der ja bereits mit dem AG vereinbart wurde.

Demnach müssen für eine neuerliche Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages weitere drei Monate verstreichen. Dieser Umstand stellt einen weiteren Nachteil bei der Inanspruchnahme im Vergleich zur Fortsetzung desurlaubes dar und zeigt erneut, dass es sich hierbei nicht schlicht um einen Urlaubstag, sondern um einen Rechtsanspruch sui generis handelt.

10.3.2. Verlängerung der Entgeltfortzahlungsdauer wie bei einem gesetzlichen Feiertag?

10.3.2.1. Problemstellung

Es ist im Folgenden zu analysieren, ob der persönliche Feiertag die Entgeltfortzahlungsdauer wie ein gesetzlicher Feiertag ebenfalls um einen Tag verlängert.

Zunächst ist zu unterscheiden, ob es sich im Zusammenhang mit dem Krankenstand um einen arbeitsfreien gesetzlichen Feiertag handelt oder der AN am gesetzlichen Feiertag gearbeitet hätte.

10.3.2.2. Meinungsstand

Gem der Entscheidung des OGH vom 12.06.1996¹²⁹⁵ sind gesetzliche Feiertage nicht in den Entgeltfortzahlungszeitraum einzubeziehen, da die Arbeit an einem Arbeitstag, der auf einen Feiertag fällt, schon a priori ausfällt; es ist also ohne Belang, ob der AN an diesem Tag gesund oder krank ist.¹²⁹⁶ Die hL tritt auch für einen Vorrang des Feiertagsentgeltes vor dem Krankenentgelt ein.¹²⁹⁷ Das bedeutet, dass für den gesetzlichen Feiertag, an dem der AN im

¹²⁹⁵ OGH 12.6.1996, 9 ObA 2060/96y.

¹²⁹⁶ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = Drs, Arbeitgeberkündigung während des Krankenstandes: Vorrang des Feiertagsentgeltes nur bis Vertragsende, DRdA 2019, 231.

¹²⁹⁷ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = Drs, DRdA 2019, 231 = Drs in ZellKomm² § 8 AngG Rz 88; dies, Entgeltfortzahlung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2011, 285 ff [287]; Kallab/Hauser, Entgeltfortzahlungsgesetz⁵ § 2 Erl 12, § 3 Erl 4; Burger in Reissner, AngG² § 8 Rz 9; Kuras, Arbeitsverhältnis²⁷ Kap 7.1; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/627; Pfeil in ZellKomm² § 9 ARG Rz 5.

Regelfall nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist¹²⁹⁸ und für den keine Entgeltfortzahlung nach § 2 Abs 1 EFZG gebührt, sich das Ende der Entgeltfortzahlung um einen Tag hinausschiebt.¹²⁹⁹ Die Entscheidung des OGH vom 21.03.2018¹³⁰⁰ bekräftigt das OGH Urteil in der Rechtssache 9 ObA 2060/96y¹³⁰¹. Entscheidend ist laut der OGH Entscheidung 9 ObA 13/18d¹³⁰², dass „ein Tag, an dem normalerweise gearbeitet worden wäre, von der Entgeltfortzahlung erfasst wird, wenn wegen Krankheit (oder Unfall) nicht gearbeitet werden kann“.¹³⁰³ Eine Arbeitsverhinderung besteht nur in Zeiten, in denen der AN eine Arbeitspflicht hat.¹³⁰⁴

Zudem ist die Regelung des § 9 ARG zu untersuchen, aus dessen Abs 2 zu entnehmen ist, dass dem AN jenes Entgelt gebührt, welches er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht aus den im Abs 1 genannten Gründen ausgefallen wäre. Die Regelung des § 9 Abs 1 ARG (im Falle der Normenkollision mit § 2 EFZG tritt der OGH für den Vorrang des Feiertagsentgelts vor dem Krankenentgelt ein¹³⁰⁵) gelangt nur dann zur Anwendung, wenn an diesem Feiertag keine Arbeitspflicht des AN bestanden hat.¹³⁰⁶

Zusammengefasst legt *Drs* dar: Wenn der AN an einem aufgrund der Feiertagsruhe arbeitsfreien (Anmerkung: gesetzlichen) Feiertag erkrankt, hat er nach hM Anspruch auf das Feiertagsentgelt.¹³⁰⁷ Da das Feiertagsentgelt vor dem Krankenentgelt Vorrang hat, sind diese „arbeitsfreien Feiertage nicht auf die Dauer des Entgeltfortzahlungsanspruchs gemäß § 8 AngG bzw § 2 EFZG anzurechnen“.¹³⁰⁸ Hätte aber der AN (aufgrund einer Vereinbarung mit dem AG) am (gesetzlichen) Feiertag gearbeitet, gebührt das Krankenentgelt gem § 8 AngG bzw § 2 EFZG inkl des tatsächlichen Arbeitsentgeltes samt Zuschlägen.¹³⁰⁹

Dies gilt laut *Drs*¹³¹⁰ auch im Falle des persönlichen Feiertages, wenn sich der AN an dem Tag zur Arbeit bereit erklärt und dann aber doch erkrankt. Somit kommt es zur Auszahlung des doppelten Entgeltes (Bezahlung des Krankenentgeltes gemäß § 8 AngG bzw § 2 EFZG und des

¹²⁹⁸ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹²⁹⁹ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³⁰⁰ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³⁰¹ OGH 12.6.1996, 9 ObA 2060/96y.

¹³⁰² OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³⁰³ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³⁰⁴ OGH 29.5.2013, 9 ObA 11/13b; und OGH 27.2.2018, 9 ObA 10/18p.

¹³⁰⁵ *Drs*, DRdA 2019, 231 = *Drs* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ § 8 AngG Rz 88 mwN; *Drs*, Entgelt ohne Arbeit [2006] 443 ff mwN.

¹³⁰⁶ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³⁰⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 178.

¹³⁰⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 178.

¹³⁰⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 178.

¹³¹⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 178.

tatsächlichen Arbeitsentgeltes), aber dieser „Feiertagskrankheitstag“ wird ausnahmsweise auf die Entgeltfortzahlungsdauer nach § 8 AngG bzw § 2 EFZG anzurechnen sein.¹³¹¹ Somit wird die Entgeltfortzahlungsdauer, ihrer Rechtsansicht nach, nicht hinausgeschoben wie bei einem gesetzlichen Feiertag, der AN kommt aber in den Genuss des doppelten Entgeltes.

10.3.2.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Ein Hinausschieben der EFZ-Dauer beim persönlichen Feiertag scheidet mE schon aufgrund der Tatsache aus, dass der persönliche Feiertag eben kein gesetzlicher Feiertag iSd § 9 ARG ist und folglich auch nicht dessen Rechtswirkung entfalten kann. Dies wird im Gesetzestext des § 9 ARG auch explizit festgehalten („infolge eines Feiertages“¹³¹²). Damit ist der persönliche Feiertag keinesfalls mit einem gesetzlichen Feiertag gleichzusetzen.

Eine Arbeitspflicht am persönlichen Feiertag kann den AN nicht treffen, da er laut Gesetzeswortlaut des § 7a ARG auf *Ersuchen* des AG arbeiten kann („es steht dem Arbeitnehmer frei“), aber keinesfalls muss.¹³¹³ Wie bereits erörtert gelangt § 9 Abs 1 ARG nur dann zur Anwendung, wenn an diesem Feiertag keine Arbeitspflicht des AN bestanden hat.¹³¹⁴ Es handelt sich jedoch beim persönlichen Feiertag nicht um einen gesetzlichen Feiertag, und § 9 Abs 1 ARG kommt daher nicht zur Anwendung.

Weiters bezieht der AN auch kein Feiertagsentgelt, welches vor dem Krankenentgelt Vorrang hat, und es kommt folglich auch nicht zu einem Hinausschieben der EFZ-Dauer.

Die Rechtsfolgen sind zwar einem gesetzlichen Feiertag nachgebildet¹³¹⁵ (siehe § 7a Abs 2 ARG sowie der Erörterung zur analogen Anwendbarkeit des § 9 Abs 5 ARG), der persönliche Feiertag hat aber nicht seine Rechtsqualität und dessen Wirkung. Das zeigt sich sehr deutlich bei der Nichtverlängerung der Entgeltfortzahlungsdauer.

10.3.3. Verlängerung der Entgeltfortzahlungsdauer im Falle des (fiktiven) Kündigungsentschädigungszeitraumes

10.3.3.1. Problemstellung

Ist der bereits bekannt gegebene persönliche Feiertag, der in eine fiktive Kündigungsfrist fällt, in gleicher Weise wie ein gesetzlicher Feiertag im aufrechten Arbeitsverhältnis zu behandeln,

¹³¹¹ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 178.

¹³¹² Am Rande ist hier anzumerken, dass, wenn in älteren Gesetzestexten von „Feiertag“ die Rede ist, ein gesetzlicher und eben nicht der persönliche Feiertag gemeint war.

¹³¹³ Siehe auch im Detail, Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages.

¹³¹⁴ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = Drs, DRdA 2019, 231.

¹³¹⁵ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 178.

wenn das Arbeitsverhältnis durch fristwidrige Arbeitgeberkündigung, unberechtigte Entlassung oder berechtigten vorzeitigen Austritt beendet wird und dem AN Schadenersatz in Form einer Kündigungsentschädigung zusteht?

Der OGH¹³¹⁶ hat im Zusammenhang mit gesetzlichen Feiertagen festgehalten, dass solche, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen, in die Entgeltfortzahlungsdauer einzuberechnen sind, und die Anspruchsdauer nach § 2 Abs 1 EFZG nicht verlängern. Für einen Feiertag, der nicht in den Zeitraum des noch aufrechten Arbeitsverhältnisses fällt, gebührt daher kein Feiertagsentgelt nach § 9 Abs 1 ARG.¹³¹⁷

In der Entscheidung geht es ua um den 8. Dezember, der in die Kündigungsfrist fällt (laut Sachverhalt dauert die Kündigungsfrist bis 14.12.2016) und für den Feiertagsentgelt zusteht. Für die gesetzlichen Feiertage (im Sachverhalt der 26.12 und 6.1.2017), die außerhalb der Kündigungsfrist liegen, jedoch in den Zeitraum fallen für den über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus EFZ gem § 2 Abs 1 EFZG und § 8 AngG gebührt (laut Sachverhalt bis 25.1.2017), hielt der OGH fest, dass diese in die Entgeltfortzahlungsdauer einzubeziehen sind und die Anspruchsdauer nach § 2 Abs 1 EFZG nicht verlängern. Für einen Feiertag, der nicht in den Zeitraum des noch aufrechten Arbeitsverhältnisses fällt, gebührt demnach kein Feiertagsentgelt nach § 9 Abs 1 ARG.¹³¹⁸ Nach *Tinhof*¹³¹⁹ gilt für die Kündigungsentschädigung, dass der Feiertag, der in die fiktive Kündigungsfrist fällt, in gleicher Weise wie ein Feiertag im aufrechten Arbeitsverhältnis zu behandeln ist.¹³²⁰ Daher sei dieser nicht in den Entgeltfortzahlungszeitraum gemäß § 2 Abs 1 EFZG einzurechnen.¹³²¹

Fraglich ist, ob diese Argumentation und die so für den gesetzlichen Feiertag gefundenen Lösungswege auch auf den persönlichen Feiertag Anwendung finden.

10.3.3.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Für die Lösung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass für die Zahlung des doppelten Entgeltes der faktische Arbeitsantritt ausschlaggebend ist (siehe Kapitel 7 Pkt 7.2.1.). Da dies im fiktiven Kündigungsentschädigungszeitraum nicht der Fall ist, kann es auch nicht zum Anspruch auf Zahlung des doppelten Entgeltes kommen.

¹³¹⁶ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³¹⁷ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³¹⁸ OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d = *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³¹⁹ *Tinhof*, Krankenstand am Feiertag – verlängerte Entgeltfortzahlungsdauer, DRdA-InfA 2018, 114.

¹³²⁰ *Tinhof*, DRdA-InfA 2018, 114; bejahend *Drs*, DRdA 2019, 231.

¹³²¹ *Tinhof*, DRdA-InfA 2018, 114.

Dieses Ergebnis eröffnet die Problematik der Unmöglichkeit des Arbeitsantrittes, wobei hierzu mE die EuGH Rechtsprechung zum Urteil *King*¹³²² heranzuziehen ist. Demnach kann man mE annehmen, dass keine objektive Möglichkeit bestand, die Arbeit anzutreten (zB durch fristwidrige Arbeitgeberkündigung) und der AN aus seiner Sphäre nicht zuordenbaren Gründen den persönlichen Feiertag nicht antreten konnte. Gerade die, durch den AG ausgesprochene Kündigung bringt den AN in die Lage, seinen Urlaub bzw in diesem Fall die Arbeit (vor stattgebendem Urteil) nicht nehmen bzw antreten zu können.

Folglich kann es zu keinem Verfall desurlaubes im Mindestausmaß nach der AZ-RL von vier Wochen kommen, da dessen Verbrauch unmöglich ist. Somit bleibt der Urlaubsanspruch erhalten, nicht jedoch die Widmung, da diese bereits ausgeübt wurde. Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zugesagt hat und dann diesen nicht antreten konnte, gebührt dem AN auch in diesem Fall nach dem Entgeltausfallsprinzip das doppelte Entgelt.

Es kommt auch in dieser Fallkonstellation im Falle des persönlichen Feiertages nicht zum Hinausschieben der EFZ-Dauer und es gebührt Krankenentgelt.

10.4. Das Zusammentreffen von sonstigen Dienstverhinderungsgründen mit dem persönlichen Feiertag

10.4.1. Dienstverhinderungsgründe gem § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB und der persönliche Feiertag

Hierbei wird auf Kapitel 5 Gleichbehandlungsrechtliche Aspekte zur *lex specialis* Eigenschaft des 7a ARG im Zusammenhang mit der Dienstverhinderung nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB verwiesen.

10.4.2. Dienstverhinderungsgründe nach dem KV

10.4.2.1. Problemstellung

Im oben erwähnten ersten Fall von Dienstverhinderungsgründen gemäß § 8 AngG bzw § 1154b ABGB gelten die gesetzlichen Regelungen. KV sehen zudem zusätzliche Dienstverhinderungsgründe vor, für welche die Regelungen nach dem KV heranzuziehen sind. Dabei stellt sich die Frage, welcher Dienstverhinderungsgrund beim Zusammentreffen von §

¹³²² EuGH C-214/16 *King*; EuGH C-341/15 *Maschek*; EuGH C-619/16 *Kreuziger*; EuGH C-684/16 *Max-Planck Gesellschaft*.

7a ARG und einer Dienstverhinderung nach dem KV (zB Niederkunft oder Todesfall am persönlichen Feiertag) vorgeht.

10.4.2.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Meines Erachtens ist diese Frage dahingehend zu beantworten, dass der persönliche Feiertag im Gesetzestext des ARG verankert wurde, und im Hinblick auf das Günstigkeitsprinzip und auch nach dem Stufenbau der Rechtsordnung der persönliche Feiertag, aufgrund der gesetzlichen Verankerung, vorgeht. Das bedeutet rechtlich, dass der persönliche Feiertag vorrangig behandelt wird gegenüber der kollektivvertraglichen Regelung.

Außerdem können KV, wenn sie fixe Anspruchszeiträume festlegen, nur als Mindestanspruch anerkannt werden.¹³²³ Eine Abweichung durch die niederrangigere Rechtsquelle (im Beispiel der KV) ist nur zum Vorteil des AN möglich (zB längere Entgeltfortzahlungsdauer).¹³²⁴ Damit gibt es eine Kollision mit dem gesetzlichen Anspruch.

10.5. Zusammentreffen von Pflegefreistellung und Betreuungsfreistellung mit Krankenstand und dem persönlichen Feiertag

10.5.1. Problemstellung

Wenn bereits ein persönlicher Feiertag fristgerecht bestimmt wurde und der AN Pflegefreistellung iSd § 16 UrlG benötigt, ist zu erörtern, wie mit dem persönlichen Feiertag in diesem Zusammenhang umzugehen ist. Hierbei handelt es sich um eine Konkretisierung des wichtigen Grundes und eigentlich um keinen Sonderfall.

Laut *Mayr/ Erler* setzt die Arbeitsverhinderung „die Verpflichtung und die Möglichkeit zur Erbringung der Arbeitsleistung für die Zeit voraus, zu der die Pflegefreistellung in Anspruch genommen wird“.¹³²⁵ Somit kommt § 16 UrlG nicht zur Anwendung, wenn der AN keine Arbeit zu leisten hat.¹³²⁶

10.5.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Dauert eine Pflegefreistellung, in die der persönliche Feiertag fällt, länger als drei Kalendertage, bleibt der persönliche Feiertag erhalten. Wenn die Pflegefreistellung kürzer als drei Tage in

¹³²³ *Holzer in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 8 Rz 62.*

¹³²⁴ *Gerhartl, Der Günstigkeitsvergleich im Arbeitsrecht, ASoK 2016, 348.*

¹³²⁵ *Mayr/Erler, UrlG³ § 16 Rz 5.*

¹³²⁶ *Mayr/Erler, UrlG³ § 16 Rz 5.*

Anspruch genommen wird, gehen sowohl der persönliche Feiertag als auch das Widmungsrecht verloren.

Wenn der AG den AN nach Bekanntgabe des persönlichen Feiertages ersucht, an seinem persönlichen Feiertag zu arbeiten und der AN nimmt noch vor Antritt des persönlichen Feiertages Pflegefreistellung in Anspruch, gehen sowohl der Urlaubstag als auch die Widmung verloren. Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zugesagt hat, dann aber erkrankt, gebührt dem AN nach dem Entgeltausfallsprinzip das doppelte Entgelt (wie die Judikatur zum ZA).

Wenn der AN die Arbeit faktisch antritt, wurde der Anspruch auf das doppelte Entgelt bereits begründet und gebührt dies unabhängig von der Dauer der Pflegefreistellung.

Ebenso ist dies bei der Betreuungsfreistellung zu beurteilen.

10.6. Sonderformen der Karenz (Bildungskarenz, Bildungsteilzeit, Pflegekarenz und Pflegezeit) und der persönliche Feiertag

10.6.1. Problemstellung

Da während der beanspruchten Zeit der Bildungskarenz, Pflegekarenz bzw Bildungsteilzeit und Pflegezeit kein Urlaub entsteht bzw dieser aliquotiert¹³²⁷ wird, stellt sich die Frage, wie die Handhabe mit einem bereits gemeldeten persönlichen Feiertag ist, der in diesem Zeitraum konsumiert worden wäre oder an dem der AN gearbeitet hätte. Es geht also um den Fall, dass der Konsum eines persönlichen Feiertags schon gesetzeskonform angekündigt wurde und dann in der Folge die Arbeitszeit reduziert wurde oder überhaupt das Arbeitsverhältnis ausgesetzt wurde. Welche Auswirkungen hat das auf einen bereits angekündigten persönlichen Feiertag im Ausmaß eines vollen Arbeitstages?

Ein weiteres Problem bildet bei der Bildungskarenz die Dauer der Vereinbarung bis zu einem Jahr, da der persönliche Feiertag gemäß § 7a ARG einmal pro Urlaubsjahr einseitig bestimmt werden kann und der AN aufgrund einer längeren Bildungskarenz diesen faktisch nicht in Anspruch nehmen kann. Daher bleibt ihm zwar der Urlaubstag jedenfalls erhalten, der AN verliert jedoch uU sein Widmungsrecht.

Binder/Mair halten im Hinblick auf die zeitliche Kollision von Bildungskarenz (§ 11 Abs 2 AVRAG iVm § 15f Abs 2 MSchG) mit Urlaub fest, dass „im Wege der Vertragsinterpretation

¹³²⁷ Pfeil in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 12 AVRAG Rz 17 = Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 14d Rz 14.

nach § 914 f ABGB herauszufinden ist, welcher Abrede der Vorrang gebührt, weil auch während eines Erholungsurlaubes Weiterbildung betrieben werden kann“.¹³²⁸ Da im Falle der Bildungskarenz ein Ruhen der wechselseitigen Hauptpflichten¹³²⁹ eintritt, steht für diesen Zeitraum auch kein Urlaub zu.¹³³⁰

Bei der Bildungs- und Pflegezeit kommt es zu einer Herabsetzung der wöchentlichen Normalarbeitszeit nach § 11a AVRAG; die dienstzeitabhängigen Ansprüche (Anspruch auf Urlaub) sind „volumfänglich zu berücksichtigen“.¹³³¹ Gemäß § 11 a Abs 4 AVRAG gebührt dem AN der Anspruch auf Urlaub in dem der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigung entsprechenden Ausmaß im Kalenderjahr.¹³³² Demnach kommt es zur Aliquotierung des Urlaubes.¹³³³

Sowohl § 14c AVRAG (Pflegekarenz) als auch § 14d AVRAG (Pflegezeit) sehen als Antrittsvoraussetzung ein bereits seit drei Monaten bestehendes ununterbrochenes Arbeitsverhältnis sowie eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien vor.¹³³⁴ Festzuhalten ist aber, dass der AN auf eine Pflegezeit (im Gegensatz zum persönlichen Feiertag) keinen Rechtsanspruch hat.¹³³⁵

In der Lehre wurden die genannten Sonderformen im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag noch nicht behandelt.

10.6.2. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

10.6.2.1. Zur Bildungs- und Pflegekarenz und der persönliche Feiertag

Wenn der AN bereits einen Tag als persönlichen Feiertag gewidmet hat, und danach vereinbaren die Parteien die **Bildungs- oder Pflegekarenz**, bleibt der Urlaubstag erhalten, nicht aber das Widmungsrecht, da dieses bereits ausgeübt wurde. Die Vereinbarung über eine Bildungskarenz ist zudem kein triftiger Rücktrittsgrund, um einen begründeten Rücktritt zu rechtfertigen, da es bei einem begründeten Rücktritt um Fälle geht, an denen gearbeitet werden kann. Folglich kann der AN keinen weiteren persönlichen Feiertag einseitig widmen. Sollte der AG den AN vor der Bildungs- und Pflegekarenz zur Arbeit aufgefordert haben, so kommt es während der Bildungs- oder Pflegekarenz nicht zum Antritt der Arbeit.

¹³²⁸ *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 11 Rz 17.

¹³²⁹ *Rauch*, Zuwachs von Urlaub während entgeltfreier Zeiten, ASoK 2019, 8.

¹³³⁰ *Rauch*, ASoK 2019, 8.

¹³³¹ *Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 11a Rz 12.

¹³³² *Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 11a Rz 13 = *Buzanich-Sommeregger/Bibro*, Checkliste: Geförderte Bildungsfreistellungsmodelle, ZAS 2017, 43.

¹³³³ *Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 14d Rz 16.

¹³³⁴ *Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 14d Rz 2.

¹³³⁵ *Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 14d Rz 4.

Im Falle einer längeren Bildungskarenz kann man mE die faktische Unmöglichkeit des Verbrauchs anhand der EuGH Judikatur in der RS *King* vom 29.11.2017¹³³⁶ ebenfalls thematisieren. Damit kann es zu keinem Verfall des Urlaubes im Mindestausmaß nach der AZ-RL von vier Wochen kommen, da dessen Verbrauch unmöglich ist.

10.6.2.2. Zur Bildungs- und Pflegezeit und der persönliche Feiertag

Bei der **Bildungs- und Pflegezeit** steht nach § 7a ARG ein Urlaubstag für die Konsumation als persönlicher Feiertag aus dem aliquoten Urlaubskontingent zu. Beim faktischen Arbeitsantritt am persönlichen Feiertag auf Ersuchen des AG während der Bildungs- und Pflegezeit gebührt das doppelte Entgelt auf Basis des Teilzeitentgelts.

10.7. Zusammenfassung der Ergebnisse

Wenn der AN während eines Urlaubes, der den persönlichen Feiertag inkludiert, für insgesamt **länger als drei Tage erkrankt**, bleibt der persönliche Feiertag erhalten, da diesfalls die Bestimmung des § 5 UrlG zur Anwendung kommt. Das Widmungsrecht geht auch nicht verloren, da aus Gründen, die der AN nicht zu vertreten hat, der persönliche Feiertag nicht angetreten werden konnte. Der AN kann daher einen anderen persönlichen Feiertag einseitig widmen.

Anderes gilt für eine **kürzer als drei Tage andauernde Arbeitsunfähigkeit**, diesfalls unterbricht jedoch mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 UrlG der Krankenstand den Urlaub nicht.¹³³⁷ Sowohl der persönliche Feiertag als auch das Widmungsrecht gehen dann verloren.

Wenn **der AG den AN nach Bekanntgabe des persönlichen Feiertages ersucht, an seinem persönlichen Feiertag zu arbeiten und der AN noch vor Antritt des persönlichen Feiertages erkrankt**, stellt sich die Frage nach einer möglichen Entgeltfortzahlung mit doppeltem Entgelt. Da in § 7a Abs 2 ARG das doppelte Entgelt quasi als Kompensation für den Wegfall des einseitiges Urlaubsantrittsrechts im Interesse des AG gebührt und der Entgeltcharakter im Vordergrund steht, kann mE die Judikatur zum Zeitausgleich herangezogen

¹³³⁶ EuGH C-214/16 *King*; EuGH C-341/15 *Maschek*; EuGH C-619/16 *Kreuziger*; EuGH C-684/16 *Max-Planck Gesellschaft*.

¹³³⁷ *Hitz*, ARD 6641/5/2019.

werden, und der Urlaubstag gilt daher als verbraucht. Da das Widmungsrecht bereits ausgeübt wurde (= bekannt gegebener Urlaubstag), gehen sowohl der Urlaubstag als auch die Widmung verloren, dh es kann kein weiterer Urlaubstag mehr einseitig gewidmet werden. Letztlich erhält der AN auch kein doppeltes Entgelt, weil er ja nicht arbeitet (keine Arbeitspflicht). Im Falle eines Krankenstandes an einem gesetzlichen Feiertag, wenn der AN gearbeitet hätte, hätte er Anspruch auf das doppelte Entgelt gehabt. Das zeigt wiederum, dass der persönliche Feiertag keinesfalls mit einem gesetzlichen Feiertag gleichzusetzen ist. Der vorliegende Fall ist wie ein Krankenstand am Feiertag ohne Arbeitspflicht zu behandeln.

Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zugesagt hat, dann aber erkrankt, gebührt dem AN nach dem Entgeltausfallsprinzip im Krankenstand das doppelte Entgelt (wie die Judikatur zum ZA).

3. Wenn der AN die Arbeit faktisch antritt (Erfüllungshandlung¹³³⁸ des AN), wird als Rechtsfolge das doppelte Entgelt begründet (stille Annahme nach § 864 Abs 1 ABGB¹³³⁹), da dieses ja im Fall der Arbeitsleistung zugestanden hätte (Entgeltfortzahlungsprinzip im Fall der Krankheit gem § 2 EFZG und § 8 AngG). Aufgrund des Arbeitsantrittes wurde der Anspruch auf das doppelte Entgelt bereits begründet und gebührt dies unabhängig von der Krankheitsdauer. Damit ist aber bei einem Dienstverhinderungsgrund (zB Krankheit nach ein paar Stunden Arbeit) am persönlichen Feiertag dieser konsumiert.

Ein **Hinausschieben der EFZ-Dauer beim persönlichen Feiertag** scheidet mE schon aufgrund der Tatsache aus, dass der persönliche Feiertag eben kein gesetzlicher Feiertag iSd § 9 ARG ist und folglich auch nicht dessen Rechtswirkung entfalten kann.

Für den persönlichen Feiertag, der **außerhalb des Kündigungsentschädigungszeitraum** liegt, jedoch in den Zeitraum fällt für den über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus EFZ gem § 2 Abs 1 EFZG und § 8 AngG gebührt, kommt es nicht **zum Hinausschieben der EFZ-Dauer**, und es kann auch nicht zur Zahlung des doppelten Entgeltes kommen, da für die Zahlung des doppelten Entgeltes der faktische Arbeitsantritt ausschlaggebend ist. Es gebührt das Krankenentgelt.

¹³³⁸ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405. Dem Angebot wird innerhalb der Annahmefrist tatsächlich entsprochen. „Solange der Offerent nicht auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut, kann der Annehmende entweder durch völlige Beseitigung der Annahmehandlung oder durch die Widerrufserklärung den Vertrag wieder lösen“.

¹³³⁹ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 59; und Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 405.

Dieses Ergebnis eröffnet die Problematik der Unmöglichkeit des Arbeitsantrittes, wobei hierzu mE die EuGH Rechtsprechung zum Urteil *King*¹³⁴⁰ heranzuziehen ist. Gerade die, durch den AG ausgesprochene Kündigung, bringt den AN in die Lage, seinen Urlaub bzw in diesem Fall die Arbeit (vor stattgebendem Urteil) nicht nehmen bzw antreten zu können.

Folglich kann es zu keinem Verfall desurlaubes im Mindestausmaß nach der AZ-RL von vier Wochen kommen, da dessen Verbrauch unmöglich ist. Somit bleibt der Urlaubsanspruch erhalten, nicht jedoch die Widmung, da dieser bereits ausgeübt wurde. Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zusagt und dann diesen nicht antreten konnte, gebührt dem AN auch in diesem Fall nach dem Entgeltausfallsprinzip das doppelte Entgelt.

Es kommt auch in dieser Fallkonstellation im Falle des persönlichen Feiertages nicht zum Hinausschieben der EFZ-Dauer und es gebührt Krankenentgelt.

Bei der **Pflegefreistellung** ergibt sich mE folgende Lösung: Dauert eine Pflegefreistellung, in die der persönliche Feiertag fällt, länger als drei Kalendertage, bleibt der persönliche Feiertag erhalten. Wenn die Pflegefreistellung kürzer als drei Tage in Anspruch genommen wird, gehen sowohl der persönliche Feiertag als auch das Widmungsrecht verloren.

Wenn **der AG den AN nach Bekanntgabe des persönlichen Feiertages ersucht, an seinem persönlichen Feiertag zu arbeiten und der AN noch vor Antritt des persönlichen Feiertages Pflegefreistellung in Anspruch nimmt**, gehen sowohl der Urlaubstag als auch die Widmung verloren. Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zugesagt hat, dann aber erkrankt, gebührt dem AN nach dem Entgeltausfallsprinzip das doppelte Entgelt (wie die Judikatur zum ZA).

Wenn der AN die **Arbeit faktisch antritt**, wurde der Anspruch auf das doppelte Entgelt bereits begründet und gebührt dies unabhängig von der Dauer der Pflegefreistellung.

Ebenso ist dies bei der Betreuungsfreistellung zu beurteilen.

Wenn der AN bereits einen Tag als persönlichen Feiertag gewidmet hat, und danach vereinbaren die Parteien die **Bildungs- oder Pflegekarenz**, bleibt der Urlaubstag erhalten, nicht aber das Widmungsrecht, da dieses bereits ausgeübt wurde. Die Vereinbarung über eine Bildungskarenz ist zudem kein triftiger Rücktrittsgrund, um einen begründeten Rücktritt zu rechtfertigen. Folglich kann der AN keinen weiteren persönlichen Feiertag einseitig widmen. Sollte der AG den AN vor der Bildungs- und Pflegekarenz zur Arbeit aufgefordert haben, so kommt es

¹³⁴⁰ EuGH C-214/16 *King*; EuGH C-341/15 *Maschek*; EuGH C-619/16 *Kreuziger*; EuGH C-684/16 *Max-Planck Gesellschaft*.

während der Bildungs- oder Pflegekarenz nicht zum Antritt der Arbeit. Bei der **Bildungs- und Pflegezeit** steht nach § 7a ARG ein Urlaubstag für die Konsumation als persönlicher Feiertag aus dem aliquoten Urlaubskontingent zu. Beim faktischen Arbeitsantritt am persönlichen Feiertag auf Ersuchen des AG während der Bildungs- und Pflegezeit gebührt das doppelte Entgelt auf Basis des Teilzeitentgelts.

11. Die BUAK und der persönliche Feiertag

11.1. Einleitung und allgemeine Problemstellung

Das Urlaubsrecht der Bauarbeiter: innen ist durch ein Sondergesetz, das BUAG¹³⁴¹ geregelt.¹³⁴² Kurz zum persönlichen Anwendungsbereich: Gemäß § 1 BUAG gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist, für AN (Lehrlinge), deren Arbeitsverhältnisse auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen und die in Betrieben (Unternehmungen) gemäß § 2 BUAG beschäftigt werden. Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. Weiter sind nach § 1 Abs 3 BUAG AN und Lehrlinge im Sinne des Abs 1 erfasst, die bei Arbeiten beschäftigt werden, die von öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowie den von diesen verwalteten Anstalten, Stiftungen und Fonds in Betrieben, Unternehmungen oder in Eigenregie durchgeführt werden, soweit diese Arbeiten ihrer Art nach unter die Bestimmungen des § 2 BUAG fallen. Ausgenommen vom persönlichen Anwendungsbereich sind nach § 1 Abs 2 BUAG Personen, die vorwiegend Angestelltentätigkeit iSd Angestelltengesetzes¹³⁴³ verrichten; deren Arbeitsverhältnis durch das Vertragsbedienstetengesetz 1948¹³⁴⁴ bzw durch das Landarbeitsgesetz 2021¹³⁴⁵ geregelt ist, weiters die bis zur Höchstdauer von drei Monaten zu Ausbildungszwecken beschäftigt werden. Gemäß § 1 Abs 4 BUAG gelten die Bestimmungen des BUAG auch für AN, die von einem AG, dessen Betriebssitz sich im Bundesgebiet befindet, ins Ausland entsendet werden.

Für die praktische Abwicklung ist die BUAK, die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, zuständig. Sie erbringt folgende Leistungen für die Bauarbeiter: innen in der Baubranche: Verrechnung von Urlaubsentgelten, Abfertigungen, Winterfeiertags- und Schlechtwetterentschädigungen sowie das Überbrückungsgeld für Bauarbeiter:innen.¹³⁴⁶

¹³⁴¹ Bundesgesetz betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz – BUAG) StF: BGBl. Nr. 414/1972 vom 25. Oktober 1972 idF BGBl. I Nr. 73/2022.

¹³⁴² Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 1 Rz 69.

¹³⁴³ BGBl. Nr. 292/1921.

¹³⁴⁴ BGBl. Nr. 86/1948.

¹³⁴⁵ BGBl. I Nr. 121/2021.

¹³⁴⁶ BUAK - Für ArbeitnehmerInnen (heruntergeladen am 09.05.22).

Obwohl die BUAKE für mehrere 100.000 AN zuständig ist¹³⁴⁷, gibt es keine Sonderbestimmung im BUAG für die praktische Handhabung des persönlichen Feiertages im Baugewerbe.

Im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag werden in diesem Kapitel die zwei großen Themenbereiche des Urlaubsverbrauchs und die Zahlung des Urlaubsentgeltes sowie die Urlaubersatzleistung bzw -Abfindung nach dem BUAG behandelt. Weitere Fragen wirft die Bezahlung des doppelten Entgeltes bei Erbringung der Arbeitsleistung auf, welche hier ebenfalls detailliert zu untersuchen ist.

Weiters muss man thematisieren, dass die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages in der Baubranche durch die lange Vorankündigungsfrist von drei Monaten und den in der Baubranche üblichen vielfachen AG-Wechseln und „häufigen Unterbrechungen der Dienstverhältnisse“¹³⁴⁸ noch zusätzlich erschwert wird.

Das vorhandene Urlaubskontingent ist ebenfalls ein Stolperstein bei der Inanspruchnahme, da der Urlaubsanspruch erst nach Ablauf der ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses aliquot entsteht.¹³⁴⁹ Weiters ist gemäß § 7 Abs 2a BUAG und nach Ansicht des OGH¹³⁵⁰ auch kein Urlaubsvorgriff vorgesehen.¹³⁵¹

11.2. Der persönliche Feiertag bei Arbeitsverhältnissen, die dem BUAG unterliegen

Das ARG umfasst aufgrund seines breiten persönlichen Anwendungsbereichs gemäß § 1 ARG („Arbeitnehmer aller Art“) auch die Berufsgruppe der Bauarbeiter: innen. Vom breiten Geltungsbereich des ARG sind sie auch nicht ausgenommen. Somit ist § 7a ARG auch auf die Bauarbeiter: innen anzuwenden.

Laut *Wiesinger* besteht demnach das Recht auf einen persönlichen Feiertag „auch für Arbeitsverhältnisse, die dem BUAG unterliegen“.¹³⁵² Daher haben AN iSd § 1 BUAG, die im Bauhaupt- und Nebengewerbe tätig sind, ebenfalls Anspruch, einmal pro Urlaubsjahr einseitig einen Urlaubstag als persönlichen Feiertag zu bestimmen.

¹³⁴⁷ BUAKE - Die BUAKE Betriebliche Vorsorgekasse steht im Alleineigentum der BUAKE und ist als GesmbH organisiert. Sie verwaltet per 31.12.2020 treuhändisch Abfertigungsbeiträge von 260.824 Bauarbeiter: innen, 110.392 Arbeitnehmer: innen die nicht dem BUAG unterliegen und 15.659 Selbständigen (heruntergeladen am 09.05.22).

¹³⁴⁸ Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG): Allgemeine Infos - WKO.at (heruntergeladen am 09.05.22).

¹³⁴⁹ *Wiesinger*, Rechtsmissbräuchlicher Urlaubsvorgriff unter dem BUAG, ZAS 2017, 30.

¹³⁵⁰ OGH 19.5.2009, 8 Ob A 85/08w, OLG Graz 11.9.2008, 7 Ra 72/08z; LG Klagenfurt 23.4.2008, 31 Cga 10/08m = infas 2009, A 69 = DRdA 2009, 534 = ZAS-JÜ 2009/141, 325; OGH 25.10.2011, 8 Ob A 86/10w Arb 13.025 = DRdA 2012, 355.

¹³⁵¹ *Wiesinger*, Das Urlaubsrecht des BUAG, JAP 2016/2017/18 = OGH 19.5.2009, 8 ObA 85/08w Arb 12.811 = DRdA 2009, 534 = ZAS-JÜ 2009/141, 325; OGH 25.10.2011, 8 ObA 86/10w Arb 13.025 = DRdA 2012, 355.

¹³⁵² *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

11.3.1. Bekanntgabe bei Arbeitsverhältnissen, die dem BUAG unterliegen

11.3.1.1. Problemstellung

§ 7 Abs 2 BUAG regelt den Freistellungsanspruch gegenüber dem AG (Urlaubsvereinbarung zwischen den Parteien; Ausnahme siehe § 7 Abs 4 BUAG¹³⁵³). Das BUAG kennt auch einen einseitigen Urlaubsantritt (ohne Mitwirkung des BR!) gemäß § 7 Abs 4 BUAG, allerdings bezieht sich der Paragraph auf den Rechtsfall bei mangelnder Einigung der Parteien und ist sowohl beim Antritt als auch bei der Inanspruchnahme an Fristen gebunden.

Zunächst ist zu untersuchen, an wen der AN den persönlichen Feiertag bekanntgeben muss, an den AG oder die BUAK und wen diesbezüglich Meldepflichten treffen. Außerdem stellt sich die Frage, ob die BUAK oder der AG über den Verbrauch des persönlichen Feiertages Aufzeichnungen zu führen hat.

11.3.1.2. Meinungsstand

Nach *Wiesinger* gestaltet sich die praktische Handhabe der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages im Anwendungsbereich des BUAGs so, dass der Urlaubstag vom AG bei der BUAK einzureichen ist, „wobei es für die BUAK keine Rolle spielt, ob es sich um einen ‚normalen‘ Urlaubstag, oder um den persönlichen Feiertag handelt“.¹³⁵⁴ Nach *Wiesinger* ist der Tag wie ein Urlaubstag bei der BUAK einzureichen; den AG treffen die Meldepflichten.¹³⁵⁵

11.3.1.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Der AN muss daher gemäß § 7a ARG fristgerecht seinen persönlichen Feiertag dem AG (und nicht direkt der BUAK) bekannt geben, da der Anspruch auch im BUAG-Anwendungsbereich nach § 7 BUAG gegenüber dem AG besteht.

Bezüglich der Aufzeichnungen ist mE § 7 Abs 7 BUAG iVm § 23 BUAG analog anzuwenden, da die Urlaubskartei mE in diesem Sinne als Lohnaufzeichnung gilt und vom AG zu führen ist. Der AG muss der BUAK Einsicht in diese Unterlagen gewähren.

¹³⁵³ *Wiesinger*, JAP 2016/2017/18.

¹³⁵⁴ <https://www.wko.at/branchen/w/gewerbe-handwerk/bau/Gesetzliche-Regelung-des--persoenlichen-Feiertags--BAU.html> (heruntergeladen am 06.09.20).

¹³⁵⁵ *Wiesinger*, Rundschreiben <https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/infoblatt-persoenerlicher-feiertag.pdf> (heruntergeladen am 06.09.20).

11.4. Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages und Auszahlung des Urlaubsentgeltes im Falle des Urlaubsantrittes bei Arbeitsverhältnissen, die dem BUAG unterliegen

11.4.1. Problemstellung

Das Urlaubssystem des BUAG ist als Kassensystem aufgebaut; maßgeblich hierfür ist die in § 6 BUAG definierte Anwartschaftswoche.¹³⁵⁶ Als Anwartschaftswoche nach § 6 Abs 1 BUAG gilt eine Kalenderwoche mit fünf Arbeitstagen. Der AN erwirbt gemäß § 4 Abs 1a BUAG „laufend Anwartschaften auf einen Urlaubsanspruch, und zwar aliquot im Verhältnis zu seiner Beschäftigungsdauer“.¹³⁵⁷ Die offene Urlaubsanwartschaft wird nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf ein dem BUAG unterliegendes weiteres Arbeitsverhältnis übertragen.¹³⁵⁸

Hier ergibt sich die Problematik des persönlichen Feiertags mit dem offenen Urlaubskontingent, wenn der Urlaubsanspruch in den ersten sechs Monaten noch nicht in voller Höhe entstanden ist bzw kein Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme vorhanden ist, ist zudem ein möglicher Urlaubsvorgriff zu untersuchen.

Weiters wird die einseitige Inanspruchnahme auch aufgrund der Vorankündigungsfrist von drei Monaten enorm erschwert, da viele AN nicht lange im jeweiligen BUAG-Arbeitsverhältnis bleiben. Es ist daher zu untersuchen, ob der AN den bereits fristgerecht gemeldeten persönlichen Feiertag wie eine Anwartschaft ins neue BUAG-Arbeitsverhältnis mitnehmen und diesen konsumieren kann, wenn der persönliche Feiertag (aufgrund der dreimonatigen Vorankündigungsfrist) ins neue BUAG-Arbeitsverhältnis fällt und die Anwartschaft erfüllt ist (und folglich daher auch Urlaubskontingent vorhanden ist). Außerdem ist in diesem Zusammenhang auch der Fall zu untersuchen, dass der AN den persönlichen Feiertag gemeldet hat, aber das Arbeitsverhältnis binnen der dreimonatigen Vorankündigungsfrist, bevor der AN seinen persönlichen Feiertag konsumieren konnte, endet.

Das Urlaubsentgelt setzt sich nach der Legaldefinition des § 8 Abs 1 BUAG aus dem Urlaubsgeld zuzüglich Urlaubszuschuss zusammen. Der Anspruch richtet sich nach § 8 Abs 1 letzter Satz bei Antritt desurlaubes gegen die BUAK. Zudem gilt wegen den fixen Regeln des

¹³⁵⁶ Mayr/Erler, UrlG³ Anh 4 Rz 10.

¹³⁵⁷ Wiesinger, JAP 2016/2017/18.

¹³⁵⁸ Mayr/Erler, UrlG³ Anh 4 Rz 32; ASG Wien 18.02.2003, 32 Cga 93/02h Arb 12.295.

Kassensystems das Ausfallsprinzip nicht.¹³⁵⁹ Der Anspruch richtet sich gegen die BUAk¹³⁶⁰: der AG reicht bei der BUAk gemäß § 8 Abs 2 BUAG für die Auszahlung für den AN ein. Letztlich stellt sich die Frage nach der Entrichtung des Urlaubsentgeltes, ob der AG oder die BUAk das Urlaubsentgelt im Falle des Verbrauchs des persönlichen Feiertages bezahlt.

11.4.2. Meinungsstand

Wiesinger legt ebenfalls dar, dass der persönliche Feiertag bei der BUAk einzureichen ist.¹³⁶¹ Die Auszahlung bei Antritt des „regulären“ Urlaubes richtet sich zusammenfassend danach, ob der AG ein Treuhandkonto eingerichtet hat oder nicht. Wenn er ein Treuhandkonto eingerichtet hat, überweist die BUAk an den AG und dieser an den AN; wenn kein Treuhandkonto eingerichtet ist, zahlt die BUAk das Urlaubsentgelt direkt an den AN aus.¹³⁶² Laut *Mayr/Erler* ist für das Kassensystem klargestellt, dass auch „Urlaubsgeld für nur einen Arbeitstag auszubezahlen ist“.¹³⁶³

Zum Thema Urlaubsvorgriff legt der OGH in seiner Entscheidung vom 19.05.2009¹³⁶⁴ dar, dass die Vereinbarung eines Urlaubes, der nicht durch das BUAG abgedeckt ist, nur als freiwillige vertragliche Vereinbarung über die Freistellung des AN von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Entgelts (Entgeltfortzahlung während des Betriebsurlaubes) angesehen werden kann.¹³⁶⁵ In seiner Entscheidung vom 30.08.2016¹³⁶⁶ weicht jedoch der OGH von seiner bisherigen Rechtsprechung ab, da der Gerichtshof hinsichtlich des Urlaubsvorgriffes Überlegung zum Rechtsmissbrauch (Urlaubsablöse iSd § 9a BUAG) anstellt und letztlich den gutgläubigen Verbrauch des Vorschusses verneint. Laut *Wiesinger* sind diese Überlegungen von vornherein nicht notwendig, da seiner Meinung nach die „Vereinbarung, die von vornherein nicht gültig entstehen kann, rechtlich nicht existiert“.¹³⁶⁷ Meines Erachtens nimmt *Wiesinger* hier auf § 7 Abs 2a BUAG-Bezug, dass ein Urlaubsvorgriff im BUAG System verneint wird.¹³⁶⁸

¹³⁵⁹ *Mayr/Erler*, UrlG³ Anh 4 Rz 20.

¹³⁶⁰ *Mayr/Erler*, UrlG³ Anh 4 Rz 20.

¹³⁶¹ <https://www.wko.at/branchen/w/gewerbe-handwerk/bau/Gesetzliche-Regelung-des--persoenlichen-Feiertags--BAU.html> (heruntergeladen am 06.09.20).

¹³⁶² Zur detaillierten Regelung siehe § 8 BUAG; sowie *Wiesinger*, JAP 2016/2017/18.

¹³⁶³ *Mayr/Erler*, UrlG³ Anh 4 Rz 11.

¹³⁶⁴ OGH 19.5.2009, 8 Ob A 85/08w, OLG Graz 11.9.2008, 7 Ra 72/08z; LG Klagenfurt 23.4.2008, 31 Cga 10/08m = infas 2009, A 69 = DRdA 2009, 534 = ZAS-JÜ 2009/141, 325; OGH 25.10.2011, 8 Ob A 86/10w Arb 13.025 = DRdA 2012, 355.

¹³⁶⁵ infas 2009, A 69, 187.

¹³⁶⁶ OGH 30.8.2016, 8 Ob A 45/16z ARD 6520/7/2016 = DRdA 2017/37, 365 (*Drs/Babler*) = ZAS 2017, 30 (*Wiesinger*).

¹³⁶⁷ *Wiesinger*, ZAS 2017, 30.

¹³⁶⁸ infas 2009, A 69, 187.

11.4.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Wie bereits in Pkt 6.1.6. des Kapitel 6 Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages dargelegt wurde, ist in Bezug auf die sechsmonatige Wartefrist mE zu differenzieren: in einem Arbeitsverhältnis, welches kürzer als drei Monate ist, entsteht nur das Widmungsrecht (auf den persönlichen Feiertag) nicht, da der AN einen bereits erworbenen aliquoten Urlaubsanspruch gemäß § 2 Abs 2 UrlG hat. Somit scheitert die Inanspruchnahme für AN, die kürzer als drei Monate beschäftigt sind, an dem noch nicht ausübbaaren Widmungsrecht und nicht an dem aliquoten Urlaubskontingent.

Wenn hingegen alle Urlaubstage bereits verbraucht sind und kein Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme vorhanden ist, ist ein möglicher Urlaubsvorgriff zu untersuchen, der aber laut § 7 Abs 2a BUAG verneint wird. Diese Ausführungen über den Urlaubsvorgriff beziehen sich auf die Urlaubsvereinbarung, also auf ein zweiseitiges Rechtsgeschäft; für die einseitige Inanspruchnahme ist bezüglich eines Urlaubsvorgriffs nichts normiert. Wenn man § 7 Abs 2a BUAG analog auf den einseitigen Urlaubsantritt anwendet, kommt man mE aber zum ernüchternden Ergebnis, dass, wenn der Gesetzgeber bereits dem Urlaubsvorgriff beim vereinbarten Urlaub negativ gegenübersteht, dies umso mehr für den einseitigen Urlaubsantritt gelten muss. Somit ist mE ein Urlaubsvorgriff bei BUAG-Arbeitsverhältnissen in obigen Fällen nicht möglich.

Die Frage der erschwerten Inanspruchnahme aufgrund der Vorankündigungsfrist ist durch Analogie nicht lösbar, da der neue AG nur an die Übernahme der Anwartschaft gemäß § 4 BUAG und nicht an die Urlaubsvereinbarung mit dem vorherigen AG und auch nicht an die Übernahme des persönlichen Feiertages gebunden ist.

Die Auszahlung des Urlaubsentgeltes ist im Fall des Verbrauchs des persönlichen Feiertages mE aufgrund des Urlaubsscharakters wohl als Urlaubsentgelt iSd BUAG anzusehen und ebenfalls von der BUAK im oben angeführten Treuhandsystem auszuzahlen.

11.5. Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag bei Arbeitsverhältnissen, die dem BUAG unterliegen

11.5.1. Problemstellung

Bei Erbringung der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag gebührt das doppelte Entgelt. Das Urlaubsentgelt bzw das „für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt“ iSd § 7a Abs 1 ARG zahlt bei Nichtantritt der AG.

Im Zusammenhang mit BUAG-Arbeitsverhältnissen stellt sich daher die Frage, ob sich der AG das Urlaubsentgelt von der BUAK holen kann, wenn der AN am persönlichen Feiertag arbeitet. Oder besteht der Anspruch auf das Entgelt laut § 7a ARG gegenüber dem AG?

Weiters ist bei dem Fall, dass der AG auch für den persönlichen Feiertag (wie für den Urlaub) Beiträge¹³⁶⁹ einzahlt, die Frage zu untersuchen, ob er sich die „tageweise Zuschläge“ gem § 21a Abs 2 BUAG für den nicht verbrauchten persönlichen Feiertag von der BUAK im Regressweg holen kann?

11.5.2. Meinungsstand

In der Literatur ist das erstgenannte Thema strittig. Nach Ansicht der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien kann sich der AG bei Erbringung der Arbeitsleistung durch den AN am persönlichen Feiertag das Urlaubsentgelt nicht von der BUAK holen.¹³⁷⁰ *Wiesinger* bekräftigt dies und legt zudem aber dar, dass sich das Urlaubsentgelt „in jedem Fall gegen den AG“ richtet, da seines Erachtens der persönliche Feiertag „rechtstechnisch kein Urlaubskonsum ist, wenn an ihm tatsächlich eine Arbeitsleistung stattfindet“.¹³⁷¹ Laut *Wiesinger* ist der persönliche Feiertag, an dem Arbeitsleistung erbracht wird, „nicht als Urlaubstag zu werten, und bei den Bauarbeiter: innen nicht bei der BUAK einzureichen“.¹³⁷² Der Anspruch der AN besteht seiner Meinung nach direkt gegenüber dem AG.

Nach *Drs* gebühren für die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag, mE zutreffend, das „normale“ Entgelt und noch zusätzlich „das Entgelt für die an diesem Tag geleistete Arbeit“.¹³⁷³

¹³⁶⁹ Der BUAG-Zuschlag wird nach § 21 a BUAG von der BUAK an den AG vorgeschrieben (Zuschlagsentrichtung).

¹³⁷⁰ *Ettl/Hruška-Frank*, „Persönlicher Urlaubstag“- FAQs – Interner Leitfaden d. Abt Sozialpolitik der Kammer für Arbeiter und Angestellte, Stand 8.3.2019.

¹³⁷¹ *Wiesinger*, ZAS 2019, 29.

¹³⁷² <https://www.wko.at/branchen/w/gewerbe-handwerk/bau/Gesetzliche-Regelung-des--persoenlichen-Feiertags--BAU.html> (heruntergeladen am 06.09.2020).

¹³⁷³ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

11.5.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Bezüglich des Urlaubsentgeltes ist festzuhalten, dass es bei einer Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zu keinem Urlaubsantritt iSd § 8 BUAG kommt sowie mE die gesetzliche Voraussetzung „Auszahlung bei Antritt desurlaubes“ nach § 8 BUAG nach der Wortinterpretation ebenfalls nicht erfüllt ist. Zudem kommt es faktisch nicht zu einem Urlaubskonsum, sondern eben zu einem Abkauf des persönlichen Feiertages.

Weiters ist damit zu argumentieren, dass der Urlaub auch noch später konsumiert werden kann bzw die BUAK das sonst doppelt zahlen würde, einerseits für die Arbeit am persönlichen Feiertag und dann nochmals, wenn der Urlaub verbraucht wird.

Somit kann sich der Anspruch auf das Urlaubsentgelt nicht gegen die BUAK richten. Sowohl Urlaubsentgelt als auch das Arbeitsentgelt sind demnach auch in der Baubranche vom AG zu zahlen.

Vertritt man jedoch die, mE verfehlte Rechtsansicht, dass es sich um einen Anspruch auf Urlaubsentgelt handelt, ist die logische Konsequenz, dass bei Leistung durch den AG sich der AG das Urlaubsentgelt von der BUAK holen kann.¹³⁷⁴

Nach der BUAG-Mischbetriebsregelung des § 3 ff BUAG¹³⁷⁵ ist laut *Wiesinger* der Grundsatz festzuhalten, dass ein Arbeitsverhältnis entweder dem BUAG oder dem UrlG unterliegt und „eine Mischung zwischen den beiden Urlaubsrechten nicht vorgesehen ist“.¹³⁷⁶ Wenn folglich das Arbeitsverhältnis der Bauarbeiter: in dem BUAG unterliegt, darf demnach der AG das Urlaubsentgelt nach dem BUAG gar nicht auszahlen, da er nur als Treuhänder im Falle eines Urlaubskonsums fungiert. Ein Urlaubskonsum liegt aber gerade nicht vor, sondern ein Abkauf des persönlichen Feiertages.

Zum Regress legt *Drs* dar, dass eine entsprechende Auslegung im Sinne des Urlaubsentgeltes eine Rückerstattung für einen weiteren Tag ermöglicht (dh einen Tag mehr als dem Urlaubsanspruch des AN entspricht) und dies „ganz klar den Regelungen des BUAG widerspricht.“¹³⁷⁷ Dies wird mE auch aus dem Grund zu verneinen sein, dass der AN nur vom

¹³⁷⁴ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

¹³⁷⁵ Das sind § 3 BUAG Betriebe, in denen sowohl Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 fallen, als auch Tätigkeiten verrichtet werden, die ihrer Art nach nicht in diese Tätigkeitsbereiche fallen, unterliegen als Mischbetriebe nach Maßgabe der Abs 2 bis 5 den Bestimmungen des BUAG.

¹³⁷⁶ *Wiesinger*, JAP 2016/2017/18.

¹³⁷⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 177.

Widmungsrecht keinen Gebrauch macht, der Urlaubsanspruch jedoch gleichbleibt, und sich für den AG bei der Zuschlagsentrichtung nichts ändert. Somit entstehen für den AG auch keine finanziellen Nachteile bei der Einzahlung der Beiträge und ein Regress ist demnach zu verneinen.

11.6. Abgeltung von Anwartschaften nach dem BUAG (Thematik der Urlaubersatzleistung nach dem BUAG)

11.6.1. Abgeltung als Abfindung nach § 10 BUAG

11.6.1.1. Problemstellung

§ 10 BUAG ist ein Pendant zu § 9 BUAG¹³⁷⁸ und sieht „bei nicht nur vorübergehendem Ausscheiden aus dem BUAG“¹³⁷⁹ die Auszahlung der Abfindung vor; die Auszahlung erfolgt direkt durch die BUAK an den AN, ohne Antrag des AN.¹³⁸⁰ Es handelt sich nach § 10 BUAG um folgende Anwendungsfälle: wenn der AN seit sechs Monate in keinem BUAK-pflichtigem Arbeitsverhältnis mehr steht, Alterspension bezieht oder verstorben ist.¹³⁸¹

In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Fragen:

- Kann bei Übertragung der Anwartschaft beim neuen AG ein persönlicher Feiertag in Anspruch genommen werden, wenn der vorher beim anderen AG schon in Anspruch genommen wurde?
- Wird der persönliche Feiertag in Form einer Abfindung abgegolten?

11.6.1.2. Meinungsstand

Das ASG Wien legt in seiner Entscheidung vom 18.02.2003¹³⁸² dar, dass nach dem BUAG kein Anspruch auf Urlaubersatzleistung besteht, sondern „nach Auflösung des Dienstverhältnisses die offene Urlaubsanwartschaft auf ein dem BUAG unterliegendes folgendes Dienstverhältnis grundsätzlich übertragen wird, widrigenfalls lediglich ein Anspruch des AN auf Abfindung gegen die Urlaubs- und Abfertigungskasse normiert ist“.¹³⁸³

Die Anwartschaften werden daher zunächst nicht abgegolten, damit der AN diese zum neuen AG übertragen kann (es gibt bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses „keinen sofortigen

¹³⁷⁸ Mayr/Erler, UrlG³ Anh 4 Rz 24.

¹³⁷⁹ Mayr/Erler, UrlG³ Anh 4 Rz 24.

¹³⁸⁰ Wiesinger, JAP 2016/2017, 18.

¹³⁸¹ Mayr/Erler, UrlG³ Anh 4 Rz 24.

¹³⁸² ASG Wien 18.2.2003, 32 Cga 93/02h Arb 12.295 = ZAS 2003, 153.

¹³⁸³ ASG Wien 18.2.2003, 32 Cga 93/02h Arb 12.295 = ZAS 2003, 153.

Anspruch auf eine Urlaubsabfindung“).¹³⁸⁴ Widrigenfalls ist ein Anspruch des AN auf Abfindung gegen die BUAK normiert.¹³⁸⁵ „Nach dem BUAG gibt es keinen Anspruch auf Urlaubersatzleistung, da nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die offene Urlaubsanwartschaft auf ein dem BUAG unterliegendes folgendes Arbeitsverhältnis übertragen wird“.¹³⁸⁶

11.6.1.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Wenn der persönliche Feiertag vorher beim anderen AG schon in Anspruch genommen wurde, kann mE bei Übertragung der Anwartschaft beim neuen AG ein persönlicher Feiertag erst nach Einhaltung der dreimonatigen Vorankündigungsfrist in Anspruch genommen werden. Wenn hingegen alle Urlaubstage bereits verbraucht sind und kein Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme vorhanden ist, ist ein möglicher Urlaubsvorgriff nach § 7 Abs 2a BUAG nicht möglich. In diesem Fall ist auf die aliquot entstehenden Urlaubstage zu warten.

In den genannten Anwendungsfällen ist der persönliche Feiertag als Abfindung iSd § 10 BUAG zu betrachten und von der BUAK auszuzahlen. Bei Tod des AN fällt der Anspruch in den Nachlass (siehe auch § 10 Abs 5 UrlG).

11.7. Zusammenfassung der Ergebnisse

Bei der **Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages bei BUAG-Arbeitsverhältnissen** muss der AN gemäß § 7a ARG fristgerecht seinen persönlichen Feiertag dem AG (und nicht direkt der BUAK) bekannt geben, da der Anspruch im BUAG-Anwendungsbereich nach § 7 BUAG gegenüber dem AG besteht.

Bezüglich der Aufzeichnungen ist mE § 7 Abs 7 BUAG iVm § 23 BUAG analog anzuwenden, da die Urlaubskartei in diesem Sinne als Lohnaufzeichnung gilt und vom AG zu führen ist. Der AG muss der BUAK Einsicht in diese Unterlagen gewähren.

Wie bereits in Pkt 6.1.6. des Kapitel 6 Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages dargelegt wurde, ist in Bezug auf die sechsmonatige Wartefrist mE zu differenzieren: in einem Arbeitsverhältnis, welches kürzer als drei Monate ist, entsteht nur das Widmungsrecht (auf den persönlichen Feiertag) nicht, da der AN einen bereits erworbenen aliquoten Urlaubsanspruch gemäß § 2 Abs 2 UrlG hat. Somit scheitert die Inanspruchnahme für AN, die kürzer als drei

¹³⁸⁴ Wiesinger, JAP 2016/2017/18.

¹³⁸⁵ Mayr, Arbeitsrecht § 8 BUAG = ASG Wien 18.02.2003, 32 Cga 93/02h, Arb 12.295.

¹³⁸⁶ Mayr/Erler, UrlG³ Anh 4 Rz 32; ASG Wien 18.2.2003, 32 Cga 93/02h Arb 12.295.

Monate beschäftigt sind, an dem noch nicht ausübbareren Widmungsrecht und nicht an dem aliquoten Urlaubskontingent.

Wenn hingegen alle Urlaubstage bereits verbraucht sind und kein Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme vorhanden ist, ist die Frage eines möglichen Urlaubsvorgriffs zu untersuchen, der laut § 7 Abs 2a BUAG verneint wird. Diese Ausführungen über den Urlaubsvorgriff beziehen sich auf die Urlaubsvereinbarung, also auf ein zweiseitiges Rechtsgeschäft; für die einseitige Inanspruchnahme ist bezüglich eines Urlaubsvorgriffs nichts normiert. Wenn man § 7 Abs 2a BUAG analog auf den einseitigen Urlaubsantritt anwendet, kommt man mE aber zum ernüchternden Ergebnis, dass, wenn der Gesetzgeber bereits dem Urlaubsvorgriff beim vereinbarten Urlaub negativ gegenübersteht, dies umso mehr für den einseitigen Urlaubsantritt gelten muss. Somit ist mE ein Urlaubsvorgriff bei BUAG-Arbeitsverhältnissen in obigen Fällen nicht möglich.

Die Frage der erschwerten Inanspruchnahme aufgrund der Vorankündigungsfrist ist durch Analogie nicht lösbar, da der neue AG nur an die Übernahme der Anwartschaft gemäß § 4 BUAG und nicht an die Urlaubsvereinbarung mit dem vorherigen AG und auch nicht an die Übernahme des persönlichen Feiertages gebunden ist.

Die **Auszahlung des Urlaubsentgeltes** ist im Fall des Verbrauchs des persönlichen Feiertages mE aufgrund des Urlaubscharakters wohl als Urlaubsentgelt iSd BUAG anzusehen und ebenfalls von der BUAK im oben angeführten Treuhandsystem ausbezahlen.

Bezüglich des Urlaubsentgeltes ist festzuhalten, dass es bei einer Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zu keinem Urlaubsantritt iSd § 8 BUAG kommt sowie mE die gesetzliche Voraussetzung „Auszahlung bei Antritt desurlaubes“ nach § 8 BUAG nach der Wortinterpretation ebenfalls nicht erfüllt ist. Zudem kommt es faktisch nicht zu einem Urlaubskonsum, sondern eben zu einem Abkauf des persönlichen Feiertages.

Weiters ist damit zu argumentieren, dass der Urlaub auch noch später konsumiert werden kann bzw die BUAK das sonst doppelt zahlen würde, einerseits für die Arbeit am persönlichen Feiertag und dann nochmals, wenn der Urlaub verbraucht wird.

Somit kann sich der Anspruch auf das Urlaubsentgelt nicht gegen die BUAK richten. Sowohl Urlaubsentgelt als auch das Arbeitsentgelt sind demnach auch im Rahmen der Baubranche vom AG zu zahlen.

Wenn der persönliche Feiertag vorher beim anderen AG schon in Anspruch genommen wurde, kann mE bei Übertragung der Anwartschaft beim neuen AG ein persönlicher Feiertag erst nach Einhaltung der dreimonatigen Vorankündigungsfrist in Anspruch genommen werden. Wenn hingegen alle Urlaubstage bereits verbraucht sind und kein Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme vorhanden ist, ist ein möglicher Urlaubsvorgriff nach § 7 Abs 2a BUAG nicht möglich. In diesem Fall ist auf die aliquot entstehenden Urlaubstage zu warten. Zur **Abgeltung von Anwartschaften in Form einer Abfindung** wurde Folgendes festgehalten: In den genannten Anwendungsfällen (wenn der AN seit sechs Monate in keinem BUAK pflichtigem Arbeitsverhältnis mehr steht, Alterspension bezieht oder verstorben ist¹³⁸⁷) ist der persönliche Feiertag als Abfindung iSd § 10 BUAG zu betrachten und von der BUAK ausbezahlen. Bei Tod des AN fällt der Anspruch in den Nachlass (siehe auch § 10 Abs 5 UrlG).

¹³⁸⁷ Mayr/Erler, UrlG³ Anh 4 Rz 24.

12. Sonderfälle und weitere Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag (Entsendung, Betriebsübergang, Arbeitskräfteüberlassung)

12.1. Die Entsendung und der persönliche Feiertag - Allgemeines

Es zeigt sich beim Sonderfall der Entsendung, dass der Hybrid-Charakter des persönlichen Feiertages die Beurteilung erschwert, ob bei einer Entsendung ins In- und Ausland ein Rechtsanspruch auf den persönlichen Feiertag besteht, da sowohl die urlaubsrechtlichen Vorschriften als auch die Bestimmungen nach dem ARG bei Problemstellungen mit Auslandsbezug zu untersuchen sind.

Einerseits stellt sich die Frage, wie überhaupt der persönliche Feiertag einzuordnen ist, nämlich als Teil des Vertragsrechtes oder als gesetzlicher Feiertag.

Andererseits geht es auch darum, ob der persönliche Feiertag als Anspruch überhaupt für Entsendete gilt bzw ob bei den Modalitäten der Geltendmachung, also der Inanspruchnahme bzw des Arbeitsantritts am persönlichen Feiertag, im Detail zu differenzieren ist.

12.1.1. Entsendung ins Ausland - Ausstrahlung des persönlichen Feiertages

12.1.1.1. Problemstellung

Art 2 Abs 1 der Entsende-Richtlinie definiert den entsandten AN (in die EU- Mitgliedstaaten) als jeden AN, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.

Zur Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping bzw wegen Wettbewerbsverzerrungen sind Art 3 der Entsende-RL sowie das LSD-BG ebenfalls zu beachten. Art 3 leg cit der Entsende-RL sichert dem AN die normierten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Arbeitsstaates zu, wenn diese für den AN günstiger sind als das „exportierte Arbeitsstatut“.¹³⁸⁸

Zudem normiert § 2 Abs 1 LSD-BG, dass für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt,

¹³⁸⁸ Geiblinger, Das Feiertagsstatut bei der Entsendung in osteuropäische EU-Mitgliedstaaten, ASoK 2019, 334.

der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend ist. Weiters sind neben der Rom I-VO auch das IPRG und das EVÜ zu beachten.¹³⁸⁹

Grundsätzlich gelangt das Recht jenes Staates zur Anwendung (abgesehen von einer Rechtswahl gemäß Art 3 EVÜ bzw § 11 IPRG), in dem der AN seine Arbeit verrichtet, also „in dem die Arbeitskraft für gewöhnlich die Arbeitsleistung erbringt“¹³⁹⁰. Welches Arbeitsrechtsstatut anzuwenden ist, ist nach der Rom I-VO zu ermitteln.¹³⁹¹ Am gewöhnlichen Arbeitsort ändert aber eine vorübergehende Entsendung in einen anderen Staat nichts, weshalb es auch nicht zu einer Änderung bzw Wechsel des anwendbaren Arbeitsrechtsstatuts kommt.¹³⁹² Folglich ist das ARG und daher auch § 7a ARG nach wie vor anwendbar.

Weiters sind sog Eingriffsnormen zu beachten; diese werden in Art 9 Abs der Rom-I VO definiert.¹³⁹³ Eingriffsnorm ist demnach eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insb seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Eingriffsnormen haben international zwingende Wirkung und daher Vorrang.¹³⁹⁴

12.1.1.2. Meinungsstand

Ob Feiertage als Eingriffsnormen gelten oder nicht, ist in der Literatur strittig.¹³⁹⁵ *Wolfsgruber-Ecker*¹³⁹⁶, *Wagnest*¹³⁹⁷, *Drs*¹³⁹⁸ und *Verschraegen*¹³⁹⁹ bejahen den Charakter der Feiertagsregelungen als Eingriffsnormen begründen dies jedoch nicht näher.¹⁴⁰⁰ Einen

¹³⁸⁹ Geiblinger, ASoK 2019, 334.

¹³⁹⁰ Geiblinger, ASoK 2019, 334.

¹³⁹¹ Geiblinger, ASoK 2019, 334.

¹³⁹² Geiblinger, ASoK 2019, 334.

¹³⁹³ Geiblinger, ASoK 2019, 334.

¹³⁹⁴ Geiblinger, ASoK 2019, 334.

¹³⁹⁵ Geiblinger, ASoK 2019, 334.

¹³⁹⁶ *Wolfsgruber-Ecker* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ Art 9 Rom I-VO Rz 33.

¹³⁹⁷ *Wagnest*, ASoK 2009, 175.

¹³⁹⁸ *Drs*, Rechtsvorschriften bei grenzüberschreitendem Arbeitnehmereinsatz, in *Resch*, Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 13 (30).

¹³⁹⁹ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³ Art 6 EVÜ Rz 37.

¹⁴⁰⁰ Geiblinger, ASoK 2019, 334.

differenzierten Ansatz vertreten *Runggaldier*¹⁴⁰¹, *Burger*¹⁴⁰², *Grillberger*¹⁴⁰³, *Kühteubl/Kozak*¹⁴⁰⁴, *Schrank*¹⁴⁰⁵ und *Schrenk*^{1406, 1407}

Im Zusammenhang mit dem persönlichen Feiertag argumentiert *Geiblinger*, dass es sich hierbei „eher um einen Urlaubstag als einen Feiertag“ handelt und thematisiert seine Geltung im Falle einer Entsendung nicht.¹⁴⁰⁸

12.1.1.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Eingangs ist daher auch in diesem Zusammenhang erneut die Frage nach der Rechtsnatur des persönlichen Feiertages zu untersuchen. Durch die Abgeltung des einseitigen Widmungsrechtes bleibt der Urlaubstag erhalten, jedoch kann er nicht mehr einseitig angetreten werden. Der Urlaubscharakter ändert sich insofern, als die Inanspruchnahme vom einseitigen Antritt zur Vereinbarungssache zwischen den Parteien wird, also aus dem einst persönlichen Feiertag ein „regulärer“ Urlaubstag wird. Und das ist letztlich das Spezifikum des Hybrid-Charakters des persönlichen Feiertages. Der persönliche Feiertag ist eben kein gesetzlicher Feiertag iSd § 7 ARG und entfaltet daher auch nicht dessen Rechtswirkungen.

Das ARG zählt jedoch mit dem Großteil seiner inhaltlichen Regelungen zum Arbeitnehmerschutzrecht.¹⁴⁰⁹ Deshalb gelten die Anordnungen des ARG als Eingriffsnormen iSd Rom I-VO.¹⁴¹⁰ Der OGH hielt fest, dass zum Arbeitnehmerschutzrecht aber nicht nur die Regeln über den Feiertagsruheanspruch als solche (§ 7 ARG) gehören, sondern auch die ebenfalls unter Strafsanktion stehenden Regeln über das Entgelt, das der AN zu bekommen hat, wenn er trotz und während der Feiertagsruhe beschäftigt wird (§ 9 Abs 5, § 27 Abs 1 ARG).¹⁴¹¹ § 9 Abs 5 ARG enthält daher Elemente des Arbeitnehmerschutzes.¹⁴¹² Dies wurde auch vom VfGH bekräftigt.¹⁴¹³ § 9 Abs 5 ARG bezieht sich aber wiederum auf den gesetzlichen Feiertag

¹⁴⁰¹ *Runggaldier*, Eine Auslandsentsendung, DRdA 1992, 469 (476).

¹⁴⁰² *Burger* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² (2010) Rz 16.33.

¹⁴⁰³ *Grillberger*, Auslandsarbeit und österreichisches Arbeitszeitrecht in FS W. Schwarz (1991) 69 (86).

¹⁴⁰⁴ *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 275 und 444.

¹⁴⁰⁵ *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht, Kapitel 29.A Rz 9.

¹⁴⁰⁶ *Schrenk*, Arbeitsverträge mit Auslandsbezug, taxlex 2006, 240.

¹⁴⁰⁷ *Geiblinger*, ASoK 2019, 334.

¹⁴⁰⁸ *Geiblinger*, ASoK 2019, 334.

¹⁴⁰⁹ VfGH 11.6.2004, G 344/01 ua, VfSlg 17.206/2004; *Lutz/Heilegger*, ARG⁵ Einleitung Rz 2; *Geiblinger*, ASoK 2019, 334.

¹⁴¹⁰ *Schindler* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 LSD-BG Rz 1 und 5.

¹⁴¹¹ OGH 15.3.2000, 9 ObA 215/99d.

¹⁴¹² OGH 15.3.2000, 9 ObA 215/99d.

¹⁴¹³ VfGH 11.6.2004, G 344/01 ua, VfSlg 17.206/2004.

und nicht auf den persönlichen Feiertag. Somit stellt sich die Frage nicht, ob der persönliche Feiertag als Eingriffsnorm in diesem Zusammenhang gilt.

Ein Günstigkeitsvergleich im Einzelfall kann nicht vorgenommen werden, da es nicht miteinander zu vergleichende Feiertage gibt, sondern es ist mE eben dahingehend zu argumentieren, dass der persönliche Feiertag in anderen Mitgliedstaaten eine unbekannte Gesetzesbestimmung ist, und durch die Komponenten der einseitigen Festsetzung des Urlaubsantrittes bzw die Zahlung des „doppelten Entgeltes“ bei Nichtantritt mE die Günstigkeit des österreichischen Arbeitsrechtsstatutes gegeben ist. Im Ergebnis besteht mE daher ein Rechtsanspruch auf den persönlichen Feiertag auch im Falle einer Entsendung ins EU-Ausland.

12.1.2. Entsendung nach Österreich

12.1.2.1. Problemstellung

§ 4 Abs 2 LSD-BG hält fest, dass die nach Österreich entsandten AN und die grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte für die Dauer der Entsendung oder Überlassung (also bei einer vorübergehenden Tätigkeit in Österreich¹⁴¹⁴) zwingend Anspruch auf bezahlten Urlaub nach § 2 UrlG oder vergleichbaren österreichischen Vorschriften haben, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts geringer ist.¹⁴¹⁵ Im Unterschied zu § 4 Abs 1 LSD-BG besteht der Anspruch nur für die Dauer der Entsendung bzw Überlassung¹⁴¹⁶. Es kommt für die Beurteilung der Günstigkeit nur auf das Urlaubsausmaß an.¹⁴¹⁷

Ebenfalls zu beachten ist § 5 LSD-BG, welches die Einhaltung der Arbeitsruhe Regelungen, die am Arbeitsort für vergleichbare AN von vergleichbaren AG gelten, auch für entsandte AN normiert.

Daher stellt sich die Frage nach einem Rechtsanspruch auf den persönlichen Feiertag bei einer Entsendung nach Österreich.

¹⁴¹⁴ *Wolfsgruber-Ecker in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 4 LSD-BG Rz 1.

¹⁴¹⁵ *Kozak, LSD-BG § 4 Rz 5; und Stupar/Neumann, Entsendungen (Teil I), ZAS 2019, 34.* Mit Ausnahme für Montagearbeiten, die nicht länger als acht Kalendertage dauern (sog Montageprivileg). In diesem Fall gelten für den entsandten AN nur die urlaubsrechtlichen Bestimmungen des Entsendestaates.

¹⁴¹⁶ *Gerhartl, Nach dem LSD-BG gesicherte Ansprüche, ASoK 2017, 383.*

¹⁴¹⁷ *Gerhartl, ASoK 2017, 383.*

12.1.2.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Wenn der nach Österreich entsandte AN aufgrund des Günstigkeitsprinzips (geringeres Urlaubsausmaß nach dem Recht des Entsendestaates) Anspruch auf Urlaub nach § 2 UrlG bzw vergleichbaren österreichischen Vorschriften hat, kann er den Urlaubsanspruch gleich einem AN verbrauchen, die gänzlich dem österreichischen Arbeitsrecht unterliegt.¹⁴¹⁸ Der persönliche Feiertag nach § 7a ARG zählt mE zu den „vergleichbaren österreichischen Vorschriften“.

Hinzuweisen ist insb auch darauf, dass es in diesem Fall nicht nur um das Urlaubsausmaß geht, da der persönliche Feiertag einen Tag aus dem bestehenden Urlaubskontingent betrifft, sondern um die Modalität der Geltendmachung, also um die einseitige Bestimmbarkeit durch den AN bzw den Nichtantritt mit Anspruch auf das doppelte Entgelt. Diese zwei besonderen Komponenten erfüllen mE jedenfalls das Günstigkeitsprinzip. Zudem stellt der persönliche Feiertag ein Novum nicht nur in der österreichischen Rechtsordnung, sondern auch in den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten dar, welches als Anspruch *sui generis* mit zivilrechtlichen Rechtsfolgen ebenfalls die Günstigkeit unterstreicht. Siehe auch Kapitel 3 Grundsätzliches zum § 7a ARG.

Folglich ist der Rechtsanspruch auf den persönlichen Feiertag bei einer Entsendung nach Österreich zu bejahen.

12.1.3. Die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung und der persönliche Feiertag

12.1.3.1. Problemstellung

Weiters ist noch auf die grenzüberschreitende Überlassung (aus dem Ausland nach Österreich) iSd § 1 Abs 5 AÜG iVm § 6 LSD-BG einzugehen¹⁴¹⁹. Der Normtext des § 6 LSD-BG geht zwar auf die Behandlung von Feiertagen in Abs 1 Z 1 ein, und hält fest, dass die österreichischen Feiertage für grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte (inkl Feiertagsentgelt und bei Arbeitsleistung Feiertagsarbeitsentgelt) auch dann gelten, wenn diese im Entsendestaat nicht existieren.¹⁴²⁰ Dies bezieht sich jedoch nicht auf den persönlichen Feiertag, da dieser nun mal kein gesetzlicher Feiertag ist.

¹⁴¹⁸ Wolfsgrubner-Ecker in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 4 LSD-BG Rz 2.

¹⁴¹⁹ Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 6 LSD-BG Rz 12.

¹⁴²⁰ Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 6 LSD-BG Rz 5.

12.1.3.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Mit der einseitigen Festsetzung (entgegen dem Urlaubsanspruch, welcher Vereinbarungssache mit dem AG ist), der Möglichkeit des Abkaufes und der Zahlung des doppelten Entgeltes sowie im Hinblick darauf, dass in anderen Rechtsordnungen kein persönlicher Feiertag existiert, wird mE die Günstigkeit jedenfalls erfüllt sein. Somit besteht mE auch für diese Gruppe der AN die Möglichkeit, einen Urlaubstag einseitig zu bestimmen.

Weiters ist auch § 10 Abs 3 AÜG zu beachten.¹⁴²¹ § 10 Abs 3 AÜG normiert, dass während der Überlassung für die überlassene Arbeitskraft die im Beschäftigterbetrieb für vergleichbare AN gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigterbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art gelten, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen.

Somit steht der persönliche Feiertag mE jedenfalls auch in diesem Fall zu.

12.2. Der Betriebsübergang, Haftung beim Betriebsübergang und der persönliche Feiertag

12.2.1. Problemstellung

Der AN legt seinen persönlichen Feiertag fest. Bevor er diesen konsumieren kann, kommt es aufgrund eines Betriebsüberganges zu einem Wechsel des AG. Ist der neue AG an die Meldung der einseitigen Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, die an den alten AG erfolgte, gebunden? Wer zahlt das Urlaubsentgelt?

Deutlich komplizierter ist mE die Thematik des Arbeitersuchens durch den alten AG (Veräußerer), denn durch das Arbeitersuchen des Vorgängers würde demnach der neue AG (Erwerber) durch die Zahlung des doppelten Entgeltes in die Pflicht genommen werden. Daher stellen sich in diesem Zusammenhang folgende Fragen:

- Kann der Erwerber den AN ersuchen, am bekannt gegebenen persönlichen Feiertag zu arbeiten?
- Was passiert, wenn der Veräußerer den AN bereits ersucht hat, an seinem persönlichen Feiertag zu arbeiten und es kommt dann zu einem Betriebsübergang?
- Kommt es zu einer Vertragsübernahme durch den Erwerber oder haftet der Veräußerer weiter für das doppelte Entgelt? Ist der Erwerber an das Arbeitersuchen seines Vorgängers gebunden und muss er daher das doppelte Entgelt zahlen?

¹⁴²¹ Schindler in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 LSD-BG Rz 5; und *Tinhofer/Hofer* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 17. Klausel Rz 17.66.

- Besteht ein Rücktrittsrecht des Erwerbers?

12.2.1.1. Im Falle der Konsumation des persönlichen Feiertages nach Betriebsübergang

1. Problemstellung

Vor einem Betriebsübergang meldet der AN seinen persönlichen Feiertag an den (späteren) Veräußerer. Danach kommt es zu einem Betriebsübergang und somit zu einem AG-Wechsel. Der Erwerber gewährt dem AN seinen persönlichen Feiertag, obwohl die Meldung nicht an ihn erfolgte oder ersucht den AN zu arbeiten und zahlt das doppelte Entgelt. Gemäß § 3 Abs 1 AVRAG hat der Betriebsübergang zur Folge, dass der Erwerber als neuer AG „mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt“.¹⁴²² Es liegt „ein durchlaufendes Vertragsverhältnis“ vor, nur der AG wechselt.¹⁴²³ Eingangs stellt sich die Frage, ob der Erwerber an die Meldung der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, die an den Veräußerer erfolgte, gebunden ist oder ob der Erwerber die Konsumation des persönlichen Feiertages ablehnen kann.

Der zweite Fallkonstellation betrifft das Urlaubsentgelt. Die Meldung der Konsumation des persönlichen Feiertages erfolgt an den Veräußerer. Da letztlich der persönliche Feiertag nach Betriebsübergang, also nach dem AG-Wechsel, im Arbeitsverhältnis zum Erwerber konsumiert wird, wird er das Urlaubsentgelt zahlen. § 6 Abs 1 AVRAG besagt, dass für Verpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis zum Veräußerer, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs begründet wurden, der Veräußerer und der Erwerber zur ungeteilten Hand haften, sofern andere gesetzliche Regelungen oder Gläubigerschutzbestimmungen für den Arbeitnehmer nicht günstigeres bestimmen, wobei hinsichtlich der Haftung des Erwerbers § 1409 ABGB anzuwenden ist. Die Haftung des Erwerbers und auch des Veräußerers beim Betriebsübergang ist in §§ 3 ff AVRAG geregelt, wobei § 3 Abs 1 und § 6 Abs 1 AVRAG in einem „gewissen Spannungsverhältnis“ stehen.¹⁴²⁴ Daher ist ein möglicher Regress an den Veräußerer zu untersuchen, weil dieser den Erwerber zur Zahlung des Urlaubsentgeltes an den AN im neuen Arbeitsverhältnis verpflichtet hat.

¹⁴²² *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 3 Rz 78.

¹⁴²³ *Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 557.

¹⁴²⁴ *Burger*, Haftung bei Betriebsübergang, ASoK 2004, 269 = OGH 17.11.1999, 9 ObA 2013/99k.

2. Meinungsstand

Im Zusammenhang mit der Urlaubsgewährung hält *Egermann* fest, dass der Veräußerer nach einem Betriebsübergang nicht mehr für den Anspruch des AN auf Naturalurlaub haftet und der AN sich (im Außenverhältnis) nur gegen den Erwerber halten kann.¹⁴²⁵

Da nach dem Betriebsübergang der Veräußerer den Naturalurlaubsanspruch nicht mehr erfüllen kann, kann sich seiner Meinung nach der Erwerber im Innenverhältnis auch nicht für das Urlaubsentgelt vom Veräußerer regressieren.¹⁴²⁶ Nach *Egermann* existiert keine Solidarhaftung von Veräußerer und Erwerber für den Urlaubsanspruch und es kann auch kein Regressanspruch bestehen.¹⁴²⁷

3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Für den persönlichen Feiertag bedeutet die Übernahme aller Rechte und Pflichten in § 3 Abs 1 AVRAG, dass der Zeitpunkt des festgelegten persönlichen Feiertages auch beim Erwerber aufrecht bleibt. Der AN muss daher auch keine weitere Vorankündigungsfrist beim Erwerber einhalten. Da es mE kein Ablehnungsrecht des Erwerbers als neuem AG gibt, kann er den beabsichtigten persönlichen Feiertag des ANs nicht verweigern (kein Ablehnungsrecht des AG, siehe Kapitel Ablehnungsrecht; möglicher Rücktritt des AN siehe Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages). Gegenüber dem AN im Außenverhältnis muss der Erwerber das Urlaubsentgelt zahlen oder er kann vom AN die Arbeitsleistung mit doppeltem Arbeitsentgelt verlangen (dazu unten).

Da es sich aber „um einen aus der Zeit vor dem Betriebsübergang resultierenden Urlaubsanspruch“ sowie um eine Schuld unter Gesamtschuldnern¹⁴²⁸, eine solidarische Haftung¹⁴²⁹ der Parteien und eine tatsächliche Zahlung¹⁴³⁰ handelt, kann mE unter Anlehnung an die Ausführungen von *Gahleitner*¹⁴³¹ der Erwerber vom Veräußerer das Urlaubsentgelt (beim persönlichen Feiertag das Entgelt für einen Urlaubstag) im Regressweg gemäß § 896 ABGB

¹⁴²⁵ *Egermann*, ecolex 2005, 382.

¹⁴²⁶ *Egermann*, ecolex 2005, 382.

¹⁴²⁷ *Egermann*, ecolex 2005, 382.

¹⁴²⁸ *Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 896 Rz 1 = *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 1.

¹⁴²⁹ *Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 896 Rz 4 = *JusGuide* 2011/30/9016, OGH 22.6.2011, 2 Ob 112/10z.

¹⁴³⁰ *Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 896 Rz 17 = *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 3.

¹⁴³¹ *Gahleitner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 6 AVRAG Rz 11 = OGH 2 Ob 16/09f, ASoK 2010, 93 = *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 12.

zurückfordern.¹⁴³² Es handelt sich um anteilmäßigen Regress¹⁴³³ und es ist im Falle des Betriebsüberganges „auf den Grad des gezogenen Nutzens abzustellen“, also auf das Urlaubsentgelt, welches anteilmäßig für die auf den Veräußerer entfallenden Dienstzeiten anfällt¹⁴³⁴, beim persönlichen Feiertag also das Urlaubsentgelt für einen Urlaubstag.¹⁴³⁵

12.2.1.2. Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag nach Betriebsübergang

1. Problemstellung

Hierbei ergeben sich folgende zu untersuchende Fallkonstellationen:

Fallgruppe 1

Wenn der AN seinen persönlichen Feiertag beim Veräußerer gemeldet hat und es in Folge zu einem Betriebsübergang kommt, wurde festgehalten, dass der Erwerber an diese Meldung gebunden ist. Der Erwerber ersucht nun den AN am bekannt gegebenen persönlichen Feiertag zu arbeiten und er zahlt ihm das doppelte Entgelt.

Fallgruppe 2

Besteht ein Rücktrittsrecht des Erwerbers?

Fallgruppe 3

Der Veräußerer hat bereits den AN ersucht, am persönlichen Feiertag zu arbeiten. Danach kommt es zu einem Betriebsübergang. Ist der Erwerber an das Arbeitsersuchen des Veräußerers gebunden?

Fallgruppe 4

Kommt es zu einer Vertragsübernahme durch den Erwerber oder haftet der Veräußerer weiter für das doppelte Entgelt? Wer haftet für das doppelte Entgelt im Innen- bzw Außenverhältnis? Zahlt der Erwerber das doppelte Entgelt an den AN? Kann sich der Erwerber an den Veräußerer regressieren und wenn ja, in welchem Ausmaß?

¹⁴³² *Gahleitner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 11 = OGH 2 Ob 16/09f, ASoK 2010, 93 = *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 12.

¹⁴³³ *Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 896 Rz 33.

¹⁴³⁴ *Gerhartl*, Haftung für offene Urlaubsansprüche bei Betriebsübergang, ASoK 2010, 93 = OGH 25.6.2009, 2 Ob 16/09f.

¹⁴³⁵ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 14.

Es ist daher mE zu untersuchen, ob die Fragestellung der Vertragsübernahme durch den Erwerber bzw die Haftung des Veräußerers für das doppelte Entgelt sowie die Bindung des Erwerbers an das Arbeitersuchen des Veräußerers und idF die Zahlung des doppelten Entgeltes unter Anwendung des § 6 Abs 1 AVRAG iVm § 1409 ABGB zu lösen ist.

Die Haftung des Erwerbers nach § 1409 ABGB setzt voraus, dass der Erwerber gegenüber den Gläubigern aus dem zum Vermögen oder Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen musste, unmittelbar verpflichtet ist. Die Haftungsbeschränkung des § 1409 ABGB ist aber „nur auf solche Verpflichtungen aus Arbeitsverhältnissen anzuwenden, in die der Erwerber nicht eingetreten ist (zB gekündigte Arbeitsverhältnisse, wenn die Kündigungsfrist bereits vor Betriebsübergang abgelaufen ist)“.¹⁴³⁶ Die Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis werden „nicht gemäß § 3 Abs 1 AVRAG auf den Erwerber übertragen“.¹⁴³⁷ Folglich ist im Falle eines übernommenen Anspruchs des persönlichen Feiertages in einem laufenden Arbeitsverhältnis § 6 Abs 1 AVRAG iVm § 1409 ABGB nicht anzuwenden.¹⁴³⁸

Da sich aber die Haftungsbeschränkung nach § 6 AVRAG iVm § 1409 ABGB nur auf Verpflichtungen bezieht, die aus dem zum Zeitpunkt des Überganges nicht mehr bestehenden Arbeitsverhältnissen stammen¹⁴³⁹, liegt dies im laufenden, übernommenen Arbeitsverhältnis mit Anspruch auf den persönlichen Feiertag nicht vor. Da zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges das Arbeitsverhältnis aufrecht ist, liegt eine Vertragsübernahme durch den Erwerber nach § 3 Abs 1 AVRAG vor und § 6 AVRAG ist nicht anzuwenden.¹⁴⁴⁰

2. Meinungsstand

Laut *Lukas* geht es um ein konkretes „Kennenmüssen“, wobei bereits leichte Fahrlässigkeit schadet.¹⁴⁴¹ Das bedeutet wiederum, dass der Erwerber bereits bei leichter Fahrlässigkeit der Unkenntnis haftet,¹⁴⁴² und es wird „Maß an der Sachverständigensorgfalt nach § 1299 ABGB genommen“¹⁴⁴³. Somit muss sich der Erwerber nach einem möglichen Arbeitersuchen beim Veräußerer erkundigen und auf Aufklärung „drängen“ bzw auch Einsicht in die Urlaubskartei

¹⁴³⁶ *Gahleitner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 6 AVRAG Rz 2; und *Burger, ASoK* 2004, 269.

¹⁴³⁷ *Burger, ASoK* 2004, 269.

¹⁴³⁸ Zur richtlinienkonformen Interpretation des § 6 AVRAG siehe *Burger, ASoK* 2004, 269; sowie OGH 17.11.1999, 9 ObA 2013/99k.

¹⁴³⁹ *Gahleitner in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 6 AVRAG Rz 2 = OGH 17.11.1999, 9 ObA 213/99k, RdW 2000,301 = OGH 30.03.2000, 8 ObS 91/00s, DRdA 2001, 165.

¹⁴⁴⁰ *Burger, ASoK* 2004, 269.

¹⁴⁴¹ *Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.03} § 1409 Rz 17; und *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG*³ § 6 Rz 16.

¹⁴⁴² *Ertl in Rummel, ABGB*³ § 1409 Rz 7.

¹⁴⁴³ *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG*³ § 6 Rz 16.

verlangen. Weiters kann für einen redlichen AG vorausgesetzt werden, dass er sich auch über diese Zusatzkosten im Klaren ist (besonderer Sorgfaltsmaßstab bei der Unternehmensübernahme nach § 1299 ABGB)¹⁴⁴⁴.

3. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

Fallgruppe 1

Der Erwerber haftet „ohne jede Einschränkung, da er in die AG-Position vollständig eintritt“.¹⁴⁴⁵ Der Erwerber kann daher bis zum Antritt des persönlichen Feiertages den AN um Arbeitsleistung ersuchen; bei Antritt der Arbeit durch den AN muss er das doppelte Entgelt zahlen (stille Annahme siehe Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages).

Fallgruppen 2

Fraglich ist auch, ob der Erwerber vom Arbeitersuchen des ehemaligen AG zurücktreten kann (Rücktrittsrecht des AGs?). Bereits in Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages zum Thema Bindungswirkung des AG wurde erörtert, dass sich der AN bis zum Arbeitsantritt überlegen kann, ob er das Angebot (Ersuchen) annimmt oder nicht. Der AG kann in dieser Zeit der Bindung sein Angebot nicht einseitig zurücknehmen, auch wenn er Dispositionen trifft. Dies trifft mE auch auf den Erwerber zu.

Fallgruppe 3

Weiters ist noch auszuführen, dass der Erwerber mit allen Rechten und Pflichten *ipso iure* in das Arbeitsverhältnis eintritt¹⁴⁴⁶, es zu einer Vertragsübernahme nach § 3 Abs 1 AVRAG¹⁴⁴⁷ kommt und daher mE keine sachliche Rechtfertigung gegeben ist, die einen Rücktritt des Erwerbers rechtfertigt. Außerdem gibt es mE auch kein Ablehnungsrecht des AG. Daher ist der Erwerber mE auch an das Ersuchen des Veräußerers gebunden. Zum Regressanspruch siehe nächster Absatz.

Fallgruppe 4

Im Falle der Arbeitsleistung des AN am persönlichen Feiertag nach Betriebsübergang in einem aufrechten Arbeitsverhältnis muss daher der neue AG (Erwerber) das doppelte Entgelt im vollen

¹⁴⁴⁴ Ertl in Rummel, ABGB³ § 1409 Rz 7.

¹⁴⁴⁵ Gahleitner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 2 = OGH 9 ObA 213/99k, RdW 2000, 301 = 8 Obs 91/00s, DRdA 2001, 165.

¹⁴⁴⁶ Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 2 Rz 21.

¹⁴⁴⁷ Burger, ASoK 2004, 269.

Ausmaß an den AN (im Außenverhältnis) zahlen. Somit ist der Erwerber aufgrund der Bindungswirkung des Ersuchens seines Vorgängers schlechter gestellt, da er im Falle eines (normalen) Urlaubskonsums bzw wenn er nicht selbst um Arbeitsleistung ersucht, immer nur das Urlaubsentgelt und nie ein doppeltes Entgelt zahlen muss.

Wenn die Zahlung des doppelten Entgeltes im Außenverhältnis vom Erwerber an den AN geleistet wurde, handelt es sich um eine Altschuld (somit um den Anspruch auf das doppelte Entgelt, den der Veräußerer selbst hätte zahlen müssen¹⁴⁴⁸) für die mE der Veräußerer haften muss¹⁴⁴⁹. Maßgeblich ist, „in welchem Zeitraum der Anspruch des AN erarbeitet wurde bzw welchem Zeitraum er zuzuordnen ist“.¹⁴⁵⁰ Es handelt sich um einen „dienstzeitbezogenen Anspruch“¹⁴⁵¹, welcher von der Veräußererhaftung erfasst ist.¹⁴⁵²

Daher ist die Möglichkeit des Regresses beim Veräußerer im Innenverhältnis zu untersuchen. Ein Regress im Innenverhältnis zum Veräußerer ist nach § 896 ABGB möglich (vor allem, wenn es keine Vereinbarung zur Ablöse der Anwartschaften zwischen Veräußerer und Erwerber vorliegt). § 896 setzt eine aufrechte Solidarhaftung voraus¹⁴⁵³. „Für die Haftung des Altinhabers des Unternehmens folgt aus § 6 Abs 1 AVRAG, dass er für Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis haftet, die vor dem Betriebsübergang begründet wurden“.¹⁴⁵⁴ Die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist als offener „Urlaubsanspruch“ unter § 6 Abs 1 AVRAG zu subsumieren.¹⁴⁵⁵ *Gahleitner* legt dar, dass im Falle von offenen Urlauben diese Anwartschaft vom Veräußerer zu tragen ist, da ihm auch die Arbeitsleistung zugutegekommen ist.¹⁴⁵⁶

Folglich haftet der Veräußerer nur für die Hälfte des doppelten Entgeltes, dh zu 100%, den Rest zahlt der Erwerber, da er ja die Arbeitsleistung zu 100% bekommt.

Da der persönliche Feiertag abgekauft wurde, stellt sich zudem die Frage nach einer möglichen Abgeltung des Widmungsrechtes im Regress. Den Abkauf des persönlichen Feiertages bekommt der Erwerber gratis, wobei er von der Arbeitsleistung profitiert und diesen zu 100% erhält. Meines Erachtens kann der Veräußerer dies dem Regress entgegenhalten, da das Widmungsrecht bereits „bei ihm“ ausgeübt wurde, er durch den Betriebsübergang den Erwerber

¹⁴⁴⁸ *Burger*, ASoK 2004, 269.

¹⁴⁴⁹ *Burger*, ASoK 2004, 269.

¹⁴⁵⁰ *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 6 Rz 20.

¹⁴⁵¹ OGH 16.12.2003, 5 Ob 114/03f.

¹⁴⁵² OGH 16.12.2003, 5 Ob 114/03f.

¹⁴⁵³ *Gahleitner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 2; und 5 Ob 114/03f = *Gerhartl*, ASoK 2010, 93 = OGH 25.6.2009, 2 Ob 16/09f = OGH 22.6.2011, 2 Ob 112/10z.

¹⁴⁵⁴ OGH 16.12.2003, 5 Ob 114/03f.

¹⁴⁵⁵ *Gerhartl*, ASoK 2010, 93 = OGH 25.6.2009, 2 Ob 16/09f.

¹⁴⁵⁶ *Gahleitner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 11 = 9 ObA 17/04x, RdW 2004/640.

verpflichtet hat, er aber keine Arbeitsleistung erhält, weshalb mE eine Haftung zu 100% gerechtfertigt ist.

Der Erwerber kann daher mE die von ihm bezahlten Ansprüche beim Veräußerer zu 100% regressieren.¹⁴⁵⁷

12.3. Arbeitskräfteüberlassung und der persönliche Feiertag

In § 10 Abs 3 AÜG wird festgehalten, dass für die überlassenen AN, auch sonstige im Beschäftigertbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubes beziehen, während der Beschäftigung gelten.¹⁴⁵⁸

Unionrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit der Vorankündigungsfrist (kürzere Beschäftigungsdauer als drei Monate) bestehen nicht, da der Anspruch gegenüber dem Überlasserbetrieb und nicht dem Beschäftigertbetrieb besteht.

Zuständig für die Entgegennahme der Meldung des beabsichtigten persönlichen Feiertages gemäß § 11 Abs 1 Z 10 AÜG ist der Überlasser als AG nach § 3 Abs 2 AÜG¹⁴⁵⁹, ebenso wie bei der Vereinbarung des Urlaubes. Die faktische Ausführung der Meldung des persönlichen Feiertages wird an den Beschäftigert delegiert.

In der Praxis ist die Meldung an den Überlasser jedoch problematisch, da viele überlassene AN ihren persönlichen Feiertag beim Beschäftigert melden werden, in der Annahme, dieser sei faktisch zuständig. Erfolgt die Meldung an den Beschäftigert, fungiert dieser als Bote für den erklärenden AN (Erklärungsbote)¹⁴⁶⁰, der die einseitige Willenserklärung des AN an den Überlasser übermittelt. Der Beschäftigert teilt den fremden Willen (Willenserklärung des AN) dem Überlasser mit¹⁴⁶¹ und übt also die faktische Tätigkeit für den AN aus¹⁴⁶². Wenn die Erklärung gegenüber einem Boten (Beschäftigert) des Empfängers (Überlassers) abgegeben wurde, ist sie damit schon dem Empfänger (Überlasser) zugegangen.¹⁴⁶³

¹⁴⁵⁷ *Gahleitner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 11 = 9 ObA 17/04x, RdW 2004/640 = *Gerhartl*, ASoK 2010, 93 = OGH 25.6.2009, 2 Ob 16/09f.

¹⁴⁵⁸ *Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ Rz 61.

¹⁴⁵⁹ *Trinko*, Der Anwendungsbereich des AÜG, JAP 2018/2019/15.

¹⁴⁶⁰ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 695; OGH 06.07.2011, 7 Ob 14/11a.

¹⁴⁶¹ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 695.

¹⁴⁶² *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 695.

¹⁴⁶³ OGH 06.07.2011, 7 Ob 14/11a.

12.4. Zusammenfassung der Ergebnisse

Eingangs ist daher erneut auch in diesem Zusammenhang die Frage nach der Rechtsnatur des persönlichen Feiertages zu untersuchen. Durch die Abgeltung des einseitigen Widmungsrechtes bleibt der Urlaubstag erhalten, jedoch kann er nicht mehr einseitig angetreten werden. Der Urlaubsscharakter ändert sich insofern, dass die Inanspruchnahme vom einseitigen Antritt zur Vereinbarungssache zwischen den Parteien wird, also aus dem einst persönlichen Feiertag ein „regulärer“ Urlaubstag wird. Und das ist letztlich das Spezifikum des Hybrid-Charakters des persönlichen Feiertages. Der persönliche Feiertag ist eben kein gesetzlicher Feiertag iSd § 7 ARG und entfaltet daher auch nicht dessen Rechtswirkungen.

Bei einer **Entsendung ins Ausland** ist festzuhalten, dass beim persönlichen Feiertag ein Günstigkeitsvergleich im Einzelfall nicht vorgenommen werden kann, da es nicht miteinander zu vergleichende Feiertage gibt, sondern es ist mE eben dahingehend zu argumentieren, dass der persönliche Feiertag in anderen Mitgliedstaaten eine unbekannte Gesetzesbestimmung ist, und durch die Komponenten der einseitigen Festsetzung des Urlaubsantrittes bzw die Zahlung des „doppelten Entgeltes“ bei Nichtantritt mE die Günstigkeit des österreichischen Arbeitsrechtsstatutes gegeben ist. Im Ergebnis besteht mE daher ein Rechtsanspruch auf den persönlichen Feiertag im Falle einer Entsendung ins EU-Ausland.

Wenn der **nach Österreich entsandte AN** aufgrund des Günstigkeitsprinzips (geringeres Urlaubsausmaß nach dem Recht des Entsendestaates) Anspruch auf Urlaub nach § 2 UrlG bzw vergleichbaren österreichischen Vorschriften hat, kann er den Urlaubsanspruch gleich einem AN verbrauchen, die gänzlich dem österreichischen Arbeitsrecht unterliegt.¹⁴⁶⁴ Der persönliche Feiertag nach § 7a ARG zählt mE zu den „vergleichbaren österreichischen Vorschriften“.

Hinzuweisen ist insb auch darauf, dass es in diesem Fall nicht um das Urlaubsausmaß geht, da der persönliche Feiertag einen Tag aus dem bestehenden Urlaubskontingent betrifft, sondern um die Modalität der Geltendmachung, also um die einseitige Bestimmbarkeit durch den AN bzw den Nichtantritt mit Anspruch auf das doppelte Entgelt. Diese zwei besonderen Komponenten erfüllen mE jedenfalls das Günstigkeitsprinzip. Zudem stellt der persönliche Feiertag ein Novum nicht nur in der österreichischen Rechtsordnung, sondern auch in den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten dar, welches als Anspruch *sui generis* mit zivilrechtlichen Rechtsfolgen ebenfalls die Günstigkeit unterstreicht. Siehe auch Kapitel 3 Grundsätzliches zum § 7a ARG.

¹⁴⁶⁴ Wolfsgrubner-Ecker in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 4 LSD-BG Rz 2.

Folglich ist der Rechtsanspruch auf den persönlichen Feiertag bei einer Entsendung nach Österreich zu bejahen.

Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung besteht auch für diese Gruppe der AN die Möglichkeit, einen Urlaubstag einseitig zu bestimmen. Mit der einseitigen Festsetzung (entgegen dem Urlaubsanspruch, welcher Vereinbarungssache mit dem AG ist), der Möglichkeit des Abkaufes und der Zahlung als doppeltes Entgelt sowie im Hinblick darauf, dass in anderen Rechtsordnungen kein persönlicher Feiertag existiert, wird mE die Günstigkeit jedenfalls erfüllt sein.

Weiters ist auch § 10 Abs 3 AÜG zu beachten.¹⁴⁶⁵ § 10 Abs 3 AÜG normiert, dass während der Überlassung für die überlassene Arbeitskraft die im Beschäftigterbetrieb für vergleichbare AN gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigterbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art gelten, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen. Somit steht der persönliche Feiertag mE jedenfalls auch in diesem Fall zu.

Im **Falle der Konsumation des persönlichen Feiertages nach einem Betriebsübergang** bedeutet die Übernahme aller Rechte und Pflichten in § 3 Abs 1 AVRAG, dass der Zeitpunkt des festgelegten persönlichen Feiertages auch beim Erwerber aufrecht bleibt. Der AN muss daher auch keine weitere Vorankündigungsfrist beim Erwerber einhalten. Da es mE kein Ablehnungsrecht des Erwerbers als neuem AG gibt, kann er den beabsichtigten persönlichen Feiertag des ANs nicht verweigern (kein Ablehnungsrecht des AG, siehe Kapitel Ablehnungsrecht; möglicher Rücktritt des AN siehe Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages). Gegenüber dem AN im Außenverhältnis muss der Erwerber das Urlaubsentgelt zahlen oder er kann vom AN die Arbeitsleistung mit doppeltem Arbeitsentgelt verlangen (dazu unten).

Da es sich aber „um einen aus der Zeit vor dem Betriebsübergang resultierenden Urlaubsanspruch“ sowie um eine Schuld unter Gesamtschuldnern¹⁴⁶⁶, eine solidarische Haftung¹⁴⁶⁷ der Parteien und eine tatsächliche Zahlung¹⁴⁶⁸ handelt, kann mE unter Anlehnung

¹⁴⁶⁵ Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 6 LSD-BG Rz 5; und Tinhofer/Hofer in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil, 17. Klausel Rz 17.66.

¹⁴⁶⁶ Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 896 Rz 1 = Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 1.

¹⁴⁶⁷ Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 896 Rz 4 = JusGuide 2011/30/9016, OGH 22.6.2011, 2 Ob 112/10z.

¹⁴⁶⁸ Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 896 Rz 17 = Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 3.

an die Ausführungen von *Gahleitner*¹⁴⁶⁹ der Erwerber vom Veräußerer das Urlaubsentgelt (beim persönlichen Feiertag das Entgelt für einen Urlaubstag) im Regressweg gemäß § 896 ABGB zurückfordern.¹⁴⁷⁰ Es handelt sich um anteilmäßigen Regress¹⁴⁷¹ und es ist im Falle des Betriebsüberganges „auf den Grad des gezogenen Nutzens abzustellen“, also auf das Urlaubsentgelt, welches anteilmäßig für die auf den Veräußerer entfallenden Dienstzeiten anfällt¹⁴⁷², beim persönlichen Feiertag also das Urlaubsentgelt für einen Urlaubstag.¹⁴⁷³

Der Erwerber haftet „ohne jede Einschränkung, da er in die AG-Position vollständig eintritt“.¹⁴⁷⁴ Der neue AG kann daher bis zum Antritt des persönlichen Feiertages den AN um Arbeitsleistung ersuchen; bei Antritt der Arbeit durch den AN muss er das doppelte Entgelt zahlen (stille Annahme siehe Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages).

Im Falle der Arbeitsleistung des AN am persönlichen Feiertag nach Betriebsübergang

haftet der Erwerber „ohne jede Einschränkung, da er in die AG-Position vollständig eintritt“¹⁴⁷⁵. Der Erwerber kann daher bis zum Antritt des persönlichen Feiertages den AN um Arbeitsleistung ersuchen; bei Antritt der Arbeit durch den AN muss er das doppelte Entgelt zahlen (stille Annahme siehe Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages).

Fraglich ist auch, ob der Erwerber vom Arbeitersuchen des ehemaligen AG zurücktreten kann (Rücktrittsrecht des AGs?). Bereits in Kapitel 7 Nichtantritt des persönlichen Feiertages zum Thema Bindungswirkung des AG wurde erörtert, dass sich der AN bis zum Arbeitsantritt überlegen kann, ob er das Angebot (Ersuchen) annimmt oder nicht. Der AG kann in dieser Zeit der Bindung sein Angebot nicht einseitig zurücknehmen, auch wenn er Dispositionen trifft. Dies trifft mE auch auf den Erwerber zu.

Weiters ist noch auszuführen, dass der Erwerber mit allen Rechten und Pflichten *ipso iure* in das Arbeitsverhältnis eintritt¹⁴⁷⁶, es zu einer Vertragsübernahme nach § 3 Abs 1 AVRAG¹⁴⁷⁷ kommt und daher mE keine sachliche Rechtfertigung gegeben ist, die einen Rücktritt des Erwerbers rechtfertigt. Außerdem gibt es mE auch kein Ablehnungsrecht des AG. Daher ist der

¹⁴⁶⁹ *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 11 = OGH 2 Ob 16/09f, ASoK 2010, 93 = *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 12.

¹⁴⁷⁰ *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 11 = OGH 2 Ob 16/09f, ASoK 2010, 93 = *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 12.

¹⁴⁷¹ *Gamerith/Wendehorst* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 896 Rz 33.

¹⁴⁷² *Gerhartl*, ASoK 2010, 93 = OGH 25.6.2009, 2 Ob 16/09f.

¹⁴⁷³ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 896 Rz 14.

¹⁴⁷⁴ *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 2 = OGH 9 ObA 213/99k, RdW 2000, 301 = 8 Obs 91/00s, DRdA 2001, 165.

¹⁴⁷⁵ *Gahleitner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 2 = OGH 9 ObA 213/99k, RdW 2000, 301 = 8 Obs 91/00s, DRdA 2001, 165.

¹⁴⁷⁶ *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2 Rz 21.

¹⁴⁷⁷ *Burger*, ASoK 2004, 269.

Erwerber mE auch an das Ersuchen des Veräußerers gebunden. Zum Regressanspruch siehe nächster Absatz.

Im Falle der Arbeitsleistung des AN am persönlichen Feiertag nach Betriebsübergang in einem aufrechten Arbeitsverhältnis muss daher der neue AG (Erwerber) das doppelte Entgelt im vollen Ausmaß an den AN (im Außenverhältnis) zahlen. Somit ist der Erwerber aufgrund der Bindungswirkung des Ersuchens seines Vorgängers schlechter gestellt, da er im Falle eines (normalen) Urlaubskonsums bzw, wenn er nicht selbst um Arbeitsleistung ersucht, immer nur das Urlaubsentgelt und nie ein doppeltes Entgelt zahlen muss.

Wenn die Zahlung des doppelten Entgeltes im Außenverhältnis vom Erwerber an den AN geleistet wurde, handelt es sich um eine Altschuld (somit um den Anspruch auf das doppelte Entgelt, den der Veräußerer selbst hätte zahlen müssen¹⁴⁷⁸) für die mE der Veräußerer haften muss¹⁴⁷⁹. Maßgeblich ist, „in welchem Zeitraum der Anspruch des AN erarbeitet wurde bzw welchem Zeitraum er zuzuordnen ist“.¹⁴⁸⁰ Es handelt sich um einen „dienstzeitbezogenen Anspruch“¹⁴⁸¹, welcher von der Veräußererhaftung erfasst ist.¹⁴⁸²

Daher ist die Möglichkeit des Regresses beim Veräußerer im Innenverhältnis zu untersuchen. Ein Regress im Innenverhältnis zum Veräußerer ist nach § 896 ABGB möglich (vor allem, wenn keine Vereinbarung zur Ablöse der Anwartschaften zwischen Veräußerer und Erwerber vorliegt). § 896 setzt eine aufrechte Solidarhaftung voraus¹⁴⁸³. „Für die Haftung des Altinhabers des Unternehmens folgt aus § 6 Abs 1 AVRAG, dass er für Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis haftet, die vor dem Betriebsübergang begründet wurden“.¹⁴⁸⁴ Der persönliche Feiertag, in dem Fall in der Rechtsqualität als offener „Urlaubsanspruch“, ist unter § 6 Abs 1 AVRAG zu subsumieren.¹⁴⁸⁵ *Gahleitner* legt dar, dass im Falle von offenen Urlauben diese Anwartschaft vom Veräußerer zu tragen ist, da ihm auch die Arbeitsleistung zugutegekommen ist.¹⁴⁸⁶

Folglich haftet der Veräußerer nur für die Hälfte des doppelten Entgeltes, dh zu 100%, den Rest zahlt der Erwerber, da er ja die Arbeitsleistung zu 100% bekommt.

¹⁴⁷⁸ *Burger*, ASoK 2004, 269.

¹⁴⁷⁹ *Burger*, ASoK 2004, 269.

¹⁴⁸⁰ *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 6 Rz 20.

¹⁴⁸¹ OGH 16.12.2003, 5 Ob 114/03f.

¹⁴⁸² OGH 16.12.2003, 5 Ob 114/03f.

¹⁴⁸³ *Gahleitner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 2; und 5 Ob 114/03f = *Gerhartl*, ASoK 2010, 93 = OGH 25.6.2009, 2 Ob 16/09f = OGH 22.6.2011, 2 Ob 112/10z.

¹⁴⁸⁴ OGH 16.12.2003, 5 Ob 114/03f.

¹⁴⁸⁵ *Gerhartl*, ASoK 2010, 93 = OGH 25.6.2009, 2 Ob 16/09f.

¹⁴⁸⁶ *Gahleitner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 11 = 9 ObA 17/04x, RdW 2004/640.

Da der persönliche Feiertag abgekauft wurde, stellt sich zudem die Frage nach einer möglichen Abgeltung des Widmungsrechtes im Regressweg. Den Abkauf des persönlichen Feiertages bekommt der Erwerber gratis, wobei er von der Arbeitsleistung profitiert und diesen zu 100% erhält. Meines Erachtens kann der Veräußerer dies dem Regress entgegenhalten, da das Widmungsrecht bereits „bei ihm“ ausgeübt wurde, er durch den Betriebsübergang den Erwerber verpflichtet hat, er aber keine Arbeitsleistung erhält, weshalb mE eine Haftung zu 100% gerechtfertigt ist.

Der Erwerber kann daher mE die von ihm bezahlten Ansprüche beim Veräußerer zu 100% regressieren.¹⁴⁸⁷

Im Falle einer **Arbeitskräfteüberlassung** ist für die Entgegennahme der Meldung des beabsichtigten persönlichen Feiertages gemäß § 11 Abs 1 Z 10 AÜG der Überlasser als AG nach § 3 Abs 2 AÜG¹⁴⁸⁸ zuständig, ebenso wie bei der Vereinbarung des Urlaubes. Die faktische Ausführung der Meldung des persönlichen Feiertages wird an den Beschäftiger delegiert.

In der Praxis ist die Meldung an den Überlasser jedoch problematisch, da viele überlassene AN ihren persönlichen Feiertag beim Beschäftiger melden werden, in der Annahme, dieser sei faktisch zuständig. Erfolgt die Meldung an den Beschäftiger, fungiert dieser als Bote für den erklärenden AN (Erklärungsbote)¹⁴⁸⁹, der die einseitige Willenserklärung des AN an den Überlasser übermittelt. Der Beschäftiger teilt den fremden Willen (Willenserklärung des AN) dem Überlasser mit¹⁴⁹⁰ und übt also die faktische Tätigkeit für den AN aus¹⁴⁹¹. Wenn die Erklärung gegenüber einem Boten (Beschäftiger) des Empfängers (Überlassers) abgegeben wurde, ist sie damit schon dem Empfänger (Überlasser) zugegangen.¹⁴⁹²

¹⁴⁸⁷ Gahleitner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 6 AVRAG Rz 11 = 9 ObA 17/04x, RdW 2004/640 = Gerhartl, ASoK 2010, 93 = OGH 25.6.2009, 2 Ob 16/09f.

¹⁴⁸⁸ Trinko, JAP 2018/2019/15.

¹⁴⁸⁹ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 695; OGH 06.07.2011, 7 Ob 14/11a.

¹⁴⁹⁰ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 695.

¹⁴⁹¹ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 695.

¹⁴⁹² OGH 06.07.2011, 7 Ob 14/11a.

13. Der persönliche Feiertag in der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

In diesem Kapitel wird der Frage nachgegangen, wie der persönliche Feiertag bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten ist. Untersucht werden die Themenblöcke der Urlaubersatzleistung, der Zeitraum der Kündigungsfrist bzw eine mögliche Abgeltung des Widmungsrechtes.

Insb zu untersuchen sind die Konstellationen, dass der persönliche Feiertag bekannt gegeben bzw dass die Arbeit am persönlichen Feiertag vereinbart wurde und dann das Arbeitsverhältnis beendet wird. Ein Unterfall dieser Konstellation ist, wie der persönliche Feiertag abzugelten ist, wenn er noch nicht in Anspruch genommen wurde.

Es ist außerdem abzuklären, ob und wann das Widmungsrecht abgegolten wird und wenn ja, ob zusätzlich oder alternativ zur Urlaubersatzleistung. Zusätzlich stellt sich hier die Frage, inwiefern es von Bedeutung ist, wer das Arbeitsverhältnis beendet, also die Widmung unmöglich macht.

Zudem wird auf die Handhabung des persönlichen Feiertages bei einem unberechtigten vorzeitigen Austritt im Lichte der UrlG-Novelle aus 2022 eingegangen.

Weiters sind die Fälle zu untersuchen, wenn kein offener Urlaub mehr vorhanden ist bzw in der Kündigungsfrist ein neues Urlaubsjahr entsteht.

13.1. Abgeltung des persönlichen Feiertages als Urlaubersatzleistung

13.1.1. Problemstellung

In diesem Punkt stellen sich Fragen dahingehend, ob der persönliche Feiertag bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Urlaubersatzleistung abzugelten ist. Ein weiterer zu untersuchender Problemkreis ist, wie viel die Urlaubersatzleistung wert ist, wenn der AN die Arbeitsleistung angetreten hätte und ob der AN hierfür die Urlaubersatzleistung mit doppeltem Entgelt erhält.

13.1.2. Lösung und eigene Ansicht

§ 7a ARG bestimmt das Recht, einen Urlaubstag aus dem bestehenden Urlaubskontingent einseitig zu bestimmen. Somit teilt das Widmungsrecht das rechtliche Schicksal des Urlaubstages.

Es handelt sich daher um einen einseitig bestimmten Urlaubstag, der noch nicht in Anspruch genommen wurde, welcher im Falle einer Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 10 UrlG

als Urlaubersatzleistung abgegolten werden kann. Das Widmungsrecht hingegen wird nicht gesondert abgegolten.

Gem § 10 Abs 5 UrlG gebührt die Urlaubersatzleistung den Erben, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des AN endet. Wenn der AN nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses stirbt, fällt die Urlaubersatzleistung in den Nachlass.¹⁴⁹³

Der persönliche Feiertag ist nur bei Verrichtung der Arbeitsleistung das „doppelte wert“, hingegen nicht bei der Abgeltung als Urlaubersatzleistung. Das Widmungsrecht wird nicht gesondert abgegolten.

13.2. Der persönliche Feiertag als Urlaubersatzleistung beim unberechtigten vorzeitigen Austritt

13.2.1. Problemstellung

Wie wirkt sich die Beendigungsart des unberechtigten vorzeitigen Austrittes auf den persönlichen Feiertag im Lichte der UrlG-Novelle vom 31.10.22¹⁴⁹⁴ aus?

13.2.2. Meinungsstand

§ 10 Abs 2 UrlG legt fest, dass die Urlaubersatzleistung dem AN nicht zusteht, wenn dieser ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt. Laut *Cerny*¹⁴⁹⁵ und *Kuderna*¹⁴⁹⁶ dient die Regelung dazu, „einerseits den Arbeitnehmer von einer unüberlegten vorzeitigen Beendigung seines Arbeitsverhältnisses abzuhalten und andererseits eine gewisse finanzielle Entlastung des AG in einem solchen Fall zu bewirken“.¹⁴⁹⁷

In der Literatur wurde die Unionskonformität dieser Gesetzesbestimmung bereits seit Längerem angezweifelt.¹⁴⁹⁸ Laut *Mayr/ Erler* verstößt ein Ausschluss der Urlaubsabgeltung gegen Art 7 Abs 2 der RL 2003/88/EG bzw § 31 Abs 2 GRC und ist somit unionsrechtswidrig.¹⁴⁹⁹ Sie beziehen sich auf die EuGH-Entscheidungen Rs *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, *Schultz-Hoff* ua, *May*, *Maschek* und *King*¹⁵⁰⁰. Ihrer Meinung nach

¹⁴⁹³ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 10 Rz 25.

¹⁴⁹⁴ BGBl I 2022/167: Änderung des Urlaubsgesetzes, des Landarbeitsgesetzes 2021 und des Heimarbeitsgesetzes 1960 (NR: GP XXVII IA 2793/A AB 1683 S. 178. BR: 11076 AB 11085 S. 946.

¹⁴⁹⁵ *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 10 Erl 13.

¹⁴⁹⁶ *Kuderna*, UrlG² § 10 Rz 5.

¹⁴⁹⁷ *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 10 Erl 12 bis 13.

¹⁴⁹⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 10 Rz 32.

¹⁴⁹⁹ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 10 Rz 6.

¹⁵⁰⁰ EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16, *Stadt Wuppertal/Bauer* ua; sowie EuGH 12.6.2014, C-118/13, *Bollacke* (Tod des AN); EuGH 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft/Shimizu* (Fristablauf); EuGH 20.7.2016, C-341/15, *Maschek* (Ruhestandsversetzung); EuGH 20.1.2009, C-350/06, *Schultz-Hoff* (Pensionierung, Beendigungsart unklar).

ist die einzige Voraussetzung für die Abgeltung des Urlaubes die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und nicht die Beendigungsart. „Weder Art 17 noch Art 18 der RL 2003/88/EG lassen Abweichungen durch Gesetz, KollV oder Arbeitsvertrag zu“¹⁵⁰¹ und die richtlinienkonforme Interpretation iSd Art 7 Abs 2 der RL 2003/88/EG kommt aufgrund des „klaren Wortlautes“ des §10 UrlG nicht in Betracht.¹⁵⁰² Seit der Entscheidung des EuGH vom 06.11.2018¹⁵⁰³ stehe die Urlaubersatzleistung auch zwischen privaten AN und AG bei unberechtigtem vorzeitigem Austritt zu, da wegen des „Vorranges des Unionsrechtes die nationalen Gerichte verpflichtet sind, entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen“ und diesen Anspruch auch zwischen Privaten zu gewähren.¹⁵⁰⁴

Jedoch hält *Drs* fest, dass es in den EuGH-Entscheidungen¹⁵⁰⁵ um keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unberechtigten vorzeitigem Austritt gegangen ist und der EuGH nie auf die Beendigungsart des Arbeitsverhältnisses abgestellt hat.¹⁵⁰⁶ In den Rs *Stadt Wuppertal/Bauer* und *Maschek* wurde die Rechtsansicht durch den EuGH vertreten, dass der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Anspruch auf finanzielle Vergütung keine Rolle spielt.¹⁵⁰⁷ Weiters hält *Drs* fest, dass der EuGH in den Rs *Bollacke* und *Stadt Wuppertal/Bauer* den Anspruch auf finanzielle Abgeltung lediglich an die Voraussetzungen, „dass zum einen das Arbeitsverhältnis beendet ist und dass zum anderen der AN nicht den gesamten Jahresurlaub genommen hat, auf den er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch hat“, geknüpft hat.¹⁵⁰⁸ Zu bedenken ist aber laut *Drs*, dass der AN zumindest an der Unmöglichkeit des Urlaubsverbrauches eine Mitschuld trägt, da er den Austritt setzt.¹⁵⁰⁹

Im jüngsten Sachverhalt zu diesem Thema begehrte der Kläger die Zahlung der Urlaubersatzleistung beim unberechtigten vorzeitigem Austritt für den am Ende des Arbeitsverhältnisses noch offenen Urlaubsanspruch (Abgeltung des Urlaubsrestes).¹⁵¹⁰ Durch die Entscheidung des OLG Linz¹⁵¹¹ wurde die EuGH-Rechtsprechung bezweifelt und der

¹⁵⁰¹ Mayr/Erler, UrlG³ § 10 Rz 7.

¹⁵⁰² Mayr/Erler, UrlG³ § 10 Rz 7.

¹⁵⁰³ EuGH 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.*

¹⁵⁰⁴ Mayr/Erler, UrlG³ § 10 Rz 7.

¹⁵⁰⁵ EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16, *Stadt Wuppertal/Bauer* ua; sowie EuGH 12.6.2014, C-118/13, *Bollacke* (Tod des AN); EuGH 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft/Shimizu* (Fristablauf); EuGH 20.7.2016, C-341/15, *Maschek* (Ruhestandsversetzung); EuGH 20.1.2009, C-350/06, *Schultz-Hoff* (Pensionierung, Beendigungsart unklar).

¹⁵⁰⁶ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 10 Rz 32.

¹⁵⁰⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 10 Rz 32.

¹⁵⁰⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 10 Rz 32.

¹⁵⁰⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 10 Rz 32.

¹⁵¹⁰ OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f, OLG Linz 30.09.2019, 12 Ra 57/19f.

¹⁵¹¹ OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f, OLG Linz 30.09.2019, 12 Ra 57/19f.

Entfall der Urlaubersatzleistung beim unberechtigten Austritt als unionsrechtskonform angesehen.¹⁵¹² Der Entfall des Anspruchs auf Urlaubersatzleistung beim unbegründeten Austritt steht jedenfalls dann nicht im Widerspruch zum Unionsrecht (insb Art 7 RL 2003/88/EG), wenn der AG zuvor während des aufrechten Arbeitsverhältnisses einen vom AN beantragten Urlaubsverbrauch nicht abgelehnt hat und auch sonst kein Anhaltspunkt für die Verweigerung eines Urlaubsverbrauchs besteht und dem AG somit kein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht, dem AN den Urlaubsverbrauch tatsächlich zu ermöglichen, vorgeworfen werden kann.¹⁵¹³

Die Vorinstanzen haben daher das Klagebegehren abgewiesen. Der OGH legte mehrere Fragen zur Vorabentscheidung dem EuGH vor und setzte mit Beschluss vom 29.04.2020 das Revisionsverfahren bis zur Entscheidung des EuGHs aus (9 ObA 137/19s)¹⁵¹⁴.

Nach der Erkenntnis des EuGH vom 25.11.2021¹⁵¹⁵ ist der Anspruchsverlust auf Urlaubersatzleistung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch unberechtigten vorzeitigen Austritt unionsrechtswidrig; § 10 Abs 2 UrlG widerspricht daher Art 7 Abs 2 der RL 2003/88/EG. Der EuGH hielt mit Urteil vom 25.11.2021¹⁵¹⁶ fest, dass die Voraussetzungen für den Anspruch auf Urlaubersatzleistung sind, dass das Arbeitsverhältnis beendet ist und der AN nicht den gesamten Jahresurlaub genommen hat; der Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist nicht maßgeblich. Da das Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub nach Art 31 Abs 2 GRC unmittelbare Wirkung entfaltet, kann sich der Einzelne direkt darauf stützen bzw müssen Gerichte dieses Grundrecht direkt anwenden. Der Kläger hat daher grundsätzlich Anspruch auf Abgeltung des Urlaubsrestes gemäß § 10 Abs 1 UrlG.

Der OGH hat daraufhin geprüft (9 ObA 150/21f)¹⁵¹⁷, ob der Urlaubsverfall nur den unionsrechtlichen Mindesturlaub von vier Wochen oder den gesamten nationalen Urlaubsanspruch nach § 2 Abs 1 UrlG (30WT/ fünf Wochen) betrifft.¹⁵¹⁸ Die Richtlinie sieht einen Mindestanspruch von vier Wochen vor (Mindestvorschrift) und wenn im nationalen Recht mehr als die vier Wochen vorgesehen sind (günstigere Vorschrift), können die Mitgliedstaaten selbst entscheiden, ob sie eine finanzielle Vergütung vorsehen und können Bedingungen für die Gewährung dieses zusätzlichen Anspruchs festlegen.

¹⁵¹² ARD 6680/7/2020.

¹⁵¹³ OLG Linz 30.09.2019, 12 Ra 57/19f.

¹⁵¹⁴ OGH 29.4.2020, 9 ObA 137/19s, ARD 6703/7/2020; *Tinhof*, Urlaubersatzleistung bei unberechtigtem Austritt?, DRdA-infas 2020, 142.

¹⁵¹⁵ EuGH 25.11.2021, C- 233/20, *job-medium*; ARD 6776/8/2021.

¹⁵¹⁶ EuGH 25.11.2021, C- 233/20, *job-medium*; ARD 6776/8/2021.

¹⁵¹⁷ OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f.

¹⁵¹⁸ OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f; *Lindmayr*, Rechtsnews 32381 12.4.2022.

Da das UrlG dem AN einen Urlaubsanspruch von fünf bzw sechs Wochen gewährt, ist die Regelung günstiger als das unionsrechtlich garantierte Mindesturlaub von vier Wochen.¹⁵¹⁹ Folglich ist eine finanzielle Abgeltung des über den vierwöchigen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaubsteils unionsrechtlich nicht geboten und die Urlaubersatzleistung gebührt demnach beim unberechtigten vorzeitigen Austritt nur für den unionsrechtlichen Mindesturlaub.¹⁵²⁰

Schließlich wurde durch die UrlG-Novelle¹⁵²¹ § 10 Abs 2 UrlG des UrlG¹⁵²² dahingehend geändert, dass abweichend von Abs 1 im Fall eines unberechtigten vorzeitigen Austritts keine Ersatzleistung für die fünfte und sechste Woche des Anspruchs auf Urlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr gebührt.

13.2.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Der AN erhält die Urlaubersatzleistung im Falle eines unberechtigten vorzeitigen Austritts auf Grundlage des unionsrechtlich garantierten Mindesturlaubes von vier Wochen für den zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht verbrauchten Jahresurlaub. Eine finanzielle Abgeltung des darüberhinausgehenden Urlaubsteils ist sowohl unionsrechtlich als auch nach § 10 Abs 2 UrlG nicht geboten.

In der Praxis wird daher der Anspruch auf Urlaubersatzleistung im laufenden Arbeitsjahr beim unberechtigten vorzeitigen Austritt auf 20 AT/pro Jahr umgerechnet und die bereits verbrauchten Urlaubstage hiervon abgezogen. Der Alturlaub aus den Jahren davor bleibt unberührt. Dies ergibt den offenen Urlaubersatzleistungsanspruch beim unberechtigten vorzeitigen Austritt.

Die „Deckelung“ der Urlaubersatzleistung von unionsrechtlich garantieren vier Wochen ist für die Abgeltung des persönlichen Feiertags ebenfalls relevant, weil es sich hierbei um einen Anspruch im laufenden Arbeitsjahr handelt. Einerseits hat der AN im laufenden Arbeitsverhältnis eine viel kürzere Zeitspanne, diesen in Anspruch zu nehmen („einmal pro Urlaubsjahr“) als den regulären Urlaub. Andererseits kann es durch die Begrenzung der Urlaubersatzleistung beim unberechtigten Austritt für den unionsrechtlichen Mindesturlaub von vier Wochen sein, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein abzugeltendes Urlaubskontingent mehr vorhanden ist.

¹⁵¹⁹ *Lindmayr*, Rechtsnews 32381 12.4.2022.

¹⁵²⁰ OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f; *Lindmayr*, Rechtsnews 32381 12.4.2022.

¹⁵²¹ BGBl I 2022/167: Änderung des Urlaubsgesetzes, des Landarbeitsgesetzes 2021 und des Heimarbeitsgesetzes 1960 NR: GP XXVII IA 2793/A AB 1683 S. 178. BR: 11076 AB 11085 S. 946.

¹⁵²² BGBl. Nr. 390/1976.

Dies kann zum aus AN-Sicht unbefriedigenden Ergebnis führen, dass keine Urlaubersatzleistung mehr zusteht und auch zeitgleich das Widmungsrecht verloren geht, wobei das der AN wegen des Austrittes selbst unmöglich gemacht hat. Zu einer möglichen Abgeltung des bereits ausgeübten Widmungsrechtes siehe Punkt 13.5.

13.3. Abgeltung eines noch nicht in Anspruch genommenen persönlichen Feiertages

13.3.1. Problemstellung

Der AN hat seinen persönlichen Feiertag noch nicht bestimmt und somit noch von seinem Widmungsrecht keinen Gebrauch gemacht, obwohl die Anspruchsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme gegeben sind. Das Arbeitsverhältnis endet vor Inanspruchnahme.

Ein weiterer Fall ist, wenn der AN von seinem Widmungsrecht keinen Gebrauch macht und das Arbeitsverhältnis früher endet. Ein Unterfall dieser Konstellation ist, wenn kein offener Urlaub mehr vorhanden ist.

Es geht in diesen Fallkonstellation um die Frage einer möglichen Abgeltung des Widmungsrechtes, erstens wenn dieser noch nicht ausgeübt oder ausgeübt wurde, das Arbeitsverhältnis aber vor Inanspruchnahme endet.

Im Fall der Abgeltung des nichtverbrauchten Urlaubes gem § 10 UrlG ist die Voraussetzung, dass das Arbeitsverhältnis beendet wird, bevor der Urlaub verbraucht wurde. Berechnungsbasis bildet die „Höhe des Entgeltes bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“, auch „bei Ansprüchen aus den früheren Jahren“.¹⁵²³

13.3.2. Meinungsstand

Laut *Drs* handelt es sich um ein „Recht, aber keine Pflicht des Arbeitnehmers“ von der Möglichkeit des einseitigen Urlaubsantrittes Gebrauch zu machen.¹⁵²⁴ Es handelt sich um eine Kann-Bestimmung im Gesetzestext („kann den Zeitpunkt des Antritts eines Tages des ihm zustehenden Urlaubs“... einseitig bestimmen). Wenn der AN keinen persönlichen Feiertag widmet und die Vorankündigungsfrist verstreicht, verliert er die Möglichkeit der Widmung.

13.3.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Wenn kein offener Urlaub mehr vorhanden ist, kann man auch keinen persönlichen Feiertag mehr widmen und es wird keine Urlaubersatzleistung abgegolten.

¹⁵²³ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 10 Rz 13.

¹⁵²⁴ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 169.

Wenn der AN seinen persönlichen Feiertag bestimmt, aber noch nicht konsumiert, und das Arbeitsverhältnis endet, wird der persönliche Feiertag als Urlaubersatzleistung abgegolten. Voraussetzung hierfür ist, dass noch zumindest der persönliche Feiertag in Form von offenem Urlaub „vorhanden“ ist. Meines Erachtens unterstreichen die Ausführungen zur Kann-Bestimmung von *Drs* die These, dass der AN auf „eigene Verantwortung“ seinen persönlichen Feiertag widmet. Wenn demnach der AN von diesem Widmungsrecht keinen Gebrauch macht und das Arbeitsverhältnis früher endet, hat er sein Recht auf einseitige Widmung verloren, bekommt aber trotzdem bei Beendigung die Urlaubersatzleistung.

Wenn der AN auf das Ersuchen des AG eingeht und der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zusagt, erhält der AN bei Beendigung nur die Urlaubersatzleistung. Der persönliche Feiertag ist nur bei Verrichtung der Arbeitsleistung das „doppelte wert“, hingegen nicht bei der Abgeltung als Urlaubersatzleistung.

Eine extra Abgeltung des Widmungsrechtes ist in keinem der Fälle gesetzlich vorgesehen. Zu einer möglichen Abgeltung des Widmungsrechtes siehe 13.5.

13.4. Abgeltung eines bekannt gegebenen persönlichen Feiertages bei dem das Arbeitsverhältnis vorher endet

13.4.1. Problemstellung

Der AN bestimmt seinen persönlichen Feiertag nach den gesetzlichen Bestimmungen. Der AN übt somit sein Widmungsrecht aus. Bevor er diesen konsumieren bzw die Arbeit antreten kann, endet das Arbeitsverhältnis.

- Was passiert, wenn sich die Dienstzeit verkürzt hat (gemäß MSchG, VKG, Präsenz- oder Zivildienst oder Bildungsfreistellung) und es so zu einer Verkürzung des Ausmaßes des Urlaubsanspruches kommt?
- Besteht eine Möglichkeit, das Widmungsrecht abgelten zu lassen?
- Weiters geht es um Fälle, in denen der persönliche Feiertag verbraucht wurde und in der aliquoten Urlaubersatzleistung keine Deckung findet.

§ 10 Abs 1 UrlG legt fest, dass bereits verbrauchter Jahresurlaub auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen ist. Abzugelten sind demnach die „verbliebenen Urlaubstage“.¹⁵²⁵ Laut *Mayr/Erler* gebührt hierfür das ausstehende bzw nun ausständige Urlaubsentgelt, also das

¹⁵²⁵ *Mayr/Erler*, UrlG³ § 10 Rz 8.

Entgelt „welches dem AN gebührt hätte, wenn er seinen Urlaub in natura verbraucht hätte“. ¹⁵²⁶
Es handelt sich daher um einen Erfüllungsanspruch und nicht um einen Schadenersatzanspruch. ¹⁵²⁷ Der Erfüllungsanspruch auf die Urlaubersatzleistung ist bei Beendigung des Dienstverhältnisses fällig. ¹⁵²⁸

13.4.2. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Der Gesetzestext des § 7a ARG spricht in Abs 1 von der (einseitigen) Bestimmungsmöglichkeit eines Urlaubstages durch den AN, ein besonderes Abgeltungsrecht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für das bloße Widmungsrecht ist nach der Wortinterpretation im Gesetzestext nicht vorgesehen.

Folglich ist der Urlaubstag faktisch mit dem Widmungsrecht verbunden, das besondere einseitige Widmungsrecht „macht“ den Urlaubstag zum persönlichen Feiertag. Im Beispielfall hat der AN von seinem einseitigen (Widmungs)Recht Gebrauch gemacht und einen Tag als persönlichen Feiertag bereits bestimmt.

Da aber das bloße Widmungsrecht mE ohne den Urlaubstag nicht existieren kann, teilt dieser somit das rechtliche Schicksal des Urlaubstages. Demnach verliert der AN nicht nur die „Auszahlung“ eines Urlaubstages in Form von Urlaubersatzleistung, wenn bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustehende aliquote Urlaubsanspruch vollständig konsumiert wurde oder sich die Dienstzeit verkürzt hat, da kein offenes Urlaubskontingent mehr existiert. Zeitgleich verliert er auch das Widmungsrecht auf einen persönlichen Feiertag. Daher stellt sich in dieser unbefriedigenden Lage die Frage nach einer möglichen Abgeltung des bereits ausgeübten Widmungsrechtes.

13.5. Argumente und Lösungsalternativen zur möglichen Abgeltung des bereits ausgeübten Widmungsrechtes

13.5.1. Problemstellung

Da Kündigungsfristen idR kürzer sind als die dreimonatige Vorankündigungsfrist, kann der AN im Falle einer unerwarteten Beendigung weder vom persönlichen Feiertag Gebrauch machen, noch die Arbeit antreten und auch kein doppeltes Entgelt erhalten. Hätte der AN gewusst, dass

¹⁵²⁶ Mayr/Erler, UrlG³ § 10 Rz 13.

¹⁵²⁷ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 10 Rz 9.

¹⁵²⁸ Mayr/Erler, UrlG³ § 10 Rz 2.

sein Arbeitsverhältnis früher als der in Betracht gezogene persönlicher Feiertag endet, hätte er einen anderen Urlaubstag widmen können.

Durch die „Aufwertung“ des persönlichen Feiertages durch das ausgeübte Widmungsrecht ist der persönliche Feiertag nicht mit einem „regulären“ Urlaubstag gleichzusetzen. Daher stellt sich die Frage, ob nun dieses ausgeübte Widmungsrecht auf irgendeine Art finanziell abgegolten werden kann und wenn ja, in welcher Höhe.

13.5.2. Lösungsalternativen und eigene Ansicht

13.5.2.1. Zu einem möglichen Ersatzanspruch in Anlehnung an die Ausführungen von *Drs*¹⁵²⁹

Wenn das Arbeitsverhältnis seitens des AG endet und der AN deshalb den bereits bekannt gegebenen persönlichen Feiertag nicht mehr in Anspruch nehmen kann, kann ein weiteres Argument in Anlehnung an *Drs* sein, dass aufgrund der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht sowie analog zu § 4 Abs 1 Satz 2 UrlG der AG dafür zu sorgen hat, dass der gesetzliche Urlaubsanspruch noch im laufenden Urlaubsjahr verbraucht werden kann.¹⁵³⁰ Dies muss umso mehr für den persönlichen Feiertag gelten, da dieser nur im laufenden Urlaubsjahr zusteht (nach § 7a Abs 1 ARG „einmal pro Urlaubsjahr“). Also muss für den AN die Möglichkeit einer Vorverlegung des persönlichen Feiertages gewährleistet werden, damit er diesen innerhalb der Kündigungsfrist verbrauchen kann und zudem hat der AG auch kein Ablehnungsrecht.

Weiters führt *Drs* die Möglichkeit eines Ersatzanspruches („analog zu jenem auf Postensuchtage“) aus, wenn der AG die Urlaubskonsumation verweigert, obwohl die Interessensabwägung zugunsten des AN ausfällt.¹⁵³¹ Im Falle des einseitigen Urlaubsantritts ist mE der Fall denkbar, dass der AN einen Urlaubstag unter Einhaltung der dreimonatigen Vorankündigungsfrist widmet und der AG danach die Lösung des Arbeitsverhältnisses ausspricht und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein aliquoter Urlaub abzugelten ist. Der AN kann den persönlichen Feiertag nicht mehr antreten und erhält auch keine Urlaubersatzleistung, obwohl er den persönlichen Feiertag unter Einhaltung der Antrittsvoraussetzungen gemeldet hat und es auch zum Meldezeitpunkt noch offenen Urlaubsanspruch gab. Da der AG den einseitigen Urlaubsantritt nicht ablehnen kann, ist für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages aber mE die Kündigung einer Ablehnung des

¹⁵²⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 234

¹⁵³⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 234.

¹⁵³¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ § 4 Rz 238.

persönlichen Feiertages gleichzusetzen, weil der AG ja in Kenntnis der bei Beendigung (nicht) vorhandenen Urlaubstage ist. Zudem spielen bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages betriebliche Interessen des AG keine Rolle und in einem solchen Fall würde sich der AG die Zahlung der Urlaubersatzleistung durch die ausgesprochene Kündigung ersparen.

Als Lösung ist mE entweder an eine Vorverlegung des persönlichen Feiertages in die Kündigungsfrist zu denken, damit der AN den rechtzeitig gemeldeten persönlichen Feiertag antreten kann. Oder ist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mE ein Ersatzanspruch für das Widmungsrecht zu bejahen, dh der persönliche Feiertag ist als Urlaubersatzleistung abzugelten.

13.5.2.2. Unterscheidung, wer das Arbeitsverhältnis beendet hat und so die Widmung unmöglich macht

Zu unterscheiden ist mE hierbei auch, wer das Arbeitsverhältnis beendet hat, also ob der AG oder der AN die Widmung unmöglich gemacht hat.

Wie bereits im vorigen Pkt erörtert, ist mE eine Kündigung durch den AG mit einer Ablehnung des persönlichen Feiertages gleichzusetzen, weil der AG ja in Kenntnis der bei Beendigung (nicht) vorhandenen Urlaubstage ist. Weiters spielen bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages betriebliche Interessen des AG keine Rolle und bei kurzen Kündigungsfristen würde sich der AG die Zahlung der Urlaubersatzleistung durch die ausgesprochene Kündigung ersparen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist mE ein Ersatzanspruch für das Widmungsrecht zu bejahen, dh der persönliche Feiertag ist als Urlaubersatzleistung abzugelten.

13.5.2.3. Im Falle einer vorgesehenen Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag

Wenn der AN auf das Ersuchen des AG eingeht und der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zusagt, erhält der AN bei Beendigung nur die Urlaubersatzleistung und kein doppeltes Entgelt. Auch dann nicht, wenn das Arbeitsverhältnis früher durch den AG endet bzw der persönliche Feiertag außerhalb der Kündigungsfrist fällt. Meines Erachtens ist in diesem Fall die Sphärentheorie nach § 1155 ABGB heranzuziehen, da der AN aufgrund der Zusage zur Arbeitsleistung bereit war, dies aber durch die ausgesprochene AG-Kündigung und die kurze Kündigungsfrist vereitelt wurde. Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zusagt, gebührt dem AN mE bei Beendigung das doppelte Entgelt.

13.5.2.4. Ersatzanspruch bei Bejahung des Erholungszweckes (bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages) sowie analog zu § 10 Abs 3 UrlG

*Cerny*¹⁵³² weist auf den subsidiären Charakter der finanziellen Abgeltung vom nicht verbrauchten Urlaub hin. Das vorrangige Ziel muss weiterhin sein, den Urlaub in jedem Urlaubsjahr in natura zu verbrauchen, damit der Erholungszweck erreicht wird. Laut *Cerny* kommt der subsidiäre Charakter der finanziellen Abgeltung auch in der Bezeichnung „**Ersatzleistung**“ zum Ausdruck.¹⁵³³

In Annahme des primären Erholungszweckes bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages muss mE der subsidiäre Charakter der finanziellen Abgeltung aufgrund der Urlaubseigenschaft auch für den persönlichen Feiertag gelten. Da dem AN aber ein viel kürzerer Zeitraum („einmal pro Urlaubsjahr“) für den „in natura“ Verbrauch seines persönlichen Feiertages zur Verfügung steht als beim generellen Urlaubsverbrauch (Urlaubsverjährung gem § 4 Abs 5 UrlG), lässt sich der Erholungszweck faktisch viel schwieriger verwirklichen. Umso mehr muss daher einer zumindest finanziellen Abgeltung Platz eingeräumt werden und man einen Ersatzanspruch des verlorenen Widmungsrechtes bejahen, wenn der AN keine Möglichkeit hatte, seinen bereits angekündigten persönlichen Feiertag zu konsumieren. Dies ist zB bei einer kurzen Kündigungsfrist der Fall, wenn der persönliche Feiertag außerhalb der Kündigungsfrist fällt.

13.5.2.5. Argumente in Anlehnung an die Entscheidung *King*

Zudem kann man in Anlehnung an die Entscheidung des EuGH in der Rs *King*¹⁵³⁴ das Argument darlegen (wobei der Sachverhalt wegen der Scheinselbstständigkeit ein anderer ist), dass der AN „von seinem Willen unabhängigen Gründen“¹⁵³⁵ ebenfalls (verschuldensunabhängig) keine Möglichkeit hatte, den bereits einseitig bestimmten persönlichen Feiertag zu konsumieren und daher das Widmungsrecht bei Beendigung zusätzlich ausbezahlt werden muss (auch wenn kein aliquot abzugeltendes Urlaubskontingent mehr vorhanden ist). Außerdem signalisiert der AN mit der Ausübung des Widmungsrechtes, dass er den persönlichen Feiertag in Anspruch nehmen will.

¹⁵³² *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 10 Erl 1 bis 2.

¹⁵³³ *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 10 Erl 1 bis 2.

¹⁵³⁴ EuGH 29.11.2017, C-214/16, *King*.

¹⁵³⁵ *Risak/Grossinger*, Verjährung des Urlaubsanspruchs bei Scheinselbstständigkeit, JAS 2018, 140.

Meines Erachtens kann ein weiteres Argument sein, dass der Urlaubsanspruch zwar gemäß § 4 Abs 5 UrlG nach Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem er entstanden ist, verjährt, der einseitige Urlaubsantritt aber nur „einmal pro Urlaubsjahr“ ausgeübt werden kann (ebenfalls, wie im Rechtsfall *King* nach der englischen Rechtslage, die keine Urlaubsübertragung ins nächste Urlaubsjahr vorsieht¹⁵³⁶). Somit ist der AN durch die einseitige Widmung zeitlich deutlich eingeschränkter in der Ausübung als bei einem „regulären“ Urlaubstag, der in die nächstfolgenden Urlaubsjahre übertragen werden kann.

13.6. Anspruch auf Urlaubersatzleistung, wenn während des fiktiven Kündigungsentschädigungszeitraumes ein neues Urlaubsjahr entsteht

13.6.1.1. Problemstellung

Der AN bestimmt unter Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen seinen persönlichen Feiertag.

Noch bevor er diesen konsumieren kann, wird der AN durch den AG fristwidrig gekündigt oder unberechtigt entlassen und es gibt keine offenen Urlaubstage. Während des Kündigungsentschädigungszeitraumes entsteht aber ein neues Urlaubsjahr.

Besteht demnach eine Möglichkeit der Abgeltung des persönlichen Feiertages als Urlaubersatzleistung?

13.6.1.2. Meinungsstand

Eine besondere Situation tritt in der Kündigungsfrist (bei noch aufrehtem Arbeitsverhältnis) ein, wenn während der Kündigungsfrist ein neues Urlaubsjahr entsteht, „so gebührt für das in der Kündigungsfrist vollendete Urlaubsjahr die volle Urlaubersatzleistung gemäß § 10 Abs 3 UrlG und für das in der Kündigungsfrist neu begonnene Urlaubsjahr eine Urlaubersatzleistung im aliquoten Ausmaß gemäß § 10 Abs 1 UrlG“.¹⁵³⁷

Dies gilt nach *Drs* ebenfalls für die fiktive Kündigungsfrist, da der AG bei rechtswidrigen Lösungen (ungerechtfertigte Entlassung, fristwidrige AG-Kündigung, vom AG verschuldeter vorzeitiger Austritt) des Arbeitsverhältnisses keinen Vorteil daraus ziehen darf, indem er sich von der Zahlung des Urlaubsentgeltes zumindest zum Teil befreit.¹⁵³⁸ Daher ist der AN so zu behandeln, als ob er rechtmäßig gekündigt worden wäre.¹⁵³⁹ Ob es sich bei dem in der fiktiven

¹⁵³⁶ *Risak/Grossinger*, JAS 2018, 140.

¹⁵³⁷ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ §10 Rz 21.

¹⁵³⁸ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ §10 Rz 54.

¹⁵³⁹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ §10 Rz 54.

Kündigungsfrist neu entstandenen Urlaubsanspruch um einen Erfüllungs- oder Schadenersatzanspruch im Rahmen der Kündigungsentschädigung handelt, ist strittig.¹⁵⁴⁰ Für das (fiktive) neue Arbeitsjahr gebührt eine aliquote Ersatzleistung bis zum Ende der fiktiven Kündigungsfrist.¹⁵⁴¹

Mayr/Erler halten fest, dass für den Fall des Entstehens eines neuen Urlaubsanspruchs während des Zeitraums, um den der AN infolge der zeitwidrigen Kündigung verkürzt wurde, auch dieser Anspruch bei der Berechnung des Anspruches für den AN gem § 29 Abs 1 AngG berücksichtigt werden muss.¹⁵⁴²

13.6.1.3. Lösungsalternative und eigene Ansicht

Wenn in der Kündigungsfrist das neue Urlaubsjahr beginnt, hat der AN gemäß § 10 Abs 1 UrlG Anspruch auf die Urlaubersatzleistung im aliquoten Ausmaß. Somit besteht mE im oben genannten Fall Anspruch auf Vergütung des persönlichen Feiertages in Form von Urlaubersatzleistung.

13.7. Zwischenergebnis

Der einseitig bestimmte Urlaubstag, der noch nicht in Anspruch genommen wurde, ist im Falle einer Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 10 UrlG als Urlaubersatzleistung abzugelten. Der AN erhält die Urlaubersatzleistung im Falle eines unberechtigten vorzeitigen Austrittes auf Grundlage des unionsrechtlich garantierten Mindesturlaubes von vier Wochen für den zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht verbrauchten Jahresurlaub. Eine finanzielle Abgeltung des darüberhinausgehenden Urlaubsteils ist weder unionsrechtlich noch gem § 10 Abs 2 UrlG geboten. Die „Deckelung“ der Urlaubersatzleistung ist für die Abgeltung des persönlichen Feiertags ebenfalls relevant, weil durch die Begrenzung der Urlaubersatzleistung beim unberechtigten Austritt sein kann, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein abzugeltendes Urlaubskontingent mehr vorhanden ist. Das Widmungsrecht wird nicht gesondert abgegolten.

Wenn das Arbeitsverhältnis seitens des AG endet und der AN deshalb den bereits bekannt gegebenen persönlichen Feiertag nicht mehr in Anspruch nehmen kann, muss für den AN die Möglichkeit einer Vorverlegung des persönlichen Feiertages gewährleistet werden, damit er diesen innerhalb der Kündigungsfrist verbrauchen kann, weiters hat der AG auch kein

¹⁵⁴⁰ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ §10 Rz 9.

¹⁵⁴¹ *Drs*, Urlaubsrecht¹¹ §10 Rz 54.

¹⁵⁴² *Mayr/Erler*, UrlG³ § 10 Rz 28; OGH 29.4.1980, 4 Ob 54/80 Arb 9871; 8.2.1983, 4 Ob 8/83 Arb 10.217; OLG Linz 19.10.1993, 12 Ra 54/93 Arb 11.118.

Ablehnungsrecht. Im Falle des einseitigen Urlaubsantritts ist mE der Fall denkbar, dass der AN einen Urlaubstag unter Einhaltung der dreimonatigen Vorankündigungsfrist widmet und der AG danach die Lösung des Arbeitsverhältnisses ausspricht und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein aliquoter Urlaub abzugelten ist. Da der AG den einseitigen Urlaubsantritt nicht ablehnen kann, ist für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages aber mE die Kündigung einer Ablehnung des persönlichen Feiertages gleichzusetzen, weil der AG ja in Kenntnis der bei Beendigung (nicht) vorhandenen Urlaubstage ist. Zudem spielen bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages betriebliche Interessen des AG keine Rolle und in einem solchen Fall würde sich der AG die Zahlung der Urlaubersatzleistung durch die ausgesprochene Kündigung ersparen. Als Lösung ist mE entweder an eine Vorverlegung des persönlichen Feiertages in die Kündigungsfrist zu denken, oder ist mE ein Ersatzanspruch für das Widmungsrecht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu bejahen, dh der persönliche Feiertag ist als Urlaubersatzleistung abzugelten.

Wenn der AN auf das Ersuchen des AG eingeht und der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zustimmt, erhält der AN bei Beendigung nur die Urlaubersatzleistung und kein doppeltes Entgelt. Auch dann nicht, wenn das Arbeitsverhältnis früher durch den AG endet bzw der persönliche Feiertag außerhalb der Kündigungsfrist fällt. Meines Erachtens ist in diesem Fall die Sphärentheorie nach § 1155 ABGB heranzuziehen, da der AN aufgrund der Zusage zur Arbeitsleistung dazu bereit war, dies aber durch die ausgesprochene AG-Kündigung und die kurze Kündigungsfrist vereitelt wurde. Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zugesagt hat, gebührt dem AN mE bei Beendigung das doppelte Entgelt.

14. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Entstehungsgeschichte des persönlichen Feiertages ist mit der sog. „Karfreitagsproblematik“ untrennbar verbunden. Nach Feststellung der unmittelbaren Diskriminierung der Karfreitagsregelung durch den EuGH in der Rs *Cresco Investigation* wurden seitens der Bundesregierung verschiedene Lösungsvarianten (ua der halbe Feiertag) diskutiert, um die EU-Rechtskonformität herzustellen. Durch ein intransparentes Gesetzgebungsverfahren wurde der Karfreitag letztlich dann als gesetzlicher Feiertag gestrichen und dafür zum Ausgleich der persönliche Feiertag (unter Nutzung eines Urlaubstages) eingeführt. Weiterhin aufrecht sind freilich andere konfessionsgebundene Feiertage wie insb der *Jom Kippur* im Generalkollektivvertrag vom 18.2.1953 und in diversen Branchenkollektivverträgen.
2. Aufgrund der Entstehungsgeschichte verwundert es auf den ersten Blick nicht, dass der persönliche Feiertag („einseitiger Urlaubsantritt“) wie seine „Vorgängerin“, die Karfreitagsregelung, im ARG angesiedelt wurde. Es lässt sich nicht leugnen, dass der persönliche Feiertag sowohl Eigenschaften des Urlaubsrechtes als auch des Feiertagsrechtes in sich trägt. Mangels Legaldefinition der Titelbegriffe divergieren die Meinungen in der Lehre stark. Auf den ersten Blick, der jedoch trügerisch ist, überwiegen die urlaubsrechtlichen Aspekte. Für den Nichtantritt des Urlaubstages normiert der Gesetzgeber eine feiertagsähnliche Rechtsfolge (doppeltes Entgelt).
3. Ausschlaggebend bei der Beurteilung der Rechtsnatur ist die Änderung des Feiertagescharakters bei Wegfall des Widmungsrechtes. Durch die Abgeltung des einseitigen Widmungsrechtes bleibt der Urlaubstag erhalten, jedoch kann er nicht mehr einseitig angetreten werden, sondern muss zwischen den Parteien vereinbart werden. Es wird daher aus dem einst persönlichen Feiertag wieder ein „regulärer“ Urlaubstag. Somit ändert sich der Feiertagscharakter und der persönliche Feiertag kann nicht mehr einseitig angetreten werden, sondern bedarf einer Urlaubsvereinbarung (Vertrag) zwischen den Parteien. Das Widmungsrecht macht daher den Urlaubstag zum persönlichen Feiertag. Das ist das Spezifikum des Hybrid-Charakters des persönlichen Feiertages.
4. Obwohl § 33a Abs 28 ARG an Art 28 GRC zu messen ist, um dem unionsrechtlichen Standard beim Eingriff in die Kollektivvertragsautonomie durch § 33a Abs 28 ARG zu entsprechen, kommt Art 28 GRC nicht die Funktion einer zusätzlichen Begrenzung des Schutzbereiches zu. Deshalb wurde zur Rechtfertigung Art 52 GRC mit dem

Prüfungsergebnis herangezogen, dass sich die Probleme bei der Verhältnismäßigkeit sowie Erforderlichkeit der Maßnahme abzeichnen.

ME hätten die Kollektivvertragsparteien eine andere Lösung als die vollständige Beseitigung des kollektivvertraglichen Anspruchs (bzw ggf bei Aufforderung mit Fristsetzung für die Einigung) vereinbaren können. Durch die staatliche, inhaltliche Einflussnahme auf die Kollektivvertragsparteien kam es aber zu einer Angleichung nach unten. Folglich haben alle AN den Anspruch auf den Karfreitag verloren, im Gegensatz zur AG-Seite, welche das Meistmögliche erhalten hat.

Ob der Eingriff in die Koalitionsfreiheit gem Art 11 EMRK als unverhältnismäßiger Eingriff in die Betätigungsfreiheit gewertet werden kann, ist mangels einschlägigen E auf diesem Gebiet letztlich von der Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig und im Einzelfall zu beurteilen. Es sprechen jedoch gute Gründe sowohl für die Unverhältnismäßigkeit des Eingriffes nach Art 11 EMRK als auch nach Art 28 GRC.

5. In Bezug auf den *Jom Kippur* (Versöhnungstag) ist festzuhalten, dass es sich um einen religionsbezogenen Feiertag handelt, der jedoch durch § 33a Abs 28 ARG nicht erfasst ist und daher weiterhin Gültigkeit hat. Die sachliche Rechtfertigung als positive Maßnahme aufgrund des historischen Hintergrundes (Shoa) ist jedoch mE nicht gegeben, da nur auf die formelle Religionszugehörigkeit abzustellen ist. Kollektivvertraglich wird (vergleichbar zur ehemaligen Karfreitagsregelung) nur die Religionszugehörigkeit zur israelitischen Glaubengemeinschaft gefordert und nicht der Nachweis einer tatsächlichen Religionsausübung verlangt. Die *Jom Kippur*-Bestimmung ist daher unmittelbar diskriminierend. Da KV als Verträge über § 879 ABGB am Gleichheitssatz zu messen sind, sind gleichheitswidrige Bestimmungen aufgrund ihres privatrechtlichen Charakters, wie jene über die *Jom Kippur*-Bestimmung, auch nach der stRsp des OGH nichtig. Dabei hat sich weiterführend die Frage gestellt, ob der Feiertag dann niemandem zusteht oder allen. Der AG hat für nichtige KV-Bestimmungen nicht einzustehen, gewährt er aber den Begünstigten den freien *Jom Kippur*-Tag, ist ihm die Diskriminierung der nicht Begünstigten zuzurechnen. Zudem können sich mE die nicht begünstigten AN auch darauf berufen, dass der Gesetzgeber durch den persönlichen Feiertag keine echte Ersatzregelung zur ausreichenden Abdeckung besonderer religiösen Bedürfnisse geschaffen hat (wie bisher der *Jom Kippur* als zusätzlicher arbeitsfreier Tag) und nach den Grundsätzen des Karfreitags-Erkenntnisses des EuGH eine Gleichstellung verlangen, sodass der Feiertag allen zusteht.

6. Regelungen in BV zur Gewährung von Feiertagen erfüllen den Kompetenztatbestand der menschengerechten Arbeitsgestaltung nach § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG, da ein zusätzlicher arbeitsfreier Tag für alle AN zweifelsfrei der Verbesserung der Arbeitsbedingungen, dem Schutz der Gesundheit und der Erfüllung des Wunsches der AN nach mehr Flexibilität dient. Damit wird die Vereinbarkeit der Arbeitsleistung mit einer ausgewogenen Freizeitgestaltung gefördert. Wenn die ganze Belegschaft, also alle AN im Betrieb, unabhängig von der Religionszugehörigkeit am Karfreitag aufgrund einer BV iSd § 97 Abs 1 Z 9 ArbVG frei bekommen (nicht nur AN, die den genannten vier Kirchen zugehören), ist keine Religionsdiskriminierung gegeben. Somit werden diese Bestimmungen in KV oder BV weiterhin wirksam bleiben, wenn sie alle AN erfassen und können auch in Zukunft abgeschlossen werden.
7. Das Tatbestandselement der Vorankündigungsfrist des § 7a ARG ist nicht mit möglichem Diskriminierungspotenzial behaftet, da die mittelbare Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen durch das rechtmäßige Ziel sachlich gerechtfertigt ist, dass auch der AG disponieren und für die Abwesenheit des AN Vorkehrungen treffen muss. Außerdem kann ein Urlaub auch nicht einseitig mit sofortiger Wirkung angetreten werden.
8. Die mittelbare Diskriminierung der Evangelischen gegenüber Konfessionslosen, mit der Begründung, dass sich die Ersteren den persönlichen Feiertag am Karfreitag nehmen „müssen“ und sie verbrauchen dann einen Urlaubstag, Konfessionslose jedoch nicht, ist mE durch das rechtmäßige Ziel sachlich gerechtfertigt, dass alle „gleich schlecht“ behandelt werden, da sowohl Evangelische als auch Konfessionslose einen Urlaubstag aus dem bestehenden Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme aufopfern müssen.
Es ist auch zu prüfen, ob eine mittelbare Diskriminierung in Bezug auf die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertags vorliegt, da gläubige Evangelische aufgrund des Kirchenbesuchs am Karfreitag einen Urlaubstag nutzen müssen, während Nichtreligiöse auf ihren persönlichen Feiertag verzichten werden (vorausgesetzt der AG fordert zur Arbeit auf), um das doppelte Entgelt zu erhalten. ME sind die zwei Personengruppen miteinander vergleichbar, aber nicht die zwei Tatbestände, da es einerseits um die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages geht und andererseits um eine potenzielle Zahlung des doppelten Entgeltes. Da § 7a ARG keine Zweckwidmung und keine Beweggründe für die Inanspruchnahme und auch keine Begründung durch den AN vorsieht, kann ein nicht gläubiger AN am Karfreitag oder an einem beliebigen anderen Tag auf seinen Urlaubstag verzichten und das doppelte Entgelt erhalten. Das doppelte Entgelt steht aber immer nur unter der Prämisse des Ersuchens des AG zu, also dass der AG an dem

persönlichen Feiertag die Arbeitsleistung beansprucht. Somit liegt mE in keinem der beiden Fälle eine mittelbare Diskriminierung vor.

9. Da aber in das Feiertagsprivilegium der jüdischen Glaubensgemeinschaft nicht eingegriffen wurde sowie es auch eine Schlechterstellung bei der Ausübung der Kultusfreiheit der Evangelischen gegenüber Angehörigen der römisch-katholischen Kirche vorliegt, wurde ein Eingriff in die Grundsatzbestimmung über den religiösen Minderheitenschutz gem Art 9 EMRK untersucht bzw ob eine mittelbare Diskriminierung durch die scheinbar neutrale Vorschrift des § 7a ARG vorliegt. Durch die Neuregelung des § 7a ARG behält eine Religion (Angehörige der Katholischen Kirche) die meisten Feiertage als arbeitsfrei bei, andere Religionen hingegen gar keine und die Mehrheitsreligion muss sich auch nicht um Freistellungen sorgen. Eine sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel ist mE nicht gegeben, da durch die Zielerreichung die evangelische Minderheit den einzigen gesetzlich zugesicherten arbeitsfreien Feiertag verloren hat. Das Mittel zur Erreichung des Ziels war mE auch nicht angemessen, da durch den zusätzlichen Feiertag für alle eine Anerkennung der Religionsausübung der religiösen Minderheit Rechnung getragen hätte und die Neuregelung hingegen keine Ausgleichslösung für die religiöse Minderheiten bietet. Zudem blieben alle bereits arbeitsfreien Feiertage wie bis dato bestehen, es wurde also in Vorrechte anderer Religionen (insb *Jom Kippur*-Regelung) nicht eingegriffen. § 7a ARG ist daher in Bezug auf die religiösen Minderheiten mittelbar diskriminierend. Folglich können die diskriminierten AN aufgrund Art 21 GRC eine Feststellungsklage gegen ihren AG einbringen, dass sie im Falle der Inanspruchnahme eines persönlichen Feiertages zu religiösen Zwecken keinen Urlaubstag verbraucht haben.
10. Zumal der Besuch des Gottesdienstes am Karfreitag ein vorhersehbares, regelmäßig jährlich wiederkehrendes religiöses Ereignis ist, ist er nicht von § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB erfasst und es liegt keine Dienstverhinderung aus wichtigem Grund vor. Die Lösung des Problems ist daher die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages, mit dem Vorteil der Möglichkeit des einseitigen Antrittes ohne Einverständnis des AG. Weil der persönliche Feiertag keine Zweckwidmung hat, muss der AN ihn nicht für religiöse Verpflichtungen verwenden und der AG kann die Geltendmachung eines „religiösen“ Dienstverhinderungsgrundes auch nicht unter dem Verweis verwehren, der AN hätte seinen persönlichen Feiertag dafür verbrauchen müssen.
11. Für die Bekanntgabe des persönlichen Feiertages sieht § 7a Abs 1 Satz 2 ARG das Schriftlichkeitsgebot und die dreimonatige Vorankündigungsfrist vor. Das Schriftformerfordernis ist auch ohne Unterschriftlichkeit gewahrt. ME ist die

Vorankündigungsfrist mit rechtzeitigem Zugang der Erklärung erfüllt, wenn das schriftliche Dokument in den Machtbereich des AG einlangt. Der Tag des Zuganges ist nicht mitzuzählen.

12. Wenn die Voraussetzungen der Schriftlichkeit und der Vorankündigungsfrist eingehalten werden, dient dies als Indiz für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages für den AG und dafür, dass kein Urlaubsantrag vorliegt (Abgrenzung zum Urlaubsverbrauch). Durch die Einhaltung der Formerfordernisse wird mE der Parteiwille des AN ausreichend offengelegt: eine falsche Bezeichnung ist keinesfalls schädlich für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages.
13. Bei der mehrjährigen *pro futuro* Ankündigung ist mE eine Lösung mittels doppelter Dreimonatsprüfung vorzunehmen. Demnach hat der AN seinen persönlichen Feiertag drei Monate vor dem bereits bekanntgegebenen persönlichen Feiertag und drei Monate vor dem „neuem“ persönlichen Feiertag (als „doppelte“ Vorankündigungsfrist) zu melden. Somit ist gewährleistet, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages vom AN jedenfalls eingehalten werden.
14. Bei Fristwidrigkeit kann man mE die Frist einvernehmlich zu Gunsten des AN verkürzen, bei Formwidrigkeit wohl eher nicht, da dadurch auch der AN geschützt ist (Beweissicherung). Wenn der AG den AN um Arbeitsleistung ersucht und auf fehlende Form- und Fristwidrigkeit hinweist, ist mE nach dem Parteienwillen davon auszugehen, dass der Mangel geheilt ist: bei Arbeitsantritt gebührt dem AN demnach das doppelte Entgelt.
15. Zwar ist im Gesetzestext die Voraussetzung des offenen Urlaubsanspruches nicht normiert, jedoch ergibt sich schon aus dem Textzusammenhang des § 7a Abs 1 ARG („eines Tages des ihm zustehenden Urlaubes“), dass es sich um die einseitige Bestimmung eines Tages aus dem bestehenden Urlaubskontingent handelt und folglich bei Antritt des einseitigen Urlaubes zumindest ein Urlaubstag noch vorhanden sein muss. Wenn alle Urlaubstage bereits verbraucht wurden, ist mE der einseitige Urlaubsvorgriff mit der Anrechnung des Urlaubstages auf das nächste Urlaubsjahr möglich.
16. Bei atypischen Beschäftigungsverhältnissen der Teilzeitbeschäftigten kommt in diesem Fall nicht darauf an, für welchen Zeitraum (Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigungszeitraum) der persönliche Feiertag gewidmet wurde, sondern darauf, welcher Urlaubsteil verbraucht wird, jener aus der Teilzeit- oder aus der Vollzeitphase. Danach richtet sich auch das jeweilige Urlaubsentgelt.

17. Da innere Beweggründe bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages keine Rolle spielen und auch keine Begründungspflicht des AN besteht, liegt mE kein Verstoß gegen Treu und Glauben vor, wenn der AN bei schwankenden Arbeitszeiten einen Arbeitstag mit höherer Normalarbeitszeit als persönlichen Feiertag nur bestimmt, um im Falle der Arbeitsleistung bezogen auf die geleisteten Arbeitsstunden ein höheres doppeltes Entgelt bzw bei der Konsumation ein höheres Urlaubsentgelt zu erzielen; dieser ist mE jedenfalls zu zahlen.
18. Die Grenze der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages ist mE dann erreicht, wenn der AN den persönlichen Feiertag an einem „verpönten“ Tag laut VerbotsG nehmen möchte. Es ist weiters in diesem Zusammenhang zu untersuchen, ob eine Ablehnung oder Nichtigkeit der Inanspruchnahme vorliegt, die der AG aufgreift. Der Gesetzestext des § 7a ARG sieht kein Ablehnungsrecht des AG vor.
19. Anders ist es hingegen, wenn der AN die Inanspruchnahme an dem verpönten Tag von sich aus begründet. Hier stellt sich die weiterführende Frage nach der Nichtigkeit der Inanspruchnahme und es ist festzuhalten, dass § 879 ABGB auch für einseitige Rechtsgeschäfte gilt. Eine Nichtigkeit der Inanspruchnahme im Einzelfall liegt daher mE dann vor, wenn aus dem Gesamtkontext erkennbar ist, dass die Gesinnung des AN auch sonstige nationalsozialistische Züge aufweist und aus inhaltlichen Zusammenhängen ableitbar ist (verbotener Inhalt), dass dieser Umstand geeignet ist, eine Nichtigkeit im Einzelfall zu rechtfertigen.
20. Der Gesetzestext des § 7a Abs 2 ARG geht von einem Ersuchen durch den AG aus, welches mE als „einleitende Willenserklärung“, also als Angebot zur Erbringung der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag zu werten ist. Die Annahme durch den AN manifestiert sich neben einer entsprechenden Erklärung insb etwa in der Erfüllungshandlung des AN, dh mit Arbeitsantritt (stille Annahme nach § 864 Abs 1 ABGB). Spätestens mit Arbeitsantritt kommt daher ein zweiseitiger Vertrag zwischen den Parteien zustande. Bis zum Arbeitsantritt kann sich der AN überlegen, ob er das Angebot annimmt, wenn der AG keine Frist festgelegt hat. Im Extremfall bedeutet das eine Bindungsfrist für den AG von drei Monaten. Mangels entsprechender Normierung in § 7a Abs 2 ARG steht es dem AN frei, auf das Ersuchen zu reagieren oder auch nicht. Wenn der AN Kenntnis davon hat, dass der AG im Vertrauen auf das Unterbleiben der Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag Dispositionen getroffen hat (wie zB Dienstplan umstrukturiert hat), ist mE aus der Treupflicht als Interessenswahrungspflicht abzuleiten, dass der AN nach Bekanntwerden des Grundes unverzüglich auf das Ersuchen des AG zu reagieren hat.

1. Variante: Wenn der AN auf das Ersuchen des AG nicht reagiert, die Formvoraussetzungen jedoch einhält und dem AG daher der Zeitpunkt des persönlichen Feiertages bekannt ist und der AN am besagten Tag zur Arbeit nicht erscheint (= Antritt des persönlichen Feiertages), ist mE von der Konsumation des persönlichen Feiertages auszugehen und nicht von einem unberechtigten vorzeitigen Austritt.

2. Variante: Wenn der AN auf das Ersuchen des AG nicht reagiert, aber zur Arbeit erscheint und die Arbeitsleistung erbringen möchte (= Nichtantritt des persönlichen Feiertages), darf der AG den Arbeitsantritt aufgrund der Bindungswirkung nicht verweigern, wenn er selbst darum ersucht hat und muss das doppelte Entgelt für die Arbeitsleistung zahlen. Anders ist es hingegen zu beurteilen, wenn der AG eine Frist zur Äußerung festlegt.

3. Variante: Wenn der AG den AN um Arbeitsleistung ersucht, der AN willigt auch ein, tritt aber den persönlichen Feiertag doch nicht an, da er vor Arbeitsantritt begründet zurücktritt, wird der Anspruch auf das doppelte Entgelt nicht begründet, da dieser eben erst mit Arbeitsantritt entsteht. Die Sphärentheorie nach § 1155 ABGB ist nicht heranzuziehen, da der AN aufgrund des Rücktrittes nicht zur Leistung bereit war. Somit gebührt in diesem Fall kein doppeltes Entgelt.

21. Denkbar ist auch, dass sich der AG und der AN darauf einigen, dass die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag nicht als Verbrauch des einseitigen Urlaubsantrittes gemäß § 7a ARG gilt, und dafür der AN einen anderen Tag als persönlichen Feiertag ohne höheren Entgeltanspruch „widmen“ kann („Verschiebung des persönlichen Feiertages“). Basiert die Verschiebung auf Initiative des AN, so wird lediglich der Zeitpunkt verschoben, der persönliche Feiertag gilt als konsumiert. Wenn die Verschiebung auf die Initiative des AG erfolgte, hat der AN alle erforderlichen Voraussetzungen von § 7a Abs 2 ARG für den Anspruch auf das doppelte Entgelt erfüllt. Erst danach wird zwischen den Parteien ein eintägiger Urlaubsverbrauch vereinbart.

22. Ein begründeter Rücktritt ist immer dann möglich, wenn die Konsumation des persönlichen Feiertages wegen geänderter Verhältnisse unzumutbar ist. Es handelt sich um Fälle, bei denen gearbeitet werden kann, dh keine Dienstverhinderung aus anderen Gründen vorliegt, und bei denen der AN auch arbeiten will, da der persönliche Feiertag seinen Zweck verfehlt. Jedenfalls ergibt sich aus der Treuepflicht als Interessenswahrungspflicht, die Pflicht des AN nach Bekanntwerden des Grundes unverzüglich zu reagieren, dh den Rücktritt unverzüglich zu erklären. Ansonsten geht das Rücktrittsrecht unter. Liegt ein begründeter Rücktritt vor, ist eine Arbeitsleistung zu erbringen. Der persönliche Feiertag als Urlaubstag

samt Widmungsrecht bleiben dem AN erhalten. Ohne wichtigen Grund ist ein Rücktritt hingegen nicht möglich.

23. Zum Rücktritt des AG bei vereinbarter Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag lässt sich zusammenfassend festhalten, dass in all den Fällen, in denen eine Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag auf Initiative des AG vereinbart wurde, die Bezahlung des doppelten Entgeltes gem § 1155 ABGB zusteht, da diese durch diese Vereinbarung ausgelöst wurde und der AN zur Arbeit bereit und willig war, der AG aber auf seine Arbeitsleistung verzichtet hat.
24. Zur Arbeitspflicht am persönlichen Feiertag: In dieser Variante möchte der AG einseitig aus einem wichtigen Grund heraus, der offenbar dem der Notarbeitspflicht entspricht, eine Arbeitspflicht am persönlichen Feiertag begründen. Sowohl der AN als auch der AG haben hinsichtlich der Notarbeitspflicht Obliegenheiten: Einerseits muss der AN aufgrund seiner Treuepflicht im Hinblick auf die Aufwendungen des AG nach Bekanntwerden des Grundes unverzüglich auf das Ersuchen des AG reagieren. Andererseits muss ein redlicher AG aufgrund seiner Sorgfaltspflicht und vor allem in Kenntnis der Möglichkeit eines unvorhersehbaren drohenden Schadens, auch andere AN mit Spezialkenntnissen im Betrieb beschäftigen. Sollte nur dieser AN über Spezialkenntnisse verfügen und nicht anwesend sein und es droht ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden, ist aufgrund der Treuepflicht des AN ausnahmsweise die Arbeitspflicht denkbar.
25. Ein Unterfall ist die Konstellation, dass der AG den AN aus dem persönlichen Feiertag in die Arbeit rufen möchte. Das ist nur unter den strengen Voraussetzungen des Rücktrittsrechts möglich: es muss ein Betriebsnotstand oder ein Notstand auf Seiten des AG vorliegen. Durch Interessensabwägung im Einzelfall ist dabei zu entscheiden, ob die Interessen des AG im Einzelfall höherwertiger sind als der Erholungszweck des AN. Ist das der Fall, so ist der Rückruf mit dem Ersuchen iSd § 7a Abs 2 ARG gleichzusetzen und es steht dem AN bei einer Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag das doppelte Entgelt zu. ME wird das Widmungsrecht in dieser Fallkonstellation nicht „abgekauft“, da der Nicht-Antritt nicht auf freiwilligen Wunsch des AN basiert (arg „Es steht dem Arbeitnehmer frei“), die gewünschte Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages des AN durch den Rückruf des AG vereitelt bzw unzumutbar wurde und der AN der Arbeitsleistung nicht zugestimmt hat.
26. ME ist bei der kollektiven Inanspruchnahme mit einem legitimen Streikziel von einer Arbeitsk Kampfmaßnahme iS eines eintägigen Streiks auszugehen. Diesfalls entfällt das (Urlaubs)entgelt für diesen Tag, da für die Zeit der arbeitskampfbedingten

Dienstverweigerung kein Lohnanspruch gebührt. Es ist mE unangemessen von einem Verbrauch des Urlaubstages auszugehen (inkl bereits ausgeübter Widmung), wenn hierfür kein Urlaubsentgelt gebührt. Das Widmungsrecht bleibt daher samt Urlaubstag erhalten.

27. Es wurde auch der Sachverhalt analysiert, wenn mehrere AN denselben Tag als persönlichen Feiertag aus der Intention heraus in Anspruch nehmen, dadurch das doppelte Entgelt zu erzielen. Die Zahlung des doppelten Entgeltes setzt ein Ersuchen des AG an mehrere AN voraus. Somit liegt es in der Hand des AG, welche AN er um Arbeitsleistung ersucht und ob er ihn überhaupt darum ersucht. Sittenwidrig ist mE aber die Fallkonstellation, wenn mehrere AN in Absprache den persönlichen Feiertag bestimmen, um den AG zu zwingen (damit dieser nicht zusperren muss), ihren persönlichen Feiertag zum doppelten Entgelt abzukaufen und die AN so in die Arbeit „zurückzuholen“, da dies nur von einer Schädigungsabsicht motiviert ist.
28. Der Anspruch auf das doppelte Entgelt setzt immer ein Ersuchen des AG bzw den faktischen Arbeitsantritt des AN voraus. Für die Arbeitsleistung am persönlichen Feiertag gebührt demnach das „normale“ Urlaubsentgelt und das Arbeitsentgelt, also das Entgelt, welches an diesem Tag geleistet wird.
29. Das doppelte Entgelt kann von einer All-In-Vereinbarung erfasst sein (im Gegensatz zur Überstundenpauschale), dieses muss allerdings in der Deckungsprüfung Berücksichtigung finden.
30. Wenn der AN während einesurlaubes, der den persönlichen Feiertag inkludiert, für insgesamt länger als drei Tage erkrankt, bleibt der persönliche Feiertag erhalten, da diesfalls die Bestimmung des § 5 UrlG zur Anwendung kommt. Das Widmungsrecht geht auch nicht verloren, da aus Gründen, die der AN nicht zu vertreten hat, der persönliche Feiertag nicht angetreten werden konnte. Anderes gilt für eine kürzer als drei Tage andauernde Arbeitsunfähigkeit, diesfalls unterbricht mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 UrlG der Krankenstand den Urlaub nicht. Sowohl der persönliche Feiertag als auch das Widmungsrecht gehen dann verloren.
31. Wenn der AG den AN nach Bekanntgabe des persönlichen Feiertages ersucht, an seinem persönlichen Feiertag zu arbeiten und der AN noch vor Antritt des persönlichen Feiertages erkrankt, kann mE die Judikatur zum Zeitausgleich herangezogen werden, dh der Urlaubstag gilt daher als verbraucht. Da das Widmungsrecht bereits ausgeübt wurde, gehen sowohl der Urlaubstag als auch die Widmung verloren. Letztlich erhält der AN auch kein doppeltes Entgelt, weil er ja nicht arbeitet (keine Arbeitspflicht). Wenn jedoch der AN die

Arbeitsleistung bereits zugesagt hat, dann aber erkrankt, gebührt dem AN nach dem Entgeltausfallsprinzip im Krankenstand das doppelte Entgelt.

32. Ein Hinausschieben der EFZ-Dauer, wie bei einem gesetzlichen Feiertag, an dem der AN im Regelfall keine Arbeitsverpflichtung hat und für den keine Entgeltfortzahlung nach § 2 Abs 1 EFZG gebührt, scheidet beim persönlichen Feiertag mE schon aufgrund der Tatsache aus, dass der persönliche Feiertag eben kein gesetzlicher Feiertag iSd § 9 ARG ist und folglich auch nicht dessen Rechtswirkung entfalten kann. Für den persönlichen Feiertag, der außerhalb des Kündigungsentschädigungszeitraumes liegt, jedoch in den Zeitraum fällt, für den über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus EFZ gem § 2 Abs 1 EFZG und § 8 AngG gebührt, kommt es auch nicht zum Hinausschieben der EFZ-Dauer. Es gebührt das Krankenentgelt.
33. Wenn durch eine fristwidrige AG-Kündigung keine objektive Möglichkeit bestand, die Arbeit anzutreten und der AN aus seiner Sphäre nicht zuordenbaren Gründen den persönlichen Feiertag nicht antreten konnte, bringt gerade die ausgesprochene fristwidrige Kündigung den AN in die Lage seinen Urlaub nicht antreten zu können. Hierzu ist mE auf die Rsp des EuGH zur Unmöglichkeit des Urlaubsverbrauches¹⁵⁴³ Bezug zu nehmen ist. Folglich kann es zu keinem Verfall desurlaubes im Mindestausmaß nach der AZ-RL von vier Wochen kommen, da dessen Verbrauch unmöglich ist. Somit bleibt der Urlaubsanspruch erhalten, nicht jedoch das Widmungsrecht als persönlicher Feiertag, da dieses bereits ausgeübt wurde. Wenn jedoch der AN die Arbeitsleistung bereits zusagt und dann diesen nicht antreten konnte, gebührt dem AN auch in diesem Fall nach dem Entgeltausfallsprinzip das doppelte Entgelt.
34. Bei der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages bei BUAG-Arbeitsverhältnissen muss der AN gemäß § 7a ARG fristgerecht seinen persönlichen Feiertag dem AG (und nicht direkt der BUAK) bekannt geben, da der Anspruch im BUAG-Anwendungsbereich nach § 7 BUAG gegenüber dem AG besteht.
35. In Bezug auf die sechsmonatige Wartefrist des § 2 Abs 2 UrlG ist mE zu differenzieren: in einem Arbeitsverhältnis, welches kürzer als drei Monate ist, entsteht nur das Widmungsrecht (auf den persönlichen Feiertag) nicht, da der AN einen bereits erworbenen aliquoten Urlaubsanspruch gemäß § 2 Abs 2 UrlG hat. Wenn hingegen alle Urlaubstage bereits verbraucht sind und kein Urlaubskontingent für die Inanspruchnahme vorhanden ist, ist die Frage eines möglichen Urlaubsvorgriffs zu untersuchen, der laut § 7 Abs 2a BUAG verneint wird.

¹⁵⁴³ EuGH Rs C-214/16 *King*; C-341/15 *Maschek*; C-619/16 *Kreuziger*; C-684/16 *Max-Planck Gesellschaft*.

36. Bei einer Entsendung ins Ausland und auch für AN, die nach Österreich entsandt wurden, besteht im Ergebnis mE ein Rechtsanspruch auf den persönlichen Feiertag.
37. Im Falle der Konsumation des persönlichen Feiertages nach einem Betriebsübergang bedeutet die Übernahme aller Rechte und Pflichten in § 3 Abs 1 AVRAG, dass der Zeitpunkt des festgelegten persönlichen Feiertages auch beim Erwerber aufrecht bleibt. Da es sich um einen Urlaubsanspruch aus der Zeit vor dem Betriebsübergang handelt, die Schuld zwischen Gesamtschuldnern besteht, die Parteien solidarisch haften und das Urlaubsentgelt als tatsächliche Zahlung vom Erwerber geleistet wurde, kann mE der Erwerber vom Veräußerer im Regressweg gemäß § 896 ABGB das Urlaubsentgelt, also beim persönlichen Feiertag das Entgelt für einen Urlaubstag, zurückfordern.
38. Der Erwerber ist mE auch an das Ersuchen des Veräußerers gebunden, da sich der AN bis zum Arbeitsantritt überlegen kann, ob er das Angebot (Ersuchen) annimmt oder nicht. Der Erwerber kann in dieser Zeit der Bindung sein Angebot nicht einseitig zurücknehmen, auch wenn er Dispositionen trifft. Folglich muss der Erwerber im Falle der Arbeitsleistung des AN nach Betriebsübergang das doppelte Entgelt im vollen Ausmaß an den AN (im Außenverhältnis) zahlen. Daher ist die Möglichkeit des Regresses beim Veräußerer im Innenverhältnis zu untersuchen. Ein Regress im Innenverhältnis zum Veräußerer ist nach § 896 ABGB möglich, welcher eine aufrechte Solidarhaftung voraussetzt. Der Veräußerer haftet nur für die Hälfte des doppelten Entgeltes, dh zu 100%, den Rest zahlt der Erwerber, da er ja die Arbeitsleistung zu 100% bekommt.
39. Im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung ist für die Entgegennahme der Meldung des beabsichtigten persönlichen Feiertages gemäß § 11 Abs 1 Z 10 AÜG der Überlasser als AG zuständig. Die faktische Ausführung der Meldung des persönlichen Feiertages wird an den Beschäftigten delegiert. Erfolgt die Meldung fälschlicherweise an den Beschäftigten, fungiert dieser als Bote für den erklärenden AN (Erklärungsbote). Wenn die Erklärung gegenüber einem Boten (Beschäftigten) des Empfängers (Überlassers) abgegeben wurde, ist sie damit schon dem Empfänger (Überlasser) zugegangen.
40. Der einseitig bestimmte Urlaubstag, der noch nicht in Anspruch genommen wurde, ist im Falle einer Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 10 UrlG als Urlaubersatzleistung abzugelten. Das Widmungsrecht wird nicht gesondert abgegolten.
41. Wenn das Arbeitsverhältnis seitens des AG beendet wird und der AN deshalb den bereits bekannt gegebenen persönlichen Feiertag nicht mehr in Anspruch nehmen kann, muss für den AN die Möglichkeit einer Vorverlegung des persönlichen Feiertages gewährleistet

werden, damit er diesen innerhalb der Kündigungsfrist verbrauchen kann, weiters hat der AG auch kein Ablehnungsrecht.

Literaturverzeichnis

- Achitz/Fritsch/Haslinger/Müller*, Leitfaden Betriebsvereinbarungen² (2016)
- Arbeitsrecht: Österr Karfreitagsregelung (Feiertag nur für Arbeitnehmer, die bestimmter christlicher Kirche angehören) verstößt gegen Diskriminierungsverbot, wbl 2019, 36
- Auer-Mayer*, Ausgewählte Rechtsprobleme rund um Urlaub und Feiertage, ZAS 2020, 22
- Auer-Mayer* in *Köck*, Homeoffice § 2h AVRAG
- Berka*, Religion, Weltanschauung und Arbeitsverhältnis, DRdA 2017, 371
- Bertsch/Wiedemann*, Karfreitag – frei für alle Ein EuGH-Urteil mit Folgen, JAP 2018/2019/23
- Beumer*, Individuelles Streikrecht (1990)
- Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ (2016)
- Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen¹¹ (2022)
- Burger*, Urlaub an Feiertagen, DRdA-infas 2015, 283
- Burger*, Haftung bei Betriebsübergang, ASoK 2004, 269
- Burger* in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln (2010)
- Burger* in *Reissner*, AngG²
- Burger-Ehrnhöfer*, Topthema: Streitfall Karfreitag – EuGH zwingt zum Handeln, ASoK 2019, 82
- Burger-Ehrnhöfer; Drs; Eichinger; Födermayr; Jabornegg; Mayr; Reiner* in *Jabornegg/Resch*, ArbVG
- Buzanich-Sommeregger/Bibro*, Checkliste: Geförderte Bildungsfreistellungsmodelle, ZAS 2017, 43
- Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ (2011)
- Cerny*, Zur Frage einer betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht, DRdA 2004, 517
- Drs*, Arbeitgeberkündigung während des Krankenstandes: Vorrang des Feiertagsentgelts nur bis Vertragsende, DRdA 2019, 231
- Drs*, Arbeits- und Sozialrecht⁵ (2019)
- Drs*, Der „persönliche“ Feiertag – FS Löschnigg, Arbeiten in Würde (2019), 47
- Drs*, Urlaubsrecht¹¹ (2019)
- Drs* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018)
- Drs*, Rechtsvorschriften bei grenzüberschreitendem Arbeitnehmereinsatz, in *Resch*, Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007)

Drs, Entgelt ohne Arbeit (2006)

Dullinger, Arbeitsrechtliche Relevanz religiöser Bedürfnisse (2020), in Dissertationen

Dullinger, Konfessionsgebundener Karfreitag-Feiertag diskriminierend, ZAS 2019, 33

Eichinger/Hopf, Diskriminierung wegen Religion oder Weltanschauung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2006, 245

Edthaler/Traxler, Der persönliche Feiertag, ASoK 2019, 369

Egermann, Betriebsübergang, Urlaub und Regress, ecolex 2005, 382

Ercher-Lederer, Neue Karfreitagsregelung, ASoK 2019, 155

Erler, Der neue “persönliche Feiertag“ als “Ersatz“ für den Karfreitag!?, ÖZPR 2019, 42

Erler, Diskriminierende Wirkung des „persönlichen Feiertags“ für Kirchgänger?, ecolex 2019, 350

Erler, Auswirkungen der Veränderung des Beschäftigungsausmaßes auf den Urlaubsanspruch, ASoK 2014, 207

Ettl, Karfreitag – Feiertag für niemanden, DRdA-infas 2019, 235

Felten/Preiss in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht 3⁶ (2020)

Felten in *Auer-Maier/Felten/Pfeil*, AZG⁴ (2019)

Felten, Home-Office und Arbeitsrecht, DRdA 2020, 511

Firneis/Unterrieder, Vom Karfreitag zum “persönlichen Feiertag“, RdW 2019, 196

Födermayr in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zell HB BV Besonderer Teil

Födermayr/Resch, Arbeitsrecht⁷ (2020)

Friedrich, Der persönliche Feiertag – Grenzen der kollektiven Beanspruchung, ASoK 2019, 202

Gagawczuk, Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH betreffend sechste Urlaubswoche, DRdA-infas 2017, 186

Gahleitner in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018)

Gamerith/Wendehorst in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴

Gasteiger, Sonderzahlungen bei ehemals freien Dienstverträgen und Werkverträgen nicht mehr auf Kollektivvertragsbasis zu berechnen?, DRdA-infas 2017, 378

Geiblinger, Das Feiertagsstatut bei der Entsendung in osteuropäische EU-Mitgliedstaaten, ASoK 2019, 334

Gerhartl, Aliquotierung des Urlaubsanspruchs bei Teilzeit, taxlex 2011, 150

Gerhartl, Konsequenzen der “Karfreitagsproblematik“, RdW 2018, 97

Gerhartl, Urlaubsrechtliche Fragen der Teilzeitbeschäftigung, ZAS 2005, 43

Gerhartl, Der Günstigkeitsvergleich im Arbeitsrecht, ASoK 2016, 348

Gerhartl, Nach dem LSD-BG gesicherte Ansprüche Mindestentgelt und Urlaub, ASoK 2017, 383

Gerhartl, Haftung für offene Urlaubsansprüche bei Betriebsübergang, ASoK 2010, 93

Gleissner, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitszeitrecht, DRdA 2019, 190

Gleissner, Neuregelung Karfreitag, ZAS 2019, 16

Glowacka, Die neue Karfreitagslösung, ASoK 2019, 122

Grillberger, Auslandsarbeit und österreichisches Arbeitszeitrecht – FS Schwarz (1991), 69

Gruber-Risak, Der Karfreitag (auch) als koalitionsrechtliches Problem, öarr 2019, 322

Gruber-Risak, Die Seuche, das Risiko und der Arbeitsvertrag, ÖJZ 2021, 22

Haider, Karfreitag – Die Saga vom “halben“ Feiertag und sich daraus ergebende Fragestellungen, ARD 6638/4/2019

Haider, Karfreitag: Für kurze Zeit ein Feiertag für alle, ecolex 2019, 352

Haider, Karfreitag - unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion, JAS 2019, 411

Halwax, Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen angekündigten Tragens eines islamischen Gesichtsschleiers in einem Notariat ist nicht diskriminierend, DRdA-infas 2016, 169

Heilegger/ Klein/Gasteiger, Arbeitszeitgesetz⁷ (2021)

Hitz, Die Neuregelung zum Karfreitag: das Recht auf einen persönlichen Feiertag-Klarstellungen und Praxisfragen, ARD 6641/5/2019

Hitz, Ein Feiertag fällt auf einen Sonntag - ist ein Feiertagsarbeitsentgelt zu bezahlen?, PV Profi 2022 H 1, 5

Hilber (Hrsg), Personalverrechnung in der Insolvenz³ (2019)

Holzer in Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer, AngG (2023)

Hopf/Mayr/Eichinger/Erler, GIBG Gleichbehandlung – Antidiskriminierung² (2021)

Hörmann, Besonderheiten der Teilzeitarbeit, JAP 2018/2019/10

Jabornegg, OGH 19.12.2005, 8 Ob A 23/05y, DRdA 2007, 9

Jöst/Wolf, Wie ist das Arbeiten am „persönlichen Feiertag“ bei Gleitzeit zu verbuchen?, PVP 2019, 184

Kallab, Glaubhaftmachung eines verpönten Motivs bei Kündigungsanfechtung, DRdA-infas 2015, 148

Kallab, Mindestgröße von 1,70 cm als Auswahlkriterium stellt eine unzulässige Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes dar, DRdA-infas 2018, 15

Kallab/Hauser, Entgeltfortzahlungsgesetz und Wiedereingliederungsteilzeit⁶ (2018)

Kietzbl/Resch (Hrsg), Das neue Arbeitszeitrecht¹ (2019)

Kietaibl/Rebhahn in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm³ (2018)

Karl, Karfreitag: Zulässiges Feiertagsprivileg oder verbotene Diskriminierung, RdW 2016, 615

Karl, Brennpunkt Arbeitswelt und Religion, ZAS 2017, 24

Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 896

Kozak, Die Änderung der Entsende-Richtlinie, DRdA 2019, 110

Kozak, LSD-BG § 4 (Stand 20.01.2017 rdb.at)

Körber-Risak/Schnabl, Diskriminierung wegen religiöser Bekleidung am Arbeitsplatz, ARD 6507/4/2016

Klein/Martinek, Urlaubsrecht (1977)

Krejci, Recht auf Streik¹ (2015)

Krejci, Inwieweit kippt das Grundrecht auf Streik Österreichs tradierte Arbeitskampfdoktrin?, ASoK 2015, 282

Kuderna, Urlaubsrecht² (1995)

Kühnteubl/Kozak, Arbeitnehmerentsendung (2010)

Lindmayr, Einführung eines „persönlichen Feiertags“- BGBl, ARD 6643/15/2019

Lindmayr, Verfahren zur Karfreitagsregelung beendet, ARD 6664/2/2019

Lindmayr, EuGH-GA: Karfreitagsregelung - unzulässige Diskriminierung, ARD 6609/6/2018

Lindmayr, Unberechtigter Austritt: Urlaubersatzleistung gebührt nur für unionsrechtlichen Mindesturlaub, Rechtsnews 32381

Lindmayr, Karfreitag als „persönlicher Feiertag“- NR-Beschluss, RdW 2019, 145

Lindmayr/Tuma, Vorabentscheidungsersuchen zur Karfreitag-Regelung, Rechtsnews 23420

Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017)

Löschnigg, Karfreitagsregelung- Diskriminierung aufgrund der Religion, DRdA 2019, 45

Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1409

Lutz/Dunst/Heilegger, Arbeitsruhegesetz⁶ (2021)

Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³

Majoros, Zulässigkeit von ”Anti-Mobbing-Betriebsvereinbarungen”, DRdA 2012, 629

Majoros, Der EuGH und das Kopftuch, DRdA 2017, 45

Marhold/Brameshuber/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht⁴ (2021)

Marhold/Osmanovic, Ausstieg eines Fachverbandes aus einer Kollektivvertrags-Verhandlungsgemeinschaft, ASoK 2012, 202

Marhold, Urlaubsentgelt für Sonntagsarbeit? RdW 1988, 456

Mayr, Feiertage und Diskriminierung aufgrund der Religion im österreichischen Arbeitsrecht, ecolex 2004, 428

Mayr, Der Karfreitag ist nun für alle ArbeitnehmerInnen ein bezahlter Feiertag!, ÖZPR 2019, 4.

Mayr, Arbeitsrecht § 7a ARG und § 8 BUAG (Stand 1.8.2023, rdb.at)

Mayr/Erler, UrlG – Urlaubsgesetz³ (2019)

Mayrhofer, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2023/24 (2023)

Mazal, Religion und Weltanschauung, ZAS 2017, 25

Mazal, Gleichbehandlung: Diskriminierung oder positive Maßnahme, ZAS 2016, 47

Mazal, Religion und Arbeitspflicht, ZAS 2018, 19

Mazal, Aus aktuellem Anlass: Streik und Friedenspflicht, ecolex 2024, 45

Mertinz, Die Abschaffung des Karfreitags als Feiertag und die Neuschaffung eines persönlichen Feiertags, PV-Info 4/2019, 3

Nunner-Krautgasser/Reissner (Hrsg), Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht² (2019)

Pačić in Gruber-Risak/Mazal, Das Arbeitsrecht: System - und Praxiskommentar⁴³ (2024) IV. Betriebsvereinbarungen

A. Potz, Dienstverhinderung aus religiösen Gründen – FS Potz

Schinkele/Kuppe/Schima/Synek/Wallner/Wieshaider, Recht Religion Kultur (2014), 652

A. Potz, Das Karfreitagsdilemma: ein Feiertag für alle oder niemanden?, ecolex 2017, 743

Pfeil in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm³ (2018)

Pöschl, Verfassungsrechtliche Gleichheit, arbeitsrechtliche Gleichbehandlung, unionrechtliche Antidiskriminierung, DRdA 2013, 467

Preyer in Kuras, Handbuch Arbeitsrecht Kap 6 (Stand 1.11.2023, rdb.at)

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ (2022)

Prokop/Schramhauser, Menschengerechte Arbeitsgestaltung (1990)

Rauch, Erholungszweck und nicht erholsames Verhalten im Urlaub, PV-Info 11/2021, 13

Rauch, Zuwachs von Urlaub während entgeltfreier Zeiten, ASoK 2019, 8

Rebhahn, Flugblätter des Betriebsrates im Zusammenhang mit kollektivem Konflikt, ZAS 2005, 6

Rebhahn, Benachteiligung wegen islamischen Gesichtsschleiers oder Kopftuchs, DRdA 2017, 7

Resch, Homeoffice im Kontext "außergewöhnlicher Verhältnisse", ZAS 2023, 2

Resch, Feiertagsentlohnung im Schichtbetrieb, ecolex 2001, 463

Risak, Fallweise Beschäftigung als zulässige Kettenbefristung, DRdA 2014, 34

Risak, Schriftformgebote im Arbeitsrecht, ZAS 2013, 10

Risak, Überstunden bei Gleitzeit durch Ad-hoc-Eingriffe in die Zeitautonomie Reflexionen zum „neuen“ § 4b Abs 5 AZG, in *Köck/Niksova/Risak/Wolf* (Hrsg), Liber Amicorum Wolfgang Mazal zum 60. Geburtstag

Risak/Grossinger, Verjährung des Urlaubsanspruchs bei Scheinselbständigkeit, JAS 2018, 140

Reissner (Hrsg), Arbeitsverhältnis und Insolvenz⁵ (2018)

Reissner in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018)

Rohrer/Glowacka, Karfreitag: Feiertagsentgelt für alle, EvBl 2019, 124

Runggaldier, Komm zu OGH 4 Ob 89/83, DRdA 1985, 9

Runggaldier, Eine Auslandsentsendung, DRdA 1992, 469

Sabara, Anspruch auf Urlaubsentgelt: BUAG-Zuschlagspflicht für ausländische Entsender, ARD 6650/7/2019

Sabara, Unberechtigter Austritt: Entfall der Urlaubersatzleistung unionsrechtskonform, ARD 6680/7/2020

Sabara, Feiertagsarbeitsentgelt für Arbeit am Karfreitag, ARD 6641/7/2019

Sabara, EuGH: Karfreitagsregelung – unzulässige Diskriminierung, ARD 6634/7/2019

Sabara, Der Betriebsurlaub, ARD 6409/6/2014

Sabara/Tuma, EuGH: Karfreitag – unzulässige Diskriminierung, Rechtsnews 2019, 26676

Sabara/Tuma, Karfreitag als „persönlicher Feiertag“ – NR, Rechtsnews 2019, 26921=ARD 6639/18/2019

Schima, Wiederaufbau auf rechtlicher Ebene: Die Behandlung der Frage der Weitergeltung des Konkordats seit dem Jahr 1945 unter besonderer Berücksichtigung des Vermögensvertrages von 1960, in *Paarhammer/Rinnerthaler* (Hrsg), Kirchlicher Wiederaufbau in Österreich, 294.

Schindler in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018)

Schinkele, Religionsfreiheit und europäisches Antidiskriminierungsrecht – einige grundsätzliche Überlegungen, öarr 2008, 179

Sebott, Geheiligte Zeiten, in *Haering/Rees/Schmitz* (Hrsg), Handbuch des katholischen Kirchenrechts³ (2015)

Schrank, Arbeitszeitgesetz AZG⁷ (2023)

Schrank, Entdiskriminierung: Rechtlich Erstaunliches zur notwendigen „Karfreitagsreparatur“, RdW 2019, 139

Schrank, Aufhebung des religionsselektiven Karfreitag-Feiertags und Nachfolgeregelung eines jährlichen „persönlichen Feiertags“, in *Köck/Niksova/Risak/Wolf* (Hrsg), Liber Amicorum Wolfgang Mazal zum 60. Geburtstag

Schrank, Einführung und Grundzüge der Arbeitsruhe

Schrank, Aktuelle Rechtsfragen zu Ausmaß und Verbrauch des Urlaubs (FN 1), ZAS 1992, 181

Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht⁶ (2024)

Schrenk, Arbeitsverträge mit Auslandsbezug, taxlex 2006, 240

Spielbüchler in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998)

Steinbrenner, Karfreitag als persönlicher Feiertag, ZAS 2019, 17

Stupar/Neumann, Entsendungen (Teil I), ZAS 2019, 34

B. Schwarz, ARG³

Tomandl, Das Kreuz mit dem Karfreitag, ZAS 2019, 10

Tinhof, Karfreitagsregelung im Arbeitsruhegesetz wirkt unmittelbar diskriminierend, DRdA-infas 2019, 45

Tinhof, Feiertagsarbeitsentgelt für die Arbeit am Karfreitag nur nach vorherigem Verlangen der Freistellung von der Arbeitsleistung, DRdA-infas 2019, 70

Tinhof, Urlaubersatzleistung bei unberechtigtem Austritt?, DRdA-infas 2020, 142

Tinhof, Krankenstand am Feiertag – verlängerte Entgeltfortzahlungsdauer, DRdA-infas 2018, 114

Tinhofer/Hofer in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Besonderer Teil

Trinko, Ausgewählte praxisrelevante Fragen zum einseitigen Urlaubsantritt des § 7a ARG („persönlicher Feiertag“), DRdA-infas 2019, 292

Trinko, Der Anwendungsbereich des AÜG, JAP 2018/2019/15

Verschraegen in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ (2024) Art 6 EVÜ

Vogt, Die Entgeltfortzahlungstatbestände inklusive Urlaub, in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht: System - und Praxiskommentar⁴³ (2024)

Wanderer, Zusätzliche Feiertage aufgrund der Religionszugehörigkeit rechtlich unhaltbar, RdW 2013, 287

Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018)

Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015)

Wieshaider, Das staatliche Feiertagsrecht als vergessene Umsetzungsmaterie der Richtlinie 2000/78/EG, öarr 2008, 279

Wieshaider, Aller heilige Zeiten und das staatliche Recht, öarr 2019, 339

Wiesinger, Der persönliche Feiertag, ZAS 2019, 29

Wiesinger, Rechtsfragen zur Arbeitsfreistellung durch Kollektivvertrag, ASoK 2020, 221

Wiesinger, Rechtmissbräuchlicher Urlaubsvorgriff unter dem BUAG, ZAS 2017, 30

Wiesinger, Das Urlaubsrecht des BUAG, JAP 2016/2017/18

Wiesinger, Karfreitag und andere Feiertage, ARD 6489/5/2016

Wiesinger, Darf der Arbeitgeber das Tragen eines Kopftuchs verbieten?, ARD 6564/6/2017

Windisch-Graetz, Freistellung bei Entgeltfortzahlung aus religiösen Gründen, ZAS 2017, 26

Windisch-Graetz, Kein Feiertagsentgelt für einen Feiertag am Sonntag, ecolex 2021, 56

Windisch-Graetz, Zeitausgleich trotz Krankenstands, ecolex 2013, 339

Windisch-Graetz (Hrsg), GIBG² (2022)

Windisch-Graetz in *Rebhahn*, GIBG (2005)

Wolfsgruber-Ecker in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ (2018)

Onlinequellen

AK-Rechtsschutz: EuGH-Urteil bringt freien Karfreitag für alle, ots.at vom 22.01.2019,
https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190122_OTS0116/ak-rechtsschutz-eugh-urteil-bringt-freien-karfreitag-fuer-alle (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

BUAK - Für ArbeitnehmerInnen (zuletzt abgerufen am 09.05.22)

BUAK - Die BUAK (zuletzt abgerufen am 09.05.22)

Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG): Allgemeine Infos - WKO.at (zuletzt abgerufen am 09.05.22)

Chalupka zu Karfreitag: „So kann es nicht bleiben“ in burgenland.orf.at vom 21.07.2019
<https://burgenland.orf.at/stories/3005340/> (zuletzt abgerufen am 30.09.2019)

c2017_193_obs_de.pdf (europa.eu) (zuletzt abgerufen am 04.07.2022)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204414&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4821332> (zuletzt abgerufen am 29.04.2020)

G.Schima, Der Standard 2019/10/01, Die Karfreitagslösung verletzt keine Grundrechte, 04.03.2019 Die Karfreitagslösung verletzt keine Grundrechte - Wirtschaftsrecht - derStandard.at › Recht (zuletzt abgerufen am 13.08.2024)

DerStandard.at vom 19.06.2019, <https://www.derstandard.at/story/2000105098831/30-soldaten-beantragten-am-tag-der-airpower-persoentlichen-feiertag> (zuletzt abgerufen am 31.03.2020)

„Diskriminierend: EuGH kippt Karfreitagsregelung, orf.at vom 22.01.2019
<https://orf.at/stories/3108596/> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Duden <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ablehnung> (zuletzt abgerufen am 02.02.2020)

Duden <https://www.duden.de/rechtschreibung/persoentlich> (zuletzt abgerufen am 22.03.2020)

<https://epaper.vn.at/titelblatt/2017/03/23/karfreitag-vor-hoechstgericht.vn> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

<https://evang.at/karfreitag-betroffene-kirchen-lassen-regelung-bei-verfassungsgerichtshof-pruefen/> (zuletzt abgerufen am 21.02.2021)

EuGH entscheidet über Österreichs Karfreitags-Regelung, mns.com vom 22.01.2019, <https://www.msn.com/de-at/nachrichten/inland/eugh-entscheidet-%C3%BCber-%C3%B6sterreichs-karfreitags-regelung/ar-BBSzvqD?li=BBqg9qG&index=5> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

EuGH: Karfreitagsentgelt nur für Evangelische EU-widrig - news.ORF.at (zuletzt abgerufen am 13.08.2024)

<https://www.glaube.at/news/kirche/evangelische-kirche/article/1000003117-karfreitag-urteil-vom-verfassungsgerichtshof-vfgh-hoechst-bedenklich/> (zuletzt abgerufen am 01.06.2021)

Gewerkschaft geht gegen Karfreitag-Streichung vor Gericht, orf.at vom 14.05.2019, <https://orf.at/stories/3122153/> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Gespaltene Meinung zu Karfreitagsurteil, noe.orf.at vom 23.01.2019 <https://noe.orf.at/v2/news/stories/2960242/> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Grundrechte - Der Österreichische Verfassungsgerichtshof (vfgh.gv.at) (zuletzt abgerufen am 07.07.2024)

Karfreitag: Diakonie gibt Angestellten frei, orf.at vom 01.03.2019, <https://religion.orf.at/stories/2967425/> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Karfreitag: ÖGB-Chef Katzian will sich wehren, orf.at vom 01.03.2019, <https://orf.at/stories/3113502/> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Karfreitag in Salzburg wohl Arbeitstag für alle, salzburg.orf.at vom 07.03.2019, <https://salzburg.orf.at/v2/news/stories/2968458/> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Karfreitag: ÖGB geht gerichtlich gegen Streichung vor, vol.at vom 14.05.2019,
<http://www.vol.at/karfreitag-oegb-geht-gerichtlich-gegen-streichung-vor/6207159> (zuletzt
abgerufen am 21.09.2019)

Karfreitag: Kirchen schalten VfGH ein, religion.orf.at vom 26.09.2019
<https://religion.orf.at/stories/2992008/> (zuletzt abgerufen am 26.09.2019)

Karfreitag: Diakonie gibt Angestellten frei, orf.at vom 01.03.2019,
<https://religion.orf.at/stories/2967425/> (zuletzt abgerufen am 29.04.2020)

Karfreitag als Feiertag: Frei für alle?, heute.at vom 12.02.2019
<https://www.heute.at/s/karfreitag-als-feiertag-frei-fur-alle--52588347> (zuletzt abgerufen am
20.09.2019)

Karfreitag/Designierter Bischof Chalupka: „So kann es nicht bleiben“ kleinezeitung.at vom
21.07.2019 (zuletzt abgerufen am 13.08.2024)

Karfreitag für alle frei? Diskussion um Feiertage, BVZ.at vom 09.01.2019,
[https://www.bvz.at/burgenland/wirtschaft/eu-weite-entscheidung-karfreitag-fuer-alle-frei-](https://www.bvz.at/burgenland/wirtschaft/eu-weite-entscheidung-karfreitag-fuer-alle-frei-diskussion-um-feiertage-burgenland-feiertage-karfreitag-europaeischer-gerichtshof-131206271)
[diskussion-um-feiertage-burgenland-feiertage-karfreitag-europaeischer-gerichtshof-](https://www.bvz.at/burgenland/wirtschaft/eu-weite-entscheidung-karfreitag-fuer-alle-frei-diskussion-um-feiertage-burgenland-feiertage-karfreitag-europaeischer-gerichtshof-131206271)
[131206271](https://www.bvz.at/burgenland/wirtschaft/eu-weite-entscheidung-karfreitag-fuer-alle-frei-diskussion-um-feiertage-burgenland-feiertage-karfreitag-europaeischer-gerichtshof-131206271) (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Karfreitagsurteil: Zeit für Neuregelung ist knapp, orf.at vom 22.01.2019,
<https://orf.at/stories/3108708/> (zuletzt abgerufen am 21.01.2019)

Karfreitag: OGH entscheidet über Feiertag, orf.at vom 10.04.2017,
<https://orf.at/v2/stories/2386861/> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Karfreitag wird in Ungarn Feiertag, religion.orf.at vom 08.03.2017,
<https://religion.orf.at/stories/2829814/> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Karfreitag für alle frei? OGH-Entscheid steht an, krone.at vom 23.03.2017
VfGH: ORF- Schweigeminute am Karfreitag zulässig, religion.orf.at vom 28.01.2015,

<https://religion.orf.at/stories/2691833/> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Karfreitag: SPÖ will zusätzlichen Feiertag vom 13.04.2017, DerStandard.at,
<https://www.derstandard.at/story/2000055938596/karfreitag-spo-e-will-zusaetzlichen-feiertag>
(zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Karfreitag: SPÖ will zusätzlichen Feiertag, kleinezeitung.at vom 13.04.2017 (zuletzt
abgerufen am 13.08.2024)

Karfreitag: SPÖ will zusätzlichen Feiertag, Salzburger Nachrichten vom 13.04.2017 (zuletzt
abgerufen am 13.08.2024)

Karfreitag: Ein Feiertag, der kein freier Tag ist, krone.at am 14.04.2017 (zuletzt abgerufen am
13.08.2024)

Karfreitag: “Regierung hat schlechteste Variante ausgesucht“, kurier.at vom 27.02.2019
<https://kurier.at/politik/inland/anderl-ueber-karfreitag-regierung-hat-schlechteste-variante-ausgesucht/400419485> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Karfreitag neu bringt offene Fragen für Spar, salzburg.orf.at vom 19.02.2019,
<https://salzburg.orf.at/v2/news/stories/2965484/> (zuletzt abgerufen am 29.04.2020)

Karfreitag: Evangelische Kirche fordert gesetzlichen Feiertag - ooe.ORF.at vom 29.03.2024
(zuletzt abgerufen am 13.08.2024)

Keine einfache Lösung: Alternativen zum Karfreitag fallen flach | Tiroler Tageszeitung –
Aktuelle Nachrichten auf tt.com (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Kirchenkritik an Karfreitags-Entscheidung, ooe.orf.at vom 22.01.2019
<https://ooe.orf.at/v2/news/stories/2960158/> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

<https://kurier.at/politik/inland/jom-kippur-geht-murks-wie-bei-karfreitag-bald-wieder-los/400419380> (zuletzt abgerufen am 22.02.2021)

<https://kurier.at/politik/inland/karfreitag-arbeitsrechtler-haelt-eingriff-in-kv-fuer-unzulaessig/400419893> (zuletzt abgerufen am 18.02.2021)

https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200312_OT50185/karfreitag-synodenpraesident-kroemer-evangelische-kirche-massiv-in-ihren-rechten-ingeschraenkt (zuletzt abgerufen am 21.02.2021)

„Österreicher verdienen zusätzlichen Feiertag“ – SPÖ will Karfreitag arbeitsfrei machen, vol.at vom 13.04.2017 <https://www.vol.at/oesterreicher-verdienen-zusaetzlichen-feiertag-spo-e-will-karfreitag-arbeitsfrei-machen/5236424> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Tiroler Tageszeitung: ÖGB wendet sich gegen Streichung an Gerichte, tt.com vom 14.05.2019, <https://www.tt.com/ticker/15643038/karfreitag-oegb-wendet-sich-gegen-streichung-an-gerichte> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Tschechien Der Karfreitag wird Feiertag, Wiener Zeitung Online vom 22.10.2015 (zuletzt abgerufen am 13.08.2024)

<https://www.tt.com/artikel/15376885/karfreitag-arbeitsrechtler-eingriff-in-kollektivvertrag-unzulaessig> (zuletzt abgerufen am 18.02.2021)

Umstrittener Feiertag: EuGH-Anhörung in Causa Karfreitag, orf.at vom 10.04.2018, <https://orf.at/v2/stories/2433622/> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Urlaub statt Feiertag: Regierung streicht Karfreitags-Regelung, kurier.at vom 26.02.2019, <https://kurier.at/politik/inland/norbert-hofer-verkuendet-einigung-im-karfreitags-chaos-feiertag-gestrichen-dafuer-urlaub/400418921> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

https://de.wikipedia.org/wiki/Karfreitag#In_den_evangelischen_Kirchen (zuletzt abgerufen am 02.03.2021)

<https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/general-kv-karfreitagsregelung-versoehnungstag-beilage.html> (zuletzt abgerufen am 15.02.2021)

Heidinger, Der Stoff zwischen Religionsfreiheit und Gleichstellung, DiePresse.at vom 13.05.2019, <https://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/5627125/Kopftuch-zwischen-Religionsfreiheit-und-Geschlechtergleichstellung> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Kary, Karfreitag: Neue Diskriminierungen?, Die Presse - Recht 2019, 22
https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5591161/Karfreitag_Neue-Diskriminierungen (zuletzt abgerufen am 16.09.2019)

Kittner/Puschautz, Brisantes Urteil könnte Feiertagsregel in Österreich ändern, kurier.at vom 02.09.2019, <https://kurier.at/politik/inland/brisantes-urteil-koennte-feiertagsregel-in-oesterreich-aendern/400366814> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Kräftner, Regierung soll Karfreitag als Feiertag für alle gesetzlich festlegen!, OTS/ÖGB 13.02.2019 https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190213_OTS0010/regierung-soll-karfreitag-als-feiertag-fuer-alle-gesetzlich-festlegen (zuletzt abgerufen am 20.09.2019)

Maier, Arbeitgeber kann Karfreitagsurlaub nicht verhindern, Aber Gesetz gibt Mitarbeitern keinen erhöhten Schutz, DerStandard vom 15.04.2019 Der Standard 2019/16/02 (zuletzt abgerufen am 13.08.2024)

Pachner, “Arbeitsfreier Karfreitag nur für Protestanten ist bedenklich“ kurier.at vom 18.04.2014 <https://kurier.at/chronik/oberoesterreich/arbeitsfreier-karfreitag-nur-fuer-protestanten-ist-bedenklich/61.210.839> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Puschautz, Karfreitag als Feiertag: Regelung „ganz klar“ diskriminierend, kurier.at vom 03.01.2019, <https://kurier.at/politik/inland/karfreitag-als-feiertag-regelung-ganz-klar-diskriminierend/400367852> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Reitsamer, Evangelische Kirche wird gegen Karfreitagsregelung klagen/ Der Karfreitag spaltet, Salzburger Nachrichten vom 05.04.2019, <https://www.pressreader.com/austria/salzburger-nachrichten/20190405/281479277784180> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Risak, Karfreitagsurteil: „Seit 50 Jahren kein neuer Feiertag dazugekommen“

DerStandard.at vom 28.01.2019

<https://www.derstandard.at/story/2000097095065/karfreitagsurteil-ein-zusaetzlicher-urlaubstag-fuer-alle> (zuletzt abgerufen am 13.08.2024)

Schnauder, Karfreitag frei? Geburtstag als Alternative im Gespräch, DerStandard.at vom

02.04.2017, <https://www.derstandard.at/story/2000055223490/karfreitag-frei-geburtstag-als-alternative-im-gespraech> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Schnauder, Feiertag oder nicht: Heiße Entscheidung über Karfreitag, DerStandard.at vom

23.03.2017, <https://www.derstandard.at/story/2000054651351/feiertag-oder-nicht-heisse-entscheidung-ueber-karfreitag> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Schnauder, Evangelische Kirche verwirft Lösungsansatz für Karfreitag, DerStandard.at vom

26.01.2019, <https://twnews.at/at-news/streit-um-feiertage-evangelische-kirche-verwirft-losungsansatz-fur-karfreitag> (am 21.09.2019)

Schipka, Karfreitag als Feiertag für Evangelische beibehalten, APA-OTS vom 22.01.2019

(zuletzt abgerufen am 22.09.2019)

Vettermann, Doris, Schwer durchschaubar-8 Fragen zum Theater um den Karfreitag, Kronen

Zeitung vom 27.02.2019, <https://www.krone.at/1872320> (zuletzt abgerufen am 21.09.2019)

Judikaturverzeichnis

EuGH

EuGH 25.11.2021, C- 233/20, *job-medium*

EuGH 22.01.2019, C-139/17, *Cresco Investigation*

EuGH 06.11.2018, C-619/16, *Kreuziger*

EuGH 06.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.*

EuGH 06.11.2018, C-569/16 und C-570/16, *Stadt Wuppertal/Bauer*

EuGH 29.11.2017, C-214/16, *King*

EuGH 14.03.2017, C-157/15, *Achbita*

EuGH 14.03.2017, C-188/15, *Bougnaoui*

EuGH 20.07.2016, C-341/15, *Maschek*

EuGH 12.06.2014, C-118/13, *Bollacke*

EuGH 13.06.2013, C-415/12, *Brandes*

EuGH 22.04.2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirol = DRdA*
2011, 197 (*Balla*)

EuGH 08.09.2011, C-297/10, *Hennigs*

EuGH 20.01.2009, C-350/06, *Schultz-Hoff*

EGMR

EGMR 12.11.2008, Bsw34503/97, *Demir und Baykara gegen die Türkei*

EGMR 03.12.1996, 24.949/94, *Konttinen gegen Finnland*

OGH

OGH 17.02.2022, 9 ObA 150/21f ZAS 2022, 221 (*Brameshuber*) = DRdA-infas 2022, 236 (*Tinhof*) = DRdA 2022, 43 (*Mathy*) = *Schrank*, ZAS 2023, 104 = Arb 13796

OGH 27.05.2021, 9 ObA 88/20m DRdA-infas 2021, 391 (*Tinhof*) = EvBl 2021, 990 (*Hargassner*) = JAS 2022, 42 (*Kietaibl*) = Arb 13746

OGH 29.09.2020, 9 ObA 69/20t ARD 6729/12/2020 (*Sabara*) = EvBl-LS 2021, 9 = Arb 13698 = JAS 2021, 357 (*Minderock*)

OGH 29.04.2020, 9 ObA 137/19s RZ 2020 EÜ224 = EvBl-LS 2020, 129 = ARD 6776/8/2021 (*Lindmayr*)

OGH 24.04.2020, 8 ObA 5/20y Arb 13661 = DRdA-infas 2020, 322

OGH 21.03.2018, 9 ObA 13/18d ARD 6604/6/2018 = ZAS-Judikatur 2018, 63 = EvBl-LS 2018, 115 = DRdA-infas 2018, 226 = wbl 2018, 183 = RdW 2018, 518 = ZAS 2018, 333 (*Engelbrecht*) = Arb 13491 = DRdA 2019, 20 (*Drs*) = *Streit*, JMG 2018, 68

OGH 27.02.2018, 9 ObA 10/18p ARD 6597/5/2018 = ecolex 2018, 657 = RdW 2018, 443 = wbl 2018, 164 = DRdA-infas 2018, 234 = ZfG 2018, 58 = Arb 13485

OGH 24.05.2017, 9 ObA 153/16i ARD 6556/8/2017 = RdW 2017, 640 = wbl 2017, 205 (*Grillberger*) = DRdA-infas 2017, 288 = ZAS 2017, 82 = ecolex 2017, 1008 = DRdA 2018, 16 (*Felten*) = Arb 13404 = ZAS 2018, 191 (*Kietaibl*) = *Schrank*, ZAS 2018, 123

OGH 24.03.2017, 9 ObA 75/16v ARD 6545/6/2017 = RdW 2017, 322 = wbl 2017, 111 = EvBl 2017, 657 = *Brenn*, ÖJZ 2017, 695 = ZAS 2017, 67 = ecolex 2017, 797 = *Haider*, JAS 2019, 411

OGH 25.11.2016, 8 Ob A 67/16k ZAS 2017, 23 (*Schörghofer*)

OGH 30.08.2016, 8 Ob A 45/16z ARD 6520/7/2016 = DRdA-infas 2016, 330 = RdW 2017, 108 = ZAS 2017, 167 (*Wiesinger*) = Arb 13341 = DRdA 2017, 37 (*Drs/Babler*)

OGH 28.10.2015, 9 ObA 110/15i ARD 6478/6/2015 = JBl 2016, 58 = ZAS 2016, 7 = RdW 2016, 123 = ZIIR 2016, 5 = ZIIR-Slg 2016, 7 = wbl 2016, 29 = EvBl-LS 2016, 41 = ZAS

2016, 85 (*Köck*) = ecolex 2016, 241 = DRdA-infas 2016, 86 = *Schnittler*, jusIT 2016, 47 = DRdA 2016, 37 (*Trost*) = Arb 13269 = JAS 2017, 63 (*Geiblinger*) = *Stiglbauer*, JBl 2017, 681

OGH 29.01.2015, 9 ObA 135/14i ARD 6444/7/2015 = RdW 2015, 214 = ZAS 2015, 56 = ARD 6448/6/2015 = *Rauch*, ARD 6450/5/2015 = DRdA-infas 2015, 148 = wbl 2015/117 = RdW 2015, 378 = ecolex 2015, 499 = RdW 2015, 443 = Arb 13200 = *Schrank*, ZAS 2016, 114

OGH 19.12.2014, 8 ObA 64/14s ARD 6440/7/2015 = Jus-Extra OGH-Z 5754 = wbl 2015, 90 = RdW 2015, 316 = DRdA-infas 2015, 133 = ecolex 2015, 597

OGH 22.07.2014, 9 ObA 20/14b ARD 6421/6/2014 = JBl 2015, 56 = Jus-Extra OGH-Z 5692 = Jus-Extra OGH-Z 5693 = RdW 2014, 722 = ZAS 2015, 1 = ZAS 2015, 76 (*Gerhartl*) = DRdA-infas 2015, 19 = DRdA 2015, 24 (*Kozak*) = Arb 13161 = SZ 2014/67 = *Schrank*, ZAS 2016, 114

OGH 29.01.2014, 9 ObA 170/13k RIS-Justiz RS0050823

OGH 19.12.2013, 9 ObA 151/13s ARD 6386/9/2014 = DRdA 2014, 443 = RdW 2014, 418 = infas 2014 A44

OGH 26.11.2013, 9 ObA 82/13v ARD 6383/7/2014 = RdW 2014, 58 = EvBl-LS 2014, 41 = Jus-Extra OGH-Z 5527 = wbl 2014, 54 = RdW 2014, 145 = infas 2014 A43 = ecolex 2014, 458 = ZAS 2014, 230 (*Schindler*) = DRdA 2014, 36 (*Glowacka*) = DRdA 2014, 440 = ZAS 2014, 25 = Arb 13126 = SZ 2013/111

OGH 29.05.2013, 9 ObA 11/13b ARD 6332/2/2013 = RdW 2013, 406 = ecolex 2013, 823 = EvBl 2013, 870 (*Niksova*) = ZAS 2013, 115 = *Laimer/Przeszlowska*, RdW 2013, 478 = ÖZPR 2013, 105 = wbl 2013, 211 = ZAS 2013, 327 (*Kiesel*) = DRdA 2013, 534 = DRdA 2014, 7 (*Klein*) = RZ 2013 EÜ262 = infas 2013 A61 = *Adamovic*, DRdA 2014, 457 = *Klein*, DRdA 2014, 458 = *Schrank*, ZAS 2014, 110 = Arb 13103 = SZ 2013/55

OGH 05.04.2013, 8 ObA 54/12t RIS-Justiz RS0014543

OGH 26.11.2012, 9 ObA 103/12f ARD 6293/5/2013

OGH 24.10.2012, 8 ObA 35/12y ARD 6300/1/2013 = Jus-Extra OGH-Z 5311 = EvBl 2013, 359 (*Kohlbacher*) = RdW 2013, 93 (*Tuma*) = ZAS 2013, 29 = *Schrank*, ZAS 2013, 149 =

infas 2013 A37 = DRdA 2013/34 (*Gerhartl*) = DRdA 2013, 433 = Arb 13079 = ZAS 2014, 178 (*Drs*) = *Schrank*, ZAS 2014, 110 = SZ 2012/113

OGH 22.10.2012, 9 ObA 146/11b RIS-Justiz RS0128384

OGH 28.02.2012, 8 ObA 15/12g ARD 6233/7/2012 = ecolex 2012, 634 = RdW 2012, 424 = infas 2012 A65 = ZAS 2013, 114 (*Oberhofer*, tabellarische Übersicht) = *Körber-Risak*, ZAS 2016, 107 = *Lindmayr*, RdW 2023, 120

OGH 20.01.2012, 8 ObA 93/11a ARD 6233/8/2012 = RdW 2012, 424 = *Lindmayr*, RdW 2023, 120

OGH 25.10.2011, 8 ObA 86/10w ecolex 2012, 166 = infas 2012 A29 = ZfRV-LS 2012, 13 (*Ofner*) = ARD 6227/2/2012 = DRdA 2012, 355 = Arb 13025

OGH 06.07.2011, 7 Ob 14/11a *Geroldinger*, Zak 2012, 43 = Zak 2012, 53

OGH 22.06.2011, 2 Ob 112/10z ZfRV-LS 2011, 59 = ZLW 2011, 637 = ecolex 2012, 137 = ZVR 2012, 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = *Nowotny*, ZVR 2012, 361 = Zak 2014, 406 (*Kolmasch*)

OGH 26.05.2011, 9 ObA 80/10w ARD 6157/1/2011 = ZAS, 2011/122 = ecolex 2011, 849 = RdW 2011, 378 = RdW 2011, 446 = RdW 2011, 549 = EvBl 2011, 915 = ZAS 2011, 318 (*Reiner*, tabellarische Aufzählung) = infas 2011 A77 = DRdA 2012, 60 = ZAS 2012, 114 (*Reiner*, tabellarische Aufzählung) = Arb 12991 = *Körber-Risak*, ZAS 2016, 107 = *Lindmayr*, RdW 2023, 120

OGH 25.06.2009, 2 Ob 16/09f EvBl-LS 2009, 150 = ARD 6024/8/2010 = ZAS 2010, 40 = HS 40.383 = HS 40.384

OGH 19.05.2009, 8 Ob A 85/08w ARD 5972/4/2009 = ecolex 2009, 703 = wbl 2009, 220 = ZAS 2009, 318 (*Reiner*, tabellarische Aufzählung) = ZAS 2009, 141 = DRdA 2009, 534 = ZAS 2010, 125 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = ZAS-JÜ 2009/141, 325 = Arb 12811 = RdW 2009, 597 = infas 2009 A69

OGH 20.08.2008, 9 ObA 80/07s ARD 5905/6/2008 = ecolex 2008, 1044 = EvBl-LS 2009, 1 = ZAS 2009, 4 (*Reiner*) = DRdA 2009, 50 = ZAS 2009, 127 (*Schrank*, tabellarische Aufzählung) = RdW 2009, 41 = infas 2009 A6 = ZAS 2009, 318 (*Reiner*, tabellarische Aufzählung) = RZ 2009 EÜ102 = Arb 12764 = *Lindmayr*, RdW 2023, 120

OGH 07.02.2008, 9 ObA 96/07v ARD 5867/6/2008 = EvBl 2008, 529 = ecolex 2008, 665 = JBl 2008, 537 = ZAS 2008, 123 = jusIT 2008, 136 = Jus-Extra OGH-Z 4516 = RdW 2008, 410 = infas 2008 A55 = ZAS 2008, 261 (*Reiner*, tabellarische Aufzählung) = DRdA 2008, 443 = RZ 2008 EÜ372 = Arb 12733 = DRdA 2009, 47 (*Mayr*)

OGH 04.05.2006, 9 ObA 60/05x ARD 5710/4/06 = infas 2006 A67 = RdW 2006, 647 = Jus-Extra OGH-Z 4201 = RZ 2006 EÜ306 - RZ 2006 EÜ307 = DRdA 2006, 398 = DRdA 2007/13, 130 (*Resch*) unter Verweis auf *Resch*, ecolex 2001, 463 = Arb 12600

OGH 22.02.2006, 9 ObA 40/05f ARD 5688/6/06

OGH 25.01.2006, 9 ObA 71/05i ARD 5679/10/06 = Arb 12591

OGH 19.12.2005, 8 ObA 23/05y ARD 5655/6/06 = ÖJZ-LSK 2006/72 = ZAS 2006, 27 = RdW 2006, 237 = EvBl 2006, 368 = ecolex 2006, 307 = wbl 2006, 276 = infas 2006 A32 = ZAS 2006, 183 (*Tomandl*) = *Gerhartl*, ÖJZ 2006, 871 = SZ 2005/187 = DRdA 2007, 9 (*Jabornegg*) = Arb 12585

OGH 03.08.2005, 9 ObA 102/05y RIS-Justiz RS0052461

OGH 29.06.2005, 9 ObA 72/05m Arb 12542

OGH 29.06.2005, 9 ObA 7/05b RIS-Justiz RS0113368

OGH 26.05.2004, 9 ObA 17/04x DRdA 2004, 466 = ARD 5537/1/04 = ecolex 2004, 883 = infas 2004 A72 = RdW 2004, 640 = ZAS 2004, 159 = JBl 2004, 800 = *Egermann*, ecolex 2005, 382 = SZ 2004/87 = Arb 12445

OGH 16.12.2003, 5 Ob 114/03f ARD 5478/2/04 = ecolex 2004, 205 = RdW 2004, 274 = DRdA 2004, 271 = RZ 2004, 138 = EvBl 2004, 566 = ZAS 2004, 101 = SZ 2003/172

OGH 19.11.2003, 9 ObA 125/03b ARD 5472/5/04 = ecolex 2004, 302 = infas 2004 A26 = Jus-Extra OGH-Z 3740 = wbl 2004, 389 = RdW 2005, 35 = *Cerny*, DRdA 2004, 517 = DRdA 2004, 558 = ZAS 2005, 32 (*Rebhahn*) = Arb 12382 = SZ 2003/151

OGH 08.10.2003, 9 ObA 58/03z ARD 5456/3/03 = infas 2004 A7 = RdW 2004, 298

OGH 08.10.2003, 9 ObA 53/03i ARD 5480/7/04 = RdW 2004, 175 = infas 2004 A18 = RdW 2004, 206 = wbl 2004, 239 = Arb 12361 = JBl 2005, 395 (*Dullinger*)

OGH 02.04.2003, 9 ObA 244/02a RIS-Justiz RS0077424

OGH 19.03.2003, 9 ObA 238/02v RIS-Justiz RS0051126

OGH 13.02.2003, 8 ObA 98/02y RIS-Justiz RS0107921

OGH 16.10.2002, 9 ObA 90/02d RIS-Justiz RS0077467

OGH 16.05.2002, 8 ObA 268/01x WBl 2002/354

OGH 05.09.2001, 9 ObA 159/01z RIS-Justiz RS0114615

OGH 15.03.2000, 9 ObA 215/99d SZ 73/49 = RdA 2001, 33 (*B. Schwarz*)

OGH 21.10.1999, 8 ObA 256/99a RIS-Justiz RS0051442

OGH 11.02.1998, 9 Ob A 330/97p RIS-Justiz RS0048266

OGH 12.06.1996, 9 ObA 2060/96y RIS-Justiz RS0101803

OGH 25.04.1996, 8 ObA 2058/96x SZ 69/105

OGH 27.03.1996, 9 ObA 18/96 RIS-Justiz RS0060858

OGH 22. 06.1995, 8 ObA 223/95 RIS-Justiz RS0009085

OGH 08.03.1995, 9 Ob A 6/95 RdA 1995, 425 = infas 1995, A120

OGH 20.04.1994, 9 ObA 23/94 Arb 11177

OGH 13.10.1994, 8 ObA 299/94 RIS-Justiz RS0051442

OGH 14.09.1994, 9 ObA 107/94 RIS-Justiz RS0050960

OGH 22.12.1993, 9 ObA 351/93 RIS-Justiz RS0052477

OGH 16.09.1992, 9 ObA 213/92 WBl 1993, 53

OGH 08.07.1992, 9 ObA 117/92 (9 ObA 118/92) SZ 65/101 = DRdA 1993, 122 (*Marhold*) = ZAS 1993/10 S 136 (*Kirschbaum*) = Arb 11042 = WBl 1992, 400

OGH 17.01.1990, 9 ObA 347/89 EvBl 1990/94 S 467 = RdW 1990, 321 = Arb 10837 = ZAS 1994/1 S 20 (*Aigner*)

OGH 22.11.1989, 9 ObA 306/89 RdW 1990, 89 (*Gahleitner*, 411) = ecolex 1990, 171 = WBl 1990, 180

OGH 18.10.1989, 9 ObA 267/89 infas 1990 A38 = WBl 1990, 113

OGH 11.05.1988, 9 ObA 81/88 RIS-Justiz RS0031186

OGH 15.06.1988, 9 ObA 132/88 DRdA 1991/4, 40 (*Csebrenyak*)

OGH 01.06.1988, 9 ObA 106/88 infas 1989, A13

OGH 16.12.1987, 9 ObA 164/87 infas 1988, A57 = ARD 3949/15/88 = RdW 1988, 99 = WBl 1988, 370

OGH 16.12.1986, 14 Ob 204/86 WBl 1987,101 = ZAS 1988, 60 (*Pfeil*) = RdW 1987, 267 = Arb 10602

OGH 13.03.1984, 4 Ob 28/84 SZ 57/49 = JBl 1985, 435 = RdW 1984, 316 = Arb 10334

OGH 06.09.1983 4 Ob 89/83 DRdA 1985/9, 197 (*Runggaldier*)

OGH 08.02.1983, 4 Ob 8/83 Arb 10217

OGH 23.11.1982, 7 Ob 633/82 GesRZ 1983, 150 = Arb 10196

OGH 29.04.1980, 4 Ob 54/80 Arb 9871

OGH 25.09.1979, 4 Ob 78/79 SZ 52/139 = EvBl 1980/48 S 778 = Arb 9810 = IndS 1980, 1162 = DRdA 1981, 299 (mit Anmerkung von *Fenyves*)

OLG

OLG Linz 30.09.2019, 12 Ra 57/19f

OLG Wien 29.03.2016, 9 Ra 23/16t ZAS 2016, 47 (*Mazal*)

OLG Linz 19.10.1993, 12 Ra 54/93 Arb 11118 = ZASB 1995, 10

ASG

ASG Wien 15.10.2015, 16 Cga 86/15f

ASG Wien 27.10.2003, 9 Cga 52/03m ARD 5526/5/2004 = ZAS 2004, 106

ASG Wien 18.02.2003, 32 Cga 93/02h Arb 12295 = ZAS 2003, 153

ASG Wien 28.04.1987, 13 Cga 660/86, Arb 10628 = ZASB 1998, 6

ArbG Vöcklabruck 29.12.1986, Cr 40/86, Arb 10586 = ZASB 1987, 18

Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes

VfGH 11.6.2004, G 344/01 ua, VfSlg 17.206/2004

VfGH 14.03.2012, U 466/11 ua

Verzeichnis sonstiger Quellen

Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich samt Zusatzprotokoll, BGBl II 2/1934

Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* beim EuGH, 25.07.2018, C-193/17.; CURIA - Dokumente (europa.eu) zuletzt abgerufen am 08.07.24

Kundmachung der Bundesregierung vom 18. Juni 1957 über die Wiederverlautbarung des Feiertagsruhegesetzes, BGBl 153/1957

Änderung des Arbeitsruhegesetzes, des Bäckereiarbeiter/innengesetzes 1996, des Feiertagsruhegesetzes 1957, des Landarbeitsgesetzes 1984 und des Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetzes, BGBl I 2019/22

Bundesgesetz, mit dem das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, das Gehaltsgesetz 1956 und das Vertragsbedienstetengesetz 1948 geändert werden (Dienstrechts-Novelle 2019), BGBl. I Nr. 32/2019

Bundesgesetz betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz – BUAG) StF: BGBl. Nr. 414/1972 vom 25. Oktober 1972 idF BGBl. I Nr. 73/2022

Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz), BGBl. Nr. 292/1921 idF BGBl. I Nr. 11/2024

Bundesgesetz vom 17. März 1948 über das Dienst- und Besoldungsrecht der Vertragsbediensteten des Bundes (Vertragsbedienstetengesetz 1948 - VBG), BGBl. Nr. 86/1948 idF BGBl. I Nr. 96/2007

Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Landarbeitsgesetz 2021 und das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 geändert werden, BGBl. I Nr. 121/2021

Änderung des Urlaubsgesetzes, des Landarbeitsgesetzes 2021 und des Heimarbeitsgesetzes 1960 (NR: GP XXVII IA 2793/A AB 1683 S. 178. BR: 11076 AB 11085 S. 946), BGBl I 2022/167

Vereinheitlichung des Urlaubsrechtes und Einführung einer Pflegefreistellung, BGBl. Nr. 390/1976 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 49/2002

Ettl/Hruška-Frank, „Persönlicher Urlaubstag“- FAQs – Interner Leitfaden d. Abt Sozialpolitik der Kammer für Arbeiter und Angestellte, Stand 8.3.2019

Nagele-Allahyari, „Ein Tag mehr frei für alle“, AK für Sie Februar 2019

Nagele-Allahyari/Summereder, Wo ist mein Feiertag? Weiter Einsatz für freie Tage-Ein Feiertag mehr wäre gegangen, AK für Sie März 2019

Trenner, Faktencheck zum Karfreitag, AK für Sie April 2019

Wiesinger, Rundschreiben <https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/infoblatt-persoener-feiertag.pdf> (zuletzt abgerufen am 06.09.20)

Abstract

Die gegenständliche Arbeit widmet sich den Rechtsfragen des persönlichen Feiertages. § 7a Abs 1 ARG ermöglicht dem AN, einen Urlaubstag aus dem bestehenden Urlaubskontingent jährlich einmal einseitig zu bestimmen. Hat der AN den Urlaubstag, unter den in Abs 1 genannten Voraussetzungen, einseitig bestimmt (dh somit sein Widmungsrecht ausgeübt) und dann diesen Urlaubstag auf Ersuchen des AG doch nicht in Anspruch genommen (Nichtantritt des persönlichen Feiertages), so bleibt ihm der Urlaubstag erhalten (nicht aber das Widmungsrecht). Stattdessen tritt der AN die Arbeit am persönlichen Feiertag an. Wenn der AN die Arbeit antritt, begründet er gleich mit dem Antritt den Anspruch auf das sog „doppelte Entgelt“ (Abkauf des persönlichen Feiertages).

Die Frage nach der theoretischen Einordnung des persönlichen Feiertages, der ein Hybrid aus Feiertag und Urlaub ist, zeigt die große praktische Relevanz der Arbeit. Zudem steht eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Einordnung des persönlichen Feiertages sowie eine umfassende und strukturierte Behandlung der damit verbundenen Rechtsfragen noch aus. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Rechtsnatur des persönlichen Feiertages ist die Änderung des Urlaubscharakters durch die Gewährung eines Widmungsrechts. Dem widmet sich die eigentliche Rechtsfrage: Ist der persönliche Feiertag trotz legislativer Verankerung im ARG dem Wesen nach Urlaub nach dem UrlG und können daher die zu diesem entwickelten Ansätze Anwendung finden? Oder ist der persönliche Feiertag eine besondere Form der Ruhezeit und es müssen dem ARG entsprechende spezifische Lösungen gefunden werden?

Da die Entstehungsgeschichte der Neuregelung mit der Karfreitagsproblematik untrennbar verbunden ist, wird eingangs eine historische Aufarbeitung durchgeführt. Zudem wird untersucht, ob es zu einem Eingriff in die KV-Autonomie gekommen ist bzw wie mit religionsbezogenen Feiertagen umzugehen ist. Das Schriftlichkeitsgebot sowie die dreimonatige Vorankündigungsfrist sind die zwei großen Themengebiete der Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages. Ein weiteres Kapitel widmet sich der finanziellen Abgeltung der Arbeit am persönlichen Feiertag. Zudem wird die kollektive Inanspruchnahme des persönlichen Feiertages durch mehrere AN analysiert und auch die Sonderkonstellation im Zusammenhang mit der BUAK, der Entsendung sowie dem Betriebsübergang untersucht. Zuletzt wird auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingegangen.