

Arbeitsrecht für ZiviltechnikerInnen

(ArchitektInnen und ZivilingenieurInnen)

Leitfaden,
erstellt für die
Bundeskammer der ZiviltechnikerInnen,
Stand Juli 2021

Verfasser:

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

Inhaltsverzeichnis

Weiterführende Literatur.....	4
Abkürzungsverzeichnis.....	5
1. Arbeitsverhältnis – Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen	8
1.1 Arbeitsverhältnis (Arbeitnehmerbegriff)	8
1.2 Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen	14
1.2.1 Werkvertrag.....	14
1.2.2 Freier Dienstvertrag.....	15
1.2.3 Familienhafte Mitarbeit.....	16
1.3 Auf Nicht-AN anzuwendendes Arbeitsrecht	18
1.3.1 Arbeitnehmerähnlichkeit	18
1.3.2 Unmittelbare bzw analoge Anwendung von Arbeitsrecht auf den freien Dienstvertrag	20
1.4 Sozialversicherungsrechtliche Einordnung.....	22
1.4.1 Exkurs: GSVG	24
2. Abschluss des Arbeitsvertrags.....	26
2.1 Dienstzettel.....	27
2.2 Befristete Arbeitsverhältnisse	29
2.2.1 Arten der Befristung.....	29
2.2.2 Rechtliche Schranken für Befristungsklauseln.....	30
2.2.2.1 MSchG	30
2.2.2.2 Kettenarbeitsvertrag	31
2.2.3 Beendigung vor Fristablauf	32
2.3 Probearbeitsverhältnisse	34
3. Entgelt.....	36
3.1 Entgeltbegriff.....	36
3.1.1 Sonderzahlungen	36
3.1.2 Zulagen.....	39
3.2 Festlegung des Entgelts	40
3.2.1 Betriebliche (oder individuelle) Übung.....	41
3.3 Verjährung und Verfall.....	42
3.4 Abfertigung.....	43
3.4.1 Betriebliche Mitarbeitervorsorge („Abfertigung Neu“)	46
4. Rückzahlung von Ausbildungskosten.....	49
4.1 Begriff der Ausbildungskosten.....	49
4.2 Formvorschriften, allgemeine Vorschriften zur Vertragsgestaltung	50
4.3 Weitere Reglementierungen	51
5. Arbeitsverhinderungen	53
5.1 Arbeitgebersphäre.....	53
5.2 Arbeitnehmersphäre.....	54
5.2.1 Krankheit und Unfall.....	55
5.2.1.1 Krankheit und Unfall ieS	55
5.2.1.2 Arbeitsunfall und Berufskrankheit.....	55
5.2.2 Sonstige wichtige Gründe	56
5.2.2.1 Pflegefreistellung	58
5.3 Neutrale Sphäre	59
5.4 Lohnfortzahlungsschaden	60
6. Urlaub.....	62
6.1 Verbrauch des Urlaubs	62
6.2 Krankheit im Urlaub	64
6.3 Kündigung im Urlaub	64
6.4 Abgeltung nicht verbrauchten Urlaubs	64
7. Arbeitspflicht des AN	67
7.1 Inhalt und Umfang der Arbeitspflicht.....	67
7.2 Versetzungsschutz	69
7.2.1 Arbeitsvertragsrechtlicher Versetzungsschutz	69
7.2.2 Betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsschutz	69
7.2.3 Rechtsfolgen rechtlich nicht gedeckter Versetzungen.....	70

7.3	Homeoffice-Vereinbarungen	71
7.3.1	Homeoffice und Arbeitsschutzrecht	71
7.3.2	Nutzungs- und Kostentragungsregelungen in Bezug auf den Telearbeitsplatz	73
8.	Treuepflichten des AN.....	74
8.1	Konkurrenzverbote	75
8.2	Konkurrenzklausele.....	77
9.	Schadenersatz im Arbeitsrecht.....	81
9.1	Schädigung des AG	81
9.2	Schädigung Dritter.....	82
9.3	Haftung des AG für Sachschäden am Arbeitnehmereigentum	84
10.	Arbeitszeit.....	87
10.1	Persönlicher Geltungsbereich des Arbeitszeitrechts	87
10.2	Begriff der Arbeitszeit	88
10.3	Lage der Arbeitszeit.....	90
10.3.1	Gleitzeit.....	90
10.4	Höchstgrenzen der Arbeitszeit.....	91
10.5	Die Normalarbeitszeit und ihre Verteilung	92
10.6	Überstundenarbeit.....	93
10.6.1	Überstundenbegriff	94
10.6.2	Überstundenpauschale	95
10.7	Ruhepausen.....	97
11.	Betriebsübergang und Arbeitsrecht.....	98
11.1	Wann wird der automatische Arbeitgeberwechsel schlagend?.....	98
11.1.1	Betriebsübergangsbegriff	99
11.1.2	Betriebsstilllegung	102
11.2	Arbeitgeberkündigung bei Betriebsübergang	104
11.2.1	Kündigung wegen des Betriebsübergangs	104
11.2.2	Rechtfertigungsgründe für die Arbeitgeberkündigung	106
11.3	Einvernehmliche Lösung bei Betriebsübergang	107
11.3.1	Ohne Neuabschluss	107
11.3.2	Mit Neuabschluss.....	108
11.4	Haftungsfragen bei Betriebsübergang	108
11.4.1	Altschuldenhaftung	109
11.4.2	Neuschuldenhaftung	109
11.4.3	Regress zwischen Veräußerer und Erwerber	111
12.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	113
12.1	Einvernehmliche Lösung	113
12.2	Kündigung	113
12.2.1	Kündigungsfrist	114
12.2.2	Kündigungstermin	114
12.2.3	Zeitwidrige Kündigung	115
12.3	Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund	116
12.3.1	Entlassung.....	117
12.3.2	Austritt	118
12.4	Kündigungs- und Entlassungsschutz	119
12.4.1	Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz.....	120
12.4.2	Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz	122
12.4.2.1	Mütter bzw Elternfreistellung in Anspruch nehmende Väter (andere Elternteile).....	122
12.4.2.2	Begünstigte Behinderte	124
12.4.2.3	Lehrlinge.....	125
12.4.3	Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz	126

Weiterführende Literatur

- Aktuelle **Bücher zur Einführung** in das Arbeitsrecht:
Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber, 19. Auflage 2020, Linde-Verlag
Reissner, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 6. Auflage 2020, Verlag Manz
- Aktuelle **Sammlung der wichtigsten Gesetze** im geltenden Originaltext:
Reissner (Hrsg), Arbeitsrecht, Fassung vom 15. 2. 2021, FlexLex (erscheint zwei Mal jährlich)

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Arbeitgeber(in); Aktiengesellschaft
AK	Arbeiterkammer
AKG	Arbeiterkammergesetz 1992 BGBl 1991/626
allg	allgemein
AlVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz BGBl 1977/609
AN	Arbeitnehmer(in)
AngG	Angestelltengesetz BGBl 1921/292
APSG	Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz BGBl 1991/683
ARÄG 2000	Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 BGBl I 44
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbAbfG	Arbeiter-Abfertigungsgesetz BGBl 1979/107
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22
ARD	ARD-Betriebsdienst
ARG	Arbeitsruhegesetz BGBl 1983/144
Art	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz BGBl 1994/450
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz BGBl 1985/104
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz BGBl 1988/196
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl 1975/218
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz BGBl 1993/459
AZG	Arbeitszeitgesetz BGBl 1969/461
BAG	Berufsausbildungsgesetz BGBl 1969/142
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 1970/22
Bekl	Beklagter
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz BGBl I 2002/100
BPG	Betriebspensionsgesetz BGBl 1990/282
BR	Betriebsrat
BS-V	Bildschirmarbeitsverordnung BGBl II 1998/124
BSVG	Bauern-Sozialversicherungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	cirka
DG	Dienstgeber(in)
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz BGBl 1965/80
DN	Dienstnehmer(in)
DRdA	Das Recht der Arbeit
E	Entscheidung
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht. Rechtsvorschriften. Systematische Darstellungen. Entscheidungssammlung (Loseblatt-Slg), hrsg von <i>Oetker/Preis</i>
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz BGBl 1974/399
EG	Europäische Gemeinschaft(en)

EO	Exekutionsordnung RGBI 1896/79
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz BGBI I 2009/135
ESTG	Einkommensteuergesetz 1988 BGBI 400
etc	et cetera (und die übrigen)
EUR	Euro
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	und die folgende
ff	und die folgenden
FSVG	BG über die Sozialversicherung freiberuflich selbständig Erwerbstätiger BGBI 1978/624
G	Gesetz
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz BGBI 1979/108
gem	gemäß
GewO 1859	Gewerbeordnung 1859 RGBI 227
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBI 1978/560
Hrsg	Herausgeber
ieS	im engeren Sinn
idR	in der Regel
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz BGBI 1977/324
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne der (des)
iwS	im weiteren Sinn
KautSchG	Kautionsschutzgesetz BGBI 1937/229
Kfz	Kraftfahrzeug
Kl	Kläger(in)
KollV	Kollektivvertrag
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	litera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
MSchG	Mutterschutzgesetz BGBI 1979/221 (Wv)
nF	neue Fassung
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖGK	Österreichische Gesundheitskasse
PKG	Pensionskassengesetz BGBI 1990/281
Pkw	Personenkraftwagen
RdW	Recht der Wirtschaft

RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
s	siehe
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz (der EG)
sog	sogenannte, -r, -s
ua	unter anderem; und andere
udgl	und dergleichen
UrlG	BG betreffend die Vereinheitlichung des Urlaubsrechtes und die Einführung einer Pflegefreistellung BGBl 1976/390
usw	und so weiter
VBG	Vertragsbedienstetengesetz (des Bundes oder der Länder)
vgl	vergleiche
VKG	Väter-Karenzgesetz BGBl 1989/651
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Wv	Wiederverlautbarung
Z	Ziffer; Zahl
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZTG	Ziviltechnikergesetz 2019 BGBl 29

1. Arbeitsverhältnis – Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen

Im Folgenden soll geklärt werden, wer als **AN** anzusehen ist oder – gleichbedeutend – in einem **Arbeitsverhältnis** steht bzw auf Grund eines **Arbeitsvertrags** beschäftigt wird, für wen also das Arbeitsrecht von vornherein und mehr oder weniger zur Gänze gilt (vgl 1.1).

Danach sind Vertragstypen und Rechtsverhältnisse darzustellen, die ebenfalls als Grundlage für Arbeitsleistungen in Frage kommen (vgl 1.2). Für diese gilt das Arbeitsrecht im Allgemeinen nicht (im Detail dazu 1.3).

1.1 Arbeitsverhältnis (Arbeitnehmerbegriff)

Gem § 1151 ABGB entsteht ein Dienstvertrag, wenn jemand sich auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet. Aus dieser eher dürren gesetzlichen Vorgabe hat die Arbeitsrechtsdogmatik abgeleitet, dass sich ein AN iSd Arbeitsvertragsrechts durch **vier Wesensmerkmale** auszeichnet:

Erstens ist das Arbeitsverhältnis – die Begriffe „Arbeitsvertrag“ und „Dienstvertrag“ (ieS) sind im gegebenen Zusammenhang als Synonyma verwendbar – ein Dauerschuldverhältnis, das die Erbringung von Arbeitsleistungen zum Gegenstand hat. Dauerschuldverhältnisse **erlöschen** – anders als Zielschuldverhältnisse (vgl auch 1.2.1) – **nicht automatisch durch die Erfüllung**, es bedarf vielmehr eines eigenen Beendigungsaktes (zB Kündigung, Befristung).

Beispiel: Wird in eine als „Werkvertrag“ – dieser ist ein Zielschuldverhältnis (vgl 1.2.1) – titulierte Vereinbarung eine Beendigungsregelung (zB Kündigungsvorschriften) aufgenommen, so ist das ein Hinweis darauf, dass in Wirklichkeit ein Dauerschuldverhältnis und damit möglicherweise ein Arbeitsvertrag vorliegen könnte.

Zweitens besteht der Leistungsinhalt im Arbeitsverhältnis in **Diensten** („Dienstleistung“), also in Arbeit als solcher und nicht – wie beim Werkvertrag (vgl 1.2.1) – in einem von vornherein bestimmten Arbeitsprodukt.

Drittens beinhaltet das Arbeitsverhältnis eine sog **Bemühensverbindlichkeit**: Der AN schuldet seine Arbeitskraft, nicht einen bestimmten Arbeitserfolg. Dieser Aspekt darf nicht zu wörtlich genommen werden, es geht hier in erster Linie um die Abgrenzung zum Werkvertrag, der nur bei erfolgreicher Erstellung des Werks erfüllt wird. Auch der AN steht nämlich mehr oder weniger unter Erfolgsdruck: Bemüht er sich zwar, ist aber seine Arbeitsleistung von der Qualität her nicht ansprechend, so wird er mit der Kündigung durch den AG zu rechnen haben. Einen Vertragsbruch hingegen, der zur Entlassung durch den AG führen kann, begeht er dann, wenn er sich nicht einmal bemüht oder – anders gesprochen – seine Arbeitspflicht erheblich verletzt (§ 27 Z 4 AngG, § 82 lit f GewO 1859).

Kennzeichnend für ein Arbeitsverhältnis ist viertens die **persönliche Abhängigkeit** des AN. Dieser Aspekt ist vielschichtig und anhand mehrerer Elemente zu prüfen:

- Der AN ist **in fremde unternehmerische Strukturen eingegliedert**: Er ist an **Arbeitszeiten**, den **Arbeitsort** und die **Arbeitsabfolge** gebunden.

Die unter 1.2.1 und 1.2.2 beschriebenen Unternehmerverhältnisse beispielsweise ermöglichen es hingegen dem Arbeitenden, diese Umstände relativ frei zu bestimmen.

- Der AN unterliegt dem **Weisungsrecht** des AG. Er ist diesbezüglich der Kontrolle des AG unterworfen und diesem in gewisser Weise disziplinar verantwortlich.

Im Gegensatz zu den unter 1.2.1 und 1.2.2 beschriebenen Unternehmerverhältnissen beziehen sich Weisungen im Arbeitsverhältnis nicht bloß auf die Sache, sondern primär auf die Person des AN. Der Werkvertragsnehmer etwa erhält Weisungen betreffend die Wünsche des Auftraggebers über die Gestaltung des Werks, der AN hingegen wird angewiesen, Arbeit nach den Vorgaben des AG zu erbringen, sein persönliches Verhalten also in einer bestimmten Art und Weise auszurichten.

- Der AN ist im Allgemeinen zur **persönlichen Arbeitsleistung** verpflichtet (§ 1153 ABGB); er kann sich daher nicht vertreten lassen.

Diese Regel beschreibt ein Prinzip, von dem Ausnahmen möglich sind. Es ist somit denkbar, dass sich auch ein AN vertreten lassen kann, wenngleich dies typischerweise nur für einen Unternehmer der Fall ist.

<p>Beispiel:</p> <p>In einer mit „Werkvertrag“ überschriebenen Vereinbarung findet sich der Passus, dass sich der Werkvertragsnehmer jederzeit von einer beliebigen Person bei der Ausführung der Arbeit vertreten lassen kann. In Wahrheit findet allerdings niemals eine Vertretung statt.</p> <p>Ein ASG dürfte hier nicht nur am Wortlaut des schriftlichen Vertrags kleben, sondern müsste prüfen, wie das Rechtsverhältnis tatsächlich „gelebt“ wird. Stellt sich dabei heraus, dass die Übernahme der Arbeit durch eine andere Person im konkreten Fall nur nach Rücksprache bzw im Einvernehmen mit dem Vertragspartner möglich oder gar von vornherein unerwünscht ist, so ist daraus zu schließen, dass letztlich die für ein Arbeitsverhältnis typische persönliche Arbeitspflicht gegeben ist.</p> <p>Häufig kommt es auch vor, dass im schriftlichen Vertrag stehende Inhalte wie freies Vertretungsrecht oder Ablehnungsrecht tatsächlich nie praktiziert wurden. Der im schriftlichen Vertrag stehende Passus ist allerdings, wenn er nie gelebt wird, als nicht vereinbart zu qualifizieren.</p>

- Der AN ist auch insofern fremdbestimmt, als das **Ergebnis der Arbeit** dem AG zukommt und dieser idR die **Arbeitsmittel** zur Verfügung stellt.

Typischerweise lukriert der **AG** den **unternehmerischen Gewinn**, dafür muss er auch das **Unternehmerrisiko** tragen. Der **AN** erhält grundsätzlich – unbeschadet des Umstands, dass zB Gewinnbeteiligungen als Entlohnungsform möglich sind – keinen Anteil vom Erfolg des Unternehmens, es ist ihm allerdings **sozialer Schutz** – niedergelegt in den Bestimmungen des Arbeitsrechts – zu gewähren.

Im Allgemeinen hat der **AG** die **Verfügbarmacht über die Arbeitsmittel**, der **AN** gliedert sich in das Unternehmen des AG nicht zuletzt deshalb ein, weil er selbst keine diesbezüglichen Strukturen aufgebaut und in Verwendung hat. Hat der Arbeitende selbst Arbeitsmittel bereitzustellen, so spricht dies als ein Indiz gegen dessen Arbeitnehmereigenschaft.

Das gegenständliche Element der persönlichen Abhängigkeit macht augenfällig, dass der AN insofern auch **wirtschaftlich abhängig** ist, als er sich **in fremde unternehmerische Strukturen begeben** muss, um seine Arbeitsleistung erbringen zu können. Er wird dies idR deshalb machen, weil er das Arbeitsentgelt zum Unterhalt für sich und allfällige Unterhaltsberechtigte benötigt. Trotzdem darf der Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit nur im obigen Sinn, nicht aber als Lohnabhängigkeit verstanden werden, würde man doch sonst Personen, die in persönlicher Abhängigkeit arbeiten, ohne auf das Arbeitsentgelt angewiesen zu sein, aus dem Arbeitsrecht ausgrenzen. Eine derartige Vorgangsweise, die die arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit nicht abstrakt, sondern konkret nach der Bedürftigkeit bestimmt, würde zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen, könnte doch dann im Einzelfall argumentiert werden, dass eine Person dem Arbeitsrecht nicht unterliegt, weil sie das Arbeitsrecht „nicht braucht“.

- Den AN treffen **Treuepflichten** (zB Konkurrenzverbot, Geheimnisschutzpflicht), der **AG** ist an die **Fürsorgepflicht** gebunden und hat daher wichtige Rechtsgüter des AN zu schützen.

Dafür, dass dem AN sozialer Schutz gewährt wird, muss er Abstriche im Hinblick auf seine berufliche Entfaltungsfreiheit hinnehmen.

Beispiel: Wird einem als „freien DN“ bezeichneten Unternehmer vertraglich ein umfassendes Nebentätigkeitsverbot auferlegt, so kann dies seine Unternehmerposition als solche in Frage stellen, besteht diese doch in der Freiheit, sich auf einem Markt entfalten zu können. Es wird hier also ein Indiz geschaffen, welches für ein ASG in Richtung Arbeitnehmerstellung zu Buche schlägt.

- Als **Indizien** für das Bestehen von Arbeitnehmereigenschaft sind weiters die Anmeldung zur **Sozialversicherung der Unselbständigen** nach § 4 Abs 1 und 2 ASVG¹ (vgl dazu auch 1.4) und der **Lohnsteuerabzug** anzusehen.

¹ Zu beachten ist, dass ganz ausnahmsweise Selbständige nach ASVG, und zwar insb nach § 4 Abs 4 leg cit, sozialversichert sind (vgl auch 1.4).

Der sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmerbegriff (§ 4 Abs 2 ASVG; vgl auch 1.4) und die einkommensteuerrechtliche Umschreibung des Unselbständigen sind zwar dem Begriff des AN iSd Arbeits(vertrags)rechts sehr ähnlich, im Detail gibt es allerdings wegen der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und deren Zwecksetzung sowie auch infolge der unterschiedlichen höchstgerichtlichen Zuständigkeiten (OGH in Arbeitsrechtssachen, VwGH in Verwaltungssachen nach ASVG bzw im Bereich des EStG) Abweichungen. Die Sichtweise in den anderen Rechtsgebieten kann jedenfalls für das ASG nicht bindend sein, wenngleich die dort getroffene Entscheidung häufig eine Orientierungshilfe abgeben wird.

Ein (**qualitatives**) **Überwiegen der für das Arbeitsverhältnis typischen Elemente** gegenüber dagegen sprechenden Aspekten führt zur Anwendung des Arbeitsrechts, wobei der einzelne Faktor ein Indiz ist, das einmal stärker und einmal schwächer in Erscheinung tritt. Rechtstheoretisch betrachtet ist der Arbeitnehmerbegriff ein gesetzlich angeordnetes bewegliches System, bei dem der Tatbestand nicht nur dann erfüllt ist, wenn alle Tatbestandsmerkmale kumulativ gegeben sind, es vielmehr genügt, wenn einzelne Elemente entsprechend stark ausgeprägt sind, auch wenn andere Elemente fehlen.

Nur im Zweifel ist hierbei die **Bezeichnung des Vertrags** von Bedeutung („die falsche Bezeichnung schadet nicht“). Auch **unentgeltliche Arbeitsverhältnisse** sind – anders als unentgeltliche Werkverträge (vgl 1.2.1) – juristisch möglich (vgl § 1152 ABGB), wenngleich praktisch auf Grund insb in KollV enthaltener zwingender Entgeltvorschriften sehr selten (zB Praktikantenverhältnisse).

Das **Rechtsverhältnis** muss also **so beurteilt** werden, „**wie es gelebt wird**“, auch wenn im schriftlichen Vertrag anderes niedergelegt wurde. Das bedeutet auch, dass das Arbeitsrecht vom ASG im Falle von „Scheinselbständigkeit“ ohne Weiteres zu Grunde zu legen ist, auch wenn der AN vorerst mit seinem Status als „Selbständiger“ zufrieden war und erst dann seine Meinung ändert.

E 1) OGH 11. 10. 2007 8 ObA 49/07z – Berater
infas 2008 A 18

Sachverhalt: Zwischen einem Berater und seinem Vertragspartner werden seit 1991 hintereinander mehrere Verträge geschlossen, die alle als „Werkvertrag“ bezeichnet sind und auch so behandelt werden. Ab 1995 wird dem Berater wiederholt den Abschluss eines Arbeitsvertrags angeboten, der lehnt aber stets ab. Der Berater arbeitet genauso wie vergleichbare Angestellte des Unternehmers, ist in die betriebliche Hierarchie integriert, darf sich nicht vertreten lassen, ist weisungsgebunden, besitzt keine eigenen Betriebsmittel und hat Arbeitszeit und Urlaub den betrieblichen Erfordernissen anzupassen. Als der Unternehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten kommt und kein Honorar zahlt, tritt der Berater aus.

Der Berater beruft sich auf seine Arbeitnehmereigenschaft und begehrt das ausstehende Honorar, eine Kündigungsentschädigung und die Abfertigung. Der Bekl wendet ein, das Verhalten des Beraters sei rechtsmissbräuchlich und sittenwidrig. Die Arbeitnehmereigenschaft des Beraters wird in der Revision nicht mehr bestritten.

Leitsätze: Der AN stützt sich auf zwingende Arbeitsrechtsnormen (§ 23 AngG über die Abfertigung, § 29 AngG über die Kündigungsentschädigung, KollV), weshalb der AG nicht rechtsmissbräuchliches Verhalten einwenden kann. Die Berufung auf zwingende Arbeitsrechtsnormen kann nämlich weder rechtsmissbräuchlich noch sittenwidrig sein.

Da der AN rückwirkend arbeitsrechtliche Ansprüche geltend macht und vorher wie ein Selbständiger behandelt wurde, fällt die Entgeltabrede weg. Damit ist die ursprüngliche Äquivalenzvorstellung gestört, und die Parteien haben diesen Fall nicht bedacht. Diese Lücke ist durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen.

Das Höchstgericht hält hier fest, dass dem AN zwingendes Arbeitsrecht selbst dann nicht genommen werden kann, wenn er einer rechtswidrigen Gestaltung ausdrücklich und bewusst zustimmt. Ob dies auch für vertraglich verfügbare („abdingbare“) Bestimmungen des Arbeitsrechts gilt, bleibt offen. Hinsichtlich der Entgeltabrede wird allerdings auf den Umstand Bedacht genommen, dass die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Verpflichtungen beim AN anders verteilt sind als beim Selbständigen.

1.2 Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen

1.2.1 Werkvertrag

Ein Werkvertrag entsteht dann, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (§ 1151 ABGB). Aus dieser gesetzlichen Umschreibung werden vier wesentliche Elemente abgeleitet:

- Im Gegensatz zum Arbeitsvertrag ist der Werkvertrag ein **Zielschuldverhältnis** und erlischt daher mit der Erfüllung, ohne dass es dazu irgendeiner Willenserklärung bedarf (vgl auch 1.1).
- Inhaltlich gesehen enthält der Werkvertrag eine individualisierte und konkretisierte Leistung, das **Werk**. Ein Werk ist also in sich geschlossen, es ergibt sich zwar aus Arbeitsleistungen, diese sind aber bloß Mittel zum Zweck und gehen im Werk auf.
- Weiters ist für einen Werkvertrag kennzeichnend, dass der Auftragnehmer das Werk und damit einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet, Es kommt also auf das Ergebnis der Leistung an (**„Erfolgsverbindlichkeit“**), ein bloßes Bemühen wie beim Arbeitsvertrag (vgl 1.1) und beim freien Dienstvertrag (1.2.2) genügt nicht. Auch die Honorierung erfolgt dementsprechend weniger – wie typischerweise im Arbeitsvertrag – durch ein Fixum als vielmehr durch eine leistungsorientierte Abgeltung, den Werklohn. Der Auftragnehmer trägt das Unternehmerrisiko und leistet Gewähr für Mängel.
- Schließlich handelt es sich um eine selbständige Tätigkeit, die unter eigener Verantwortung durchzuführen ist; allfällige Weisungen sind nicht personen-, sondern sachbezogen. Auch sonst arbeitet der Werkunternehmer in **persönlicher Unabhängigkeit**: Er kann daher im Allgemeinen die Vertragserfüllung in seiner Zeiteinteilung vornehmen, sich vertreten lassen usw (vgl auch 1.1).

Problematisch wird die Abgrenzung des Werkvertrags vom Arbeitsvertrag mitunter bei **befristeten Arbeitsverhältnissen**, weil in gewissen Fällen die Befristung vom Erfolg

bestimmt ist. Ein Arbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit kann nicht nur durch einen kalendermäßig fixierten Termin, sondern auch durch einen objektiv feststellbaren, wenn auch vorerst kalendermäßig noch nicht ermittelbaren Zeitpunkt begrenzt werden (objektiv bestimmbare Befristung; vgl 2.2.1). In derartigen Fällen kann ein eintretender Erfolg auch ein Arbeitsverhältnis zum Erlöschen bringen, sodass dieses Abgrenzungskriterium unbrauchbar wird. Zur Unterscheidung des Arbeitsvertrags vom Werkvertrag muss daher auf die übrigen, das Arbeitsverhältnis charakterisierenden Merkmale zurückgegriffen werden. Überwiegen sie, dann ist Selbständigkeit iSd Werkvertrags nicht gegeben, und es liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor.

1.2.2 Freier Dienstvertrag

Es handelt sich um ein **Dauerschuldverhältnis ohne** (bzw ohne ausreichende) **persönliche Abhängigkeit** des Arbeitenden, in welchem **Dienste** iS einer **Bemühensverbindlichkeit** geschuldet werden. Der Dienstleister ist einerseits in einer juristisch auf Dauer angelegten Beziehung zum Auftraggeber, ist dabei jedoch – anders als der AN – weitgehend frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens. Es besteht daher keine oder wenig Bindung an Arbeitszeit, Arbeitsort etc (vgl auch 1.1). Diese Umschreibung stellt – wie auch jene des AN – einen Typusbegriff dar, dessen Elemente mehr oder weniger stark ausgeprägt sein können und im konkreten Fall geprüft werden müssen (zur Beurteilungsstrategie vgl 1.1).

Beispiele für freie Dienstverträge sind die Rechtsverhältnisse der „Freiberufler“, also von Ärzten, Ziviltechnikern, Steuerberatern und Rechtsanwälten gegenüber ihren Klienten. Weiters vorgekommen sind Betriebsärzte oder Tierärzte als Vieh- und Fleischbeschauer. Zur Abgrenzung vom Werkvertrag, der insb bei Ziviltechnikern denkbar ist, muss geschaut werden, ob ein einmaliges, in sich geschlossenes Werk oder eine Dauerleistung, bestehend aus einem Bündel von Einzelleistungen, geschuldet ist.

Außerhalb der freien Berufe werden seit jeher zB (selbständige) Vertreter, Stundenbuchhalter, Heimarbeiter, („echte“) freie Mitarbeiter in der Medienbranche und Mitglieder von Organen juristischer Personen arbeitsrechtlich als freie DN qualifiziert.

E 2) OGH 8. 7. 1999 8 ObA 26/99b – Tätigkeit zu Hause
ARD 5121/9/2000

Die Verrichtung von Schreibarbeiten zu Hause sowie ein eingeschränktes Recht, sich vertreten zu lassen, verhindern die Arbeitnehmereigenschaft nicht, wenn ansonsten die Merkmale persönlicher Abhängigkeit – in concreto Anwesenheitspflicht, Weisungsgebundenheit, Verwendung von Arbeitsmitteln des AG – stark ausgeprägt sind und im Ergebnis überwiegen.

Analog zu differenzieren ist bei den Formen der sog Telearbeit („Homeoffice“).

Aus der Praxis: Der freie Dienstvertrag wurde immer als ein Rechtsinstitut angesehen, welches Basis für die Erbringung qualifizierter bzw spezialisierter Arbeiten sein kann. Es ist daher mE fürs Erste Skepsis angebracht, wenn zB Tätigkeiten in der Gastronomie („Kellnerpool“), in einem Callcenter oder als Zeitungsausträger bzw -kolporteur als freie Mitarbeiterverhältnisse ausgewiesen werden. Beim Kellner ist es schon von der Struktur der nach dem typischen Berufsbild geschuldeten Arbeit her so, dass diese angesichts der strikten Vorgaben bei der Ausübung der Tätigkeit kaum „frei“ erbracht werden kann. In ähnlicher Weise ist es beinahe denkunmöglich, etwa Sekretariatsarbeiten in einem Werkvertrag zu erbringen.

Für das Architektur- bzw Zivilingenieurbüro würden derartige Erwägungen bedeuten, dass es schwierig sein könnte, gerade die relativ wenig qualifizierten Mitarbeiter, die für die Ausführung ihrer Arbeit entsprechend viele Vorgaben benötigen (zB im Büro arbeitende Studierende), als freie DN auszuweisen.

Zu bedenken ist auch, dass derartige „freie DN“ – abgesehen vom Arbeitsrecht, das hier aber möglicherweise verletzt wird – im Sozialversicherungsrecht (vgl § 4 Abs 4 ASVG; dazu 1.4) und im Finanzrecht ohnehin nicht „günstiger“ kommen.

1.2.3 Familienhafte Mitarbeit

Werden im Familienverband oder in einer Lebensgemeinschaft Arbeiten geleistet, sind für die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, die allgemeinen Kriterien der **persönlichen Abhängigkeit** heranzuziehen (vgl 1.1). **Im Zweifel** ist allerdings **nicht** von **Arbeitnehmereigenschaft** auszugehen, sodass derjenige, der sich auf eine solche berufen will, dies entsprechend erhärten muss. Besteht ein ausdrücklicher Arbeitsvertrag, so ist insb dessen Ernstlichkeit zu prüfen.

E 3) OGH 16. 10. 1997 8 ObS 156/97t – Fremdvergleich
ARD 4924/13/98

Hält das Arbeitsverhältnis eines Angehörigen des Mehrheitsgesellschafters einer GmbH einem Fremdvergleich stand – findet also eine Entlohnung statt, wie sie bei vergleichbaren Arbeitsverhältnissen üblich ist –, so kann weder aus dem Umstand der Übernahme einer Bürgschaft noch aus dem vorübergehenden „Stehenlassen“ von fälligem Entgelt zwingend auf das Vorliegen von Familienmitarbeit geschlossen werden.

Es liegt Arbeitnehmereigenschaft vor, die Berufung auf arbeitsrechtliche Vorschriften erfolgt zu Recht.

Bei der Arbeitsleistung eines **Ehegatten** im Betrieb des anderen Ehegatten ist zu unterscheiden, ob diese im Rahmen der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, insb der Beistandspflicht, oder im Rahmen eines Vertrags (Arbeitsvertrag, Werkvertrag, freier Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag) erfolgt. Gem § 90 Satz 2 ABGB hat der Ehegatte im Erwerb des anderen mitzuwirken, soweit ihm dies zumutbar, nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich und nichts anderes vereinbart ist (sog **Beistandspflicht**). § 98 ABGB räumt dem mitarbeitenden Ehegatten einen Anspruch auf angemessene, nach Art und Dauer der Leistungen sowie den Lebensumständen zu bestimmende Abgeltung dieser Mitwirkung ein, gleichgültig, ob sich diese im Rahmen des § 90 ABGB hält – der Ehegatte also dazu verpflichtet ist – oder über den Rahmen der Beistandspflicht hinausgeht. Durch diese Art der Mitwirkung entsteht zwischen den Ehegatten **kein Arbeitsverhältnis**. Ansprüche aus dieser familienrechtlichen Beziehung **verjähren** gem § 1486a ABGB **sechs Jahre** nach Ende des Monats, in dem die Leistung erbracht wurde.

Haben jedoch die Ehegatten die Mitwirkung im Erwerb des anderen auf eine **vertragliche Grundlage** (s oben) gestellt, so gelten gem § 100 ABGB die vertraglichen Bestimmungen. Im Allgemeinen schließt eine derartige vertragliche Regelung die Anwendung des § 98 ABGB aus. Bei **Arbeitsverhältnissen**, also bei auf Dauer angelegter Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit is einer Bemühensverbindlichkeit (vgl 1.1), spielt die Bestimmung mittelbar insofern eine Rolle, als sich die Ansprüche zwar **grundsätzlich** nach dem **Arbeitsvertrag** richten, dem mitarbeitenden Ehegatten jedoch **mindestens** das zukommen muss, worauf er gem **§ 98 ABGB** Anspruch hätte. Arbeitsrechtliche Entgeltansprüche **verjähren** gem § 1486 Z 5 ABGB binnen **drei Jahren** ab Fälligkeit, eine Verkürzung dieser Frist ist in gewissen Ausmaß möglich (vgl 3.3; zur sozialversicherungsrechtlichen Behandlung der Thematik s 1.4.).

Die skizzierten Grundsätze gelten in gleicher Weise im Falle einer **eingetragenen Partnerschaft** (vgl §§ 8 Abs 2, 11 EPG).

1.3 Auf Nicht-AN anzuwendendes Arbeitsrecht

Zu fragen ist, ob und inwieweit Arbeitsrecht für freie Mitarbeiter bzw – allgemein gesprochen – für Nicht-AN, die Arbeit leisten, maßgeblich ist. Als **Grundsatz** ist festzuhalten, dass für **außerhalb des Arbeitnehmerbegriffs stehende Personen keinerlei arbeitsrechtlicher Schutz** vorgesehen ist.

Eine ausnahmsweise Anwendbarkeit kann sich **kraft G** ergeben. Hier ist einerseits auf das traditionelle Rechtsinstitut der Arbeitnehmerähnlichkeit einzugehen (vgl 1.3.1), andererseits sind unmittelbar anwendbare Gesetzesregeln und die Judikatur zur analogen Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften auf den freien Dienstvertrag zu analysieren (vgl 1.3.2).

Weiters können arbeitsrechtliche Regelungen pauschal oder in Teilen **durch Vertrag** für maßgeblich erklärt werden. Eine zwingende Wirkung von Arbeitsrecht kann dies naturgemäß nicht nach sich ziehen. Kollektive Rechtsquellen des Arbeitsrechts wie insb der KollV haben niemals die Kompetenz, ihren Geltungsbereich mit normativer Wirkung auf freie Mitarbeiterverhältnisse zu erweitern.

1.3.1 Arbeitnehmerähnlichkeit

Als arbeitnehmerähnlich ist eine Person anzusehen, die, **ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen**, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leistet und diesbezüglich **wirtschaftlich unselbständig** ist. Es handelt sich um eine Art Mittelstellung zwischen AN und Unternehmer, bei der zwar rechtlich Selbständigkeit, wirtschaftlich aber Unselbständigkeit vorliegt. Der Verpflichtete ist bezüglich der ausgeübten Beschäftigung in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Minimum beschränkt, seine

Unternehmensstruktur ist – falls überhaupt vorhanden – völlig von den wirtschaftlichen Beziehungen zu einem oder sehr wenigen Auftraggebern geprägt.

Typische **Beispiele** sind Tankstellenpächter, EDV-Betreuer, gewisse Heimarbeiter, Franchisenehmer, die wirtschaftlich betrachtet nicht von Filialleitern zu unterscheiden sind, sowie (selbständige) Vertreter, die nur für einen oder für sehr wenige Auftraggeber arbeiten.

Aus der Praxis: Als arbeitnehmerähnliche Personen können allgemein gesprochen diverse freie DN oder Werkvertragsnehmer qualifiziert werden, die mehr oder weniger nur für einen Vertragspartner arbeiten und dabei kaum eigene unternehmerische Struktur haben. Letzteres zeigt sich bei Architektur- und Zivilingenieurbüros insb darin, dass die arbeitende Person die Büroinfrastruktur benützen darf oder zwangsläufig benützen muss.

Auf arbeitnehmerähnliche Personen **finden (einige wenige) Teile des Arbeitsrechts**

Anwendung:

- Gem § 51 Abs 3 Z 2 ASGG sind sie prozessual den AN gleichgestellt, können also das **ASG** mit seinen verfahrensrechtlichen Erleichterungen in Anspruch nehmen.
- Weiters erstreckt sich der Geltungsbereich des **DHG** (vgl § 1 Abs 1) auch auf arbeitnehmerähnliche Personen. Das bedeutet Haftungserleichterungen in Schadensfällen.
- Auch vom Gleichbehandlungsrecht werden arbeitnehmerähnliche Personen erfasst (§§ 1 Abs 3, 16 Abs 3 GIBG, § 7a Abs 2 Z 3 und 4 BEinstG).
- Das **KautSchG** (grundsätzliches Verbot der Leistung von Kapitaleinlagen in das Unternehmen des Arbeit- bzw Auftraggebers) sowie das **Judikat 33 neu**² betreffend die Rückforderungssperre bei gutgläubigem Verbrauch von Überbezügen werden von der Rechtsprechung auf die Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen erweitert.

² OGH 23. 4. 1929 Arb 3893.

- Zwecks Vorbeugung von Umgehungsversuchen umfassen die Geltungsbereiche von **AÜG** (vgl §§ 1 Abs 1, 3 Abs 4) sowie **AuslBG** (vgl § 2 Abs 2 lit b) auch die arbeitnehmerähnlichen Personen.

1.3.2 Unmittelbare bzw analoge Anwendung von Arbeitsrecht auf den freien Dienstvertrag

Problematisch ist, dass der freie Dienstvertrag weder im allgemeinen Zivilrecht noch im Arbeitsrecht geregelt ist, er wird nur ausnahmsweise und nebenbei erwähnt (im Zusammenhang mit der Dienstzettelpflicht beispielsweise in § 1164a ABGB; dazu gleich unten). Es stellt sich die Frage, **welches Recht für den freien Dienstvertrag** herangezogen werden kann.

Es gibt aus jüngerer Zeit einige punktuelle Erwähnungen des freien Dienstvertrags im Arbeitsrecht:

- Liegt ein freies Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 4 ASVG vor (dazu 1.4), so hat gem § 1164a ABGB der DG dem freien DN unverzüglich nach dessen Beginn eine schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem freien Dienstvertrag (**Dienstzettel**) auszuhändigen (allg zur Dienstzettelpflicht 2.1). Die Mindestinhalte dieses Dienstzettels sind in § 1164a ABGB genau umschrieben.
- Gem § 1 IESG sind auch freie DN iSd § 4 Abs 4 ASVG in das IESG einbezogen. Es steht ihnen **Insolvenz-Entgelt** nach diesem G für offen gebliebene Forderungen aus dem freien Dienstverhältnis zu, wenn ihr Auftraggeber insolvent wird bzw auf seiner Seite ein gleichgestellter (Insolvenz-)Tatbestand iSd § 1 IESG vorliegt. Nach IESG – dieses ist an sich ein Sozialversicherungsgesetz – besteht auch eine Beitragspflicht zum Insolvenz-Entgelt-Fonds.
- Freie DN iSd § 4 Abs 4 ASVG sind gem § 1a BMSVG in die betriebliche Mitarbeitervorsorge nach BMSVG („**Abfertigung neu**“) einbezogen (dazu allg 3.4.1). Der Vertragspartner hat 1,53 % des Bruttoentgelts gemeinsam mit den Sozialversicherungsbeiträgen an den zuständigen Träger der Krankenversicherung (zB

ÖGK) abzuführen, diese leitet den Beitrag an die Betriebliche Vorsorgekasse weiter. Bei Beendigung des freien Dienstverhältnisses gebührt eine Abfertigung nach BMSVG, über die der freie DN auf verschiedene Arten verfügen kann.

- Freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG sind **Mitglieder der Arbeiterkammern** nach AKG. Die AK haben diesen Personen daher ua wie AN Rechtsschutz zu gewähren.

Darüber hinaus ist Arbeitsrecht auf den freien Dienstvertrag grundsätzlich nicht anzuwenden. Die Judikatur hat diesbezüglich gewisse Ausnahmen konstituiert:

E 4) OGH 26. 3. 1997 9 ObA 54/97z – Sozial Schwächerer
DRdA 1998, 36 (*Mazal*)

Auf den freien Dienstvertrag sind jene arbeitsrechtlichen Normen anwendbar, die nicht von einer persönlichen Abhängigkeit ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen.

Es sind daher die Bestimmungen des ABGB über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf freie Dienstverträge analog anwendbar, nicht aber die Bestimmungen des UrlG oder des AZG.

Das bedeutet, dass alle Bestimmungen des Arbeitsrechts, die soziale Schutzziele zu Gunsten des AN verfolgen – dies ist die große Mehrzahl (zB Urlaubsrecht, Arbeitszeitrecht, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, allgemeiner Kündigungsschutz, Abfertigung etc) –, für den freien Dienstvertrag nicht in Frage kommen. Weiters nicht in Frage kommen Inhalte von KollV (zB Mindestentgeltvorschriften, 13. und 14. Monatsgehalt; vgl schon 1.3).

Analog anzuwenden sind nur jene Normen, die **technische Fragen der Abwicklung des Dauerschuldverhältnisses** namens freier Dienstvertrag betreffen. Derartige Vorschriften ergeben sich zum Teil schon per Rechtsanalogie aus den einzelnen Regelungen des ABGB zu diversen Dauerschuldverhältnissen (zB die Regel, wonach sich Befristung und Kündigung ausschließen), darüber hinaus sind die **Beendigungsvorschriften des Dienstvertragsrechts des ABGB** (26. Hauptstück; §§ 1151 ff leg cit) heranzuziehen. Daraus folgt, dass zB Kündigungsfristen des ABGB relevant sind. Weiters heißt das, dass dem freien DN im Falle rechtswidriger Lösung durch den Vertragspartner eine Kündigungsentschädigung (§ 1162b ABGB) gebührt.

Weiters sind auch andere Grundsätze des ABGB verwendbar, so etwa § 1152 ABGB über die mangels Entgeltfestlegung vorzunehmende Zugrundelegung eines **angemessenen Entgelts** oder § 1155 ABGB über die **Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderungen auf Seiten des DG**.

Treuepflichten und Fürsorgepflicht sind im Grunde Rechtsinstitute des allgemeinen Zivilrechts, nämlich **Interessenwahrungs- bzw Sorgfaltspflichten**. Daraus ist mE abzuleiten, dass zB Inhalte des ASchG (zB hinsichtlich Bildschirmarbeit, Nichtraucherchutz, Sicherheit von Maschinen und Arbeitsstoffen) auch zur Vertragspflicht des Auftraggebers von freien Mitarbeitern wird.

Die arbeitsrechtlichen Regeln über die **betriebliche Übung** werden auf die allgmein-zivilrechtliche Vorschrift des § 863 ABGB gestützt. Es ist somit keineswegs ausgeschlossen, dass sich betriebliche Übungen auch auf freie Mitarbeiter beziehen können.

1.4 Sozialversicherungsrechtliche Einordnung

Auszugehen ist von der Umschreibung des vollversicherten, dh in der Unfall-, Kranken- und Pensionsversicherung versicherten Personenkreises in § 4 ASVG:

- **§ 4 Abs 1 Z 1 ASVG** nennt die **DN**, das sind gem § 4 Abs 2 ASVG Personen, die in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt werden.

Der **Dienstnehmerbegriff des § 4 Abs 2 ASVG** entspricht im Wesentlichen dem Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts, insb ist der Passus „wirtschaftliche Abhängigkeit“ als Teilaspekt der persönlichen Abhängigkeit aufzufassen (vgl 1.1). Zu beachten ist, dass der sozialversicherungsrechtliche Terminus Entgeltlichkeit voraussetzt und auch die bloße Eingliederung, dh beispielsweise ohne gültigen Vertrag wie bei illegal beschäftigten Ausländern, für das Vorliegen von Dienstnehmereigenschaft genügen lässt.

- In **§ 4 Abs 1 Z 2 bis 14 ASVG** werden weitere Personengruppen aufgezählt, so etwa Lehrlinge oder gewisse Praktikanten.

Im Fall der Lehrlinge ist die Hervorhebung deklarativ, sind diese doch jedenfalls als AN zu qualifizieren. Praktikanten können, müssen aber nicht von vornherein AN sein.

- Gem **§ 4 Abs 2 letzter Satz ASVG** gilt als AN jedenfalls auch derjenige, der nach § 47 Abs 1 und 2 EStG **lohnsteuerpflichtig** ist.

Mit dieser Bestimmung knüpft das ASVG an die Unselbständigkeit im steuerrechtlichen Sinn an. Es ist nicht ausgeschlossen, dass damit Personen ins ASVG einbezogen werden, die arbeitsrechtlich nicht als AN anzusehen sind (und auch nach § 4 Abs 2 Satz 1 ASVG nicht DN wären).

- Der gegenüber den bisher genannten Bestimmungen subsidiäre **§ 4 Abs 4 ASVG** wiederum stellt den DN Personen gleich, die sich auf Grund **freier Dienstverträge** gegenüber gewissen Auftraggebern verpflichten, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die **Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen** und über **keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel** verfügen, sofern sie ua nicht schon anderweitig (insb nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG, § 2 Abs 3 BSVG, § 2 Abs 1 und 2 FSVG) versichert sind.

Diese „dienstnehmerähnlichen“ freien DN (nicht aber zB Werkvertragsnehmer) werden nach dieser Bestimmung trotz nach § 4 Abs 2 ASVG und in aller Regel auch nach Arbeitsrecht gegebener Unternehmerstellung in die Sozialversicherung der unselbständig Erwerbstätigen, also ins ASVG, einbezogen.

Sie erhalten dort die gleichen Leistungen wie DN iSd § 4 Abs 2 ASVG, etwa auch das Krankengeld als Geldleistung der gesetzlichen Krankenversicherung. Zudem sind freie DN iSd § 4 Abs 4 ASVG arbeitslosenversichert (§ 1 Abs 8 AIVG). Angesichts dieses Leistungskatalogs sind auch die Beitragsbelastungen gleich wie bei (vollversicherten) DN iSd § 4 Abs 2 ASVG. Das Melde- und Beitragswesen entspricht naturgemäß auch jenem für „echte“ DN.

Wird Arbeit nur in einem geringen Ausmaß, aber persönlich abhängig oder als „dienstnehmerähnlicher“ freier DN (§ 4 Abs 2 oder 4 ASVG) erbracht, so liegt **geringfügige Beschäftigung** gem § 5 Abs 1 Z 2 ASVG vor (monatliche Geringfügigkeitsgrenze 2021: EUR 475, 86), was zur Teil(pflicht)versicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung führt. Die betreffende Person ist bei der ÖGK anzumelden. Sie hat die Möglichkeit der **Selbstversicherung** in der Kranken- und Pensionsversicherung nach ASVG gem § 19a ASVG (Kosten 2021: EUR 67,18 monatlich).

1.4.1 Exkurs: GSVG

- Nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG sind in der Selbständigensozialversicherung nach diesem G die „Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft“ erfasst. Die gesetzliche Mitgliedschaft zu den Wirtschaftskammern setzt wiederum am Erfordernis einer Gewerbeberechtigung für die jeweilige unternehmerische Tätigkeit an.
- Nach § 2 Abs 1 Z 2 GSVG versichert sind die Gesellschafter einer OG sowie die unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer KG, sofern diese Gesellschaften Mitglieder einer Wirtschaftskammer sind.
- Gem § 2 Abs 1 Z 3 GSVG wird von diesem G weiters der **Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH** erfasst, sofern die GmbH Wirtschaftskammermitglied ist und die Person nicht bereits nach § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG als DN (vgl 1.4) versichert ist.
- Neben diesen „alten Selbständigen“ werden sog **neue Selbständige** unabhängig von ihren Vertragsgestaltungen (Werkvertrag, freier Dienstvertrag) und – dies war nach traditioneller Konzeption ein entscheidendes Hindernis – unabhängig von einer Wirtschaftskammermitgliedschaft in das GSVG einbezogen:

§ 2 Abs 1 Z 4 GSVG definiert diese Personen als „selbständig Erwerbstätige, die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte iSd §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 EStG erzielen, wenn auf Grund dieser Tätigkeit nicht bereits eine andere Pflichtversicherung in entsprechenden Versicherungszweigen eingetreten ist“.

Die Versicherungspflicht ist von der **Höhe des Einkommens** abhängig: Ist die selbständige Tätigkeit die einzige Erwerbsquelle, tritt Versicherungspflicht bei einem jährlichen Einkommen von EUR 5.710, 32 ein (§ 4 Abs 1 Z 5 GSVG, Wert 2021).

2. Abschluss des Arbeitsvertrags

Wie jeder Vertrag kommt der **Arbeitsvertrag** durch **übereinstimmende Willenserklärungen** der beiden Vertragspartner (Angebot und Annahme; vgl § 861 ABGB) zustande. In diesem Zusammenhang gelten grundsätzlich die allgemein-zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 859 ff ABGB.

Willenserklärungen können nicht nur **ausdrücklich**, sondern auch **konkludent** insofern erfolgen, als sich ein Teil so verhält, dass der andere Teil keinen vernünftigen Grund zu zweifeln daran übrig hat, dass eine vertragliche Bindung gewollt wird (vgl § 863 ABGB; zur betrieblichen Übung vgl 3.2.1).

Der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist im Allgemeinen an **keine bestimmte Form** gebunden. Der Vertragsabschluss kann daher mündlich, schriftlich oder durch schlüssige Handlungen erfolgen (zur Dienstzettelpflicht s 2.1). Nur in einigen SonderG sind Formvorschriften für Arbeitsverträge vorgesehen, so etwa in § 12 Abs 1 BAG für Lehrverträge.

Die Vertragsparteien können auch eine bestimmte Form wählen. Liegt ein solcher **vereinbarter Formvorbehalt** vor, dann wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen (§ 884 ABGB). Von der vereinbarten Form können die Parteien allerdings jederzeit einvernehmlich, und zwar auch gem § 863 ABGB konkludent, wieder abgehen.

Bestimmte Klauseln in Arbeitsverträgen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der **Schriftform**. Dies gilt zB für Ausbildungskostenklauseln (§ 2d Abs 2 AVRAG; vgl 4.), für die Homeoffice-Vereinbarung (dazu 7.3), für Kautionsbestellungen zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen gegen den AN (§ 1 Abs 2 KautSchG) und die Überlassung künftiger Dienstleistungen an den AG (§ 7 Abs 1 PatG).

Willenserklärungen müssen gem § 869 ABGB frei, ernstlich, bestimmt und verständlich sein. Die Bindung an einen Vertragsschluss ist bekämpfbar, wenn Willensmängel, zB ein aufgreifbarer Irrtum (§§ 871 ff ABGB) oder List bzw Zwang (§ 870

ABGB), gegeben sind. Weitere Willensmängel sind die fehlende Geschäftsfähigkeit und die Gesetz- bzw Sittenwidrigkeit eines Vertrags.

2.1 Dienstzettel

Rechtliche Basis des Arbeitsverhältnisses ist der **Arbeitsvertrag**. Für diesen sind im Allgemeinen keine Formvorschriften vorgesehen (vgl 2.).

Unter **Dienstzettel** ist eine **schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag** zu verstehen. Das Dienstzettelrecht ist unionsrechtlich vorgegeben.

Der AG hat dem AN die schriftliche Aufzeichnung gem § 2 Abs 1 AVRAG unverzüglich nach Beginn des Arbeitsverhältnisses auszuhändigen. Die für den Dienstzettel jedenfalls vorgeschriebenen Inhalte – diese sind **Mindestinhalte**, zumal alle „wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag“ wiederzugeben sind – ergeben sich aus § 2 Abs 2, 3 und 5 AVRAG.

Im Allgemeinen sind die Mindestinhalte gem § 2 Abs 2 AVRAG maßgeblich (zur Verweisungsmöglichkeit vgl § 2 Abs 5 AVRAG). Diese sind:

- Name und Anschrift des AG (§ 2 Abs 2 Z 1 AVRAG)
- Name und Anschrift des AN (Z 2 leg cit)
- Beginn des Arbeitsverhältnisses (Z 3)
- bei Arbeitsverhältnissen auf bestimmte Zeit das Ende des Arbeitsverhältnisses (Z 4)
- Dauer der Kündigungsfrist, Kündigungstermin (Z 5)
- gewöhnlicher Arbeits(Einsatz)ort, erforderlichenfalls Hinweis auf wechselnde Arbeits(Einsatz)orte (Z 6)
- allfällige Einstufung in ein generelles Schema (Z 7)
- vorgesehene Verwendung (Z 8)
- betragsmäßige Höhe des Grundgehalts oder -lohns, weitere Entgeltbestandteile wie zB Sonderzahlungen, Fälligkeit des Entgelts (Z 9)
- Ausmaß des jährlichen Erholungsurlaubes (Z 10)

- vereinbarte tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit des AN (vgl Z 11)
- Bezeichnung der auf den Arbeitsvertrag allenfalls anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung und Hinweis auf den Raum im Betrieb, in dem diese zur Einsichtnahme aufliegen (vgl Z 12)
- Name und Anschrift der Betrieblichen Vorsorgekasse bzw Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (vgl Z 13).

Ein **Dienstzettel** muss ua dann **nicht ausgestellt** werden, wenn ein **schriftlicher Arbeitsvertrag alle nach Dienstzettelrecht notwendigen Angaben** enthält (vgl § 2 Abs 4 AVRAG, insb Z 2).

Schon aus der oben wiedergegebenen Definition des § 2 Abs 1 AVRAG sowie auch aus § 2 Abs 4 Z 2 AVRAG ist zu ersehen, dass der **Dienstzettel** als deklaratorisches Schriftstück dem konstitutiv das Arbeitsverhältnis begründenden **Arbeitsvertrag gegenüberzustellen** ist. Der Dienstzettel ist etwas „Faktisches“, das vom rechtlichen Phänomen des Arbeitsvertrags, der aus übereinstimmenden Willenserklärungen, mit denen Rechtsfolgen herbeigeführt werden sollen, besteht, zu unterscheiden ist.

Ob im konkreten Fall von einem (schriftlichen) Arbeitsvertrag oder bloß von einem Dienstzettel die Rede sein kann, ist ausgehend von diesen allgemeinen Überlegungen zu beurteilen. In der Praxis hilfreich kann dabei eine ausdrückliche Bezeichnung des Schriftstückes sein. Für eine (Arbeits-)Vertragsurkunde spricht, wenn beide Vertragspartner mindestens eine Ausfertigung unterschreiben oder jede Partei ein vom anderen Teil unterschriebenes Exemplar erhält (vgl auch § 886 ABGB). Wird mit der Unterschrift allerdings bloß die Entgegennahme einer einschlägigen Aufzeichnung bestätigt, liegt ein Dienstzettel vor. Als Aufzeichnung des AG bedarf der Dienstzettel ja grundsätzlich keiner Unterfertigung durch den AN.

Der **Inhalt des Dienstzettels** kann trotz Anpassungsverpflichtung (§ 2 Abs 6 AVRAG) des AG **von jenem des Arbeitsvertrags abweichen**. Maßgeblich ist naturgemäß die im Arbeitsvertrag (allenfalls auch mündlich oder konkludent) statuierte Situation.

Aus der Praxis:	Es ist aus der Sicht des AG zu empfehlen, anstelle von Dienstzetteln schriftliche Arbeitsverträge mit allen nach Dienstzettelrecht notwendigen Inhalten zu verwenden (vgl dazu den Musterdienstvertrag
------------------------	--

für Angestellte bei Ziviltechnikern/Ziviltechnikerinnen, abrufbar unter www.arching.at). Derartige Arbeitsverträge haben höheren Beweiswert, außerdem wird die Doppelgleisigkeit (mündlicher) Vertrag – Dienstzettel vermieden.

2.2 Befristete Arbeitsverhältnisse

Das befristete Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf der Zeit, für das es eingegangen wurde. Das Arbeitsverhältnis erlischt also, ohne dass es irgendeiner Erklärung der Parteien bedarf.

Im Gegensatz zur Situation im Falle einer **Bedingung** ist es bei einer Befristung immer sicher, dass der in Aussicht genommene Endzeitpunkt eintreten wird. Reine, völlig unsichere (auflösende) Zufallsbedingungen sind im Arbeitsrecht unzulässig, Willensbedingungen, sofern nicht inhaltlich sittenwidrig, sowie zeitlich eng eingrenzbar Zufallsbedingungen sind möglich.

2.2.1 Arten der Befristung

Die Befristung kann **kalendermäßig** fixiert sein, dh der Endtermin wird als Datum in die Vereinbarung aufgenommen. Zulässig ist auch eine Befristung, die an ein **objektiv bestimmbares** Ereignis, das der willkürlichen Beeinflussung durch die Vertragspartner entzogen ist, anknüpft, zB

- für die Zeit der Bilanzarbeiten,
- für die Dauer eines Projekts,
- bis zur Beendigung der Abwesenheit (zB Karenz) eines Mitarbeiters,
- für die Dauer der Saison,
- bis zum Tod einer Person.

Aus der Praxis: Es ist auch möglich, eine objektiv bestimmbare mit einer kalendermäßigen Befristung zu kombinieren. Also etwa: „Das Arbeitsverhältnis wird für die Zeit der Elternkarenz der Mitarbeiterin X, längstens jedoch bis zum 31. 12. 2021 abgeschlossen“.

Wird nach Ablauf der Befristung weitergearbeitet, ohne dass eine weitere zeitliche Begrenzung vereinbart wurde, ist dies als durchgehendes Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit anzusehen.

2.2.2 Rechtliche Schranken für Befristungsklauseln

Einige Schranken finden sich in Sondergesetzen, andere ergeben sich aus allgemeinen zivilrechtlichen Überlegungen:

2.2.2.1 MSchG

§ 10a MSchG sieht zwar kein Verbot der Befristung an sich vor, ordnet aber eine **Ablaufhemmung** an, wenn die Befristung nicht sachlich gerechtfertigt werden kann: Der Ablauf eines auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses wird von der Meldung der Schwangerschaft **bis zum Beginn des absoluten Beschäftigungsverbotes** (§ 3 Abs 1 MSchG) gehemmt.

Die **Hemmung** tritt **nicht** ein, wenn die **Befristung gesetzlich vorgesehen** (zB Lehrverhältnis) oder **aus sachlich gerechtfertigten Gründen** erfolgt ist, so etwa, wenn sie im Interesse der AN liegt oder das Dienstverhältnis für die Dauer der Vertretung eines abwesenden Mitarbeiters, zu Ausbildungszwecken, zur Erprobung oder für die Dauer der Saison abgeschlossen wurde.

E 5) OGH 28. 2. 2001 9 ObA 326/00g – Regalbetreuerin
ARD 5259/14/2001

Wird eine Verkäuferin zunächst an der Kasse und schließlich in der Milchprodukteabteilung eingesetzt, wo sie für die Bestellungen, die ordentliche Verräumung der Lieferungen sowie das Achten auf Ablaufdaten zuständig war, ist keine sachliche Rechtfertigung einer die Probezeit übersteigenden Befristung iSd § 10a MSchG gegeben. Ob die AN die für derartige Tätigkeiten erforderlichen Fähigkeiten mitbringt, kann durch Erprobung während der Probezeit mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden.

E 5 bringt eine Klarstellung zum Verständnis des § 10a MSchG im Bereich des Einzelhandels. Zum Grund der „notwendigen Erprobung“ wird gesagt, dass bei den einfachen Arbeiten einer „Regalbetreuerin“ ein Testen der AN über den gesetzlich ermöglichten Probemonat (vgl 2.3) hinaus in aller Regel nicht erforderlich ist. Anders kann dies bei qualifizierteren Tätigkeiten (zB Technikerinnen) zu sehen sein.

2.2.2.2 Kettenarbeitsvertrag

Kettenarbeitsverträge, also **Aneinanderreihungen mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse**, sind sozialpolitisch **problematisch**: Befristete Arbeitsverhältnisse enden durch Zeitablauf, ohne dass es einer Aufkündigung bedarf (vgl 2.2). Der AN **verliert** also durch die Befristung seinen **Kündigungsschutz**. Außerdem können sich Schwierigkeiten hinsichtlich jener Ansprüche ergeben, die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängen.

Ein Kettenarbeitsvertrag ist daher als Umgehung zwingender Vorschriften anzusehen und nur zulässig, wenn gewisse wirtschaftliche und soziale Gründe dies rechtfertigen. Ohne sachliche Begründung ist ein Kettenarbeitsvertrag **relativ teilnichtig** und als zusammenhängendes unbefristetes Dienstverhältnis zu qualifizieren. Die sachliche **Rechtfertigung** ist bereits **bei der ersten Verlängerung** darzutun, die Beweislast trifft den AG. Der Katalog der Rechtfertigungsgründe entspricht im Wesentlichen jenem in § 10a MSchG (vgl 2.2.2.1). Auch längere Unterbrechungen zwischen den Verträgen (zB Schulferien, Theaterferien) verhindern nicht, dass ein Kettendienstverhältnis angenommen wird. Voraussetzung für ein Inbeziehungsetzen einzelner Verträge ist ein nicht unerheblicher innerer Zusammenhang zwischen diesen.

E 6) OGH 14. 9. 1982 4 Ob 75/82 – Versicherungsvertreter
DRdA 1985, 126 (*Pfeil*) = Arb 10.149

Wird ein Versicherungsvertreter auf drei Monate zur Probe angestellt, dann zur weiteren notwendigen Erprobung um drei Monate verlängert und unter Hinweis auf seine familiären Schwierigkeiten noch einmal drei Monate beschäftigt, so liegt kein unzulässiger Kettenarbeitsvertrag vor, weil jede der drei Befristungen sachlich gerechtfertigt ist.

E 7) OGH 25. 5. 1994 9 ObA 67/94 – Billeteur
DRdA 1995, 144 (*Burgstaller*) = ZAS 1995, 165 (*Ziehensack*)

Eine durch Befristungen herbeigeführte Unterbrechung des Arbeitsvertrags eines Billeteurs des Volkstheaters während der Theaterferien schließt ein einheitliches Arbeitsverhältnis nach den Regeln über den Kettendienstvertrag nicht aus.

Da andere AN während der Theaterferien Dienstleistungen erbringen, liegt keine Stilllegung des Betriebs während der „toten Saison“ vor. Es geht nicht um Saisonarbeit, zumal auch keine witterungsbedingten Gründe vorliegen. Eine starke Fluktuation von AN führt zu keinem Saisonbetrieb.

Bei künstlerischen Tätigkeiten, insb bei Solisten oder Dirigenten, kann – ebenso wie im Berufsmannschaftssport – das Abwechslungsbedürfnis des Publikums eine sachliche Rechtfertigung für Befristungen darstellen.

Während in der E 6 der AG das Vorliegen tauglicher Rechtfertigungsgründe beweisen konnte, waren im Sachverhalt der E 7 derartige Gründe nicht gegeben. Es wurde daher von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis ausgegangen.

Aus der Praxis: Eine Ausweitung des Katalogs der Rechtfertigungsgründe zB auf projektbezogene Befristungen wird von den ASG nicht anerkannt.

2.2.3 Beendigung vor Fristablauf

Vor Ablauf der Befristung kann das Arbeitsverhältnis durch einvernehmliche Auflösung oder durch vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund beendet werden.

Kündigung und Befristung schließen einander grundsätzlich aus. Wird ein **befristetes Arbeitsverhältnis gekündigt** (bzw ungerechtfertigt vorzeitig gelöst), so gilt das **Schadenersatzprinzip** (insb § 29 AngG, § 1162b ABGB). Das Arbeitsverhältnis endet zum in der Kündigung angegebenen Zeitpunkt, den AN trifft daher keine Arbeitspflicht mehr. Der AN erhält eine **Kündigungsschädigung** in Höhe des Entgelts, das bei ordnungsgemäßem Ablauf gebührt hätte.

E 8) OGH 8. 6. 1994 9 Ob A 88-90/94 – „Auszahlung des Vertrags“
ZAS 1995, 193 (*Reissner*) = infas 1994 A 146

Wird ein auf drei Jahre befristetes Arbeitsverhältnis zum Ende des ersten Jahres gekündigt, so hat dies Lösungswirkung, führt aber zu Schadenersatzansprüchen für die restliche Vertragszeit.

Die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit im befristeten Arbeitsverhältnis (sog **Kündigungsvereinbarung**) wird aber als zulässig angesehen, wenn die zwingenden Bestimmungen über die Kündigung beachtet werden und die Vereinbarung auch sonst nicht unbillig ist, indem sie insb auf ein angemessenes Verhältnis zwischen Dauer des Arbeitsvertrags und Anzahl der Kündigungsmöglichkeiten Bedacht nimmt.

Unzulässig ist daher eine Kündigungsvereinbarung, die **zwingende Kündigungsfristen und -termine** (vgl insb § 20 Abs 2 und 3 AngG) **missachtet** oder nur dem AG eine Kündigungsmöglichkeit einräumt.

Fraglich ist, wie das „**angemessene Verhältnis zwischen Dauer der Befristung und Anzahl der Kündigungsmöglichkeiten**“ in einem **Angestelltenverhältnis** herbeizuführen ist. ME wird man die von § 20 Abs 3 AngG gegebenen Möglichkeiten (dazu 12.2.1, 12.2.2) nicht voll wie bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis ausreizen können. Beträgt etwa die Befristung ein halbes Jahr, so wird es, wenn überhaupt, nur offenstehen, einen Kündigungstermin, zB zum Ende des vierten oder des fünften Monats des Arbeitsverhältnisses, zu setzen. Bei einem Arbeitsverhältnis auf ein Jahr wird beispielsweise das vom AngG grundsätzlich vorgesehene Kündigungsrecht, also die Kündigung des AG mit Sechswochenfrist zum Quartal und des AN mit Monatsfrist zum Ende des Monats, angemessen sein. Ist eine Befristung für drei Jahre vorgesehen, so wird man die Vereinbarung von ca sechs bis zwölf Kündigungsterminen pro Jahr für den AG (und damit auch als Mindestanzahl für den AN) billigen können, nicht aber die Maximalvariante mit 24 Terminen.

2.3 Probearbeitsverhältnisse

Was die Erprobung von AN im Hinblick auf zukünftige Verwendungen anlangt, sind arbeitsrechtlich zwei Gestaltungen möglich: ein Arbeitsverhältnis **zur** Probe und ein Arbeitsverhältnis **auf** Probe.

Das **Arbeitsverhältnis zur Probe** ist ein gewöhnliches befristetes Arbeitsverhältnis (vgl auch die Rechtfertigungsmöglichkeiten unter 2.2.2). Es stehen daher nur die Lösungsmöglichkeiten befristeter Arbeitsverhältnisse zur Verfügung (vgl 2.2.3).

Das **Arbeitsverhältnis auf Probe** („Probemonat“, Probearbeitsverhältnis im eigentlichen Sinn) ist in diversen arbeitsrechtlichen Rechtsquellen (§ 1158 Abs 2 ABGB, § 19 Abs 2 AngG usw) vorgesehen und im Wesentlichen dadurch charakterisiert, dass während eines bestimmten Zeitraums am Beginn des Arbeitsverhältnisses – idR während eines Monats – jeder Vertragsteil das Rechtsverhältnis jederzeit ohne Einhaltung von Terminen und Fristen und ohne Vorliegen von Gründen lösen kann. Über die Probezeit hinausgehend kann ein Arbeitsverhältnis auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit vorgesehen sein. Der Probemonat muss **vereinbart** werden.

An sich lässt die Rechtsprechung bei der Lösung während der Probezeit die Motivation des Erklärenden – abgesehen vom Fall der schikanösen Rechtsausübung – völlig unberücksichtigt. Schließlich steht ja im G (zB § 19 Abs 2 AngG, § 1158 Abs 2 ABGB), dass eine Lösung während des Probemonats „jederzeit“ erfolgen kann. Diese Lösung ist keine Kündigung, sodass die diversen Kündigungsschutzvorschriften (zB §§ 105, 107 ArbVG, § 10 MSchG) nicht anwendbar sind. Die Rechtsprechung hat dieses Prinzip jedoch aus unionsrechtlichen Gründen eingeschränkt, was der Gesetzgeber in der Folge ins GIBG (etc) übernommen hat:

E 9) OGH 31. 8. 2005 9 ObA 4/05m – Schwangerschaft
ARD 5637/6/2005

Es wäre ein unüberwindbarer Wertungswiderspruch, wollte man nur die aus Gründen der geschlechtlichen Diskriminierung erfolgende Nichtbegründung bzw Kündigung (vorzeitige Lösung) eines Arbeitsverhältnisses, nicht aber auch die entsprechende Auflösung eines Probearbeitsverhältnisses sanktionieren. IS einer

richtlinienkonformen Auslegung des GIBG ist daher dieses G auch auf die Lösung während der Probezeit zu beziehen.

Während der Probezeit liegt bereits ein vollwertiges Arbeitsverhältnis vor, welches nur eine kurze Zeit zu Beginn leichter aufgelöst werden kann. Es geht also nicht um Diskriminierung bei der Begründung, sondern um eine solche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dies führt zur Anfechtbarkeit der rechtswidrigen Beendigung gem § 2a Abs 8 aF bzw § 12 Abs 7 nF GIBG.

Dabei hat die AN glaubhaft zu machen, dass die Lösung wegen ihrer Schwangerschaft und damit wegen ihres Frauseins getätigt wurde. Der AG hat dann eine höhere Wahrscheinlichkeit für ein anderes Motiv (zB mangelnder Verwendungserfolg) darzutun. Kann er dies nicht, so ist die Anfechtung erfolgreich und die Lösung wird für rechtsunwirksam erklärt, sodass das Arbeitsverhältnis aufrecht besteht und in der Folge dem MSchG unterliegt.

Eine entsprechende **Diskriminierung** bei der Lösung des Probearbeitsverhältnisses ist auch wegen der anderen vom GIBG erfassten Tatbestände (**ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung**; vgl § 17 Abs 1 Z 7 leg cit) sowie wegen einer **Behinderung** (§ 7b Abs 1 Z 7 BEinstG) möglich, was jedenfalls zur Anfechtbarkeit gem § 26 Abs 7 GIBG bzw § 7f BEinstG führt.

Wurde ein **längerer als der gesetzlich vorgesehene Maximalzeitraum** als Probezeit fixiert, so ist dies **idR** als **Arbeitsverhältnis zur Probe** auszudeuten. Ein Arbeitsverhältnis auf Probe für den zulässigen kürzeren Zeitraum wird nur dann angenommen, wenn die jederzeitige fristlose Lösbarkeit in der zu Grunde liegenden Vereinbarung ausdrücklich betont wurde.

3. Entgelt

3.1 Entgeltbegriff

Entgelt ist jede Art von Leistung, die der AN für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft erhält. Es umfasst neben dem laufenden **Grundentgelt** („Fixum“ oder „Lohn“ bzw. „Gehalt“) auch die **übrigen** regelmäßigen oder sonstigen ordentlichen und außerordentlichen **Leistungen**, wie etwa Provisionen, Akkordlöhne, regelmäßige Prämien, Gewinnbeteiligungen, Jubiläumsgelder etc. Auch die idR in KollV enthaltenen Sonderzahlungen (insb 13. Monatsgehalt: Weihnachtsremuneration, 14. Monatsgehalt: Urlaubsremuneration; vgl 3.1.1) sind dem Entgeltbegriff zuzuordnen. Neben Geldlohn gibt es auch Naturalentgelte (Nahrungsmittel, Heizung, Beleuchtung, Kleider, Kohledeputate, Kost, Wohnung, Privatnutzung eines Dienstwagens oder Mobiltelefons, Freiflüge, Gratisreisen). Weiters gehören hierher Abfertigung (vgl 3.4) und Urlaubersatzleistung (vgl 6.4) als Entgelte aus der Beendigung sowie Betriebspensionen.

Dagegen sind **Aufwandsentschädigungen** (zB Kilometergeld, Diäten, Nächtigungsgelder, Zahlungen zur Abdeckung von Reinigungskosten) dafür gedacht, bestimmte unmittelbar mit der Arbeitsleistung zusammenhängende Aufwendungen zu ersetzen. **Überhöhte** Aufwandsentschädigungen sind **im Ausmaß der Überhöhung** als **Entgelt** anzusehen.

Aus der Praxis: Die Abgeltung von Reisekosten wird finanzrechtlich dann als steuer- und abgabenfrei behandelt, wenn und insoweit diese in einer zwingenden Rechtsquelle des Arbeitsrechts, also insb im KollV, vorgesehen ist. Es ist daher sinnvoll, entsprechende Abgeltungen nach den Regeln des KollV vorzunehmen.

3.1.1 Sonderzahlungen

Unter Sonderzahlungen (Remunerationen) versteht man Leistungen, die aus besonderem Anlass geleistet werden. Neben Jubiläumszuwendungen für lang dauernde

Betriebszugehörigkeit sind vor allem Weihnachts- (häufig 13. Monatsgehalt genannt), Urlaubs- (14. Monatsgehalt) und allenfalls Bilanzzuschüsse (15. Monatsgehalt) geläufig.

Ob ein Anspruch auf Sonderzahlungen besteht, unter welchen Voraussetzungen bzw in welchem Umfang er gewährt wird und wann er fällig ist, bleibt grundsätzlich der jeweiligen Rechtsgrundlage (idR KollV, zum Teil auch, insb wenn kein KollV besteht, Arbeitsvertrag), allenfalls dem Ortsgebrauch überlassen.

Beispiel: Der KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern (Architekten und Ingenieurkonsulenten/Zivilingenieuren) enthält in § 20 Abs 2 die Regelung, dass als Berechnungsbasis für das 13. und 14. Monatsgehalt nur das Bruttomonatsgehalt (nach KollV oder auf Grund von Überzahlungen), sonstige vom AG gewährte Zulagen sowie regelmäßig ausbezahlte Prämien heranzuziehen sind. Davon ausgenommen sind Prämien, die nur einmal jährlich bezahlt werden, sowie Zulagen nach den §§ 21 ff des KollV. Überstundenentlohnungen bzw -pauschalen und Sachbezüge bleiben ausgenommen, während durchschnittliche Mehrarbeitsentgelte von Teilzeitbeschäftigten inklusive allfälliger 25-%-Zuschläge (zu diesen 10.6.1) in die Berechnung einzubeziehen sind.

Diese Regelung ist zulässig und auch relativ klar formuliert. Es wird bei der Berechnung der Sonderzahlungen von einem relativ weiten Entgeltbegriff ausgegangen.

Meistens werden Sonderzahlungen in regelmäßigen, insb jährlichen Abständen gewährt und dem „laufenden Entgelt“ gegenübergestellt. Juristisch betrachtet sind sie aber Teil des laufenden Entgelts mit besonderem Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt:

E 10) OGH 28. 3. 1996 8 ObA 2019/96m – Langdauernde Krankheit
DRdA 1997, 190 (*Schindler*)
(nunmehr stRsp; zB OGH 3. 3. 2010, 9 ObA 151/09k, infas 2010 A 55)

Der möglicherweise früher motivierende Zusammenhang von Urlaub und Weihnachten mit den Sonderzahlungen ist weitestgehend weggefallen. Die ursprünglich zweckorientierten Sonderzahlungen sind nichts anderes als ein besonderer Teil des Entgelts. Es bedarf daher keiner weiteren Rechtfertigung dafür, dass bei Enden des (laufenden) Entgeltanspruchs, etwa bei langdauernder Krankheit, auch der Anspruch auf Sonderzahlungen endet bzw in Übergangsperioden aliquotiert wird, während umgekehrt es eines besonderen Rechtsgrundes bedürfte, dass ein Sonderzahlungsanspruch bestehen sollte, wenn der sonstige Entgeltanspruch nicht besteht.

Diese sozialpolitisch umstrittene Entscheidung betrifft insb **lang erkrankte AN** und nimmt diesen **nach Ablauf der Entgeltfortzahlungszeiträume** (vgl 5.2) neben dem Grundentgelt auch das 13. und 14. Monatsgehalt. Rechtsdogmatisch ist die Ansicht des Höchstgerichts insofern fundiert, als Sonderzahlungen in verschiedenen Zusammenhängen, so etwa bei der Bemessung des sozialversicherungsrechtlichen Krankengeldes (vgl § 125 Abs 3 ASVG), dem laufenden Entgelt zugeschlagen werden. Der OGH weist selbst den Weg zu ausgewogenen Lösungen, indem er betont, dass die Parteien des KollV in deutlicher Art und Weise ein Weiterbestehen des Sonderzahlungsanspruchs trotz Fehlen des Grundentgelts festlegen können.

Bei Eintritt und Ausscheiden während des laufenden Jahres sehen KollV häufig die aliquote Gewährung der Sonderzahlungen vor (vgl auch § 20 Abs 4 des KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern). Für Angestellte ist eine derartige **Aliquotierung** gem **§ 16 Abs 1 AngG** von vornherein **zwingend vorgesehen**, wenn das Arbeitsverhältnis vor Fälligkeit der Sonderzahlung gelöst wird. Diese Vorschrift legt keinen Anspruch auf eine periodische Remuneration fest, sondern setzt einen solchen voraus. § 16 Abs 1 AngG hat zur Folge, dass auch dann, wenn die Sonderzahlungen nicht nach dem Anwartschaftsprinzip, sondern nach dem Stichtagsprinzip konstruiert sind, anlässlich der Lösung **zumindest der aliquote Teil** der Remunerationen auszuzahlen ist. Dies gilt selbst für den Fall einer vom AN verschuldeten Entlassung.

Man wird § 16 Abs 1 AngG auf AN, die nicht Angestellte iSd G sind (insb Arbeiter), analog anwenden können. Die Rechtsprechung geht hier allerdings einen anderen Weg:

E 11) OGH 8. 7. 1992 9 ObA 142/92 – Kündigungsfreiheit
DRdA 1993, 117 (*Grillberger*) = ZAS 1994, 60 (*Micheler*)

Aus der Arbeitsrechtsordnung lässt sich der allgemeine Rechtssatz ableiten, dass der AN in seiner Kündigungsfreiheit nicht stärker beschränkt werden darf als der AG. Dieses Verschlechterungsverbot darf auch nicht dadurch umgangen werden, dass dem kündigenden AN für den Fall der Ausübung seines Kündigungsrechts ein finanzielles Opfer in einem Ausmaß auferlegt wird, das die Kündigungsfreiheit wirtschaftlich in erheblichem Umfang beeinträchtigt.

Die Schwelle einer erheblichen Beeinträchtigung des Kündigungsrechts wird überschritten, wenn nach den bestehenden Kündigungsvorschriften für beide Arbeitsvertragspartner ein sehr hohes Maß an Kündigungsfreiheit besteht. Diese Freiheit wird für den AN durch den Entfall des Urlaubszuschusses und der Weihnachtsremuneration im Falle der Kündigung während der ersten sechs Monate des

Arbeitsverhältnisses einseitig erheblich erschwert, weil dem AN, der kurz vor Erreichen der Sechsmonatsfrist kündigt, insgesamt nahezu ein Monatslohn verloren geht.

Die von der Judikatur herangezogenen Regeln über die unzulässige Beschränkung der Kündigungsfreiheit geben dem AN insofern weniger Schutz als die analoge Anwendung des § 16 AngG, als bei neben der Arbeitnehmerkündigung in der Rechtsgrundlage angesprochenen Arten der Beendigung offenbar ein weitergehender bzw gänzlicher Verlust von Sonderzahlungen denkbar ist.

Aus der Praxis: Der bei Ziviltechnikern bestehende KollV gilt nur für Angestellte.

Werden in einem Büro Arbeiter beschäftigt (zB Reinigungskräfte), so gilt für diese kein KollV. Es könnte daher ein Bezug vereinbart werden, der nur aus zwölf Monatsentgelten besteht.

Werden 14 Bezüge vertraglich vereinbart – dies ist an sich sinnvoll (Teilung eines Jahresgehalts oder -lohns durch 14), weil mit den Sonderzahlungen eine Steuerbegünstigung verbunden ist – so könnte ein gänzlicher Verlust des Sonderzahlungsanspruchs insb im Falle verschuldeter Entlassung oder unberechtigten Austritts in der Vereinbarung festgelegt werden (vgl oben E 11).

Mit einer Aliquotierung in Zusammenhang stehende **Rückzahlungsverpflichtungen** des AN sind nach der Judikatur **zulässig**:

E 12) OGH 12. 8. 1999 8 ObA 221/96d – Rückverrechnung
ARD 5059/7/99

Enthält ein KollV nur die Anordnung, dass Sonderzahlungen bei Beginn oder Ende des Arbeitsverhältnisses bloß aliquot gebühren, fehlt jedoch jegliche Regelung über die Rückverrechnung, kann dennoch ein bereits fällig gewesener, ausgezahlter Urlaubszuschuss etwa bei einvernehmlicher Auflösung vor Ablauf des Kalenderjahres zurückgefordert werden. Gutgläubiger Verbrauch kann vom AN dagegen nicht eingewendet werden.

3.1.2 Zulagen

Ob und inwieweit dem einzelnen AN kollektivvertragliche Zulagen zustehen, hängt von einer Interpretation der jeweiligen Kollektivvertragsbestimmung nach den Regeln der §§ 6 f ABGB ab.

Beispiel: Eine Architektin gewährt im Fall von Bauaufsichten ihren Angestellten die in § 21 des KollV vorgesehene Erschwerniszulage auch dann, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Bei dauernder Gewährung der Zulage kann ein einzelvertraglicher Anspruch infolge betrieblicher (oder individueller) Übung durch Vertragsergänzung gem § 863 ABGB entstehen (dazu 3.2).

3.2 Festlegung des Entgelts

Für die Festlegung der Höhe des Entgelts ist primär der **Arbeitsvertrag** entscheidend. Dieser kann **ausdrücklich** ein Entgelt festlegen, eine Entgeltvereinbarung ist aber auch gem § 863 ABGB **konkludent** dadurch möglich, dass beispielsweise der AG regelmäßig einen Betrag bezahlt und der AN diesen widerspruchslos entgegennimmt (vgl auch 3.2.1).

Die freie Vereinbarung des Entgelts ist in der Praxis dadurch beschränkt, dass diesbezüglich weitgehend **zwingende Mindeststandards zu Gunsten des AN** zu beachten sind. Primäres Mittel der Entgeltgestaltung ist dabei der KollV.

Die **Einstufung in das Lohn- bzw Gehaltsschema** eines anzuwendenden KollV ist zu vereinbaren. Wird nichts vereinbart oder widerspricht die Vereinbarung zu Lasten des AN der tatsächlich geleisteten Arbeit, so ist der AN nach der tatsächlich erbrachten Arbeit zu behandeln.

Gem § 1152 ABGB gilt, sofern im Arbeitsvertrag kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist, ein angemessenes Entgelt als bedungen. Laut § 1152 ABGB kann somit in einem Arbeitsvertrag auch **Unentgeltlichkeit** vereinbart werden. Dies ist naturgemäß nur dort möglich, wo keine zwingenden Mindestentgelte vorgeschrieben sind (zB bei Ferialpraktikanten, die vom KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern ausgenommen sind).

Aus § 1152 ABGB folgt, dass auch **unangemessene Entgeltvereinbarungen** möglich und prinzipiell gültig sind. Dies wirft insb jenseits zwingender entgeltrechtlicher

Mindeststandards sozialpolitische Probleme auf. Bei Missbräuchen ist hier allenfalls mit Hilfe der Sittenklausel des § 879 ABGB Abhilfe zu schaffen:

E 13) OGH 14. 12. 1996 9 ObA 2267/96i – Lohnwucher
ZAS 1997, 175 (*Steininger*)

Besteht keine lohngestaltende Vorschrift, dann ist jede Einzelvereinbarung zulässig, und daher auch eine unangemessene Lohnvereinbarung. Die Grenze bildet lediglich die Sittenwidrigkeit. Lohnwucher in diesem Sinn liegt vor, wenn die Entgelthöhe die Annahme einer sittenwidrigen Ausbeutung wegen eines im auffallenden Missverhältnis zum Wert der Dienstleistung stehenden Hungerlohnes rechtfertigt. Bei Vornahme des Vergleichs kommt es auf die im örtlichen Bereich des Betriebes geltende ortsübliche Entgelthöhe an.

Bei Ziviltechnikern kommen Probleme mit diesen Prinzipien nur bei Arbeitern und bei den vom KollV ausgenommenen Ferialpraktikanten (siehe schon oben), allenfalls auch bei Volontären, die jedoch keine Arbeitnehmereigenschaft aufweisen, in Betracht.

3.2.1 Betriebliche (oder individuelle) Übung

Gewährt ein AG **regelmäßig** und **vorbehaltlos** gewisse Zusatzleistungen, insb Zusatzentgelte, an die Belegschaft oder Teile davon, so darf der AN nach Maßgabe des § 863 ABGB **darauf vertrauen**, dass er diese **Leistungen auch weiterhin erhalten** wird. Ein wesentlicher Aspekt ist dabei, dass die Leistungen mit einer gewissen Regelmäßigkeit gewährt werden. Wie oft zB Zusatzentgelte ausgezahlt werden müssen, damit von einer konkludenten Anspruchsbegründung ausgegangen werden kann, lässt sich nicht allgemein beantworten. Entscheidend ist, dass der AN aus der Vorgangsweise und der Häufigkeit der Zahlung entnehmen darf, dass er einen Anspruch besitzt. Eine zwei- bis dreimalige vorbehaltlose Auszahlung wird bei einer jährlich gewährten Zahlung (zB 15. Monatsgehalt zusätzlich zum laut KollV gebührenden 13. und 14. Monatsgehalt) in aller Regel ausreichend sein. Bei täglich anfallenden Leistungen (zB Essenzuschuss) wird ein Anspruch aus § 863 ABGB nach einigen Wochen bis wenigen Monaten vorbehaltloser Zuwendung entstehen.

Durch einen **tauglichen Vorbehalt** kann der AG die Einzelvertragsergänzung verhindern; fehlt der Vorbehalt, so wird es idR (s oben) zum einzelvertraglichen Anspruch kommen. In erster Linie wird ein **Unverbindlichkeitsvorbehalt** in Betracht kommen, bei

dem im Zusammenhang mit der Gewährung einer Leistung betont wird, dass daraus kein Anspruch für die Zukunft entstehen soll. Ein solcher ist jedoch nur dann beachtlich, wenn er sich auf ein zulässig einseitig gestaltbares Entgelt (dh auf unwesentliche Teile des Grundbezugs oder nur hin und wieder, zB einmal jährlich kommende Leistungen) bezieht, von der Formulierung her deutlich auf die Unverbindlichkeit hingewiesen wird und dies zudem auf jede Gewährung bezogen wird.

Gegenüber **Neueintretenden** kann der AG eine betriebliche Übung dadurch vermeiden, dass er durch **entsprechend deutliche Erklärungen** gleich zu Beginn des Arbeitsverhältnisses das Entstehen einer Vertrauenssituation iSd § 863 ABGB abwendet.

3.3 Verjährung und Verfall

Der wesentliche Unterschied zwischen Verjährung und Verfall liegt darin, dass mit Ablauf einer **Verjährungsfrist** lediglich das **Klagerecht erlischt**, mit Ablauf einer **Verfallsfrist** (Ausschlussfrist) hingegen das **Recht als solches untergeht**.

Die Verjährung wird durch Klagseinbringung **unterbrochen**, sofern das Verfahren in der Folge gehörig fortgesetzt wird. Die Verjährung wird weiters durch ein ausdrückliches Anerkenntnis unterbrochen (§ 1497 ABGB). Diese Grundsätze sowie auch jene über die **Hemmung** der Verjährung gelten auch für die Ausschlussfristen des Arbeitsrechts.

Entgeltforderungen verjähren gem § 1486 Z 5 ABGB **binnen drei Jahren** ab Fälligkeit. Die Vereinbarung einer kürzeren Verjährungsfrist ist zulässig, nicht aber deren Verlängerung.

Im Zusammenhang mit **Schadenersatzansprüchen** bestehen im Arbeitsrecht bedeutsame **gesetzliche Verfallsfristen**, nämlich in § 34 AngG bzw § 1162d ABGB für die Kündigungsentschädigung sowie in § 6 DHG für auf leichter Fahrlässigkeit beruhende Schadenersatz- und Rückgriffsansprüche nach diesem G.

In **KollIV**, insb jenen für Arbeiter (aber auch im KollIV für Angestellte bei Ziviltechnikern), wird die gesetzliche Verjährungsfrist für **Entgelte** häufig durch kürzere

Verfallsfristen ersetzt. Dies ist nach ABGB (§ 1502 leg cit) prinzipiell möglich. Die Herabsetzung der Fristen ist nur soweit zulässig, als sie nicht die Geltendmachung des Anspruchs ohne sachlichen Grund unnötig erschwert (§ 879 ABGB). Der Grenze zur Sittenwidrigkeit kommen Verfallsfristen dann nahe, wenn sie eine Geltendmachung nur in einem Zeitraum von unter drei Monaten ermöglichen.

Arbeitsvertraglich können Verjährungs- oder Verfallsfristen insoweit vereinbart werden, als sie nicht den gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Bestimmungen widersprechen oder wegen ihrer Kürze nach § 879 ABGB (s oben) sittenwidrig sind. Enthält ein **KollV** bereits eine **Verkürzung der Verjährung**, so ist eine **weitere Herabsetzung zu Lasten des AN durch Arbeitsvertrag rechtsunwirksam**. Hier wäre nur eine Verlängerung zu Gunsten des AN maximal bis zur Frist nach ABGB möglich.

IdR genügt bei **Verfallsfristen** die **außergerichtliche Geltendmachung** beim AG, um den Verfall zu verhindern. Eine gerichtliche Geltendmachung ist nur dann erforderlich, wenn sie in der einschlägigen Vorschrift ausdrücklich vorgesehen ist. Die Ansprüche müssen aber derart konkretisiert werden, dass der AG erkennen kann, welche Ansprüche ihrer Art nach gemeint sind.

3.4 Abfertigung

Die Abfertigung ist ein besonderes, durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bedingtes Entgelt, also ein **Entgelt aus der Beendigung**. Gesetzliche Abfertigungsansprüche ergeben sich insb aus den **§§ 23 f AngG**, die auf Grund des § 2 ArbAbfG auch auf Arbeiter Anwendung finden. (Günstigere) Regelungen im KollV und/oder im Individualvertrag sind möglich.

Die Abfertigung wird **mit dem rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses erworben**, mag auch die **Fälligkeit** in diesem Zeitpunkt nur teilweise eintreten (vgl §§ 23 Abs 4, 23a Abs 2 AngG). Gem § 23 Abs 4 AngG wird die Abfertigung im Ausmaß von drei Monatsentgelten mit Beendigung fällig. Darüber hinaus werden Monatsraten jeweils am Beginn des Monats fällig gestellt.

Voraussetzung für die Abfertigung ist eine bestimmte **Dauer des Arbeitsverhältnisses**, wobei jedenfalls eine Mindestdienstzeit von drei Jahren erforderlich ist.

Höhenmäßig steht dem AN nach Absolvierung von

- **drei Dienstjahren** das **Zweifache** des zuletzt zukommenden Entgelts zu.

Mit höherer Dienstzeit steigt der Abfertigungsanspruch in Stufen an und beträgt

- nach **fünf** Jahren das **Dreifache**,
- nach **zehn** Jahren das **Vierfache**,
- nach **15** Jahren das **Sechsfache** und
- nach **20** Jahren das **Neunfache** des dem AN gebührenden Monatsentgelts.

Das Höchstausmaß schließlich beträgt nach dem G

- das **Zwölfache** des letzten Entgelts nach einer Dienstzeit von mehr als **25** Jahren (vgl § 23 Abs 1 Satz 1 und 2 AngG).

Dadurch, dass grundsätzlich nur mehr Dienstverhältnisse, die bereits am 31. 12. 2002 bestanden haben, vom alten Abfertigungsrecht erfasst sind (vgl 3.4.1), werden die gegenständlichen Bestimmungen für weniger Dienstjahre nach und nach praktisch bedeutungslos.

E 14) OGH 26. 3. 1997 9 ObA 30/97w – Langdauernde Krankheit
DRdA 1998, 54 (*Drs*) = ASoK 1997, 255

§ 23 Abs 1 AngG macht den gestaffelten Abfertigungsanspruch von der ununterbrochenen Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig. Diese ununterbrochene Dauer ist durch den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses gekennzeichnet, nicht aber durch die Tatsache der Beschäftigung, sodass Zeiten einer Krankheit ohne Entgeltfortzahlungsanspruch zur Dienstzeit zählen.

Gem § 23 Abs 1 Satz 3 und 4 AngG sind „alle Zeiten, die der Angestellte in unmittelbar vorausgegangenen Dienstverhältnissen als Arbeiter oder Lehrling zum selben AG zurückgelegt hat“, für die Abfertigung zu berücksichtigen. Über den engeren Wortsinn dieser sog **Zusammenrechnungsbestimmung** hinaus sind alle in Arbeitsverhältnissen zu demselben AG erworbenen Anwartschaftszeiten – also zB auch solche als Angestellter – zu berücksichtigen.

Die **Bemessung der Höhe** der Abfertigung alt erfolgt nach einem **Vielfachen des Monatsentgelts**. Nach dem Wortlaut des G ist als Berechnungsgrundlage „das für den letzten Monat gebührende Entgelt“ heranzuziehen. Zu verstehen ist darunter der (typische) **Durchschnittsverdienst**, der sich aus den mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrenden Bezügen ergibt.

Ein **Anspruch auf Abfertigung besteht nicht**, wenn der AN **selbst kündigt**, wenn er **ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt** oder wenn ihn ein **Verschulden an der Entlassung** trifft (§ 23 Abs 7 AngG). Es gibt einige **Ausnahmen vom grundsätzlichen Verlust der Abfertigung infolge Selbstkündigung**. So gebührt die Abfertigung auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens zehn Jahre ununterbrochen gedauert hat und der AN wegen Erreichung des Pensionsalters (sog **Altersabfertigung**; vgl § 23a Abs 1 Z 1 lit a AngG) kündigt. Auch bei Selbstkündigung wegen Inanspruchnahme einer Pension aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit aus einer gesetzlichen Pensionsversicherung bleibt der Abfertigungsanspruch gewahrt, wobei im Gegensatz zur Alters- und zur Pensionsabfertigung die Mindestdienstzeit von drei Jahren genügt (vgl § 23a Abs 1 Z 2 AngG). Weiters bleibt der Anspruch auf die halbe Abfertigung, höchstens jedoch das Dreifache des monatlichen Entgelts, dann bestehen, wenn das Arbeitsverhältnis von der AN **aus Anlass der Mutterschaft** durch vorzeitigen Austritt (vgl § 23a Abs 3 AngG) oder – im speziellen Fall einer Elternteilzeitbeschäftigung – durch Kündigung (vgl § 23a Abs 4a AngG) gelöst wird. Dasselbe gilt, wenn die entsprechenden Lösungserklärungen von Seiten eines **männlichen AN**, der eine **Karenz** bzw **Teilzeitbeschäftigung** iSd VKG in Anspruch nimmt, erfolgen (vgl § 23a Abs 4, 4a und 5 AngG).

Im Todesfall gebührt den gesetzlichen Erben, zu deren Unterhalt der AN verpflichtet war, als Abfertigung die Hälfte des gesetzlichen Ausmaßes (§ 23 Abs 6 AngG; vgl dazu auch § 15 des KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern). Es handelt sich um einen eigenen Anspruch der gesetzlichen Erben und nicht um Rechtsnachfolge im Erbgang.

3.4.1 Betriebliche Mitarbeitervorsorge („Abfertigung Neu“)

Das Abfertigungsrecht wurde im Jahr 2002 grundlegend neu konzipiert. Seither gibt es ein genau geregeltes Beitragssystem, Betriebliche Vorsorgekassen und eine Loslösung des Leistungsrechts von Dauer bzw Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Für **Dienstverhältnisse, deren vertraglich vereinbarter Beginn vor dem 1. 1. 2003** liegt, ist das **alte Abfertigungsrecht grundsätzlich weiter anzuwenden** (Art 3 BMSVG). Es besteht aber die Möglichkeit, einen Übertritt vom alten in das neue Abfertigungsrecht zu vereinbaren (§§ 46 f BMSVG).

Für **Dienstverhältnisse, deren vertraglich vereinbarter Beginn nach dem 31. 12. 2002** liegt, gelten die Bestimmungen des **BMSVG**. Das BMSVG betrifft alle Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen. Es ist daher zB auch für Lehrlinge maßgeblich. Gem § 1 Abs 1a BMSVG gelten die wesentlichen Bestimmungen des G auch für freie DN iSd § 4 Abs 4 ASVG (zu diesen 1.3.2 sowie allg 1.4).

Auf Grund des BMSVG ist der **AG verpflichtet**, für den AN laufend einen **Beitrag an** die für den Betrieb ausgewählte **Betriebliche Vorsorgekasse zu leisten**. Die Beitragspflicht besteht grundsätzlich ab dem zweiten Monat des Arbeitsverhältnisses.

Die **Auswahl der Vorsorgekasse** liegt beim AG. In betriebsratspflichtigen Betrieben, in denen auch tatsächlich ein Betriebsrat besteht, ist dafür eine erzwingbare Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 1b ArbVG vorgesehen. Kommt also zwischen Betriebsinhaber und Arbeitnehmerschaft keine Einigung zu Stande, kann gem § 9 BMSVG die Schlichtungsstelle iSd § 144 ArbVG zur Entscheidung über die Auswahl der Vorsorgekasse angerufen werden. In Betrieben ohne Betriebsrat kommt dieses Recht einem Drittel der Belegschaft zu. Der Beitritt des AG zu einer Betrieblichen Vorsorgekasse bedarf zu seiner Rechtswirksamkeit eines Beitrittsvertrags (vgl § 11 BMSVG).

Im Gegensatz zum bisherigen Abfertigungsrecht besteht ein **Anspruch auf Abfertigung bei jeder Beendigungsart** gegenüber der Vorsorgekasse. Zu beachten ist allerdings das Rechtsinstitut der **Verfügungssperre**. Nach diesem **besteht zwar** der

Anspruch auf Abfertigung selbst, **nicht aber** der Anspruch **auf Verfügung**. Die Verfügung kann gegebenenfalls erst bei Beendigung eines oder mehrerer darauffolgender Arbeitsverhältnisse verlangt werden (vgl § 14 Abs 3 und 4 BMSVG). Ein Anspruch auf Auszahlung des gesamten Abfertigungskapitals besteht jedenfalls bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Inanspruchnahme einer Pension aus der gesetzlichen Pensionsversicherung. Zur Verfügungssperre kommt es gem § 14 Abs 2 BMSVG

- im Falle einer **Arbeitnehmerkündigung**, ausgenommen einer Kündigung während Teilzeitbeschäftigung nach MSchG oder VKG,
- im Falle einer vom AN **verschuldeten Entlassung**,
- im Falle eines **unberechtigten vorzeitigen Austritts**,
- sofern noch **keine drei Einzahlungsjahre** seit der ersten Beitragszahlung iSd §§ 6 ff BMSVG nach erstmaliger Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder der letztmaligen Auszahlung einer Abfertigung zurückgelegt worden sind.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der AN gem § 17 Abs 1 BMSVG – außer in den oben genannten Fällen der Verfügungssperre – folgende Möglichkeiten:

- Er kann die **Auszahlung** der gesamten Abfertigung als Kapitalbetrag verlangen (Z 1 leg cit).
- Er kann bis zur Inanspruchnahme einer Pension aus der gesetzlichen Pensionsversicherung den gesamten Betrag **weiterhin** in der Betrieblichen Vorsorgekasse **veranlagern** (Z 2).
- Er kann die **Übertragung** des gesamten Abfertigungsbetrages **in die Betriebliche Vorsorgekasse** des neuen AG oder im Rahmen der Selbständigenvorsorge verlangen („Rucksackprinzip“; Z 3).
- Er kann die **Überweisung** der Abfertigung an ein **Versicherungsunternehmen**, bei dem der AN bereits Versicherter im Rahmen einer **betrieblichen Kollektivversicherung** ist, oder an ein Versicherungsunternehmen seiner Wahl als Einmalprämie für eine von ihm nachweislich abgeschlossene **Pensionszusatzvereinbarung** verlangen (Z 4 lit a).
- Er kann die **Überweisung** der Abfertigung an eine **Pensionskasse**, bei der er bereits Berechtigter iSd § 5 PKG ist, als Pensionskassenbeitrag (§ 15 Abs 3 Z 10 PKG) verlangen (Z 4 lit b).

Sind drei Einzahlungsjahre erreicht und liegt eine die Verfügung ermöglichende Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, kann der AN die allenfalls auch bei verschiedenen Betrieblichen Vorsorgekassen veranlagten Beträge „**abrufen**“, indem er die „letzte“ Kasse beauftragt, auch Auszahlungen oder Verfügungen im Bereich der anderen Vorsorgekassen zu veranlassen (vgl § 14 Abs 6 BMSVG).

Gibt der Anwartschaftsberechtigte die **Erklärung** über die Verwendung des Abfertigungsbetrags **nicht binnen sechs Monaten nach Beendigung** des Arbeitsverhältnisses ab, so ist der Abfertigungsbetrag **weiter zu veranlagen** (vgl § 17 Abs 2 Satz 1 BMSVG).

4. Rückzahlung von Ausbildungskosten

Als Zusatzklauseln im Arbeitsvertrag finden sich vielfach Vereinbarungen bezüglich der Rückerstattung von Ausbildungskosten. Der AG bietet dem AN, um dessen Arbeitskraft besser nutzen zu können, die Möglichkeit, zusätzliche spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten zu erwerben. Damit der getätigte Aufwand dem Unternehmen auch langfristig zugutekommt, wird der AN verpflichtet, sich für eine gewisse Zeit an das Unternehmen zu binden, und zwar in der Weise, dass er im Falle seines vorzeitigen Ausscheidens die Ausbildungskosten zurückzuerstatten hat. Derartige Abreden sind innerhalb gewisser Grenzen zulässig.

4.1 Begriff der Ausbildungskosten

Gem § 2d Abs 1 AVRAG sind Ausbildungskosten „die vom AG tatsächlich aufgewendeten Kosten für jene erfolgreich absolvierte Ausbildung, die dem AN Spezialkenntnisse theoretischer und praktischer Art vermittelt, die dieser auch bei anderen AG verwerten kann.“

Vorweg ist zwischen Ausbildungskosten und – nicht rückforderbaren – Einschulungskosten zu unterscheiden. **Einschulungskosten** sind jene Aufwendungen des AG, die dadurch entstehen, dass der AN mit den Eigenheiten seiner betrieblichen Tätigkeit vertraut gemacht wird. Die Einschulung erfolgt regelmäßig innerbetrieblich. Hat der AN darüber hinaus Spezialkenntnisse theoretischer und praktischer Art erworben, die allgemein auch in anderen Unternehmen verwertet werden können, so handelt es sich bei den dem AG entstandenen Kosten um **Ausbildungskosten**. Die typischen, mit dem Vollzug eines Arbeitsverhältnisses erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten zählen nicht dazu.

E 15) OGH 5. 3. 1997 9 ObA 36/97b – Reisebüro
DRdA 1997, 403

Die Kosten von Informationsreisen, die lediglich der Verschaffung eines Wissensvorsprungs zur Vermarktung der Angebote von Reiseveranstaltern dienen, sind keine rückforderbaren Ausbildungskosten.

Eine Ausbildung ist eine mehr oder minder intensive, nicht durch bloße Unterweisung oder Zurkenntnisbringung von Fakten erfolgende theoretische oder praktische Vermittlung spezieller, auf Dauer ausgerichteter Kenntnisse in einer zeitlich nicht zu vernachlässigenden Dimension. Das Vertrautmachen mit der Produktpalette des AG entspricht der Vermittlung eines „Einschulungswissens“ und verschafft keinen dauernden Nutzen.

Der Rückforderungsanspruch kann sich nur auf „**tatsächlich aufgewendete Kosten**“ der Ausbildung beziehen. Förderungen von Seiten öffentlicher Stellen oder Steuervorteile des AG sind daher abzuziehen. Rahmenkosten, zB Ausgaben für Hotel, Reise und Nächtigung, können überwältzt werden, wenn diese Nebenaspekte für die Ausbildung notwendig und nützlich sind.

Rückforderbar sind nur die Kosten einer **erfolgreich absolvierten Ausbildung**. Das bedeutet zum einen, dass die Maßnahme einem erfolgreichen Abschluss überhaupt zugänglich sein muss (fraglich zB bei Selbsterfahrungskursen oder Supervisionen), und zum anderen, dass die Ausbildung vom AN tatsächlich erfolgreich abgeschlossen wurde. Hat der AN den erfolgreichen Abschluss aber „vereitelt“, kann trotzdem eine Rückzahlungspflicht bestehen.

Die Rückforderung auch des während der Ausbildung erhaltenen **Entgelts** ist nur dann möglich, wenn ein AN vom Dienst zur Gänze karenziert bzw von jeglicher betrieblicher Verwendung entbunden ist.

4.2 Formvorschriften, allgemeine Vorschriften zur Vertragsgestaltung

Gem § 2d Abs 2 AVRAG müssen Ausbildungskostenklauseln **schriftlich vereinbart** werden.

Jedenfalls unzulässig ist die Vereinbarung einer derartigen Klausel mit zu diesem Zeitpunkt **minderjährigen AN**, wenn keine **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** vorliegt.

Die **Kosten der Ausbildung** (Ausbildung ieS, Rahmenkosten, allenfalls weiter bezahltes Entgelt; vgl 4.1) müssen **in der Vereinbarung möglichst genau festgelegt** werden,

um dem AN jederzeit eine Einschätzung der im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehenden Zahlungsverpflichtung zu eröffnen.

E 16) OGH 21. 12. 2011 9 ObA 125/11i – Transparenz
ASoK 2012, 279

Der AG muss mit dem AN noch vor einer bestimmten Ausbildung eine schriftliche Vereinbarung über die Pflicht des AN zum Kostenrückersatz erzielen; aus der Vereinbarung hat auch die konkrete Höhe der zu ersetzenden Ausbildungskosten hervorzugehen.

Der Zweck einer solchen schriftlich abzuschließenden Vereinbarung kann nur darin gesehen werden, für den AN Transparenz über die Bedingungen für den Rückersatz der Kosten seiner Ausbildung zu schaffen.

Das Höchstgericht verlangt sog **spezielle Ausbildungskostenklauseln**, es ist also auf eine bestimmte Ausbildung abzustellen. Die Vorwegvereinbarung einer Erstattungspflicht für den Fall einer Ausbildung („allgemeine Ausbildungskostenklausel“) ist demnach unzulässig. Möglich ist mE aber eine „Vorwegvereinbarung“ eines Ausbildungskostenersatzes für ihrer Art nach genannte, inhaltlich zusammengehörige Ausbildungen (Ausbildungsserien).

4.3 Weitere Reglementierungen

Als höchstzulässige **Bindungsdauer** legt § 2 d Abs 3 Z 2 AVRAG **vier Jahre**, in besonderen Fällen **acht Jahre** ab Beendigung der Ausbildung fest. Es sind dies **absolute Höchstgrenzen**, bei deren Überschreitung die Ausbildungskostenklausel von vornherein unwirksam ist. Die Vier- bzw Achtjahresgrenze ist ein Maximum und keine Richtschnur für den Normalfall. Bei weniger nachhaltigen Ausbildungen ist eine kürzere Bindungsdauer anzusetzen.

Wann vier und wann acht Jahre als Höchstgrenze maßgeblich sind, sagt der Gesetzgeber nicht. Die **Achtjahresgrenze** wird **nur in Extremfällen** besonders wertvoller und nachhaltiger Ausbildungen in Frage kommen.

Hinsichtlich des konkreten Ausbildungskostenersatzes muss bei sonstiger (Gesamt)-Nichtigkeit der Klausel eine **Aliquotierung** im Verhältnis zwischen der seit Ende der

Ausbildung zurückgelegten Beschäftigungszeit zur Gesamtbindungsdauer in Monatsschritten vom Zeitpunkt der Beendigung an vereinbart werden.

Rückzahlungsverpflichtungen sind in erster Linie an die **Kündigung durch den AN** gebunden. Die Möglichkeit der Rückforderung besteht aber auch bei begründeter Entlassung und ungerechtfertigtem Austritt sowie im Falle einer einvernehmlichen Lösung. Unvereinbar ist die Klausel mit dem Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses und der Lösung eines Arbeitsverhältnisses auf Probe. Auch die Kündigung durch den AG schließt die Rückerstattung aus, es sei denn, sie war durch gewichtige, vom AN durch schuldhaftes Verhalten gesetzte Gründe veranlasst (vgl § 2d Abs 4 AVRAG).

5. Arbeitsverhinderungen

Im Arbeitsverhinderungsrecht geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem AN **trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung** das **Entgelt fortzuzahlen** ist. Bei den das Nichtzustandekommen der Arbeit bewirkenden Umständen wird zwischen solchen in der Sphäre des AG (vgl 5.1), solchen in der Sphäre des AN (vgl 5.2) und solchen in der neutralen Sphäre (vgl 5.3) unterschieden.

5.1 Arbeitgebersphäre

Gem § 1155 ABGB gebührt dem AN auch für nicht zustande gekommene Dienstleistungen das Entgelt, wenn er **zur Leistung bereit** war und durch **Umstände, die auf Seiten des AG liegen**, daran gehindert worden ist.

Diese Bestimmung betrifft Fälle, in denen es zu Störungen des technischen oder organisatorischen Betriebsablaufs kommt (zB Maschinenschäden, zu geringe Belegschaftsstärke, zu wenig Kundschaft), auch wenn diese durch außenstehende Dritte (zB versagende Vertragspartner, aber auch anderswo Streikende) oder höhere Gewalt verursacht sind, weiters erfasst ist die Suspendierung, also die willentliche Nichtannahme der Arbeit durch den AG, sowie das Unterbleiben der Arbeit infolge rechtswidriger Dispositionen des AG (zB nach erfolgreich angefochtenen Kündigungen oder Entlassungen).

Der AN muss sich allerdings **anrechnen** lassen, was er durch das Unterbleiben der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben bzw zu erwerben absichtlich versäumt hat.

§ 1155 ABGB ist gem § 1164 ABGB nicht zwingend, sondern **abdingbar**. Dies erscheint auf den ersten Blick eigenartig, handelt es sich hier schließlich um eine Bestimmung, die eine das gesamte Arbeitsrecht prägende Grundsatzentscheidung insofern enthält, als sie das Unternehmerrisiko dem AG zuteilt. Es ist aber in der gegebenen

Problemlage durchaus sinnvoll, den nachgeordneten Rechtsquellen KollV und Arbeitsvertrag **weiter differenzierende Regelungen in Bezug auf die Risikoverteilung** zu ermöglichen.

Es könnte daher für bestimmte Fälle eine zeitliche oder höhenmäßige Grenze der Entgeltfortzahlung festgeschrieben werden, einzelne Konstellationen, wie etwa der besonders umstrittene streikbedingte Arbeitsausfall, könnten überhaupt aus der Entgeltfortzahlungspflicht herausgenommen werden.

E 17) OGH 27. 1. 1987 14 Ob 224/86 – Pauschalabdingung
infas 1987 A 51

Ein pauschale Abdingung des § 1155 ABGB führt zur völligen Überwälzung des Unternehmerrisikos und ist daher sittenwidrig.

Aus der Praxis: Kann im Dienstvertrag vereinbart werden, dass der AN freigestellt wird und kein Entgelt erhält, wenn die Ziviltechnikerin das Büro vorübergehend schließt, weil sie zB verreist, krank ist oder ein zu geringer Arbeitsanfall mangels ausreichender Aufträge vorliegt?

Ob derartigen Anliegen mit einer Abdingung des § 1155 ABGB entsprochen werden kann, ist mE stark zu bezweifeln. Die teilweise Abdingung des § 1155 ABGB darf nicht zur Überwälzung des typischen, alltäglichen Unternehmerrisikos führen. Judikatur dazu gibt es allerdings noch nicht.

Es müsste in derartigen Fällen Urlaub oder Zeitausgleich vereinbart werden. Kommt keine Vereinbarung zustande, dürfen „Minusstunden“ nicht abgezogen werden. Stunden, in denen der AN nicht beschäftigt werden kann, sind dann zu bezahlen.

5.2 Arbeitnehmersphäre

Unterbleibt die Arbeitsleistung aus Gründen auf Seiten des AN, so gilt an sich das Prinzip „Ohne Arbeit kein Entgelt“. In Fällen, in denen der AN besonders schutzwürdig ist, wird ihm jedoch ein zeitlich beschränkter Anspruch auf Entgeltfortzahlung gewährt.

5.2.1 Krankheit und Unfall

5.2.1.1 Krankheit und Unfall ieS

Gem § 8 Abs 1 AngG, § 2 Abs 1 EFZG behält ein AN, der nach Antritt des Arbeitsverhältnisses durch Krankheit oder Unfall an der Dienstleistung verhindert ist, ohne dies vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt zu haben, seinen Anspruch auf das Entgelt für die Dauer von **sechs Wochen in voller Höhe** und für weitere **vier Wochen in halber Höhe**.

Nach Erreichen gewisser **Dienstzeitgrenzen verlängert** sich der Anspruch auf **volle Entgeltfortzahlung**, und zwar auf

- acht Wochen nach einer Dienstzeit von einem Jahr,
- zehn Wochen nach einer Dienstzeit von 15 Jahren,
- zwölf Wochen nach einer Dienstzeit von 25 Jahren.

Bei **wiederholter Dienstverhinderung** durch Krankheit oder Unfall innerhalb eines Arbeitsjahres besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur insoweit, als die Dauer des Anspruchs gem § 8 Abs 1 AngG, § 2 Abs 1 EFZG noch nicht erschöpft ist. Der Anspruch gebührt also nur einmal **pro Arbeitsjahr**, welches immer mit dem seinerzeitigen Eintrittstag zu laufen beginnt.

Beginnt ein neues Arbeitsjahr, entsteht ein neuerlicher Grundanspruch, und zwar auch dann, wenn die Dienstverhinderung über die Arbeitsjahrgrenze reicht.

5.2.1.2 Arbeitsunfall und Berufskrankheit

Wird der AN durch **Arbeitsunfall** oder **Berufskrankheit** an der Arbeitsleistung verhindert, so behält er gem § 8 Abs 2a Satz 1 bis 3 AngG, § 2 Abs 5 EFZG ohne Rücksicht auf andere Zeiten einer Arbeitsverhinderung das Entgelt bis zur Dauer von **acht Wochen**. Dieser Anspruch steigt ab einem Dienstaltes von 15 Jahren auf zehn Wochen an.

Die Zahlung gebührt für **jeden Anlassfall** von neuem, es sei denn, es handelt sich um eine sog **Folgeverhinderung**, dh eine im ursächlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsunfall bzw der Berufskrankheit stehende weitere Arbeitsverhinderung; liegt eine solche vor, so gebührt Entgeltfortzahlung nur bis zur Erschöpfung des Grundanspruchs für Arbeitsunfall und Berufskrankheit.

5.2.2 Sonstige wichtige Gründe

Gem § 8 Abs 3 AngG, § 1154b Abs 5 ABGB **behält** der AN den **Anspruch auf Entgelt** auch dann, wenn er durch **andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden** während einer **verhältnismäßig kurzen Zeit** an der Arbeitsleistung verhindert ist.

Die einschlägigen Regelungen sind einseitig zwingend zugunsten des AN (vgl § 40 AngG für Angestellte, § 1164 Abs 1 ABGB für sonstige AN, insb Arbeiter).

Aus der Praxis: Der **KollV** kann nur **günstiger als das G** sein oder dieses konkretisieren. Ist er ungünstiger als das G, kann sich der AN auf § 8 Abs 3 AngG, § 1154b Abs 5 ABGB stützen. Der KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern ist in seinem § 13 in einigen Punkten günstiger als das G, eindeutig zB beim Wohnungswechsel. In anderen Punkten, etwa bei Tod oder schwerster Erkrankung sehr naher Angehöriger, wird man weitergehende Ansprüche auf das G stützen können.

Im Bereich der sonstigen wichtigen Gründe ist zwischen dem **gerechtfertigten Fernbleiben** einerseits und der Frage der **Entgeltfortzahlung** andererseits **zu unterscheiden:** Die Entgeltfortzahlung gebührt nur für eine verhältnismäßig kurze Zeit, das Fernbleiben kann jedoch darüber hinaus gerechtfertigt sein, sodass der AN keineswegs einen Entlassungsgrund (§ 27 Z 4 AngG, § 82 lit f GewO 1859) setzt, allerdings während der Abwesenheit kein Entgelt bezieht (vgl auch 5.2.2.1).

Der Anspruch besteht **für die notwendige Zeit**, so lange diese verhältnismäßig kurz ist. Eine „Aliquotierung“ der absoluten Anspruchsdauer für Teilzeitbeschäftigte (zB zwei Tage statt vier Tage bei Todesfall) ist sinnwidrig. Natürlich bezieht sich die Höhe des Fortzahlungsanspruchs bei einem Teilzeitbeschäftigten auf das ausgefallene Teilzeitbeschäftigtenentgelt und wird daher anders aussehen als bei einem Vollzeitbeschäftigten.

Als **sonstige wichtige Gründe** angesehen werden

- „familiäre Pflichten“ (Hochzeiten, Todesfälle udgl),
- „öffentliche Pflichten rechtlicher oder moralischer Natur“ (Behördenladungen, demokratische Pflichten, Hilfeleistung gegenüber Verletzten),
- „Aufsuchen des Arztes bzw Inanspruchnahme sonstiger Behandlungs-, Beratungs- und Dienstleistungseinrichtungen“,
- „faktische, unmittelbar auf den AN einwirkende Umstände“ (zB Naturereignisse wie außergewöhnlich ergiebige Schneefälle, Verkehrsstörungen, Maßnahmen oder Vorgänge mit freiheitsentziehender Wirkung).

Ein Grund ist nur dann wichtig, wenn nach Abwägung der Interessen des AN und des AG eine **entsprechend starke Interessenlage** des AN besteht, von der an sich geschuldeten Arbeitsleistung Abstand zu nehmen. Im Falle des Todes eines Verwandten wird bei besonderer Nahebeziehung die entsprechende Interessenlage gegeben sein, bei einer Person jedoch, die der AN zu Lebzeiten nicht oder kaum gekannt und gesehen hat, ist der sonstige wichtige Grund unter Umständen zu verneinen.

„Öffentliche Pflichten“ sind etwa die **Zeugenpflicht** oder die **Teilnahme als Laienrichter bei Gerichtsverhandlungen**. Nicht hierher gehören das Ablegen der Führerscheinprüfung oder gar die Absolvierung der Jagdprüfung. Derartige Angelegenheiten sind im Allgemeinen Privatsache.

E 18) OGH 27. 5. 1992 9 ObA 70/92 – Telefonreparatur
DRdA 1993, 45 (*Ritzberger-Moser*)

Dem AN muss auch das berechnigte, unabweisliche Interesse zugebilligt werden, während der Behebung einer Telefonstörung in seiner Wohnung anwesend zu sein, sodass ein sonstiger wichtiger, seine Person betreffender Grund vorliegt.

E 19) OGH 15. 2. 2001 8 ObA 16/01p – Flughafen
infas 2001 A 46

Ein sonstiger wichtiger Grund kann auch dann vorliegen, wenn eine AN ihre 14-jährige Tochter, die keine Flugerfahrung hat, zum Flughafen begleiten und dort beim Einchecken usw unterstützen muss, bis die Minderjährige an die Flugbegleiterin übergeben wird, welche sodann die Betreuung bis zur Ankunft des Lebensgefährten der Mutter am Zielflughafen übernimmt.

Beide E erscheinen eigenartig. Was die Telefonreparatur betrifft, so ist dies eine Dienstleistung im privaten Haushalt, die den AG nur dann zur Entgeltfortzahlung verpflichten kann, wenn sich der AN in einer echten Notlage befindet (zB Wasserrohrbruch, Überschwemmung). Auch die Begleitung der Jugendlichen zum Flughafen dürfte im Normalfall keine ausreichend starke Interessenlage der AN begründen, zumal sich das Ganze in Wien abspielte, wo die bereits 14-jährige Tochter Menschenansammlungen und Stresssituationen, wie sie auf einem Flughafen vorkommen, gewohnt sein müsste. Die Haltung des Höchstgerichts ist im letzteren Fall vielleicht dadurch zu rechtfertigen, dass sich aus den dem Recht der Pflegefreistellung (vgl 5.2.2.1) zu Grunde liegenden Wertungen ersehen lässt, dass der Gesetzgeber der Kinderbetreuung besondere Bedeutung beimisst.

In verschiedenen Fällen der Entgeltfortzahlung aus sonstigem wichtigen Grund steht der Umstand, dass die Arbeitsverhinderung **unverschuldet** sein muss, im Mittelpunkt des Interesses: So kann zB der wegen eines von ihm begangenen Verkehrsdelikts zur Polizei vorgeladene AN keine Entgeltfortzahlung verlangen. Auch beim Zuspätkommen zur Arbeit wegen Verkehrsstaus oder wegen Festsitzens am Urlaubsort muss diese Komponente problematisiert werden:

Beispiele: Wer über die Südosttangente zur Arbeit fährt, muss einen Stau einkalkulieren, wer über eine südsteirische Landesstraße anreist, wohl nicht.

Wer am Semmering Urlaub macht, muss kaum damit rechnen, eingeschneit zu werden, wer in Lech am Arlberg Ski fährt, eher schon.

5.2.2.1 Pflegefreistellung

Ein vom Gesetzgeber gesondert geregelter wichtiger Grund ist die Pflegefreistellung. Zu beachten ist, dass dieses Sonderrecht **günstigere** einschlägige **Regelungen** in G (insb § 8 Abs 3 AngG, § 1154b Abs 5 ABGB; vgl 5.2.2), KollV, BV oder Arbeitsverträgen **unberührt** lässt (vgl § 18 UrlG).

Ist der AN gem § 16 Abs 1 UrlG nach Antritt des Arbeitsverhältnisses an der Arbeitsleistung

- wegen der **notwendigen Pflege** eines **im gemeinsamen Haushalt** lebenden **erkrankten nahen Angehörigen** (Z 1),
- wegen der **notwendigen Betreuung seines Kindes** oder eines im gemeinsamen Haushalt lebenden leiblichen Kindes des anderen Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten infolge **Ausfalls der ständigen Betreuungsperson** des Kindes aus bestimmten, im G genannten Gründen (Z 2),
- wegen der **Begleitung eines** derartigen, **unter zehn Jahre alten erkrankten Kindes** bei einem **stationären Aufenthalt in einer Heil- und Pflegeanstalt** (Z 3)

nachweislich verhindert, so besteht Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zum Höchstausmaß von **einer Arbeitswoche** innerhalb eines **Arbeitsjahres**. Als **nahe Angehörige** gelten Ehegatten, eingetragene Partner, Lebensgefährten, Verwandte in gerader Linie, im gemeinsamen Haushalt lebende Kinder des anderen Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten sowie Wahl- und Pflegekinder.

Darüber hinaus besteht gem § 16 Abs 2 UrlG Anspruch auf Arbeitsfreistellung bis zum Höchstausmaß einer **weiteren Arbeitswoche im Arbeitsjahr**, wenn der Grundanspruch verbraucht ist und eine neuerliche Krankenpflegefreistellung in Bezug auf ein im gemeinsamen Haushalt lebendes, **unter zwölf Jahre altes Kind** (einschließlich leibliches Kind des Partners) notwendig ist. Diese Regelung kommt nur dann zur Anwendung, wenn nicht Freistellung nach einer anderen zwingenden Bestimmung gebührt (vgl insb § 8 Abs 3 AngG, § 1154b Abs 5 ABGB).

Sind die Entgeltfortzahlungsansprüche für Pflegefreistellung erschöpft, so kann der AN – entgegen allgemeinen Grundsätzen (vgl 6.1) – einseitig auf Urlaub gehen (§ 16 Abs 3 UrlG).

5.3 Neutrale Sphäre

Ist das die Arbeitsverhinderung auslösende Ereignis so umfassend, dass es **neben dem Betrieb** (oder sonstigem Arbeitsort) **in vergleichbarer Weise** auch die **Allgemeinheit trifft**, so gebührt keine Entgeltfortzahlung.

Es handelt sich hier um Ausnahmestände, die sich der üblichen zivil- bzw arbeitsrechtlichen Beurteilung und Risikoverteilung entziehen. Die Rechtsfolge bestimmt sich gegebenenfalls aus § 1447 ABGB, wonach ein „anderer Zufall“ die gegenseitigen Verbindlichkeiten aufhebt.

Die oben wiedergegebene Formel zieht es nach sich, dass die **neutrale Sphäre sehr eng** zu umschreiben ist. Auch Naturereignisse wie Schneefälle sind im Regelfall entweder der Arbeitgeber- oder der Arbeitnehmersphäre zuzuordnen. Es gibt aber auch besonders umfassende Naturereignisse, die in die neutrale Sphäre fallen (zB Hochwasser, welches ganze Landstriche überflutet). Die Covid-19-Pandemie ist kein Fall der neutralen Sphäre.

5.4 Lohnfortzahlungsschaden

Kommt es zu einer Arbeitsverhinderung, die ein Dritter verursacht hat und für die er vom AN schadenersatzrechtlich herangezogen werden könnte, dann wird der Schaden auf den AG überwält, wenn dieser gesetzlich (bzw nach KollV, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag) zur Entgeltfortzahlung verpflichtet ist (vgl 5.2).

Die Entgeltfortzahlungsvorschriften haben jedoch nicht den Zweck, den Schädiger zu entlasten, sie sollen vielmehr den AN vor sozialen Härten schützen.

E 20) OGH 24. 3. 1994 2 Ob 21/94 – Ersatzanspruch nach Entgeltfortzahlung
DRdA 1995, 44 (*Klein*)

Die Ersatzpflicht des Schädigers ist durch die Entgeltfortzahlung nicht ausgeschlossen. Der Schädiger hat dem AG den auf diesen überwältten Schaden des AN zu ersetzen, wobei der Ersatzanspruch mit der Entgeltfortzahlung unmittelbar auf den AG übergeht.

Lange Zeit hatte die Rechtsprechung die Pflicht des AG zur Entgeltfortzahlung als sog mittelbaren Schaden qualifiziert und einen Ersatz desselben abgelehnt.

Umfasst ist nicht nur das Bruttoentgelt, sondern auch die Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung.

Im Bereich der Arbeitskollegenhaftung bedeutet die Ersatzfähigkeit des Lohnfortzahlungsschadens eine erhebliche Vergrößerung des Haftungsrisikos des AN. Es wird daher vorgeschlagen, die Kriterien der Schadensaufteilung nach DHG auf den vorliegenden Haftungsfall zu übertragen. Es wäre unbillig, eine unbeschränkte Haftung des schädigenden AN anzunehmen, obwohl der Schaden bei Erbringung der Arbeitsleistung eingetreten ist.

6. Urlaub

Urlaub ist **Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts**. Der Urlaub dient der Erholung des AN und kann daher während des Arbeitsverhältnisses nicht in Geld abgelöst werden. Das UrlG sieht im Allgemeinen einen Urlaubsanspruch von 30 Werktagen im Arbeitsjahr vor, der – außer im ersten Dienstjahr – am Beginn dieses Jahres entsteht.

Gem § 6 Abs 1 UrlG **behält** der AN **während des Urlaubs** den **Anspruch auf das Entgelt**. Für Entgelte, die nach Wochen, Monaten oder längeren Zeiträumen bemessen werden, bedeutet dies zB, dass während des Urlaubs keine Schmälerung eintreten darf (§ 6 Abs 2 UrlG). Bei Leistungsentgelten ist gem § 6 Abs 4 UrlG nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen weiterzuzahlen.

Aus der Praxis:	<p>Ob spezielle Zulagen während des Urlaubs fortzuzahlen sind, hängt von deren Charakter als Entgelte oder Aufwandsentschädigungen ab (dazu allg 3.1, 3.1.2).</p> <p>Wird beispielsweise eine „Schmutzzulage“ gewährt, der keine tatsächlichen Reinigungskosten gegenüberstehen, so ist diese Zahlung Entgelt und daher während des Urlaubs weiterzuzahlen. Nur wenn sie tatsächlich Aufwendungen abdeckt, gebührt sie während des Urlaubs nicht.</p>
------------------------	---

6.1 Verbrauch des Urlaubs

Der konkrete **Urlaubsverbrauch** ist zwischen AN und AG unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen **zu vereinbaren** (§ 4 Abs 1 Satz 1 UrlG). Die Vereinbarung muss Beginn und Ende des Urlaubs enthalten.

Ein **einseitiger Urlaubsantritt durch den AN** ist nur in **drei Ausnahmefällen** möglich, davon abgesehen wird ein Entlassungsgrund gesetzt.

- Die erste Ausnahme finden sich in § 16 Abs 3 UrlG im Zusammenhang mit der **Pflegefreistellung** (vgl 5.2.2.1).

- Zweitens ermöglicht das **Verfahren nach § 4 Abs 4 UrlG**, welches jedoch einen zuständigen BR voraussetzt, unter gewissen Voraussetzungen einen einseitigen Urlaubsantritt.
- Den dritten Fall eines einseitigen Urlaubsantritts durch den AN enthält § 7a ARG über den „**persönlichen Feiertag**“. Demnach kann der AN den Zeitpunkt des Antritts eines Tages des ihm zustehenden Urlaubs einmal pro Urlaubsjahr mit Vorankündigungsfrist von drei Monaten einseitig bestimmen.

Von Seiten des AG angeordnete sowie auch in Arbeitsverträgen festgelegte **Betriebsurlaube** sind vor dem Hintergrund des § 4 Abs 1 UrlG ebenfalls problematisch. Zur Verminderung der im Zusammenhang mit Betriebsurlauben bestehenden Rechtsunsicherheit hat der OGH eine Möglichkeit eröffnet, die starre Regelung des § 4 Abs 1 Satz 1 UrlG unter gewissen Voraussetzungen aufzuweichen:

E 21) OGH 5. 4. 1989 9 ObA 72/89 – Vorausverfügung
DRdA 1989, 424 = ZASB 1989, 17

Die Vorausvereinbarung eines jedes Jahr zur gleichen Zeit stattfindenden Betriebsurlaubs bereits beim Abschluss des Arbeitsvertrags widerspricht grundsätzlich der zwingenden Bestimmung des § 4 Abs 1 UrlG. Wird allerdings auf diese Weise nur ein Urlaubsteil von zwei Wochen zur Festlegung des Betriebsurlaubs verwendet, um wichtigen und immer gleich bleibenden Betriebsinteressen Rechnung zu tragen, so werden die gleichrangigen Erholungsbedürfnisse der Belegschaft durch die individuelle Verfügungsmöglichkeit über den verbleibenden ausreichend langen Urlaubsrest nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt.

Der Dauerschuldcharakter dieser Vereinbarung gestattet außerdem einen Rücktritt aus wichtigen Gründen.

Diese Leitentscheidung darf nicht – wie dies in der Praxis manchmal vorkommt – einfach so verstanden werden, dass der AG über zwei Wochen Jahresurlaub einseitig verfügen darf. Es ist die **Vorzeichnung** des Betriebsurlaubs **im Arbeitsvertrag** vonnöten, und diese muss so gestaltet sein, dass über **maximal zwei Wochen auf immer gleiche Weise** (Zeit, Begründung) verfügt wird.

Aus der Praxis: Soll beispielsweise während eines Urlaubs des Ziviltechnikers ein Betriebsurlaub stattfinden, so muss dies mit jedem AN einzeln – ausdrücklich oder konkludent – vereinbart werden.

Eine Vorzeichnung im Arbeitsvertrag ist nach obiger Entscheidung für maximal zwei Wochen pro Jahresurlaub und mit immer gleichen Modalitäten möglich.

Auch der Verbrauch von Zeitausgleich ist zwischen AN und AG zu vereinbaren (vgl § 10 Abs 2 AZG). Für Überstunden, durch die die Tagesarbeitszeit von zehn Stunden oder die Wochenarbeitszeit von 50 Stunden überschritten wird, kann der AN bis spätestens am Ende des Abrechnungszeitraumes bestimmen, ob die Abgeltung durch Geld oder Zeitausgleich erfolgen soll (§ 10 Abs 4 AZG; dazu 10.6.1).

6.2 Krankheit im Urlaub

Erkrankt oder verunfallt ein AN während des Urlaubs, ohne dies vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt zu haben, so werden gem § 5 Abs 1 UrlG die Zeiten der Dienstverhinderung auf das Urlaubsausmaß nicht angerechnet, wenn dieselbe länger als drei Kalendertage gedauert hat. Diese Grundsätze kommen nicht zur Anwendung, wenn die Verhinderung durch eine dem Erholungszweck widersprechende Erwerbstätigkeit verursacht ist (§ 5 Abs 2 UrlG). Den AN treffen dezidierte Meldepflichten (unverzögliche Mitteilung, ärztliche Bestätigung; vgl § 5 Abs 3 UrlG).

6.3 Kündigung im Urlaub

Eine Arbeitgeberkündigung während des Urlaubs ist prinzipiell möglich. Das erhöhte Risiko eines Nichtzugangs der Kündigungserklärung trägt der lösende AG. Zu beachten ist, dass eine den Erholungszweck vereitelnde Kündigung von der Rechtsprechung als zeitwidrig qualifiziert wird. Das bedeutet, dass es im Falle kurzer Kündigungszeiten, insb bei (Saison-)Arbeitern, zu einer Kündigungsentschädigung kommen kann.

6.4 Abgeltung nicht verbrauchten Urlaubs

Kommt es vor Verbrauch des Urlaubs zur **Beendigung des Arbeitsverhältnisses**, so ist der offen gebliebene Anspruch **in Geld abzufinden**.

Mit der „**Urlaubersatzleistung**“ (§ 10 Abs 1 Satz 1 und 2 UrlG) wird der nicht verbrauchte Urlaub abgegolten. Die Aliquotierung erfolgt nach der „Dauer der Dienstzeit in diesem Urlaubsjahr im Verhältnis zum gesamten Urlaubsjahr“, also mangels anderer Anordnung **nach Tagen** (Kalendertagen). Nur im Falle des unberechtigten Austritts gebührt für das laufende Urlaubsjahr überhaupt keine Zahlung (§ 10 Abs 2 UrlG).

Beispiel: Wird das Arbeitsverhältnis genau zur Hälfte des Urlaubsjahres einvernehmlich gelöst und hat der AN in diesem Jahr noch keinen Urlaub verbraucht, so steht ihm die Hälfte des für den Urlaub gebührenden Urlaubsentgelts (zu diesem vgl § 6 UrlG) zu.

Bereits verbrauchter Urlaub ist auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen (§ 10 Abs 1 Satz 2 UrlG). Hätte der AN somit zB zehn Tage Urlaub in natura verbraucht, so erhält er Urlaubersatzleistung im obigen Beispiel nicht für 15, sondern nur für fünf Werktage, hätte er bereits 20 Tage verbraucht, so gebührt keine Urlaubersatzleistung. Unter Umständen kommt es sogar zu einer Rückerstattungspflicht (s dazu gleich).

Bei überaliquotem Naturalurlaubsverbrauch besteht in gewissen Fällen eine **Rückerstattungspflicht** des AN: Entgelt, das er für über das aliquote Ausmaß verbrauchten Urlaub erhalten hat, muss der AN im Falle des **unberechtigten Austritts** und der **verschuldeten Entlassung** verhältnismäßig zurückerstatten. Der Erstattungsbetrag hat dem für den zu viel verbrauchten Urlaub erhaltenen Urlaubsentgelt zu entsprechen (§ 10 Abs 1 Satz 3 und 4 UrlG). Bei unberechtigtem Austritt, bei dem es gem § 10 Abs 2 UrlG überhaupt keine Ersatzleistung für das laufende Urlaubsjahr gibt, geht die Rückzahlungspflicht offensichtlich auch nur bis zum aliquoten Ausmaß. Weitere Rückzahlungspflichten bei anderen Arten der Beendigung sind angesichts der Konzeption der Regelungen ausgeschlossen.

Offene **Urlaube aus vergangenen Urlaubsjahren** sind **voll abzugelten**, sofern sie nicht verjährt sind (§ 10 Abs 3 UrlG; zur Verjährung des Urlaubs s gleich). Dies gilt auch bei ungerechtfertigtem Austritt.

Eine Verjährung des Urlaubs tritt gem § 4 Abs 5 Satz 1 UrlG mit Ablauf von **zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem der Urlaub entstanden** ist, ein. Entgegen allgemeinen Grundsätzen des Verjährungsrechts (vgl 3.3) kommt eine Verkürzung dieser

Verjährungsfrist oder ihr Ersatz durch eine kürzere Verfallsfrist auf Grund des einseitig zwingenden Charakters des UrlG (vgl § 12 leg cit) nicht in Betracht.

7. Arbeitspflicht des AN

7.1 Inhalt und Umfang der Arbeitspflicht

Der **Inhalt** der Arbeitsleistung ist nach § 6 AngG, § 1153 ABGB zu bestimmen. Primär ist für die Festlegung der Art der geschuldeten Arbeitsleistung die **Einzelvereinbarung** maßgeblich.

Demnach ist grundsätzlich in den Arbeitsvertrag zu schauen. Ist in diesem eine Regelung über den Inhalt der Arbeitsleistung zu finden, so ist diese Festlegung, gegebenenfalls nach Maßgabe der §§ 914 f ABGB interpretiert, zu Grunde zu legen. Zum Inhalt der Arbeitsleistung wird auch häufig eine konkludent zustande gekommene Vereinbarung zu ermitteln sein; gewisse Kompetenzaufteilungen oder Tätigkeitszuweisungen werden sich nämlich aus langdauernder Übung ergeben. Anhaltspunkte können sich dabei auch aus den Gepflogenheiten in einer Branche oder aus dem Berufsbild ergeben.

Ist aus dem Arbeitsvertrag keine Bestimmung der Art der zu leistenden Arbeit zu entnehmen, so ist diese nach dem „**Ortsgebrauch**“ festzulegen, in Ermangelung eines solchen sind „**den Umständen nach angemessene Dienste**“ zu leisten. Die Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe läuft auf eine **Interessenabwägung**, aus der Sicht des AN auf eine Zumutbarkeitsbewertung, hinaus.

Die nach Vertrag oder gesetzlichen Vorgaben bestimmte Arbeitspflicht bedarf in aller Regel weiterer Konkretisierungen. Das hierfür vorgesehene Rechtsinstitut ist das **Weisungsrecht** (Direktionsrecht) des AG.

Zur Beantwortung der Frage, ob der AN bestimmte per Weisung des AG angeordnete Arbeiten zu erledigen hat oder nicht, ist im Falle des Fehlens vertraglicher Grundlagen anhand aller Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob dem AN die Erbringung der entsprechenden Leistungen zumutbar ist. Wiederum wird dabei auch auf Branchenüblichkeit und Berufsbild zu schauen sein.

E 22) OGH 18. 4. 1978 4 Ob 24/78 – Fortbildungskurs
ZAS 1979, 142 (*Schön*)

Ein Versicherungsvertreter darf die Teilnahme an einem dreitägigen Fortbildungskurs, der die Kenntnis der für den Abschluss von Versicherungsverträgen maßgebenden Bestimmungen über die verschiedenen Versicherungszweige sowie der betriebsinternen Vorschriften betreffend Prämien, Versicherungsleistungen etc vermittelt, nicht ablehnen, selbst wenn ihm dadurch Provisionen entgehen. Die fristlose Entlassung des AN wegen Arbeitspflichtverletzung (§ 27 Z 4 AngG) ist gerechtfertigt.

Die vertragsrechtliche Beurteilung des **Umfangs** der Arbeitspflicht hat ebenfalls an § 6 AngG, § 1153 ABGB anzusetzen und daher – wie beim Inhalt der Arbeitsleistung (s oben) – in erster Linie von der **Vereinbarung** und subsidiär vom **Ortsgebrauch** bzw der „**Angemessenheit**“ auszugehen.

Zu beachten ist, dass die hier zur Debatte stehenden Fragen des Ausmaßes der Arbeitszeit stark durch die öffentlich-rechtlichen Vorgaben insb des AZG und des ARG geprägt werden (zum Arbeitszeitrecht vgl 10.).

Bei der Frage, welcher **Arbeitsort** geschuldet wird – dies ist genau genommen eine Facette des oben angesprochenen Inhalts der Arbeitsleistung –, ist von den Vorgaben des § 905 ABGB betreffend den Erfüllungsort des Schuldverhältnisses auszugehen. Demnach ist grundsätzlich in den **Arbeitsvertrag** zu schauen. Ist in diesem auch nach Vertragsinterpretation (§§ 914 f ABGB) nichts zu finden, so ist der Arbeitsort nach „**Natur und Zweck des Geschäfts**“ einzugrenzen. Die Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs bedeutet wiederum eine **Interessenabwägung** bzw Zumutbarkeitsbewertung.

Im Allgemeinen hat ein AN **ausschließlich** die inhaltlich und umfangmäßig **vereinbarten** bzw nach obigen Bestimmungsfaktoren **festgelegten Arbeiten** zu verrichten. Nur **ausnahmsweise** kann sich aus **Treuepflichten** (vgl allg 8.), insb aus der Beistandspflicht, also aus der gesetzlichen Ausformung von Interessenwahrungspflichten des AN, ergeben, dass nicht nur die an sich geschuldeten, sondern auch andere Arbeiten zu erbringen sind.

7.2 Versetzungsschutz

Unter **Versetzung** versteht man herkömmlicherweise eine nicht unerhebliche Änderung des Arbeitsortes oder des Tätigkeitsbereiches oder beider genannten Aspekte. Auch grundlegende Änderungen in der Arbeitszeitgestaltung (zB Umstellung auf Schichtbetrieb) werden in den Versetzungsbegriff einbezogen.

Beim Versetzungsschutz ist zwischen einer arbeitsvertragsrechtlichen und einer betriebsverfassungsrechtlichen Komponente zu unterscheiden. Beide Aspekte sind völlig **getrennt** zu betrachten, dh der AG muss, um eine gültige Versetzung zu erreichen, die in beiden Bereichen bestehenden Voraussetzungen erfüllen.

7.2.1 Arbeitsvertragsrechtlicher Versetzungsschutz

Zu unterscheiden ist zwischen **direktorialer** und **vertragsändernder** Versetzung; Erstere ist im bestehenden Arbeitsvertrag gedeckt und kann daher einseitig durch Weisung des AG angeordnet werden, Letztere kann nur dann stattfinden, wenn der AN einer diesbezüglichen Änderung seines Arbeitsvertrags zustimmt. Der Versetzungsschutz besteht in der Möglichkeit des AN, die Zustimmung zur Vertragsänderung zu verweigern.

Ob eine direktoriale oder eine vertragsändernde Versetzung vorliegt, richtet sich in erster Linie nach dem **Inhalt des Arbeitsvertrags**. Ist aus diesem nichts ersichtlich, so ist eine Zumutbarkeitsbewertung vorzunehmen: Ist dem AN die konkrete Versetzung zumutbar, so ist sie direktorial, ist sie nicht zumutbar, so ist sie vertragsändernd (vgl allg 7.1).

7.2.2 Betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsschutz

Gem § 101 ArbVG ist eine **dauernde**, dh für voraussichtlich länger als 13 Wochen erfolgende Versetzung dem BR mitzuteilen und mit ihm auf Verlangen zu beraten. Ist mit einer solchen Versetzung eine **Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen**

Arbeitsbedingungen verbunden, so bedarf sie zu ihrer Rechtswirksamkeit der (vorherigen) **Zustimmung des BR**; bei willkürlicher Nichtzustimmung kann das ASG die Versetzung genehmigen.

Gibt es keinen BR, kann § 101 ArbVG nicht angewendet werden.

7.2.3 Rechtsfolgen rechtlich nicht gedeckter Versetzungen

Ist eine Versetzung im Arbeitsvertrag nicht gedeckt oder wurde § 101 ArbVG nicht eingehalten, so ist die Vorgangsweise des AG **rechtsunwirksam**.

Weigert sich ein AN, einer im Vertrag nicht gedeckten, also **vertragsändernden Versetzung zuzustimmen** bzw **Folge zu leisten**, so befindet er sich mit seiner Vorgangsweise **im Recht**. Spricht der AG deswegen eine Entlassung aus, so ist diese ungerechtfertigt, zumal die Entlassungstatbestände gem § 27 Z 4 AngG, § 82 lit f GewO 1859 (vgl 12.2.3.1) nicht erfüllt sind.

Erscheint dem AG die Fortführung des Arbeitsverhältnisses wie bisher nicht sinnvoll, so müsste er, um rechtmäßig zu handeln, zum Mittel einer **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses greifen. Nach Kündigung oder Änderungskündigung von Seiten des AG entsteht insb ein Anspruch auf Abfertigung, im letzteren Fall selbstverständlich nur dann, wenn der AN die in der Änderungskündigung gesetzte Bedingung (Akzeptieren der Vertragsänderung im Hinblick auf den neuen Arbeitsbereich) nicht erfüllt.

Wird nicht gelöst, kann es zu folgendem Ablauf kommen: Der **AN** kann **weiter** seinem Vertrag gemäß **arbeiten**, wird er nicht beschäftigt, gebührt ihm, sofern er sich leistungsbereit erklärt, **Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB** (vgl allg 5.1). Er kann auch unter Protest die vom AG gewollte Arbeit erbringen und **auf Feststellung klagen**, dass zur Arbeit unter den neuen Bedingungen keine Verpflichtung besteht.

7.3 Homeoffice-Vereinbarungen

Arbeit im Homeoffice liegt vor, wenn ein/e AN **regelmäßig Arbeitsleistungen in der Wohnung** erbringt (§ 2h Abs 1 AVRAG).

Eine teilweise oder gänzliche Umstellung von der „klassischen“ Arbeit im Betrieb auf eine solche im Homeoffice bedarf einer **schriftlichen einzelvertraglichen Grundlegung** (§ 2h Abs 1 AVRAG). In dieser sollten ua auch das Ausmaß und die Lage der Arbeit im Homeoffice einerseits möglichst konkret, andererseits aber auch ausreichend flexibel bestimmt werden.

Die Homeoffice-Vereinbarung kann **bei Vorliegen eines wichtigen Grundes** unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zum Letzten eines Kalendermonats **gelöst werden** (§ 2h Abs 4 Satz 1 AVRAG). Ein wichtiger Grund kann etwa eine wesentliche Veränderung der betrieblichen Erfordernisse oder eine wesentliche Veränderung der Wohnsituation des AN sein, die die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice nicht mehr ermöglicht.

Die Homeoffice-Vereinbarung kann eine **Befristung** sowie **Kündigungsregelungen** beinhalten (§ 2h Abs 4 Satz 1 AVRAG).

Was die (völlige) Beendigung einer längere Zeit geübten Telearbeit anlangt, so ist zu bedenken, dass diese dem **Versetzungsschutz** unterliegen wird. Ein Thema wird hier weniger der **vertragsrechtliche** Versetzungsschutz sein. Zu beachten ist vielmehr bei Betrieben mit zuständigem BR der **betriebsverfassungsrechtliche** Versetzungsschutz (dazu 7.2).

7.3.1 Homeoffice und Arbeitsschutzrecht

Der **technische Schutz** ist primär im **ASchG** geregelt. Dieses erfasst nach seinem § 1 Abs 1 die „**Beschäftigung von AN**“. Das **ASchG** ist somit **relevant**, wenn der Telearbeiter **AN** ist. An der sachlichen Anknüpfung, also zB am Begriff der Arbeitsstätte (vgl § 19 ASchG), kann die Anwendbarkeit mE nicht scheitern. Auch eine Ausnahme für „private Haushalte“ ist nicht generell vorgesehen (arg § 1 Abs 2 Z 4 ASchG). Jedenfalls

ausgeschlossen ist aber eine Vollziehung des ASchG durch die zuständige Behörde, das Arbeitsinspektorat (§ 4 Abs 10 ASchG).

Die Bestimmungen der §§ 67 f ASchG (sowie darauf bezogene konkretisierende Regelungen in der einschlägigen Verordnung) über den **Schutz im Bereich von Bildschirmarbeitsplätzen** sind **auch im Falle von Telearbeit anzuwenden**.

Demnach sind AG verpflichtet, Bildschirmarbeitsplätze ergonomisch zu gestalten. Die Arbeitsplätze sind so zu bemessen und einzurichten, dass ausreichend Platz vorhanden ist, um wechselnde Arbeitshaltungen und -bewegungen zu ermöglichen. Es ist für eine geeignete Beleuchtung und dafür zu sorgen, dass Reflexion und Blendung vermieden werden. Weiters muss die Software für die auszuführende Tätigkeit geeignet und möglichst benutzerfreundlich sein. Die Bildschirmarbeit ist regelmäßig durch Pausen zu unterbrechen, um Belastungen etwa des Sehvermögens zu verringern.

Gem § 10 BS-V muss nach jeweils 50 Minuten ununterbrochener Bildschirmarbeit eine **Pause** oder ein **Tätigkeitswechsel** im Ausmaß von jeweils mindestens zehn Minuten erfolgen, wenn an einem Arbeitstag mehr als zwei Stunden ununterbrochen Bildschirmarbeit geleistet wird.

Die diversen **arbeitszeitrechtlichen Regelungen** nach AZG (Höchst Arbeitszeit, Mehr- und Überstundenabgeltung, Ruhepausen, tägliche Ruhezeit) und ARG (wöchentliche Ruhezeit, Feiertagsruhe) gelten auch für AN, die Telearbeit leisten.

Das bedeutet ua, dass **Arbeitszeitaufzeichnungen** zu führen sind (vgl § 26 AZG). Der Begriff „Betriebsstätte“ in § 26 Abs 1 AZG ist wiederum weit zu interpretieren.

§ 26 Abs 3 und 4 AZG enthält **Sonderbestimmungen für an dislozierten Arbeitsorten tätige AN**. Gem Abs 3 sind für AN, die die Lage ihrer Arbeitszeit und ihren Arbeitsort weitgehend selbst bestimmen können oder ihre Tätigkeit überwiegend in ihrer Wohnung ausüben, **ausschließlich Aufzeichnungen über die Dauer der Tagesarbeitszeit** zu führen.

7.3.2 Nutzungs- und Kostentragungsregelungen in Bezug auf den Telearbeitsplatz

Der AG hat grundsätzlich die erforderlichen digitalen Arbeitsmittel (IT-Hardware, Datenverbindung) bereitzustellen. Eine abweichende (einzelvertragliche) Regelung ist zulässig, sie muss aber angemessen sein (vgl § 2h Abs 3 AVRAG). Stellt zB der AN die Infrastruktur bereit, muss es dafür einen angemessenen Kostenersatz geben.

8. Treuepflichten des AN

Mit diesem Begriff werden jene Pflichten umschrieben, die dem AN neben seiner Hauptpflicht, der Arbeitspflicht, obliegen. Es handelt sich im Wesentlichen um **Interessenwahrungspflichten**.

Den Treuepflichten des AN wird oft die Fürsorgepflicht des AG gegenübergestellt. Gem § 1157 ABGB (vgl auch § 18 AngG) ist der AG verpflichtet, die Dienstleistungen so zu regeln und bezüglich der von ihm beizustellenden oder beigestellten Räume und Gerätschaften auf seine Kosten dafür zu sorgen, dass **Leben** und **Gesundheit** – bzw auch **sonstige Rechtsgüter** wie Eigentum usw – des AN geschützt werden.

Ein Verstoß gegen Treuepflichten wird **häufig** durch **entlassungsrechtliche Vorschriften** sanktioniert (zum Entlassungsrecht allg 12.3.1).

Im Einzelnen werden zumeist folgende Treuepflichten unterschieden:

- Beistandspflicht
- Anzeigepflicht
- Verschwiegenheitspflicht
- Verbot abträglichen Privatlebens
- Geschenkannahmeverbot
- Verbot anderweitiger Betätigung.

Besondere Probleme werfen die Verbote anderweitiger Betätigung auf, wobei hier zwischen den gesetzlich für die Zeit des aufrechten Arbeitsverhältnisses vorgesehenen „Konkurrenzverboten“ und den für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbarten „Konkurrenzklauseln“ zu unterscheiden ist.

8.1 Konkurrenzverbote

- Arbeiter können gem § 82 lit e GewO 1859 entlassen werden, wenn sie **ohne Einwilligung des Gewerbeinhabers** ein der Verwendung beim Gewerbe **abträgliches Nebengeschäft** betreiben.
- Gem § 7 Abs 1 AngG dürfen die **im § 1 AngG bezeichneten**, dh im Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns tätigen **Angestellten ohne Einwilligung des AG** (zu letzterem Aspekt s unten) weder ein **selbständiges kaufmännisches Unternehmen** betreiben noch **im Geschäftszweig des AG für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte** machen.

Selbständiges Tätigwerden im Rahmen eines kaufmännischen Unternehmens ist **generell untersagt**; hier steht weniger die Konkurrenzierung als vielmehr der Schutz der Leistungsfähigkeit des AN zu Gunsten des AG im Mittelpunkt. In dieser Beziehung ist der Angestellte iSd § 1 AngG tendenziell schlechter gestellt als der Arbeiter (s oben).

Unselbständiges Tätigwerden ist **im Geschäftszweig des AG untersagt**; dies ist ein Konkurrenzverbot im eigentlichen Sinn.

Bei **Verstoß** kommt es zu den in § 7 Abs 2 und 3 AngG genannten **spezifischen Sanktionen** sowie zur Verwirklichung des **Entlassungsgrundes** des § 27 Z 3 AngG. Nach § 7 Abs 2 und 3 AngG kann der AG Schadenersatz oder den Eintritt ins Geschäft bzw die Herausgabe der hierfür gebührenden Vergütung verlangen.

- Für Angestellte bei **Ziviltechnikern** iSd § 2 Z 5 AngG iVm dem ZTG gilt die Sonderbestimmung des § 7 Abs 4 AngG. Demnach ist es dem AN untersagt, **ohne Einwilligung des AG Aufträge**, die in das Gebiet der geschäftlichen Tätigkeit des AG fallen, auf eigene oder fremde Rechnung **zu übernehmen**, sofern dadurch das **geschäftliche Interesse des AG beeinträchtigt** wird. Ferner ist ihm untersagt, ohne Einwilligung des AG gleichzeitig mit diesem an ein und demselben **Wettbewerb**

teilzunehmen. Übertritt der Angestellte diese Vorschrift, so ist dies ein **Entlassungsgrund**. Auch kann der AG Ersatz des verursachten Schadens fordern.

Der KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern enthält in den §§ 3 f leg cit unter der Überschrift „Allgemeine Pflichten der Angestellten“ Konkretisierungen der Konkurrenzverbote.

- Für alle **anderen Angestellten** (vgl §§ 2 ff AngG) ist nur die allgemeine Vorschrift des § 27 Z 1 AngG (Entlassung wegen Untreue oder Vertrauensunwürdigkeit) maßgeblich.

E 23) OGH 15. 9. 1981 4 Ob 69/81 – Außendienstmitarbeiter
ZAS 1983, 138 (*Petrovic*) = DRdA 1982, 128

Der Entlassungsgrund gem § 27 Z 1 Fall 3 AngG ist bei einer dem § 7 AngG nicht zu unterstellenden Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen nur dann erfüllt, wenn dem Angestellten konkrete Verstöße gegen seine Treuepflicht zur Last fallen oder er ein bestimmtes Verhalten einnimmt, das ihn des Vertrauens seines AG unwürdig macht, wie etwa Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

Im Allgemeinen sind Nebenbeschäftigungen, sofern sie nicht gesetz- oder vertragswidrig sind, ohne Einschränkung zulässig und grundsätzlich dem AG nicht zu melden. Geht ein Außendienstmitarbeiter, dessen Arbeitszeit nicht überprüfbar ist, während aufrechten Bestehens eines Arbeitsverhältnisses ein anderes Arbeitsverhältnis ein, das ebenso wie das bestehende seinen vollen Arbeitseinsatz verlangt, so wird er vertrauensunwürdig, sodass eine Entlassung gem § 27 Z 1 Fall 3 AngG gerechtfertigt ist.

Aus dieser E ist ersichtlich, dass das Höchstgericht die zu starr formulierten §§ 7 Abs 1 bis 3, 27 Z 3 AngG mit Hilfe des Auffangtatbestandes der Vertrauensunwürdigkeit (§ 27 Z 1 Fall 3 AngG) auch in Fällen, in denen die Bestimmungen an sich anwendbar sind, also bei Angestellten iSd § 1 AngG, flexibilisiert.

Bloße **Vorbereitungshandlungen** zur Aufnahme eines Nebengeschäfts verletzen die gegenständlichen Vorschriften nicht. Dazu gehören zB Aktivitäten zur Anschaffung der Betriebs- oder Geschäftseinrichtung, die Beschaffung eines Gewerbescheins oder die Erledigung anderer Formalitäten. Der Begriff der Vorbereitungshandlung ist überschritten, sobald der erste konkrete Kundenkontakt hergestellt wird.

Die Konkurrenzverbote im skizzierten Sinn werden durch **Einwilligung des AG** in eine Nebentätigkeit außer Kraft gesetzt (vgl ausdrücklich §§ 7 Abs 1 und 4, 27 Z 3 AngG, § 82 lit e Fall 2 GewO 1859). Die Erlaubniserteilung ist wohl als **Willenserklärung des AG** aufzufassen, die entweder **einseitig** erfolgen oder – auch konkludent – zu einer entsprechenden **Vereinbarung mit dem AN** führen kann. Die Grenzen des Genehmigungsakts – insb auch im Hinblick auf Widerrufsvorbehalte, Bedingungen und Befristungen – sind nach den §§ 914 f ABGB, also durch Vertragsinterpretation, zu ermitteln. Von einer völlig vorbehaltlos erklärten Einwilligung kommt der AG einseitig nicht los. Gesetzte Widerrufsvorbehalte sind nach Maßgabe einer Billigkeitskorrektur gültig, sind also vom AG nach billigem Ermessen auszuüben. Letzteres bedeutet etwa, dass dem AN im Zuge des Widerrufs eine angemessene Frist zur Anpassung einer unternehmerischen Tätigkeit gegeben werden muss.

8.2 Konkurrenzklausele

Spezielle Beschränkungen der Möglichkeit, Konkurrenzklausele zu vereinbaren, finden sich vor allem in den §§ 36 f AngG. Das Konkurrenzklauselerecht der Angestellten ist gem § 2c AVRAG gleichermaßen für alle anderen Arten von Arbeitsverhältnissen heranzuziehen.

§ 36 Abs 1 AngG umschreibt die **Konkurrenzklausele** als „Vereinbarung, durch die der AN nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird“. Mit dem Tatbestandsmerkmal „**Beschränkung der Erwerbstätigkeit**“ werden die möglichen Gegenstände der Konkurrenzklausele umschreiben.

Eine Konkurrenzklausele kann sich auf spezielle Unternehmen oder eine bestimmte Branche (zB keine Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen), auf die Art der Arbeitsleistung (zB Ausschluss der Vertretertätigkeit), das Fachgebiet (zB kaufmännischer Bereich, spezielle Produktionsbereiche) oder örtlich auf ein bestimmtes Gebiet (zB keine einschlägige Tätigkeit in der Steiermark) beziehen. Eine Konkurrenzklausele liegt auch vor, wenn einem AN nach seinem Ausscheiden die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu Kunden des AG untersagt ist (sog Kunden-, Klienten- oder Mandantenschutzklausele).

Konkurrenzklauseln werden von G wegen durch folgende Regelungen beschränkt:

- Eine Konkurrenzklausel ist nach § 36 Abs 1 Z 1 AngG **absolut unzulässig**, wenn ein **Minderjähriger** verpflichtet wird. Diese Regelung ist analog auf volljährige Lehrlinge anzuwenden.
- § 36 Abs 1 Z 2 und 3 AngG umschreibt die **relative Zulässigkeit**: Die Vereinbarung ist nur insoweit gültig, als sich die Beschränkung auf den **Geschäftszweig des AG** bezieht, **ein Jahr** nicht übersteigt und auch sonst nach Gegenstand, Zeit und Ort sowie im Verhältnis zum geschäftlichen Interesse des AG **keine unbillige Erschwerung des Fortkommens** des AN darstellt.
- § 36 Abs 2 AngG enthält die sog **Entgeltgrenze**: Nach Streichung der alten, auf 120.000 Kronen Jahresverdienst stehen gebliebenen Entgeltgrenze im Jahr 2001 hat der Gesetzgeber mE mit der neuen Entgeltgrenze im Jahr 2006 einen Schritt in die richtige Richtung gemacht. Damit wird die durch die elektronische Revolution und die Anwendung des Konkurrenzklauselrechts auf Arbeiter modern gewordene „formularmäßige“ Erfassung auch relativ gering entlohnter AN durch Konkurrenzklauseln zurückgedrängt.

Sinnvollerweise wurde eine **dynamische Entgeltgrenze** gewählt, die an die jährlich valorisierte Höchstbeitragsgrundlage in der Sozialversicherung angebunden ist. In der „**alten Entgeltgrenze**“ (für Konkurrenzklauseln, die nach 2006 [s unten], aber vor dem 29. 12. 2015 abgeschlossen wurden) wird auf das Siebzehnfache der täglichen Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG iVm der jeweiligen V über die veränderlichen Werte in der SV abgestellt; das bedeutet für das Jahr **2021** eine Entgeltgrenze von **€ 3.145,- Bruttomonatsverdienst**. Für die „**neue Entgeltgrenze**“ (für Klauseln ab dem 29. 12. 2015) wird das Zwanzigfache der täglichen Höchstbeitragsgrundlage herangezogen, das bedeutet im Jahr **2021** eine Summe von **€ 3.700,-**. Für Vertragsabschlüsse von Angestellten vor dem 17. 3. 2006 bzw von Arbeitern vor dem 18. 3. 2006 (Inkrafttreten der einschlägigen Regelungen) gilt keine Entgeltgrenze.

Die Entgeltgrenze muss **im letzten Monat des Arbeitsverhältnisses** überschritten werden. Es stellt sich demnach erst am Ende des Arbeitsverhältnisses heraus, ob die Konkurrenzklausel zulässig ist. Für die Ermittlung der Vergleichsgröße zu dieser Zulässigkeitsgrenze ist bei „alten Konkurrenzklauseln“ der **weite Entgeltbegriff** des Arbeitsrechts zu Grunde zu legen. Einzubeziehen sind – in Anlehnung an die Vorgangsweise der Rechtsprechung etwa zum Abfertigungsrecht des § 23 AngG – Zulagen, Überstundenentgelte, Provisionen, Sonderzahlungen etc. Bei „neuen Konkurrenzklauseln“ dürfen die Sonderzahlungen nicht berücksichtigt werden. Auf Teilzeitbeschäftigte hat die Entgeltgrenze mE in voller Höhe ohne Aliquotierung Anwendung zu finden.

- § 37 Abs 1 und 2 AngG setzen die Möglichkeit der **Geltendmachung** der Konkurrenzklausel **durch den AG** in Abhängigkeit von der Art der Lösung des Arbeitsverhältnisses. Der AN ist frei, wenn der AG schuldhaft Anlass zur Lösung von Seiten des AN gibt. Wenn der AG löst, ist der AN ebenfalls frei, es sei denn, der AN hat schuldhaft einen begründeten Anlass gegeben oder der AG erklärt sich bei der Lösung bereit, dem AN die gesetzlich vorgesehene **Karenzabgeltung** in Höhe des zuletzt zukommenden Entgelts zu bezahlen.

Bei Kündigung durch den AN, bei Ablauf von befristeten Arbeitsverhältnissen sowie im Falle einvernehmlicher Lösung tritt die Konkurrenzklausel grundsätzlich in Kraft.

- § 37 Abs 3 AngG befasst sich mit den Konsequenzen eines **Verstoßes gegen die Konkurrenzklausel**: Ist demnach eine **Konventionalstrafe** vereinbart, so kann der AG **nur_diese**, und zwar nach Maßgabe des **richterlichen Mäßigungsrechts**, verlangen; der Erfüllungsanspruch und ein weitergehender Schaden sind ausgeschlossen. Wurde keine Konventionalstrafe ausbedungen, so ist die Klage auf Erfüllung, dh auf **Unterlassung der verbotenen beruflichen Betätigung**, möglich. Bei schuldhafter Verletzung der Konkurrenzklausel kann der AG überdies **Schadenersatz** verlangen.

Zu beachten ist, dass bei „neuen Konkurrenzklauseln“ eine **Konventionalstrafe** nur insoweit wirksam ist, wenn sie das **Sechsfache des für den letzten Monat des**

Dienstverhältnisses gebührenden Nettomonatsentgelts nicht übersteigt. Allfällige Sonderzahlungen sind bei der Berechnung dieses Nettoentgelts außer Acht zu lassen.

Beispiel: Der in der Niederlassung des Arbeitskräfteüberlassungsunternehmens M in Weiz beschäftigte Angestellte Valentin strebt eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses an, weil er in eine andere Branche wechseln will. Am 24. 6. 2021 kommt es zur einvernehmlichen Lösung, bei der die bestehende Konkurrenzklausel, wonach es dem AN verboten ist, „innerhalb eines Jahres nach Ausscheiden in der Personalbereitstellungsbranche selbständig oder unselbständig tätig zu werden“, bekräftigt wird. Ab 1. 7. 2021 ist V in der Geschäftsstelle Weiz des Arbeitskräfteüberlassers G als Disponent angestellt. M beantragt unter Berufung auf die Konkurrenzklausel eine einstweilige Verfügung, mit der V die Unterlassung der Konkurrenztätigkeit aufgetragen werden soll. Wie ist die Rechtslage?

Das ASG hat auf Zeit, Ort und Gegenstand der Bindung und auf das geschäftliche Interesse des alten AG zu schauen. Die Bindungsdauer geht auf die Maximalzeit, eine örtliche Beschränkung ist nicht vorgesehen, der gesamte Geschäftszweig des AG ist gesperrt. Andererseits verletzt V die Klausel im Kernbereich. Eine Lösung könnte in die Richtung gehen, dass man die Bindung auf die Tätigkeit in Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen im Bezirk Weiz beschränkt, womit etwa eine Arbeit in der Branche in den benachbarten Bezirken, insb Graz und Graz-Umgebung, möglich wird, und in zeitlicher Hinsicht je nach wirtschaftlicher Bedeutung des AN mäßigt, zB auf ein halbes Jahr oder auf drei Monate.

9. Schadenersatz im Arbeitsrecht

9.1 Schädigung des AG

Die allgemeinen Regelungen der §§ 1293 ff ABGB sehen vor, dass der Schädiger dem Geschädigten einen Schaden dann zu ersetzen hat, wenn er diesen rechtswidrig (dh durch Verstoß gegen Rechtsnormen) und schuldhaft (dh vorsätzlich oder fahrlässig) verursacht hat.

Das **DHG** modifiziert diese Grundsätze. Es ist auf alle privat- und öffentlich-rechtlichen AN, weiters auf arbeitnehmerähnliche Personen (vgl 1.3.1) anzuwenden. Es gilt nur für Schäden, die der **AN** dem **AG** oder einem Dritten **bei Erbringung der Dienstleistung** zugefügt hat.

Das DHG kennt folgende **Verschuldensgrade** des AN:

- **Entschuldbare Fehlleistung**: Der AN haftet nicht für einen Schaden des AG.
- **Minderer Grad des Versehens** = leichte Fahrlässigkeit: Der AN haftet dem Grunde nach, es besteht ein richterliches Mäßigungsrecht bis auf null.
- (Sonstiges) **Versehen** = grobe Fahrlässigkeit: Haftung und Mäßigungsrecht, nicht aber bis auf null.
- **Vorsatz**: Haftung nach allgemeinem Zivilrecht, das DHG kommt nicht zur Anwendung (= kein richterliches Mäßigungsrecht).

Nach den **Mäßigungskriterien** des § 2 Abs 2 Z 1 bis 5 DHG ist bei der Mäßigung insb Bedacht zu nehmen:

- auf das Ausmaß der mit der Tätigkeit des AN verbundenen Verantwortung,
- inwieweit bei der Bemessung des Arbeitsentgelts das mit der ausgeübten Tätigkeit verbundene Wagnis berücksichtigt worden ist,
- auf den Ausbildungsgrad des AN,
- auf die Bedingungen, unter denen die Arbeit zu leisten war,
- auf die Schadensgeneigtheit der Tätigkeit.

Die Mäßigungskriterien sind **demonstrativ aufgezählt** und können daher durch jedes sachgerechte sonstige Argument ergänzt werden. In der Praxis wird vor allem auf **soziale Aspekte auf Seiten des AN** (Sorgepflichten, Zahlungsverpflichtungen etc), soweit diese nach den Umständen anerkennenswert erscheinen, Bedacht genommen.

Vor einer Minderung der Ersatzpflicht ist festzustellen, ob den AG oder den geschädigten Dritten ein **Mitverschulden** trifft (vgl § 1304 ABGB). Erst nach Feststellung eines Mitverschuldens erfolgt die Festsetzung des konkret zu leistenden Schadenersatzes.

Der AG hat nach Schadensfällen kein Zurückbehaltungsrecht am Entgelt, er kann aber seine Schadenersatzansprüche mit den Lohnforderungen des AN **aufrechnen**. Während des aufrechten Dienstverhältnisses ist eine Aufrechnung nur zulässig, wenn der AG die Aufrechnung erklärt und der AN der Aufrechnung nicht binnen 14 Tagen nach Zugang der Aufrechnungserklärung widerspricht (§ 7 DHG). Die Aufrechnung ist zudem nur insoweit möglich, als das Arbeitseinkommen pfändbar ist. Eine Aufrechnung mit dem pfändungsfreien Teil des Arbeitseinkommens ist nur ausnahmsweise dann statthaft, wenn es sich um eine im rechtlichen Zusammenhang mit der Entgeltforderung stehende Forderung handelt, ein Gehaltsvorschuss bezahlt oder der Schaden vorsätzlich zugefügt wurde (vgl § 293 Abs 3 EO).

Gem § 6 DHG können **Schadenersatzansprüche des AG**, die auf einem **minderen Grad des Versehens** beruhen, **nur binnen sechs Monaten gerichtlich geltend gemacht werden**.

9.2 Schädigung Dritter

Schädigt der AN bei Erfüllung seiner Dienstleistung einen Dritten (vgl §§ 3, 4 DHG), so kann dieser den AN als unmittelbaren Schädiger in Anspruch nehmen. Dieser hat für den Fall, dass er dem Dritten Ersatz leistet, einen Regressanspruch gegenüber dem AG, dessen Höhe nach den Mäßigungsregeln bestimmt wird (vgl 9.1). Häufig wird der Dritte aber versuchen, den AG in Anspruch zu nehmen, auch in diesem Fall ist der Schaden intern nach den Mäßigungskriterien aufzuteilen.

Der AG kann in einen Schadensfall des AN mit einem Dritten aber nur dann einbezogen (und zB selbst auf Schadenersatz bzw auf Regress in Anspruch genommen) werden, wenn ein sog **Mithaftungstatbestand** vorliegt.

Die wichtigsten Mithaftungstatbestände sind § 1313a ABGB (Erfüllungsgehilfenhaftung) und § 1315 ABGB (Besorgungsgehilfenhaftung):

- § 1313a ABGB regelt die Haftung des Geschäftsherrn für seinen **Erfüllungsgehilfen**. Voraussetzung ist ein zwischen Geschäftsherrn und Dritten bestehendes Schuldverhältnis oder eine gesetzliche Verpflichtung (zB der AN hat einen Vertrag des AG gegenüber einem Kunden zu erfüllen und schädigt dabei den Kunden). Der Geschäftsherr haftet hier für das Verschulden des Gehilfen wie für eigenes Verschulden.
- § 1315 ABGB sieht eine Haftung für den **Besorgungsgehilfen** vor. Darunter ist jede Hilfsperson zu verstehen, deren sich der Geschäftsherr zur Erfüllung seiner Tätigkeiten bedient. In diesen Fällen (bei denen der für den AG im Einsatz befindliche AN einen fremden Dritten, zB einen Passanten, schädigt) besteht eine Haftung des AG nur dann, wenn er sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person bedient.

Wird ein **AG** als Mithaftender (s oben) **vom Dritten** zum Ersatz des Schadens **herangezogen**, den der AN diesem bei Erbringung der Arbeitsleistung zugefügt hat, so hat er dies **dem AN** unverzüglich **mitzuteilen** und ihm im Falle der Klage den **Streit zu verkünden** (§ 4 Abs 1 DHG). Hat der AG **im Einverständnis mit dem AN** oder **auf Grund eines rechtskräftigen Urteils** dem Dritten den **Schaden ersetzt**, so hat er einen **Regressanspruch** gegenüber dem AN, wobei das Ausmaß des Rückgriffs anhand der Schadensteilungsregeln des § 2 Abs 1 bis 3 DHG zu bestimmen ist (vgl § 4 Abs 2 und 3 DHG).

Unterlässt es der **AG**, dem AN den **Streit zu verkünden**, so muss er sich allerdings **alle** gegenüber dem Dritten **unausgeführt gebliebenen Einwendungen** entgegensetzen lassen und insoweit Einbußen beim Regress hinnehmen, als erkannt wird, dass die Einwendungen gehörig eingesetzt eine andere Entscheidung gegen den Dritten zur Folge gehabt hätten (vgl § 4 Abs 4 DHG).

Wenn der **AG** den Schaden **nicht im Einvernehmen** mit dem AN **oder auf Grund** eines **rechtskräftigen Urteils** (vgl § 4 Abs 2 DHG) ersetzt, so ist nach ständiger Rechtsprechung ein Umkehrschluss zu ziehen und der **Verlust des Regressanspruchs** anzunehmen.

Wird der **AN vom Dritten** zum Ersatz eines bei der Erbringung der Arbeitsleistung zugefügten Schadens **herangezogen**, so hat er dies dem AG unverzüglich mitzuteilen und ihm im Falle der Klage den Streit zu verkünden (§ 3 Abs 1 DHG). Hat der AN im Einverständnis mit dem AG oder auf Grund eines rechtskräftigen Urteils dem Dritten den Schaden ersetzt, so hat er einen **Vergütungsanspruch** gegenüber dem AG, wobei das Ausmaß der Vergütung anhand der Schadensteilungsregeln des § 2 Abs 1 bis 3 DHG zu bestimmen ist (vgl § 3 Abs 2 und 3 DHG).

9.3 Haftung des AG für Sachschäden am Arbeitnehmereigentum

Wird im Rahmen des Dienstverhältnisses Eigentum des AN geschädigt, so richtet sich der Anspruch auf Schadenersatz grundsätzlich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzregelungen. Demnach haftet der AG für **schuldhafte** Schädigung des AN an seinem Privatvermögen. Bei Übertretung eines Schutzgesetzes (zB § 27 Abs 4 ASchG über den Kleiderspind) genügt für die Haftung, dass die Verletzung der Schutznorm an sich schuldhaft war.

Zur Erreichung einer **verschuldensunabhängigen Haftung des AG** stützt sich die ständige Rechtsprechung über § 1151 Abs 2 ABGB hinaus auf eine **analoge Anwendung des § 1014 ABGB** (Haftung im Rahmen des Bevollmächtigtungsvertrages), vor allem in jenen Fällen, in denen der AN für Dienstfahrten einen Privat-PKW benützt und verunfallt. Das Risiko des AG ist hierbei dann berührt, wenn dieser ohne Einsatz des KFZ des AN ein eigenes Fahrzeug verwenden und das damit verbundene Unfallrisiko selbst tragen hätte müssen. Keine Schadenersatzpflicht trifft den AG, wenn der Vorteil aus der Nutzung des Privat-KFZ ausschließlich dem persönlichen Lebensbereich des AN zuzuordnen ist.

Ein (**Eigen-**)**Verschulden des AN** am Schaden befreit den AG nicht von seiner Haftung. Die Regelungen des § 2 DHG über die Mäßigung sind für solche Fälle analog heranzuziehen.

E 24) OGH 4. 9. 1996 9 ObA 2136/96z – Konzipient
DRdA 1997, 273 (*Kerschner*)

Sachverhalt: Der Kl ist vom 1. 10. 1993 bis 31. 12. 1994 als Rechtsanwaltsanwärter in der Rechtsanwaltskanzlei der Bekl beschäftigt. Beim Einstellungsgespräch wird er nach dem Vorhandensein eines Führerscheines und eines KFZ gefragt. Es entsteht bei ihm der Eindruck, dass KFZ und Führerschein Voraussetzungen für die Anstellung seien. Es wird ein Monatsgehalt und ein Kilometergeld ab B in Aussicht gestellt. Bereits vor Eintritt des Kl hat sich die Übung entwickelt, dass die Konzipienten der Bekl ihre PKW während der Woche in B stehen haben. Die Fahrzeuge werden jeweils am Montag nach B gebracht und am Freitag von B entfernt. Während der Woche reisen die Rechtsanwaltsanwärter mit dem Zug nach B an, außer die Pkw werden anderweitig benötigt. Diese Praxis wird vom Kl bei seinem Eintritt übernommen. Die Übung kennen die Bekl nicht nur, sondern es wird insb vom Erstbeklagten das Bereitstehen der Pkw der Konzipienten in B gefordert. Der Kl wohnt in G. Eine Verlegung des Wohnsitzes wird nicht verlangt. In der Kanzlei der Bekl werden die Termine für die nächste Woche etwa Mitte der Woche eingeteilt. Dennoch kommt es immer wieder zu kurzfristigen Terminverschiebungen, sodass nie von vornherein bekannt ist, ob der PKW benötigt wird oder nicht. Der Kl verrichtet während seiner Beschäftigungszeit mehrmals auswärtige Termine, Verhandlungen und Tagsatzungen. Die Fahrten mit dem eigenen PKW zu Verhandlungen und auswärtigen Terminen werden mit Kilometergeld abgegolten. Für die „Überstellungsfahrten“ von G bzw retour wird kein Kilometergeld geleistet. Ein Verbot der Benützung des eigenen PKW wird durch die Bekl nicht ausgesprochen.

Am 24. 1. 1994 fährt der Kl mit seinem PKW von G nach B. Es handelt sich um eine „Überstellungsfahrt“. Auf dieser Fahrt ereignet sich ein Verkehrsunfall, der durch die AUVA ausdrücklich als Arbeitsunfall anerkannt wird. Bei diesem Unfallgeschehen entsteht am Fahrzeug des Kl ein Totalschaden. Es wird außerdem ein Lichtmast sowie die Kleidung des Kl und seine Brille beschädigt. Zudem fallen neben einem Verwaltungsaufwand auch noch Kosten für Reinigungsarbeiten und für das Abschleppen an. Der Kl begehrt von allen Bekl den Ersatz seines Schadens.

Leitsätze: Die Fahrt des AN vom Wohnort zum Arbeitsort ist im Allgemeinen der Privatsphäre des AN und nicht dem Risikobereich des AG zuzurechnen.

Entscheidend ist, ob das Fahrzeug des AN am Unfalltag zum Nutzen und nach Disposition des AG eingesetzt worden ist. Entspricht das Bereitstellen des PKW durch den AN am Arbeitsort der beim AG gepflogenen Übung und wurde es vom AG gefordert, ist die sog „Überstellungsfahrt“ vom Wohnort zum Arbeitsort mit dem auch für den Dienstgebrauch am Arbeitsort bereitzustellenden PKW für den Nutzen des AG maßgeblich.

Der AG hat nicht für jene im Zusammenhang mit dem Arbeitsauftrag entstandenen Schäden zu haften, die nicht an dem für die dienstliche Verwendung bereitzustellenden PKW entstehen. Während der PKW des AN wirtschaftlich geradezu als Dienstfahrzeug verwendet wurde und daher der daran eingetretene Schaden durch

das Auftragsrisiko erkennbar begünstigt wurde, ist dies bei den durch den Unfall hervorgerufenen Schäden am Lichtmast, den Reinigungskosten der Feuerwehr, den Abschleppkosten, dem Verwaltungsaufwand sowie den Schäden an Brille und Kleidung nicht der Fall.

Eine Abdingung der Risikohaftung des AG müsste im Arbeitsvertrag zum Ausdruck kommen. Eine ausdrückliche Abdingung ist nicht unbedingt erforderlich.

§ 1014 ABGB ist prinzipiell abdingbar, ein gänzlicher Haftungsausschluss, der zu einer Übertragung des typischen Unternehmerrisikos auf den AN führt, wäre aber mE unzulässig. Eine Abdingung müsste also differenziert, mit einer Gegenleistung für den AN, erfolgen. Die Bezahlung des amtlichen Kilometergeldes ist eine reine Aufwandsentschädigung und daher keine Gegenleistung. Gesteht der AG allerdings in Verbindung mit der Abdingung zB einen angemessenen **Zuschuss für die Kaskoversicherungsprämie** zu, ist die Abdingung gültig.

10. Arbeitszeit

Vorschriften über die Arbeitszeit finden sich in erster Linie im AZG und im ARG. Während das AZG Arbeitszeitfragen iSd betrifft, befasst sich das ARG mit der wöchentlichen Ruhezeit und der Feiertagsruhe.

Neben den gesetzlichen Bestimmungen kommt vor allem dem **KollV** und der **BV** erhebliche Bedeutung bei der Regelung der Arbeitszeit zu. Durch den **Arbeitsvertrag** schließlich wird die Arbeitszeit im Rahmen der übergeordneten Rechtsquellen individuell gestaltet.

Vor allem das **Ausmaß der Arbeitszeit** (zB Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigung) ist typischerweise Gegenstand arbeitsvertraglicher Einigung. Im Falle der Teilzeitbeschäftigung gibt es auch Sonderformen mit arbeitsmarktpolitischem Hintergrund, insb die sog **Altersteilzeit** (vgl §§ 27 f AIVG).

Das Verhältnis zwischen den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitszeitschutzrechts und dem Arbeitsvertragsrecht ist so zu sehen, dass aus Ersteren zu entnehmen ist, was gesetzlich **erlaubt bzw verboten** ist, während Letzteres besagt, zu welchen Arbeitsleistungen in zeitlicher Hinsicht der AN **verpflichtet** ist (vgl insb 10.6).

10.1 Persönlicher Geltungsbereich des Arbeitszeitrechts

Dem Arbeitszeitrecht unterliegen **grundsätzlich alle AN** iSd Arbeitsvertragsrechts. Das AZG und das ARG kennen allerdings praktisch bedeutsame **Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich**. Zu erwähnen sind hier vor allem die leitenden Angestellten und sonstigen Entscheidungsträger iSd § 1 Abs 2 Z 8 AZG, § 1 Abs 2 Z 5 ARG:

Für „**leitende Angestellte**“ sowie „**sonstige AN**“, denen **maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis übertragen** ist **und** deren **gesamte Arbeitszeit** auf Grund der besonderen Merkmale der Tätigkeit

- a) **nicht gemessen oder im Voraus festgelegt** wird, oder
 b) von diesen AN **hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann,**
gilt der **Arbeitszeitschutz nicht**. Sie haben daher keine Höchstarbeitszeit, kein Überstundenrecht, keine Mindestruhezeiten udgl.

10.2 Begriff der Arbeitszeit

Arbeitszeit iSd § 2 Abs 1 Z 1 AZG ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Die Arbeitszeit beginnt mit der Aufnahme der vereinbarten Arbeit bzw mit dem Zeitpunkt, ab dem der AN dem AG zur Verfügung steht.

Zur Vertiefung dieses Arbeitszeitbegriffs sind einige besondere Phänomene hervorzuheben:

- Unter „**Wegzeit**“ ist jene Zeit zu verstehen, die der AN für den Weg von der Wohnung (oder dem sonstigen privaten Aufenthaltsort) zur Arbeitsstätte und zurück aufwendet.

Diese Zeit **zählt nicht zur Arbeitszeit iWS**, weil jene erst beginnt, wenn der AN dem AG an der Arbeitsstätte zur Verfügung steht. Wo sich der AN einzufinden hat, entscheidet der Arbeitsvertrag bzw „Natur und Zweck“ der zu leistenden Arbeit (vgl allg 7.1).

- Gem § 20b Abs 1 AZG liegt **Reisezeit** vor, wenn der AN über Auftrag des AG vorübergehend seinen Dienstort (Arbeitsstätte) verlässt, um an anderen Orten seine Arbeit zu erledigen, sofern der AN während der Reisebewegung keine Arbeitsleistung zu erbringen hat.

Fraglich ist, was unter „**Arbeitsleistung während der Reisebewegung**“ zu verstehen ist. Man wird auf die Intensität der Inanspruchnahme des AN durch den AG abzustellen haben. Zwei Aspekte sind dabei zu unterscheiden: Zum einen ist zu

prüfen, wie stark der AN durch die Dienstreise belastet wird, sodass damit unmittelbar der Schutzzweck des AZG angesprochen ist; zum anderen ist zu klären, inwieweit die Dienstreise an sich oder die in diesem Zusammenhang erbrachten Leistungen mit der normalen Tätigkeit des AN vergleichbar sind.

- Für **Arbeitsbereitschaft** ist entscheidend, dass sich der AN an einem vom AG bestimmten Ort aufzuhalten hat, um im Bedarfsfall jederzeit die Arbeitsleistung aufnehmen zu können.

Die Arbeitsbereitschaft umfasst auch die Fälle des Bereitschaftsdienstes, bei dem der AN zwar einsatzbereit sein muss, sich aber zwischenzeitlich durchaus ausruhen und sogar schlafen darf.

Zur Präzisierung des Arbeitszeitbegriffs hilfreich sind insb die Begriffe „Reisezeit“ und „Arbeitsbereitschaft“. Diese Phänomene werden vom Arbeitszeitrecht an sich als Arbeitszeit aufgefasst und nur in Bezug auf bestimmte Rechtsfolgen gesondert behandelt (vgl zB 10.4); sie fallen also unter den Terminus **Arbeitszeit iwS**. Davon ausgehend kann die Arbeitszeit als jene Zeit betrachtet werden, in der **dem AN zu Gunsten des AG die Selbstbestimmungsmöglichkeit über seine Zeit in erheblichem Ausmaß genommen** ist und er daher keine Gelegenheit hat, diese Zeit nach seinem Gutdünken zu verwenden. **Arbeitszeit ieS** („Vollarbeit“) ist dabei jener Teil der Arbeitszeit, der **nicht** als **Reisezeit** oder **Arbeitsbereitschaft** zu qualifizieren ist.

Zu beachten ist, dass Dienstreisezeiten ohne weiteres als Arbeitszeit ieS zu qualifizieren sein können. Zur Arbeitszeit zählt ja nicht nur die Zeit der tatsächlichen und normalerweise zu leistenden Arbeit, sondern auch jene Zeit, in der der AG die Freizeit des AN für seine Zwecke in Anspruch nimmt. Es werden daher das Arbeiten im Zug oder besonders belastende Autofahrten Arbeitszeit ieS sein. Soweit die Reisetätigkeit zum ständigen Aufgabenkreis des AN gehört (zB Zusteller, Vertreter), ist die Reisezeit immer als Arbeitszeit ieS zu qualifizieren.

Bei Vorliegen von Arbeitszeit ieS kommen die Schutzbestimmungen des AZG in voller Schärfe zur Anwendung.

10.3 Lage der Arbeitszeit

Gem § 19c Abs 1 AZG ergibt sich die Lage der Arbeitszeit grundsätzlich aus dem **Arbeitsvertrag**. Sie ist daher vertraglich zu vereinbaren, dh ausdrücklich oder konkludent nach Maßgabe des § 863 ABGB (dauernde Übung, objektiv gerechtfertigtes Vertrauen des AN) festzulegen (vgl auch die deklarativen Vorschriften in § 5 des KollV).

Gem § 19c Abs 2 AZG kann der **AG** die **Lage der Arbeitszeit einseitig verändern**, wenn die im G vorgesehenen Bedingungen erfüllt werden können:

- Erster Punkt hierbei ist, dass in der die Lage der Arbeitszeit regelnden, anwendbaren Rechtsquelle ein **Veränderungsvorbehalt** vorgesehen ist.
- Weitere Voraussetzungen für eine einseitige Abänderung der Arbeitszeit sind, dass dies erstens aus objektiven Gründen **sachlich gerechtfertigt** ist, zweitens **berücksichtigungswürdige Interessen des AN nicht entgegenstehen**, und drittens dem AN – außer in Notfällen oder wegen in KollV zum Ausdruck gebrachter Spezifika der Tätigkeit – die **Lage der Normalarbeitszeit für die jeweilige Woche mindestens zwei Wochen im Vorhinein mitgeteilt** wird.

Bei vorliegendem Veränderungsvorbehalt muss also eine Praxis etabliert werden, die die andere Einteilung mindestens zwei Wochen im Vorhinein gewährleistet.

10.3.1 Gleitzeit

Gleitende Arbeitszeit liegt vor, wenn der AN innerhalb eines vereinbarten zeitlichen Rahmens Beginn und Ende seiner täglichen Normalarbeitszeit selbst bestimmen kann.

§ 4b AZG ermöglicht die Statuierung von gleitender Arbeitszeit durch **BV** oder – mangels BR – **individuellen Gleitzeitvereinbarungen** nach Maßgabe bestimmter Voraussetzungen.

<p>Aus der Praxis:</p>	<p>Ist ein BR vorhanden, muss die Gleitzeit zwingend in einer BV geregelt werden. Wurde kein BR gewählt, so reichen Einzelvereinbarungen mit den AN.</p>
-------------------------------	--

<p>Der KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern enthält in seinem Anhang A eine Vorlage für eine Gleitzeitvereinbarung.</p>
--

Die Gleitzeitvereinbarung hat zu enthalten:

- die **Dauer der Gleitzeitperiode** (dh des Durchrechnungszeitraums),
- den **Gleitzeitrahmen** (dh die maximalen äußeren Grenzen der täglichen Arbeitszeit),
- das Höchstausmaß allfälliger **Übertragungsmöglichkeiten** von Zeitguthaben und Zeitschulden in die nächste Gleitzeitperiode und
- Dauer und Lage der **fiktiven Normalarbeitszeit** (für den Fall gerechtfertigter Abwesenheitszeiten).

IdR werden auch sog **Kernzeiten** festgelegt, in denen der AN jedenfalls anwesend sein muss.

10.4 Höchstgrenzen der Arbeitszeit

Als Höchstgrenzen sieht das AZG im Allgemeinen eine **Tagesarbeitszeit** von **zwölf Stunden** und eine **Wochenarbeitszeit** von **60 Stunden** vor (§ 9 Abs 1 AZG). Diese dürfen auch bei anderer Verteilung der Normalarbeitszeit (vgl 10.5) oder Überstundenanfall (vgl 10.6) nicht überschritten werden. Das G sieht allerdings Ausnahmen vor (vgl § 9 Abs 2 ff AZG).

Bei Vorliegen von **Reisezeiten** iSd § 20b AZG (vgl 10.2) können die Höchstgrenzen der Arbeitszeit überschritten werden (§ 20b Abs 2 AZG). Bei außergewöhnlichen Fällen iSd § 20 AZG sind die Höchstgrenzen sistiert.

10.5 Die Normalarbeitszeit und ihre Verteilung

Gem § 3 Abs 1 AZG darf die tägliche Normalarbeitszeit acht Stunden und die wöchentliche Normalarbeitszeit 40 Stunden nicht überschreiten. Das G sieht allerdings zahlreiche Möglichkeiten einer anderen Verteilung der Normalarbeitszeit vor (vgl §§ 4 ff AZG), der KollV bzw die BV spielen bei der Umsetzung der diversen Flexibilisierungsmöglichkeiten eine bedeutende Rolle (vgl auch § 6 des KollV bei Ziviltechnikern):

- So kann zB gem § 4 Abs 2 AZG zur Erreichung einer längeren Freizeit im Zusammenhang mit der wöchentlichen oder täglichen Ruhezeit die Normalarbeitszeit an einzelnen Tagen regelmäßig gekürzt und die ausfallende Normalarbeitszeit auf die übrigen Tage der Woche verteilt werden.

Beispiel: Montag bis Donnerstag je neun Stunden (8 bis 12 Uhr, 13 bis 18 Uhr), Freitag vier Stunden weniger (8 bis 12 Uhr).

- Gem § 4 Abs 3 AZG kann zur Einarbeitung von Werktagen, die in Verbindung mit Feiertagen eine längere zusammenhängende Freizeit ergeben (sog Fenstertage), die ausfallende Normalarbeitszeit auf die Werktage von höchstens 13 zusammenhängenden, die Ausfallstage einschließenden Wochen verteilt werden. Der KollV kann den Einarbeitungszeitraum verlängern.

Die neunte Stunde im Beispiel sowie die einzuarbeitenden Stunden nach § 4 Abs 3 AZG (zu beachten dabei: § 4 Abs 3 Z 1 und 2 AZG) sind dann insb **keine Überstunden** (vgl 10.6).

- § 4b AZG ermöglicht die Statuierung von **gleitender Arbeitszeit** durch BV oder – mangels BR – individuellen Gleitzeitvereinbarungen nach Maßgabe bestimmter Voraussetzungen (s 10.3.1). Auch in diesem System werden Überstunden und die damit verbundenen Zuschläge vermieden.

10.6 Überstundenarbeit

- Bei der Frage, ob der AN Überstundenarbeit zu leisten hat, ist einerseits zu prüfen, ob die Überstundenarbeit **zulässig** ist. Dies ist ein Problem des öffentlich-rechtlichen AZG, insb auch der Höchstgrenzen der Arbeitszeit (vgl 10.4).

Im Allgemeinen erlaubt das AZG Überstundenarbeit bei Vorliegen eines erhöhten Arbeitsbedarfs. Liegt ein solcher vor, sind grundsätzlich **täglich bis zu vier und wöchentlich bis zu 20 Überstunden** (zum Begriff 10.6.1) zulässig. Dazu tritt die in der ArbeitszeitRL 2003/88/EG vorgegebene Arbeitszeitgrenze, wonach die **durchschnittliche Wochenarbeitszeit** in einem Durchrechnungszeitraum von **17 Wochen 48 Stunden nicht überschreiten** darf (vgl § 7 Abs 1 AZG).

Daneben kennt das AZG zahlreiche weitere Möglichkeiten, die Überstunden zulässig machen (vgl §§ 7 Abs 3 ff, 8 AZG).

- Andererseits muss geklärt werden, ob der AN arbeitsvertragsrechtlich zur Überstundenarbeit **verpflichtet** ist.

Als Rechtsgrundlage für eine derartige Verpflichtung des AN kommen insb der **Arbeitsvertrag**, daneben auch der KollV und die BV (gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG) in Frage. In Fällen von **Treuepflichten** (Beistandspflichten; vgl 8.) kann ebenfalls eine – diesfalls gesetzliche – Verpflichtung zur Überstundenleistung bestehen.

Ein AN ist trotz Erlaubnis und an sich gegebener Verpflichtung zur Überstundenleistung nicht angehalten, wenn seine berücksichtigungswürdigen

Interessen entgegenstehen. Darüber hinaus steht es dem AN frei, Überstunden ohne Angabe von Gründen abzulehnen, wenn durch diese Überstunden die Tagesarbeitszeit von zehn Stunden oder die Wochenarbeitszeit von 50 Stunden überschritten wird (sog **Freiwilligkeitsgarantie** des § 7 Abs 6 AZG). Abgesichert wird dies mit einem Benachteiligungsverbot und einem Motivkündigungsschutz. Gewisse Überstunden, nämlich jene über einer Tagesarbeitszeit von zehn Stunden bzw einer Wochenarbeitszeit von 50 Stunden, können also im Ergebnis nicht per Weisung, sondern nur mit Zustimmung des AN angeordnet werden.

- Die dritte Facette im Recht der Überstunde ist die Frage der **Abgeltung** derselben (vgl 10.6.1, 10.6.2). Hierzu muss der Begriff der Überstunde präzisiert werden:

10.6.1 Überstundenbegriff

Überstundenarbeit liegt vor, wenn entweder die Grenzen der zulässigen wöchentlichen Normalarbeitszeit überschritten werden oder über die tägliche Normalarbeitszeit, die sich auf Grund der Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit ergibt, hinaus gearbeitet wird (§ 6 Abs 1 AZG).

Beispiel: Verteilung der Normalarbeitszeit wie im Beispiel unter 10.5.

In der ersten Woche arbeitet ein AN am Montag und am Mittwoch jeweils um eine Stunde länger bis 19 Uhr. Es ist jeweils eine Überstunde wegen Überschreitung der täglichen Normalarbeitszeit gegeben.

In der zweiten Woche arbeitet der AN nur am Freitag um eine Stunde länger bis 13 Uhr. Es liegt eine Überstunde wegen Überschreitung der wöchentlichen Normalarbeitszeit vor.

Wird eine Überstunde geleistet, so ist diese nach § 10 AZG mit einem **Zuschlag von 50 %**, ausgehend von einer Grundstundenvergütung, zu entgelten (zur Berechnung der Grundstundenvergütung s § 7 Abs 3 des KollV für Ziviltechniker). An Stelle der Überstundenabgeltung kann **Zeitausgleich** im selben Verhältnis (1 : 1,5) **vereinbart** werden.

Für Überstunden jenseits der Tagesgrenze von zehn Stunden bzw jenseits der Wochengrenze von 50 Stunden wird dem AN ein Wahlrecht zwischen Geld- und Zeitabgeltung eingeräumt. Dieses ist möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am Ende des jeweiligen Abrechnungszeitraumes auszuüben (§ 10 Abs 4 AZG; vgl darüber hinaus auch § 7 Abs 8 des KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern). Dieses Wahlrecht ist zwingend, kann also nicht vorweg vertraglich zu Lasten des AN modifiziert werden.

Mehrarbeit ist hingegen gegeben, wenn nur Arbeitsleistungen über das vereinbarte Arbeitsausmaß hinaus erbracht werden. Zu beachten ist, dass die Arbeitsleistung von Teilzeitbeschäftigten innerhalb des bei Vollzeitbeschäftigung gegebenen Rahmens daher keine Überstundenarbeit ist.

Für die Mehrarbeit von Teilzeitbeschäftigten gibt es unter gewissen Voraussetzungen einen **Zuschlag von 25%** pro Mehrarbeitsstunde (vgl § 19d Abs 3a ff AZG). Hintergrund dieser Regelung sind ua unionsrechtliche Vorschriften, die eine Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten hintanhaltend sollen.

10.6.2 Überstundenpauschale

Eine Vergütung der geleisteten Überstunden kann auch durch die Vereinbarung eines Überstundenpauschales erfolgen.

Eine pauschalierte Abgeltung von Überstunden muss vereinbart sein. Allein aus einer überkollektivvertraglichen Entlohnung des AN kann nicht auf ein Überstundenpauschale geschlossen werden. Kann aus den Umständen auch nicht auf eine konkludente Vereinbarung geschlossen werden, sind die Überstunden einzeln zu vergüten.

E 25) OGH 11. 7. 2001 9 ObA 161/01v – All-In-Vereinbarung
ASoK 2002, 58

Eine arbeitsvertragliche Regelung, wonach die von einem AN im Rahmen der vom AZG festgelegten Obergrenze zu erbringenden Überstunden auf Grund der Berücksichtigung bei der Festsetzung des Gesamtbezuges nicht zu honorieren, sondern bereits durch diesen abgegolten sind (sog All-In-Vereinbarung), stellt eine zulässige Vereinbarung über eine Pauschalabgeltung der Überstunden dar. Auf die konkrete

Bezeichnung kommt es dabei nicht an, sofern nur dem AN bei Vertragsabschluss erkennbar ist, dass mit dem gewährten Entgelt auch die Überstunden abgegolten sein sollen.

Sind die vom AN im Monatsdurchschnitt erbrachten Überstunden durch die Überzahlung des kollektivvertraglichen Mindestlohnes zuzüglich des ihm gewährten Sachbezuges gedeckt, hat er keinen Anspruch auf eine über die All-In-Vereinbarung hinausgehende Überstundenvergütung.

Durch eine Überstundenpauschale darf **nicht in zwingende** zu Gunsten des AN bestehende **Mindeststandards der Entlohnung eingegriffen** werden. Auszugehen ist davon, dass für die Entlohnung einer Überstunde gem § 10 Abs 1 AZG ein **Zuschlag** von mindestens 50 % oder eine Abgeltung durch Zeitausgleich gebührt, bei der der Überstundenzuschlag nicht verloren gehen darf (mindestens 1 : 1,5). Zudem ist das **Mindestentgelt** des anzuwendenden **KollV** zu beachten.

Ein **Pauschale** darf **nicht unter jene Vergütung** sinken, die sich durch eine **durchschnittliche Berechnung der tatsächlich erbrachten Überstunden zuzüglich der Zuschläge** ergeben würde:

E 26) OGH 6. 6. 1995 9 ObA 98/95 – Überstundenpauschale
RdW 1996, 23

Der Anspruch auf ein vereinbartes Überstundenpauschale gebührt auch dann, wenn der AN im Durchschnitt weniger Überstunden als durch das Pauschale gedeckt leistet.

Erbringt der AN hingegen eine das Pauschale übersteigende Überstundenarbeit, so kann er damit nicht gedeckte Ansprüche nachträglich geltend machen.

Für die Durchschnittsberechnung der durch das Pauschale umfassten Überstunden ist mangels Vereinbarung eines kürzeren Zeitraums ein Jahr zu Grunde zu legen.³

Wurde ein Überstundenpauschale **ohne Vorbehalt des Widerrufs** vereinbart, so kann der AG im Falle der Verringerung des Überstundenanfalls die Vereinbarung **nicht einseitig widerrufen**. Ein bestehender Widerrufsvorbehalt darf nur **nach billigem Ermessen**, also zB bei tatsächlich nicht mehr vorhandenem Überstundenanfall, ausgeübt werden.

³ Laut § 7 Abs 7 des KollV für Angestellte bei Ziviltechnikern ist der Beobachtungszeitraum für die sog Deckungsprüfung das Kalenderjahr.

Für **All-In-Vereinbarungen** (mit denen nicht nur Überstunden, sondern auch sonstige Mehrleistungen pauschal abgegolten werden) ist **ab 1. 1. 2016** zu beachten, dass gem § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG im Dienstzettel (bzw im schriftlichen Arbeitsvertrag) die **betragsmäßige Höhe des Grundgehalts oder -lohns** anzuführen ist. Wird dies nicht gemacht, so steht dem AN gem § 2g AVRAG zwingend ein „Ist-Grundgehalt bzw -lohn“ zu, das ist ein Grundgehalt bzw -lohn einschließlich der branchen- und ortsüblichen Überzahlungen, das bzw der am Arbeitsort vergleichbaren AN von vergleichbaren AG gebührt.

10.7 Ruhepausen

Ruhepausen sind Unterbrechungen der Arbeitszeit zum Zweck der Erholung des AN. Der AN muss in dieser Zeit **von jeder Art der Arbeitsleistung befreit** sein.

Gem § 11 Abs 1 AZG muss eine Ruhepause von **mindestens einer halben Stunde** dann eingehalten werden, wenn die Tagesarbeitszeit mehr als sechs Stunden beträgt. Im Interesse des AN oder aus betrieblichen Gründen kann die halbstündige Pause auf **zwei Pausen zu je 15 Minuten** oder **drei Pausen zu je zehn Minuten** aufgeteilt werden (vgl § 11 Abs 2 AZG).

Eine andere Teilung der Ruhepause kann im Interesse des AN oder aus betrieblichen Gründen durch BV bzw in Betrieben ohne BR durch das Arbeitsinspektorat zugelassen werden. Ein Pausenteil muss diesfalls jedenfalls 15 Minuten betragen. Auch eine Verkürzung der Ruhepause auf mindestens 15 Minuten kann durch BV bzw Arbeitsinspektorat bei Vorliegen der erwähnten Gründe erfolgen (§ 11 Abs 5 AZG).

Ruhepausen gelten prinzipiell **nicht** als **Arbeitszeit**. Die Anrechnung von Ruhepausen auf die Arbeitszeit kann aber im Arbeitsvertrag oder im KollV vorgesehen werden.

11. Betriebsübergang und Arbeitsrecht

Für das (arbeitsrechtsbezogene) Betriebsübergangsrecht sind primär die §§ 1, 3 bis 6 AVRAG maßgeblich. Kollektivarbeitsrechtliche Probleme sind auch nach Vorschriften des ArbVG abzuhandeln. Die genannten Bestimmungen setzen die BetriebsübergangsRL 2001/23/EG im Wesentlichen für die Arbeitsverhältnisse in der Privatwirtschaft um.

Um die Arbeitnehmeransprüche auch bei Inhaberwechsel zu gewährleisten, ordnen die RL und dementsprechend das AVRAG eine **Ex-lege-Übertragung bestehender Arbeitsverhältnisse vom Veräußerer auf den Erwerber** auf Grund des Überganges an. Es kommt also zum automatischen Eintritt in die bestehenden Arbeitsverhältnisse. Für **Schulden vor Betriebsübergang** haften **beide Unternehmer** solidarisch.

Der Anwendungsbereich des AVRAG ist grundsätzlich sehr offen formuliert: Gem § 1 Abs 1 AVRAG gilt das G für „**Arbeitsverhältnisse**, die auf einem **privatrechtlichen Vertrag** beruhen“.

11.1 Wann wird der automatische Arbeitgeberwechsel schlagend?

§ 3 Abs 1 AVRAG bestimmt für den Fall, dass ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber übergeht, dass dieser als AG mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt.

Es stellt sich die Frage, in welchen Fällen der in dieser Bestimmung vorgesehene automatische Arbeitgeberwechsel stattfindet. Zu bestimmen ist in diesem Zusammenhang insb der Begriff des Betriebsübergangs:

11.1.1 Betriebsübergangsbegriff

Der EuGH interpretiert die in Art 1 Abs 1 BetriebsübergangsRL 2001/23/EG enthaltenen Termini „Unternehmen“, „Unternehmensteil“, „Betrieb“ und „Betriebsteil“ gemeinschaftsrechtlich und prägt den Überbegriff der **wirtschaftlichen Einheit**, die in einem eigenständigen organisatorischen Rahmen einen wirtschaftlichen (Teil-)Zweck verfolgt.

Eine wirtschaftliche Einheit ist dann als **übergegangen** zu betrachten, wenn sie im Zuge des Überleitungsvorgangs auf einen anderen Inhaber ihre „Identität bewahrt“ hat. Abzustellen ist hierbei auf

- die Art der organisatorischen Zusammenfassung des zu übertragenden Elements,
- den Übergang oder Nichtübergang von materiellen und immateriellen Aktiven,
- die Übernahme von Belegschaft(steil),
- die Fortführung einer ähnlichen Tätigkeit wie vor der Veräußerung,
- die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit⁴.

Derartige Umstände sind „global zu bewerten“, womit das Gericht ein **bewegliches System** prägt, bei dem die statuierten Begriffselemente nicht kumulativ gegeben sein müssen, vielmehr ein qualitatives Überwiegen der für einen Betriebsübergang sprechenden Aspekte als ausreichend angesehen wird.

E 27) EuGH 10. 2. 1988 Rs 324/86 (Daddy´s Dance Hall) – Pächterwechsel
Slg 1988, 739

Die BetriebsübergangsRL findet Anwendung, wenn nach Beendigung eines Pachtverhältnisses der Eigentümer des Unternehmens dieses an einen neuen Pächter vergibt, der das Unternehmen ohne Unterbrechung mit demselben Personal, dem zuvor bei Beendigung des ersten Pachtverhältnisses gekündigt wurde, weiterführt.

⁴ Diese Aspekte können auf Grund der erstmaligen Herausarbeitung durch EuGH 18. 3. 1986, Rs 24/85, Spijkers, Slg 1986, 1119 als „**Spijkers**“-**Kriterien** bezeichnet werden. Auch der OGH verwendet diese Kriterien in ständiger Rechtsprechung; vgl zB OGH 1. 9. 1999 DRdA 2000, 389 (*Binder*) zum Übergang eines Gasthauses.

E 28) EuGH 19. 5. 1992 Rs C-29/91 (Redmont Stichting) – Subventionsverlagerung
Slg 1992, I-3189

Art 1 Abs 1 BetriebsübergangsRL ist so auszulegen, dass der Begriff „vertragliche Übertragung“ auf eine Situation Anwendung findet, in der eine Behörde beschließt, die Gewährung von Subventionen an eine juristische Person einzustellen – wodurch die vollständige und endgültige Beendigung der Tätigkeiten derselben bewirkt wird –, um die Subventionen auf eine andere juristische Person zu übertragen, die einen ähnlichen Zweck verfolgt.

Vorauszusetzen ist in derartigen Fällen immer, dass der neue Inhaber **maßgebliche wirtschaftliche Werte vom alten Inhaber zur Verfügung** hat. Im Redmont-Stichting-Fall, in dem es um die von einer Gemeinde vorgenommene Subventionsverlagerung von einer mit der Betreuung von Drogenabhängigen befassten Sozialinitiative zu einer anderen geht, müssten daher materielle (zB Einrichtungen) bzw immaterielle Betriebsmittel (zB Betreuungsstrategien oder sonstiges Know-how) in nicht unerheblichem Ausmaß übergeleitet worden sein.

Berühmte E des EuGH betreffen die Grenzen des Betriebsübergangsbegriffs am Beispiel der **Reinigungsbranche**:

E 29) EuGH 14. 4. 1994 Rs C-392/92 (Christel Schmidt) – Sparkassenreinigung
DRdA 1994, 348 (*Kirschbaum*) = EAS RL 77/187/EWG Art 1 Nr 9 (*Franzen*)

Überträgt ein Unternehmer einem anderen durch Vertrag die Verantwortung für die Erledigung der früher von ihm selbst wahrgenommenen Reinigungsaufgaben und soll im Zuge dieses Vorgangs die bisher damit befasste Reinigungskraft mit übergeleitet werden, so unterliegt dies der BetriebsübergangsRL.

E 30) EuGH 11. 3. 1997 Rs C-13/95 (Ayse Sützen) – Schulreinigung
DRdA 1997, 305 (*Kirschbaum*) = EAS RL 77/187/EWG Art 1 Nr 13 (*Steffan*)

Die BetriebsübergangsRL gilt nicht für den Fall, dass ein Auftraggeber, der die Reinigung von Räumlichkeiten einem Unternehmer übertragen hat, den Vertrag mit diesem kündigt und zur Durchführung ähnlicher Arbeiten einen neuen Vertrag mit einem anderen Unternehmer schließt, sofern dieser Vorgang weder mit einer Übertragung relevanter materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer noch mit der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des von dem einen Unternehmer zur Durchführung des Vertrages eingesetzten Personals durch den anderen Unternehmer verbunden ist.

In der Reinigungsbranche läuft es idR – nämlich dort, wo ein Einsatz größerer Maschinen nicht sinnvoll erscheint – darauf hinaus, dass der **zentrale** in einer wirtschaftlichen Einheit angelegte **Wert** jener der „**menschlichen Arbeitskraft**“ ist. Dabei ist das Know-how bei derart einfachen Arbeiten in der Verlässlichkeit der betroffenen Mitarbeiter und im Faktum, dass diese eingearbeitet sind, zu erblicken. Wird daher die in der wirtschaftlichen Einheit tätige Belegschaft in einem erheblichen Ausmaß auf den neuen Inhaber übergeleitet, so ist daraus auf einen Transfer maßgeblicher wirtschaftlicher Ressourcen zu schließen, womit ein Betriebs(teil)übergang gegeben ist. Dies ist in der E „Christel Schmidt“ von den Unternehmern geplant, daher ist diese E auch zutreffend und nach wie vor ein Baustein in der Judikatur des EuGH zum Betriebsübergangsbegriff, wenngleich die klarstellende E in der Rs „Süzen“ die eigentliche Leitentscheidung zum Thema ist. Der Umstand der Belegschaftsüberleitung ist demnach einerseits ein Aspekt bei der Prüfung des **Betriebsübergangstatbestands**: Je mehr AN mit Know-how übergeleitet werden, desto eher liegt ein Betriebsübergang vor. Andererseits ist der Übergang der gesamten Belegschaft mit allen Rechten und Pflichten auch die zentrale **Rechtsfolge** des Betriebsübergangsrechts. Man könnte auch sagen, dass ein Unternehmer dann, wenn er die Schlüsselkräfte haben will, möglicherweise auch die anderen AN nehmen muss.

Zu prüfen ist – dies zeigt sich auch im kaum mehr zu überbietenden Extremfall der „Christel Schmidt“-Konstellation – immer auch die Frage, ob eine Aufgabe überhaupt durch eine **eigene, „abgrenzbare“ Einheit** erledigt wird, ob also eine derartige Einheit aus den sonstigen Tätigkeiten des Unternehmens „ausgrenzbar“ ist. Als Beispiel für das Fehlen einer abgrenzbaren wirtschaftlichen Einheit sei ein kleiner Gewerbebetrieb genannt, in dem es einem Teil der AN – etwa abwechselnd oder immer einigen der dienstjüngeren Mitarbeiter – obliegt, gegen Arbeitsschluss die Betriebsstätte zu reinigen. Genauso kann die Organisation eines Reinigungsunternehmens so geartet sein, dass keine fixe Arbeitsgruppe für die Erfüllung eines bestimmten Auftrags besteht, sondern zB ohne genaue Vorplanung jeweils im Einzelfall verschiedene Mitarbeiter dazu eingeteilt werden.

Nach dieser Zeit war der EuGH wieder verstärkt mit Fällen – auch aus Österreich – befasst, in denen **materielle Betriebsmittel** eine größere Rolle spielen:

E 31) EuGH 20. 11. 2003 Rs C-340/01 (Abler ua) – Spitalsküche
 ZESAR 2004, 135 (*Reissner*) = infas 2004 E 1
 (vgl auch OGH 23. 1. 2004 infas 2004 A 42)

Art 1 der BetriebsübergangsRL ist so auszulegen, dass diese RL auf eine Situation anwendbar ist, in der ein Auftraggeber, der einen ersten Unternehmer vertraglich mit der gesamten Verpflegung in einem Krankenhaus betraut hatte, diesen Vertrag beendet und über dieselbe Leistung einen neuen Vertrag mit einem zweiten Unternehmer abschließt, wenn der zweite Unternehmer zuvor von dem ersten Unternehmer benutzte und beiden nacheinander vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte wesentliche materielle Betriebsmittel benutzt, und dies auch dann, wenn der zweite Unternehmer zum Ausdruck gebracht hat, dass er die AN des ersten Unternehmers nicht übernehmen will.

Bei **Betriebsteilübergängen** kann die Frage auftreten, **welche Arbeitsverhältnisse dem von der Übertragung betroffenen Tätigkeitsbereich zuzuordnen** sind. Laut EuGH bezieht sich die Eintrittsautomatik nur auf die im übergehenden Betriebsteil **unmittelbar beschäftigten AN**. Außenstehende AN, mögen sie auch bestimmte Tätigkeiten in der übertragenen Einheit verrichten, sind nicht erfasst.

11.1.2 Betriebsstilllegung

Dem Begriff des Betriebsübergangs gegenüberzustellen und daher aus dem Anwendungsfeld des § 3 Abs 1 AVRAG auszugrenzen ist das Phänomen „Betriebsstilllegung“. Von einer solchen kann nur dann gesprochen werden, wenn es zu einer endgültigen Einstellung der betreffenden unternehmerischen Aktivität kommt, dh die **Organisation zur Gänze zerschlagen** wird, sodass – trotz Vorhandenseins einzelner Betriebsmittel – die ursprüngliche Tätigkeit nicht mehr wiederbelebt werden kann.

Vorübergehende Betriebsstilllegungen können die Eintrittsautomatik und das damit verbundene Kündigungsverbot (vgl 11.2) **nicht** aus der Welt schaffen. In diesen Fällen nimmt der Erwerber die ursprüngliche Tätigkeit in einer Art und Weise wieder auf, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, trotz des vorübergehenden Stillstands von Identität der wirtschaftlichen Einheit zu sprechen. Eine mehrwöchige oder -monatige Unterbrechung muss nicht störend sein, wenn der Geschäftsbetrieb danach mit gleichartiger Ausrichtung

weitergeführt wird, wie es etwa bei einem Saisonbetrieb der Fall sein kann. Die konkrete Bewertung muss sich an den Umständen des Einzelfalles orientieren: Eine dreimonatige Sperre eines Gasthauses im Zentrum einer Großstadt wird anders zu beurteilen sein als die entsprechende Sperre eines Antiquitätengeschäfts, zumal sich der Kundenstock im einen Fall schnell verläuft, im anderen Fall hingegen wohl eher bestehen bleibt.

Aus der Praxis:	<p>Typische Erwägungen bei der Prüfung der „Spijkers“-Kriterien im Zusammenhang mit der Übernahme von Architektur- und Zivilingenieurbüros sind:</p> <p>Die Übernahme bestehender Aufträge spricht für einen Betriebsübergang, die Nichtübernahme dagegen.</p> <p>Je länger die Bürounterbrechung, desto eher liegt kein Betriebsübergang vor. Es kommt darauf an, ob und inwieweit sich durch die Unterbrechung die Klienten „verlaufen“.</p> <p>Die Übernahme von Büroräumlichkeiten, etwa der entsprechenden Mietverträge, spricht für einen Betriebsübergang.</p> <p>Die Übernahme der Büroeinrichtung spricht für einen Betriebsübergang, die Nichtübernahme dagegen.</p> <p>Wird nach Übernahme eine andere Fachrichtung bzw. Spezialisierung ausgeübt, spricht dies gegen einen Betriebsübergang. Dass es bei Eintritt des Vertreters eines anderen Faches bzw. einer anderen Spezialisierung von vornherein nicht zu einem Betriebsübergang kommen kann, ist mE aber nicht zwingend; es können dennoch genügend für einen Betriebsübergang sprechende Elemente vorhanden sein.</p> <p>Die Übergabe von Kundenkarteien, allenfalls verbunden mit auf den neuen Betreiber bezogenen Empfehlungsschreiben an die Kunden, spricht für einen Betriebsübergang.</p> <p>Die Übernahme der bisher beschäftigten Belegschaft bzw. von Teilen davon spricht für einen Betriebsübergang.</p> <p>Aus einer bloßen organisatorischen Änderung im Büro, die insb die Anforderungen an die AN betrifft, darf nicht auf den Entfall des Betriebsübergangsbegriffs geschlossen werden.</p> <p>Allfällige standesrechtliche Argumente für oder gegen den Betriebsübergangsbegriff sind – dieser ist ja europarechtlich vorgegeben – irrelevant.</p>
------------------------	---

11.2 Arbeitgeberkündigung bei Betriebsübergang

11.2.1 Kündigung wegen des Betriebsübergangs

Eine Arbeitgeberkündigung wegen des Betriebsübergangs ist rechtlich bedenklich, weil sie den Ex-lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses vereitelt.

Zu fragen ist, wann von einer Kündigung **wegen des Betriebsübergangs** die Rede sein kann. Erforderlich ist hierfür ein **innerer Zusammenhang** zwischen Betriebsübergang und Kündigung, welcher insb **bei großer zeitlicher Nähe zu vermuten** ist.

Eine verpönte **Kündigung vor Betriebsübergang** ist ein Umgehungsgeschäft und daher gem § 879 ABGB **rechtsunwirksam**. Diese Nichtigkeit ist als **relative** auszudeuten, sodass sich nur der AN, keinesfalls aber der AG auf sie berufen kann.

E 32) OGH 27. 5. 2004 8 ObA 48/04y – Aufgriffsobliegenheit
ARD 5537/7/2004

Der Fortsetzungsanspruch des unwirksam wegen des Betriebsübergangs gekündigten AN kann nicht unbefristet geltend gemacht werden, sondern muss im Interesse der Rechtssicherheit und der Klarstellung gegenüber dem Vertragspartner ohne unnötigen Aufschub erhoben werden. Die Frist zur Geltendmachung ist fließend nach den Umständen des Einzelfalles unter Abwägung der Klarstellungsinteressen des AG und den Schwierigkeiten für den AN, den Anspruch geltend zu machen, zu bestimmen.

Der neue AG konnte auf Grund seiner Weigerung, den Übergang der Dienstverhältnisse anzuerkennen, wie auch der sonstigen Umstände (Auflösung der Arbeitsverhältnisse durch den Vorpächter, diesbezügliche Anfechtungsverfahren) erwarten, dass die AN Klagen einbringen werden. Das Zuwarten von rund sechs Monaten bis zur Geltendmachung ist gerade noch kein Verstoß gegen die Aufgriffsobliegenheit.

Auch die **Arbeitgeberkündigung nach Betriebsübergang** kann wegen Vereitelung der Eintrittsautomatik nichtig sein.

Es stellt sich die Frage, für wie lange der Kündigungsschutz nach Betriebsübergang zu gewähren ist. Es ist auch hier auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, eine fixe Zeitangabe kann mE dogmatisch nicht gerechtfertigt werden. Kern der Sache ist, dass die

entscheidende Motivation für die Kündigung **nicht der Betriebsübergang** sein darf. Es läuft dies auf eine Beweisfrage hinaus, für die die Regel aufzustellen ist, dass **bei großer zeitlicher Nähe zu vermuten** ist, dass der Betriebsübergang das entscheidende Motiv für die Kündigung darstellt; je größer der zeitliche Zusammenhang, desto höher sind die an den AG zu stellenden Anforderungen, eine andere Motivationslage darzutun.

E 33) OGH 1. 2. 2007 9 ObA 16/06b – Dauer des Nachschutzes
infas 2007 A 37

Wenn auch § 3 AVRAG keine ausdrückliche Regelung über ein Kündigungsverbot enthält, so ist dennoch ein solches Kündigungsverbot zur Erreichung des Schutzzwecks der BetriebsübergangsRL geboten. Kündigungen, die ihren tragenden Grund im Betriebsübergang haben, sind nichtig gem § 879 ABGB. Es gibt keine normative Grundlage für die Annahme einer Befristung des Kündigungsschutzes. Die zeitliche Komponente ändert per se nichts an dieser Sittenwidrigkeit, sofern die Kündigung – gleichgültig in welchem zeitlichen Abstand zum Betriebsübergang – wegen des Betriebsübergangs erfolgt.

Auch wenn also der konkrete zeitliche Abstand (15 Monate nach Betriebsübergang) hier „prima facie“ nicht für den Standpunkt der AN zu sprechen scheint, kommt im vorliegenden Fall ein anderer Umstand zum Tragen, der prima facie für den Betriebsübergang als wahren Kündigungsgrund spricht. Es ist hier nämlich nicht so, dass der Erwerber erstmals 15 Monate nach dem Betriebsübergang versucht hätte, Arbeitsverhältnisse mit übernommenen AN zu beenden. Die gegenständlichen Kündigungen stellen sich vielmehr – nach unwirksamen Kündigungen sechs Tage nach Betriebsübergang und unwirksamen Entlassungen einen Monat später – als weiterer Versuch der AG dar, die Arbeitsverhältnisse mit den AN – endlich und irgendwie – zu beenden. Dies allein besagte zwar auch noch nichts, wenn sich in der Zwischenzeit etwas Relevantes geändert hätte. Dafür bestehen jedoch keine Anhaltspunkte.

Aus dieser E leuchtet hervor, dass dem übergebenen AN letztlich eine Chance gegeben werden muss, sich gegenüber dem neuen AG zu bewähren und trotz Betriebsübergangs seinen Arbeitsplatz zu behalten. Solange er nicht beschäftigt wird, spricht die Vermutung stark für eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs.

Es ist zuzugeben, dass die skizzierte Rechtslage einige Unsicherheit hinsichtlich der Grenzen des geschützten Zeitraums bewirkt. Gewisse Anhaltspunkte können aber dadurch gegeben werden, dass man prüft, **ab wann** im Falle der Weiterbeschäftigung die oben dargestellte **Vermutung**, dass die Kündigung primär wegen des Betriebsübergangs getätigt wurde, **nicht mehr anzustellen** ist. Bisher war hier nur die Rede davon, dass auf diese Weise „bei großer zeitlicher Nähe“ vorzugehen ist. Zwecks Konkretisierung ist nach der Teleologie des besonderen Kündigungsschutzes nach Betriebsübergang zu fragen. Es geht wie schon

erwähnt darum, dem nicht vom nunmehrigen AG ausgewählten AN die Chance zu geben, sich gegenüber dem neuen AG zu profilieren bzw zu bewähren. Wie lange soll der Schutz gegeben sein? Verwandte Wertungen finden sich etwa bei der Elternkarenz bzw -teilzeitbeschäftigung (vgl §§ 15 Abs 4, 15a Abs 5, 15c Abs 4, 15d Abs 4, 15n Abs 1 MSchG, §§ 7 Abs 1, 8f Abs 1 VKG), bei der es nach der Rückkehr vier Wochen „Nachschutz“ gibt. Zu beachten ist, dass dieser Zeitraum vom Gesetzgeber für ein Szenario gewählt wurde, in dem die Arbeitsvertragsparteien einander schon kennen bzw bereits zusammengearbeitet haben, sodass vier Wochen für die gegenständliche Problemstellung höchstens eine Untergrenze sein können. Als guter Maßstab wird auch **jener Zeitraum** verwendbar sein, für den eine am Anfang der Zusammenarbeit statuierte Befristung des Arbeitsverhältnisses zur **Erprobung des AN sachlich gerechtfertigt** wäre; solche sachliche Rechtfertigungen sind bei der ersten Befristung insb nach § 10a MSchG (vgl 2.2.2.1) zu geben. Das würde bedeuten, dass etwa der Techniker – dessen Erprobung erfahrungsgemäß einige Zeit in Anspruch nimmt – länger von der Vermutung profitieren würde als etwa ein ungelernter Arbeiter oder ein durchschnittlicher Büroangestellter. Diese arbeitsrechtliche Differenzierung nach der Art der zu verrichtenden Tätigkeit ist im gegebenen Zusammenhang sachgerecht, bedürfen doch insb „auffällige“ Schlüsselkräfte einer übernommenen Einheit, an deren Weiterarbeit der neue Inhaber nicht ohnehin von vornherein interessiert ist, eines besonderen Schutzes.

11.2.2 Rechtfertigungsgründe für die Arbeitgeberkündigung

Der im österreichischen Recht zur Konkretisierung heranzuziehende Art 4 Abs 1 Satz 1 BetriebsübergangsRL besagt, dass der **Betriebsübergang für den Veräußerer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung** darstellt; etwaige **Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen**, sind aber **möglich**. Fraglich ist, wie diese Rechtfertigungsgründe zu interpretieren sind.

Beispiel: Wird ein Gasthaus neu verpachtet und völlig unverändert weitergeführt, so macht es keinen Unterschied, ob die Kündigung wegen des Betriebsübergangs vor oder nach dem Zeitpunkt desselben stattfindet; eine Rechtfertigungsmöglichkeit wird im Allgemeinen schon mangels Beschäftigungsänderung nicht zur Debatte stehen.

Führt man jedoch zwar das übergehende Gasthaus wie bisher weiter, während der anhängende Pizzazustelldienst mangels Rentabilität eingestellt werden soll, so

kann ein Rechtfertigungsgrund gegeben sein. Es hängt aber davon ab, wann die Einstellung des Zustelldienstes erfolgt bzw was Gegenstand des Betriebsübergangs ist. Legt schon der Altpächter den Zustelldienst still, weil ihn der neue Unternehmer nicht übernehmen will, so wird er den im Zustellbereich beschäftigten AN betriebsübergangsrechtlich rechtmäßig kündigen können. Überträgt der Altpächter die gesamte wirtschaftliche Einheit inklusive Zustelldienst auf den Neupächter, so kann nicht schon vor Betriebsübergang gekündigt werden, zumal die wirtschaftlichen Gründe noch nicht eingetreten sind – eine Pizzazustellung, beispielsweise mit eigenem Pizzaofen und Auto, besteht ja nach wie vor.⁵ Entschließt sich dann der neue Inhaber, den Zustelldienst aufzugeben und die Betriebsmittel (weiter) zu verkaufen, dann – und erst dann – kann er wiederum den Zusteller nach Maßgabe der allgemeinen Schranken kündigen.

Eine aus **persönlichen Gründen** erfolgte Kündigung bei Betriebsübergang wird – nach allgemeinen Prinzipien des Kündigungsschutzes ohne Rücksicht auf den Aspekt des „Beschäftigtenstandes“ – gerechtfertigt sein.⁶

11.3 Einvernehmliche Lösung bei Betriebsübergang

11.3.1 Ohne Neuabschluss

Eine einvernehmliche Lösung, die mit keinem Neuabschluss eines Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübernehmer gekoppelt ist, unterliegt nur den allgemeinen, insb vertragsrechtlichen Schranken solcher Vereinbarungen (vgl zB § 104a ArbVG, § 10 Abs 7 MSchG, § 16 APSG etc). Dem AN steht nämlich selbstverständlich die Möglichkeit offen, auf den Ex-lege-Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu verzichten. Er kann nicht gezwungen werden, für einen AG zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat.

Keinesfalls wirksam ist allerdings eine Vertragsklausel, die von Vornherein für den Fall eines Betriebsübergangs eine einvernehmliche Lösung festschreibt. Sie würde eindeutig gegen § 937 ABGB verstoßen, welcher „allgemeine, unbestimmte Verzichtleistungen“ als unwirksam qualifiziert.

⁵ Das ist mE die vom OGH 28. 8. 1997 DRdA 1998, 284 (*Wagnest*) = ZAS 1998, 143 (*Winkler*) für unzulässig erklärte „vorsorgliche Rationalisierungskündigung“.

⁶ Ein typische in diese Richtung gehende Konstellation enthält der Sachverhalt von OGH 22. 10. 1997 DRdA 1998, 347 (*Reissner*).

11.3.2 Mit Neuabschluss

Erfolgt nach der einvernehmlichen Lösung eine **Neuanstellung** beim Betriebsübernehmer, ist wiederum zu prüfen, ob nicht eine Umgehung von § 3 Abs 1 AVRAG gegeben ist (vgl 11.2.1). Dies ist jedenfalls anzunehmen, wenn sich die Arbeitsbedingungen im neuen Arbeitsverhältnis beim Erwerber verschlechtert haben. Die einvernehmliche Lösung ist diesfalls nichtig, und der Ex-lege-Übergang des unveränderten Arbeitsverhältnisses greift ein.

E 34) OGH 24. 9. 2003 9 ObA 17/03m – Gesamtgünstigkeitsvergleich
RdW 2004, 172

Die Vereinbarung einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Betriebsveräußerer verbunden mit der Vereinbarung einer Weiterbeschäftigung beim Erwerber zu ungünstigeren Bedingungen ist als unzulässige Umgehung des § 3 Abs 1 AVRAG zu werten.

Die Prüfung, ob die Weiterbeschäftigung zu ungünstigeren Bedingungen erfolgt, ist durch einen Gesamtgünstigkeitsvergleich durchzuführen.

Geht bei dieser Vorgangsweise der besondere Kündigungsschutz nach dem Landes-VBG verloren, so kann diese Schlechterstellung aufgewogen werden durch andere Zugeständnisse wie etwa Beibehaltung bisheriger Dienstzeiten und des Dienstortes, Weiterbeschäftigungszusage der Gemeinde (früherer AG) im Falle der Nichtweiterführung des Betriebes durch den Erwerber oder Auszahlung der Abfertigung. Ist dadurch der Verlust des besonderen Kündigungsschutzes kompensiert, so liegt keine unzulässige Umgehung des § 3 Abs 1 AVRAG vor.

11.4 Haftungsfragen bei Betriebsübergang

Die Regelungen zur Haftung für arbeitsrechtliche Schulden bei Betriebsübergang finden sich in § 6 AVRAG. Dabei ist zunächst zwischen „Altschulden“ und „Neuschulden“ zu unterscheiden:

- Unter „**Altschulden**“ sind jene Schulden zu verstehen, die dem Grunde nach vor dem Übergangszeitpunkt **entstanden** sind. Eine spätere Fälligkeit der Forderung bleibt außer Betracht.
- „**Neuschulden**“ sind jene Forderungen, die nach dem Übergangszeitpunkt entstehen.

Nur bei **Betriebspensionen** erklärt § 6 Abs 2 AVRAG nicht das Entstehen, sondern den **Leistungsanfall** für maßgeblich.

11.4.1 Altschuldenhaftung

Die mit dem Betriebsübergang verbundene Arbeitsvertragsübernahme durch den Erwerber brächte es mit sich, dass der Veräußerer, der ja aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet, für Altschulden, die vor Betriebsübergang entstanden sind, nicht haften würde. § 6 Abs 1 AVRAG legt allerdings eine **höhenmäßig und zeitlich unbegrenzte Haftung des Veräußerers** fest.

Der **Erwerber haftet auf Grund des Eintritts in das Arbeitsverhältnis gem § 3 Abs 1 AVRAG umfassend** für Altschulden. § 6 Abs 1 AVRAG mit seiner Beschränkung des Haftungsumfangs auf § 1409 ABGB ist nur auf jene Schulden anzuwenden, die nicht gem § 3 Abs 1 AVRAG übergegangen sind⁷ (zB Forderungen von bereits vor Betriebsübergang ausgeschiedenen AN).

11.4.2 Neuschuldenhaftung

Der Übergang des Arbeitsverhältnisses gem § 3 Abs 1 AVRAG bedingt, dass der **Erwerber** für Neuschulden **uneingeschränkt** als Vertragspartner des AN haftet.

Der **Veräußerer** muss für Neuschulden **grundsätzlich nicht einstehen**. § 6 Abs 2 AVRAG normiert diesbezüglich eine **Ausnahme in zwei Richtungen**:

- Entsteht für einen übergebenen AN **innerhalb von fünf Jahren nach dem Betriebsübergang ein Abfertigungsanspruch**, so haftet der Veräußerer für diesen mit jenem Betrag, der dem **fiktiven Abfertigungsanspruch im Zeitpunkt des**

⁷ In europarechtskonformer Interpretation OGH 17. 11. 1999 DRdA 2000, 528 (*Wagnest*).

Betriebsübergangs entspricht (§ 6 Abs 2 Satz 1 AVRAG; zu den Abweichungen bei Vorhandensein von Rückstellungen s gleich unten).

Diese Bestimmung bedeutet einmal, dass eine Veräußererhaftung dann ausscheidet, wenn die Beschäftigungsdauer beim Veräußerer drei Jahre nicht erreicht hat. Bei längerer Dienstzeit beim Veräußerer kommt eine Haftung unter der Voraussetzung in Betracht, dass tatsächlich ein Abfertigungsanspruch gegen den Erwerber entstanden ist.

Eine **Reduktion** der Fünfjahresfrist **auf ein Jahr** sieht § 6 Abs 2 Satz 3 bis 7 AVRAG vor, wenn die im § 6 Abs 2 Satz 3 AVRAG genannten Sicherungsmittel, die der Veräußerer zur Sicherung der gegenständlichen Anwartschaftsrechte zurückgestellt hat, auf den Erwerber übertragen werden. Es handelt sich dabei um die nach § 14 Abs 5 EStG oder § 11 BPG im gesetzlichen Ausmaß zu bildende **Wertpapierdeckung** oder um **gleichwertige Sicherungsmittel** (zB **Rückdeckungsversicherungen**). Der Erwerber muss diese Mittel während der Frist von fünf Jahren ab dem Betriebsübergang in seinem Vermögen halten und darf sie nur zur Befriedigung einschlägiger Pensions- und Abfertigungsansprüche heranziehen. Der Veräußerer haftet während des Jahres seiner Forthaftung nur für allfällige **Differenzbeträge** zwischen den übertragenen Sicherungsmitteln und dem Wert der fiktiven Ansprüche der übergebenen AN im Betriebsübergangzeitpunkt. Von der Übertragung von Sicherungsmitteln sind die **AN zu verständigen**. Die übertragene Wertpapierdeckung darf während dieses Zeitraums auf die Verpflichtung des Erwerbers nach § 14 Abs 5 oder 7 EStG nicht angerechnet werden. Verstößt der Erwerber gegen seine Verpflichtung, die übertragenen Mittel nur zur Befriedigung der gegenständlichen Arbeitnehmerforderungen heranzuziehen, so lebt die Haftung des Veräußerers entsprechend § 6 Abs 2 Satz 1 bzw 2 AVRAG voll umfänglich wieder auf.

Dem Veräußerer steht im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang die Möglichkeit offen, mit dem übergehenden AN aus diesem Anlass eine **Zwischenabfertigung** zu vereinbaren, die allerdings einem Günstigkeitsvergleich standhalten muss. Keinesfalls kann eine solche Zwischenabfertigung vom Veräußerer zurückgefordert werden, wenn sich in der Folge herausstellt, dass der AN beim Erwerber ohne Abfertigungsanspruch

aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Eine (gesetzliche) Zwischenabfertigung aus Anlass des Betriebsübergangs ist jedenfalls steuerbegünstigt.

- Fällt beim Erwerber **nach dem Betriebsübergang** eine **Betriebspension** zur Zahlung an, so haftet der Veräußerer für diese **fünf Jahre ab Betriebsübergang** mit jenem Betrag, der der **Anwartschaft im Zeitpunkt des Betriebsübergangs** entspricht (§ 6 Abs 2 Satz 2 AVRAG). Abweichungen gelten – analog zur Situation bei der Abfertigung (s oben) – bei Vorhandensein von Rückstellungen oder gleichwertigen Sicherungsmitteln (vgl § 6 Abs 2 Satz 3 bis 7 AVRAG).

Fraglich ist, ob die Regelung des § 6 Abs 2 AVRAG analog auf **andere dienstzeitabhängige Ansprüche** anzuwenden ist.

E 35) OGH 26. 5. 2004 9 ObA 17/04x – Mithaftung für Urlaubsabgeltungen
infas 2004 A 72 = ARD 5537/1/2004

Da der Urlaubsanspruch – und damit auch der diesen Anspruch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ersetzende Anspruch auf Urlaubersatzleistung – sukzessive im Laufe des Arbeitsverhältnisses entsteht, haftet der Veräußerer eines Betriebs für jenen Teil der Urlaubersatzleistung eines wenige Tage nach dem Betriebsübergang vom Erwerber gekündigten AN, der bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden ist.

11.4.3 Regress zwischen Veräußerer und Erwerber

Der AN kann sich auf Grund der solidarischen Haftung gem § 6 AVRAG bei offenen Ansprüchen – zumindest hinsichtlich des bis zum Betriebsübergangszeitpunkt erworbenen Anwartschaftswertes – aussuchen, ob er Veräußerer oder Erwerber in Anspruch nimmt.

Dementsprechend muss dann zwischen Veräußerer und Erwerber ein Regress nach § 896 ABGB möglich sein.

E 36) OGH 9. 6. 2004 9 Ob 17/04x – Regress
RdW 2004/640 = ARD 5537/2/2004

Im Falle eines Betriebsüberganges ohne ausdrückliche Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräußerer gilt der Grundsatz, dass demjenigen AG die endgültige

Tragung der Leistung von Arbeitnehmeransprüchen (hier: Abgeltung nicht verbrauchten Urlaubs) auferlegt werden soll, der auch den Nutzen davon hatte.

12. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Im Folgenden werden einige wichtige Arten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (s 12.1 bis 12.3; zum Ablauf von Befristungen und Probearbeitsverhältnissen vgl 2.2, 2.3) sowie der Kündigungs- und Entlassungsschutz (s 12.4) dargestellt.

12.1 Einvernehmliche Lösung

Die einvernehmliche Auflösung ist die rechtsgeschäftliche Beendigung des Dienstverhältnisses durch **Aufhebungsvertrag**, dh es bedarf der übereinstimmenden, fehlerfreien Willenserklärungen der beiden Vertragspartner, das Arbeitsverhältnis zu beenden.

Die einvernehmliche Lösung ist **grundsätzlich formfrei**, aus Beweisgründen ist aber die Schriftform empfehlenswert. Für besonders kündigungs- und entlassungsgeschützte AN gibt es spezielle Formerfordernisse (primär Schriftform, bei minderjährigen [werdenden] Müttern auch Belehrung über den Kündigungsschutz und Bescheinigung derselben durch AK oder ASG; vgl § 10 Abs 7 MSchG, § 16 APSG, § 15 Abs 2 BAG; zum Lehrlingsrecht vgl auch 12.4.2.3). In Betrieben mit Betriebsrat gibt es die Vereinbarungssperre von zwei Arbeitstagen gem § 104a ArbVG.

12.2 Kündigung

Das Arbeitsverhältnis kann von beiden Seiten durch Kündigung, regelmäßig unter Einhaltung von Kündigungszeiten, beendet werden. Die Kündigung ist eine **einseitige, empfangsbedürftige**, aber nicht annahmebedürftige **Willenserklärung**. Sie kann nicht einseitig zurückgenommen werden.

Die Kündigung ist im Allgemeinen nicht an Gründe gebunden und formfrei, das Erfordernis der Schriftform kann jedoch zB im KollV oder im Arbeitsvertrag vorgesehen sein.

12.2.1 Kündigungsfrist

Die Kündigungsfrist ist jener Zeitraum, der mindestens zwischen Ausspruch (genauer: Zugang) der Kündigung und tatsächlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen muss.

Im Rahmen dieser Darstellung werden die allgemeinen gesetzlichen Grundlagen für Angestellte in § 20 AngG in den Mittelpunkt gestellt. Für sonstige AN, insb Arbeiter, gilt ab 1. 10. 2021 ein neuer § 1159 ABGB, welcher inhaltlich und von seiner zwingenden Wirkung her weitgehend dem § 20 AngG entspricht. Das bisherige gesetzliche Kündigungsrecht der (gewerblichen) Arbeiter in § 77 GewO 1859, der bloß eine dispositive Kündigungsfrist von 14 Tagen beinhaltet, bzw in den §§ 1159 (aF) – 1159c ABGB ist damit Geschichte.

In § 20 AngG sind für den **AG** abhängig von der Dauer des Dienstverhältnisses nachstehende Kündigungsfristen vorgesehen:

<u>Dienstjahre</u>	<u>Frist</u>
0 - 2	6 Wochen
2 - 5	2 Monate
5 - 15	3 Monate
15 - 25	4 Monate
ab 25	5 Monate

Für den **AN** sieht § 20 Abs 4 Satz 1 AngG eine Kündigungsfrist von einem Monat vor. Nach § 20 Abs 4 Satz 2 AngG kann die Kündigungsfrist, die vom AN einzuhalten ist, vertraglich verlängert werden; dabei darf aber die vom AN einzuhaltende Frist nicht länger sein als die vom AG zu beachtende Frist und höchstens sechs Monate betragen.

12.2.2 Kündigungstermin

Der Kündigungstermin legt fest, wann die Kündigung ihre das Arbeitsverhältnis auflösende Wirkung entfaltet.

Nach § 20 Abs 2 Satz 1 AngG stehen dem **AG** grundsätzlich nur vier Kündigungstermine zur Verfügung, und zwar jeweils das Quartalsende, also der 31. 3., 30. 6., 30. 9. und 31. 12. des Jahres. Es kann aber gem § 20 Abs 3 AngG vereinbart werden, dass die Kündigungsfrist am 15. oder Letzten eines Monats endet.

Der **AN** kann sein Arbeitsverhältnis mangels anderer Vereinbarung zum Letzten eines Monats kündigen (§ 20 Abs 4 Satz 1 AngG).

Beispiel: Ein AG möchte einen Angestellten mit 12 Dienstjahren am 21. 7. 2020 kündigen.

Die Kündigungsfrist beträgt angesichts der Dienstjahre drei Monate, vom 21. 7. ausgehend kommt man bei Hinzurechnung dieser Zeit auf den 21. 10. Aus der Perspektive dieses Tages ist nun der nächstmögliche Kündigungstermin zu ermitteln, und das ist bei Quartalskündigung der 31. 12. An diesem Tag also kann das Arbeitsverhältnis rechtmäßig durch Arbeitgeberkündigung enden.

Will der Angestellte selbst kündigen, so muss er einen Monat zum Monatsletzten einhalten. Korrektes Ende des Arbeitsverhältnisses ist daher in diesem Fall der 31. 8.

12.2.3 Zeitwidrige Kündigung

Wurde die Kündigungsfrist bzw der Kündigungstermin vom AG nicht eingehalten, hat der AN Anspruch auf **Schadenersatz**: Er ist so zu stellen, als wäre die Kündigung ordnungsgemäß zum nächstmöglichen Termin erfolgt. Den AN trifft keine Arbeitspflicht mehr, das Arbeitsverhältnis endet zum angegebenen falschen Zeitpunkt.

Der Schadenersatz des AN wird als **Kündigungsschädigung** ausgedrückt, dh der AN erhält eine **Zahlung in Höhe des Entgelts, das bei ordnungsgemäßem Ablauf gebührt hätte**. Für die Berechnung ist vom zuletzt zukommenden Entgelt auszugehen. In Bezug auf eine Kündigungsschädigung ist eine **Vorteilsausgleichung nur beschränkt** vorzunehmen: Bei einer Verkürzung der Kündigungszeit von **bis zu drei Monaten** erfolgt **keine Anrechnung**, auf die **darüber hinaus zustehende Kündigungsschädigung** muss sich der AN **anrechnen** lassen, was er sich durch das Unterbleiben der Arbeitsleistung erspart, anderweitig tatsächlich verdient oder absichtlich zu verdienen versäumt hat. Im letzteren Fall sind nur absichtlich unterlassene konkrete Verdienstmöglichkeiten anrechenbar; die

Beweislast trifft den ehemaligen AG. Die ersten drei Monatsbeträge sind sofort **fällig**, die Beträge der Folgemonate werden zur vereinbarten oder gesetzlichen Zeit fällig. Nicht als anderweitiger Verdienst gelten Arbeitslosengeld, Krankengeld und Leistungen aus der Pensionsversicherung. Die Präklusivfrist des § 34 AngG bzw § 1162d ABGB und die Anrechnungsbestimmungen des § 29 AngG bzw § 1162b ABGB sind sinngemäß anzuwenden. Der Anspruch auf Kündigungsentschädigung **verfällt** daher, wenn er nicht innerhalb von sechs Monaten ab Entstehung, dh ab Ende des Arbeitsverhältnisses, gerichtlich geltend gemacht wird.

Bei einer zeitwidrigen Kündigung ist eine Berichtigung nach einer Lehrmeinung nur möglich, wenn sie ohne unnötigen Verzug erfolgt und der Fehler vom Gekündigten veranlasst war, diesem offenbar auffallen musste oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde. Pragmatischer ist es, in Zweifelsfällen (vorerst) die Nennung des Endtermins zu unterlassen.

12.3 Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund

Wird eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund vom AG vorgenommen, so nennt man dies **Entlassung** (vgl 12.3.1), eine entsprechende Erklärung durch den AN ist ein **Austritt** (vgl 12.3.2).

In beiden Fällen müssen so schwerwiegende Gründe vorliegen, dass die **Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses** auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist **nicht zumutbar** ist.

Die Auflösungserklärung muss **unverzüglich** erfolgen, dh unmittelbar nachdem der zur Auflösung Berechtigte vom wichtigen Grund Kenntnis erlangt hat. Er hat allerdings eine **angemessene Überlegungsfrist** bei unklaren Sachverhalten oder Rechtslagen. Zudem gibt es **Dauerzustände**, die solange geltend gemacht werden können, als sie andauern (zB ungerechtfertigtes Fernbleiben von der Arbeit auf Seiten des AG, Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit auf Seiten des AN).

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

12.3.1 Entlassung

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

§ 27 AngG

- Untreue im Dienst
- Verbotene Geschenkannahme
- Vertrauensunwürdigkeit
- Arbeitsunfähigkeit
- Verstoß gegen das Konkurrenzverbot des § 7 AngG
- Erhebliche Arbeitspflichtverletzung
- Verleitung zu Ungehorsam gegen den AG
- Lang andauernde Arbeitsverhinderung (auch unverschuldet!), ausgenommen wegen Krankheit oder Unfalls
- Tötlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit, erhebliche Ehrverletzungen

§ 82 GewO 1859

- Vorzeigen falscher oder gefälschter Zeugnisse bei Abschluss des Arbeitsvertrags
- Irreführung über ein bestehendes Arbeitsverhältnis bei Abschluss des Arbeitsvertrags
- Arbeitsunfähigkeit
- Trunksucht bei wiederholter Verwarnung
- Strafbare Handlungen, die vertrauensunwürdig machen
- Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen
- Betreiben eines abträglichen Nebengeschäfts
- Erhebliche Arbeitspflichtverletzung
- Verleitung zu Ungehorsam, unordentlichem Lebenswandel oder unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen
- grobe Ehrenbeleidigung, Körperverletzung oder gefährliche Drohung
- unvorsichtiges Umgehen mit Feuer und Licht (auch Strom, Sprengstoff etc)
- Behaftung mit abschreckender Krankheit
- Arbeitsunfähigkeit durch eigenes Verschulden
- Gefängnisaufenthalt für länger als 14 Tage

Bei Ausspruch der Entlassung muss dem AN der Entlassungsgrund nicht genannt werden, er muss aber zu diesem Zeitpunkt bereits vorhanden sein. Bei der Entlassung bereits vorhandene, aber erst später entdeckte Entlassungsgründe können auch nachträglich zur Rechtfertigung der Entlassung herangezogen werden (**Nachschieberecht**).

Bei unklaren Sachverhalten oder Rechtslagen sollte mit **Suspendierung** vorgegangen werden. Der AN wird dienstfrei gestellt, um den Sachverhalt zu prüfen, erst nach Überprüfung der Beweislage wird die Entlassung ausgesprochen. Damit ist die Entlassung noch rechtzeitig.

Vorteil für den AG:	Beweise können gesichert werden.
Nachteil für den AG:	Entgeltzahlungspflicht ohne Gegenleistung des AN, kein Verbrauch von Urlaub oder Zeitausgleich ohne entsprechende Vereinbarung

Egal, ob die Entlassung gerechtfertigt oder ungerechtfertigt ist, das **Arbeitsverhältnis** wird mit Zugang derselben **aufgelöst**.

Eine **gerechtfertigte Entlassung** führt insb zum Verlust der Abfertigung (alt) und macht den AN gem § 28 AngG bzw § 1162a ABGB schadenersatzpflichtig.

Bei **ungerechtfertigter Entlassung** ist der AN so zu stellen, als läge eine ordnungsgemäße Dienstgeberkündigung vor. Der AN hat Anspruch auf (pauschalierten) Schadenersatz in Form von **Kündigungsentschädigung**. Die Anrechnungsregel kommt zur Anwendung (§ 29 AngG, § 1162b ABGB), ebenso die Präklusivfrist von sechs Monaten (§ 34 AngG, § 1162d ABGB; vgl schon 12.2.3). Weiters besteht Anspruch auf **Abfertigung (alt)**, die **Urlaubersatzleistung** ist **am fiktiven Ende des Arbeitsverhältnisses orientiert** zu berechnen.

12.3.2 Austritt

Austrittsgründe sind in § 26 AngG demonstrativ, in § 82a GewO 1859 taxativ aufgezählt:

§ 26 AngG

- Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienstleistung
- Gefährdung der Gesundheit
- Gefährdung der Sittlichkeit
- Ungebührliches Schmälern oder Vorenthalten des Entgelts
- Verletzung sonstiger wesentlicher Vertragsbestimmungen
- Verletzung der dem Schutz des Lebens, der Gesundheit oder der Sittlichkeit des AN dienenden Verpflichtungen
- Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit, erhebliche Ehrverletzungen

§ 82a GewO 1859

- Gefährdung der Gesundheit
- Tätliche Misshandlung oder grobe Ehrenbeleidigung
- Verleitung zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen
- Ungebührliches Vorenthalten der Bezüge
- Verletzung sonstiger wesentlicher Vertragsbestimmungen
- Außerstandsein oder Weigerung, dem AN Verdienst zu geben

Auch der Austritt **löst das Dienstverhältnis mit sofortiger Wirkung auf.**

Bei einem **berechtigten Austritt** ist der AN so zu stellen, als hätte der AG eine ordnungsgemäße Kündigung ausgesprochen, dh es besteht Anspruch auf Kündigungsentschädigung und Abfertigung. Eine Schadenersatzpflicht trifft den AG aber nur dann, wenn ihn ein Verschulden am vorzeitigen Austritt trifft (was zB bei Gesundheitsgefährdung meist nicht der Fall ist).

Bei **ungerechtfertigtem Austritt** verliert der AN alle Ansprüche und wird schadenersatzpflichtig.

12.4 Kündigungs- und Entlassungsschutz

Zu unterscheiden ist zwischen allgemeinem (s 12.4.1), besonderem (s 12.4.2) und individuellem Kündigungs- und Entlassungsschutz (s 12.4.3). Vom Kündigungs- bzw Entlassungsschutz nicht erfasst werden:

- einvernehmliche Lösung (vgl 12.1)
- Ablauf der Befristung (vgl 2.2)
- begünstigte Lösung während der Probezeit (vgl 2.3)

12.4.1 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz

Der **allgemeine Kündigungsschutz** ergibt sich aus § 105 bzw § 107 ArbVG. Besteht ein BR, so ist dieser in das Kündigungsschutzsystem eingebunden. Aber auch dann, wenn ein betriebsratspflichtiger Betrieb ohne BR (dh ein Betrieb mit fünf oder mehr AN, in dem kein BR gewählt wurde) vorliegt, gilt der allgemeine Bestandschutz. Im „Kleinstbetrieb“ mit weniger als fünf AN gelten die Regelungen hingegen nicht.

Die vom AG getätigte Kündigung kann im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes unter gewissen Voraussetzungen binnen relativ kurzer Frist durch Klage bei Gericht bekämpft werden. Im **betriebsratspflichtigen Betrieb ohne BR** beispielsweise kann der von einer Kündigung betroffene AN diese **binnen zweier Wochen ab ihrem Zugang selbst beim ASG anfechten** (§ 107 ArbVG).

Es gibt zwei Gruppen von **Anfechtungsgründen**:

- Verpönte Motive iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG
- Sozialwidrigkeit iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG

Die **verpönten Motive** sind im Gesetz taxativ aufgezählt. Es reicht, dass der AN einen derartigen Grund **glaubhaft** macht; die Klage ist abzuweisen, wenn eine höhere Wahrscheinlichkeit für ein anderes vom AG glaubhaft gemachtes Motiv spricht (§ 105 Abs 5 ArbVG). Anfechtungstatbestände sind ua:

- Beitritt zu bzw Mitgliedschaft oder Tätigkeit in Gewerkschaften (lit a, lit b)
- Einberufung der Betriebsversammlung (lit c)
- Mitwirkung oder Kandidatur bei der Betriebsratswahl (lit d, lit e Fall 1)
- frühere Betriebsratstätigkeit (lit e Fall 2)
- offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (sog Vergeltungskündigung; lit i)

Wegen **Sozialwidrigkeit** kann die Kündigung nur angefochten werden, wenn der AN zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits **sechs Monate im Unternehmen** beschäftigt war. Es müssen **wesentliche Interessen des AN beeinträchtigt** werden. Ist dies der Fall, dann dürfen weder **betriebliche Gründe** noch **Gründe in der Person des AN** vorliegen, die die Kündigung rechtfertigen. Wenn auch derartige Gründe gegeben sind, ist

eine **Interessenabwägung** zwischen den Arbeitnehmerinteressen und den Kündigungsgründen vorzunehmen. Für ältere AN ist dabei ein erhöhter Kündigungsschutz gegeben.

Kriterien für Interessenabwägung

AN

- Arbeitsmarktchancen
- Einkommenssituation
- Sonstige Nachteile, zB Verlust der Dienstwohnung
- Zu beachten: Sorgepflichten, Zahlungsverpflichtungen

AG

persönliche:

- Verletzung von Vertragspflichten, die keinen Entlassungsgrund darstellen, wie zB Privattelefonate, Verweigerung von Fortbildung
- mangelhafte Arbeitsleistung
- häufige Krankenstände
- persönliche Differenzen mit dem AG

betriebliche:

- allgemeine wirtschaftliche Situation im Betrieb
- Umstrukturierung
- Rationalisierung
- Zu beachten: **soziale Gestaltungspflicht des AG** (Ersatzarbeitsplatz, Austauschündigung, Gleichbehandlung im Betrieb)

Durch das Urteil des Gerichts, mit dem es die Anfechtung als berechtigt ansieht, wird die **Kündigung** für **rechtsunwirksam** erklärt. Ist die Kündigungsfrist bereits abgelaufen, lebt das Dienstverhältnis rückwirkend wieder auf, der AN hat Anspruch auf Entgeltzahlung gem § 1155 ABGB (vgl 5.1). Durch die relativ lange Verfahrensdauer ist für den AG das wirtschaftliche Risiko recht hoch, der AN wiederum müsste nach längerer Zeit in seine ehemalige Arbeitsumgebung zurückkehren. Nicht zuletzt aus diesen Gründen enden die meisten Anfechtungsverfahren durch Vergleich.

Hinzuweisen ist schließlich auf den **allgemeinen Entlassungsschutz**: Gem §§ 106 f ArbVG kann die Entlassung aus denselben Gründen (**verpöntes Motiv, Sozialwidrigkeit**) angefochten werden wie eine Kündigung, sofern arbeitsvertragsrechtlich **kein Entlassungsgrund** vorliegt (dazu allg 12.3.1).

12.4.2 Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz

Für **besonders schutzwürdige Personengruppen** (Belegschaftsvertreter, Mütter bzw Elternfreistellung in Anspruch nehmende Väter bzw andere Elternteile, Präsenz-, Zivil- bzw Ausbildungsdiener, begünstigte Behinderte, Lehrlinge) sieht der Gesetzgeber eine über den allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutz hinausgehende Bestandsicherung vor. Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz ist jeweils ähnlich konstruiert. Im Folgenden werden die wichtigsten Fälle dargestellt:

12.4.2.1 Mütter bzw Elternfreistellung in Anspruch nehmende Väter (andere Elternteile)

Die **Kündigung** ist **nur mit gerichtlicher Zustimmung** aus den in § 10 Abs 3 und 4 MSchG genannten **Gründen** möglich. Eine ohne Zustimmung des Gerichts ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam.

Der **besondere Bestandschutz beginnt** bei **Müttern** mit dem **Eintritt der Schwangerschaft**, bei **Vätern** (anderen Elternteilen) mit **Bekanntgabe der Vaterfreistellung**, frühestens jedoch vier Monate vor dem errechneten Geburtstermin bzw mit **Bekanntgabe der Karenz oder Elternteilzeit**, frühestens jedoch mit der Geburt des Kindes (vgl dazu auch den Motivanfechtungstatbestand des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG).

Entscheidend für die Frage, ob Mutterschutz besteht, ist der Zeitpunkt des **Kündigungszugangs**: Eine vor Beginn der Schwangerschaft ausgesprochene Kündigung wird durch den Kündigungsschutz nicht berührt.

Werdende Mütter trifft eine **Informationspflicht**, dh sie sind verpflichtet, den AG von der Schwangerschaft in Kenntnis zu setzen. Der Kündigungsschutz greift aber auch dann, wenn die AN nach Ausspruch der Kündigung mitteilt, dass sie vermutet, schwanger zu sein, wenn sich nachträglich herausstellt, dass tatsächlich zum Zeitpunkt der Kündigung eine Schwangerschaft bestand; dass die Schwangerschaft später vorzeitig geendet hat, ist irrelevant. Die Kündigung ist auch dann rechtsunwirksam, wenn dem AG binnen fünf

Arbeitstagen nach Ausspruch der Kündigung die Schwangerschaft bekannt gegeben wird (§ 10 Abs 2 MSchG). Bei schriftlicher Kündigung bestimmt die Zustellung den Beginn des Fristlaufs. Die Bekanntgabe ist rechtzeitig, wenn sie innerhalb von fünf Arbeitstagen zur Post gegeben wird. Sie ist aber auch dann noch rechtzeitig, wenn sie zwar außerhalb der Fünftagefrist erfolgt, die AN aber an der rechtzeitigen Bekanntgabe gehindert war und dies unverzüglich nach Wegfall des Hinderungsgrundes (zB Unkenntnis der Schwangerschaft) nachholt.

Auch ein bereits beendetes Dienstverhältnis lebt rückwirkend wieder auf, wenn der AG unmittelbar nach Kenntnis von der Schwangerschaft benachrichtigt wird. Die AN hat einen Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 1155 ABGB.

Wann der Kündigungsschutz **endet**, hängt davon ab, ob Karenzen bzw Teilzeitbeschäftigungen in Anspruch genommen werden. Ist dies nicht der Fall, so besteht der Kündigungsschutz der AN bis zum Ablauf von **vier Monaten nach der Entbindung** (§ 10 Abs 1 MSchG). Bei Karenzen oder Teilzeitbeschäftigungen bzw im Falle des Vaters (anderen Elternteiles) auch bei der Freistellung anlässlich der Geburt hängt das Ende des Schutzes von der jeweiligen Gestaltung ab. Als Grundregel kann ein „**Nachschutz**“ **von vier Wochen ab Ende der Karenz, Teilzeitbeschäftigung bzw Geburtsfreistellung** angesehen werden. Im Falle einer Teilzeitbeschäftigung endet der besondere Schutz vier Wochen nach Ende dieser Beschäftigung, spätestens jedoch vier Wochen nach dem 4. Geburtstag des Kindes.

Gem § 15j MSchG, § 8 VKG hat die **Meldung der Teilzeitbeschäftigung** einschließlich der konkreten Modalitäten **schriftlich** zu erfolgen. Eine entsprechend zustande gekommene Elternteilzeit zieht im Allgemeinen den besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz nach MSchG bzw VKG nach sich.

E 37) OGH 20. 8. 2008 9 ObA 80/07s – Mündliches Teilzeitbeschäftigungsbegehren
JusGuide 2008/42/6098 (OGH)

Das nur mündlich gestellte Teilzeitbeschäftigungsbegehren einer AN führt trotz des Schriftlichkeitsgebots des § 15j MSchG zum Kündigungsschutz, wenn sich der AG auf Verhandlungen über dieses Begehren einlässt und es letztlich zu einer Vereinbarung über eine Teilzeit kommt, wobei am objektiven Erklärungswillen, eine Teilzeitbeschäftigung nach den Bestimmungen des MSchG zu vereinbaren, kein ernster Zweifel bestehen kann.

Eine **Entlassung** ist ebenfalls nur nach vorheriger **Zustimmung des ASG** aus den in § 12 Abs 2 MSchG aufgezählten **Gründen** zulässig; ausnahmsweise genügt die nachträgliche Zustimmung (vgl § 12 Abs 4 MSchG).

E 38) OGH 26. 4. 1983 4 Ob 44/83 – Frage nach der Schwangerschaft
Arb 10.264 = infas 1984 A 15

Die Entlassungstatbestände des § 12 Abs 2 MSchG sind erschöpfend aufgezählt. Da die Vertrauensunwürdigkeit nicht genannt wird, bildet das Verschweigen einer bestehenden Schwangerschaft bei Dienstantritt keinesfalls einen Entlassungsgrund. Dies gilt auch dann, wenn die Aufnahmewerberin ausdrücklich danach gefragt wurde und bereits mit der Möglichkeit einer Schwangerschaft gerechnet hat.

12.4.2.2 Begünstigte Behinderte

Die **Kündigung** eines begünstigten Behinderten iSd BEinstG bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit der vorherigen **Zustimmung des Behindertenausschusses**, das ist eine beim Bundessozialamt eingerichtete Verwaltungsbehörde. In besonderen Ausnahmefällen kann auch nachträglich die Zustimmung zur Kündigung erteilt werden. Die Rechtsprechung beschränkt dies auf Fälle, in denen gerade noch kein Entlassungsgrund vorliegt.

Begünstigte Behinderte iSd BEinstG sind nach Maßgabe der im G genannten Ausnahmen Personen mit einem **durch Bescheid festgestellten Grad der Behinderung von mindestens 50 %** (vgl § 2 BEinstG).

Der **Kündigungsschutz beginnt** mit der **bescheidmäßigen Feststellung der Eigenschaft als begünstigter Behinderter**, und zwar auch rückwirkend (vgl §§ 8, 14 BEinstG). Er ist unabhängig von der Kenntnis des AG von der Behinderteneigenschaft. Während der ersten vier Jahre des Arbeitsverhältnisses besteht der Kündigungsschutz grundsätzlich nicht (vgl § 8 Abs 6 lit b BEinstG). Im Gesetz sind **demonstrativ Kündigungsgründe** festgelegt (vgl § 8 Abs 4 BEinstG), im Übrigen trifft die Behörde eine Ermessensentscheidung.

Eine Entlassung ist bei Vorliegen eines Entlassungsgrunds uneingeschränkt möglich. Stellt sich aber heraus, dass der Entlassungsgrund nicht ausreicht, ist die Entlassung

rechtsunwirksam. Ein **Entlassungsschutz** besteht daher darin, dass **unbegründete Entlassungen** anders als im allgemeinen Arbeitsrecht (vgl 12.3.1) **keine Lösungswirkung** haben.

E 39) OGH 2. 4. 2003 9 ObA 240/02p – Verschweigen der Behinderteneigenschaft
infas 2003 A 74

Nach der Rechtsprechung ist ein AN verpflichtet, dem AG die ihm bekannte Eigenschaft als begünstigter Behinderter mitzuteilen. Diese Verpflichtung ist jedoch im Zusammenhang damit zu sehen, dass die Behinderteneigenschaft infolge gesetzlicher Bestimmungen unmittelbaren Einfluss auf die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses hat.

Erfüllte jedoch der AN durch acht Monate hindurch seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis anstandslos, so ist eine Entlassung unmittelbar, nach dem der AN den AG von der Behinderteneigenschaft in Kenntnis gesetzt hatte, nicht gerechtfertigt, weil dem Interesse des AN, leichter eine Anstellung zu bekommen, lediglich das Interesse des AG gegenüberstand, einen Nichtbehinderten und daher leichter kündbaren AN einzustellen. Selbst wenn man von einer Verletzung der Interessen des AG ausgehen will, hat diese jedenfalls nicht das Gewicht, welches für die Annahme erforderlich wäre, dass dadurch das Vertrauen derart erschüttert wäre, dass dem AG die Fortsetzung eines bereits acht Monate andauernden und anstandslos funktionierenden Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar wäre.

12.4.2.3 Lehrlinge

Das Lehrverhältnis ist eine besondere Form eines befristeten Dienstverhältnisses. Es endet daher normalerweise mit Ablauf der vereinbarten Lehrzeit (§ 14 BAG). Eine Behaltepflcht (§ 18 BAG) ist zu beachten. Eine **Kündigung** ist vom BAG **nicht vorgesehen**. Der Kündigungsschutz besteht daher darin, dass eine Kündigung von Seiten des Lehrberechtigten gesetzwidrig und folglich nichtig ist.

Mögliche, wie der Lehrvertrag selbst einem Schriftlichkeitserfordernis unterliegende **Beendigungsarten** sind:

- Einvernehmliche Auflösung; einzuholen ist eine Belehrungsbescheinigung des ASG oder der AK (§ 15 Abs 5 BAG) sowie bei minderjährigen Lehrlingen die Zustimmung beider Elternteile (§ 167 Abs 2 ABGB).
- Vorzeitige Auflösung aus einem in den §§ 14 Abs 2, 15 BAG genannten Grund (bei Minderjährigkeit vgl § 167 Abs 2 ABGB).

- Ex-lege-Beendigung, insb bei Entzug der Lehrbefugnis (§ 14 Abs 2 BAG).

Zudem gibt es nach dem BAG ausnahmsweise eine **gesetzlich vorgesehene Probezeit** mit jederzeitiger fristloser Lösbarkeit grundsätzlich in den ersten drei Monaten des Lehrverhältnisses (vgl schon 2.3).

Gem § 15a BAG kann weiters eine einseitige „**außerordentliche Auflösung**“ nach einem bzw unter Umständen auch zwei Lehrjahren stattfinden. Eine derartige Lösung ist, sofern sie der Lehrberechtigte vornimmt, nur dann gültig, wenn dieser innerhalb gewisser Fristen die beabsichtigte Auflösung und die geplante Aufnahme eines Mediationsverfahrens dem Lehrling (sowie der Lehrlingsstelle und weiteren Institutionen) anzeigt und vor der Erklärung der außerordentlichen Auflösung das Mediationsverfahren durchgeführt und ohne Bereitschaft des Lehrberechtigten zur Fortsetzung des Lehrverhältnisses beendet wurde.

12.4.3 Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz

Das GIBG sieht eine Individualanfechtung von Kündigungen bzw (unbegründeten) Entlassungen vor. Die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes kommen neben der Individualanfechtungsmöglichkeit zum Tragen.

Wird das Arbeitsverhältnis vom AG **wegen des Geschlechts** des/r AN oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GIBG gekündigt oder vorzeitig gelöst, so kann der/die AN die Kündigung (Entlassung) gem § 12 Abs 7 GIBG anfechten. Die Anfechtungsfrist beträgt 14 Tage, das verpönte Motiv ist nur glaubhaft zu machen (vgl §§ 12 Abs 12, 15 Abs 1a GIBG).

Entsprechende Anfechtungsmöglichkeiten bestehen nach GIBG im Falle von Kündigung (Entlassung) wegen der **ethnischen Zugehörigkeit**, der **Religion oder Weltanschauung**, des **Alters** oder der **sexuellen Orientierung** bzw nach den §§ 7a ff BEinstG bei Kündigung (Entlassung) wegen einer **Behinderung**.