

Arbeitsrecht in Grundzügen

Brodil, Risak, Wolf – 9. Auflage – 2016

Die vorliegende Zusammenfassung behandelt das Lehrbuch „**Arbeitsrecht in Grundzügen**“, erschienen **2016** in der **9. Auflage**. Teilweise sind dem Stoff Ergänzungen (insb Judikatur) hinzugefügt, die als solche aber nur dabei helfen (sollen), bestimmte (Typen-)Begriffe des Arbeitsrechts (zB den Arbeitsvertrag im sog *beweglichen System*, siehe unten) verständlich/anschaulich zu machen.

In einigen wenigen Fällen sind auch Inhalte der Lehrbücher **Arbeitsrecht 1** und **Arbeitsrecht 2** (Kietaihl, Windisch-Graetz) verbaut.

Insgesamt deckt die Zusammenfassung den arbeitsrechtlichen Stoff der **Modulprüfung Arbeits- und Sozialrecht** ab – je nach Prüfer/Prüferin kann aber auch gezieltes Lernen nach AR 1/AR 2 sinnvoll sein, auch wenn Vieles in diesen Lehrbüchern bloß ausführlicher, nicht notwendigerweise aber genauer dargestellt wird. Die Zusammenfassung beginnt mit **Kapitel 2: Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff**, da die Kenntnis des ersten Kapitels (Einführung in die Rechtswissenschaften) vorauszusetzen ist.

Das **Inhaltsverzeichnis** ist im Original übernommen und findet sich ab Seite 2. Die Zusammenfassung orientiert sich an der genauen Gliederung des Lehrbuchs.

Es muss hier noch darauf hingewiesen werden, dass nicht für die Fehlerfreiheit der Unterlage garantiert werden kann und dass sich Zusammenfassungen **nur zur Wiederholung des Stoffes** eignen. Hinweise, Anmerkungen oder Anregungen gerne jederzeit an jus@vsstoe.at!

 facebook.com/vsstoe.jus/

 jus@vsstoe.at

 [/juridicumvsstoe](https://www.instagram.com/juridicumvsstoe)



| | |
|--|-----------|
| II. ARBEITSVERTRAG UND ARBEITNEHMERBEGRIFF | 7 |
| A. WESEN UND MERKMALE | 7 |
| B. ABGRENZUNG ZU ANDEREN VERTRAGSTYPEN | 7 |
| 1. FREIER DIENSTVERTRAG | 7 |
| 2. WERKVERTRAG | 7 |
| 3. AUFTRAG | 7 |
| 4. MIETVERTRAG | 7 |
| 5. GESELLSCHAFTSVERTRAG | 7 |
| 6. TÄTIGKEITEN IM RAHMEN VON VEREINEN, EHE ODER LEBENSGEMEINSCHAFT | 8 |
| C. SONDERFORMEN IM ARBEITSVERHÄLTNIS | 8 |
| D. ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG | 8 |
| E. ARBEITER – ANGESTELLTE | 8 |
| 1. ANGESTELLTE NACH § 1 ANGg | 8 |
| 2. SONDERFORMEN VON ANGESTELLTEN | 9 |
| 3. ARBEITER | 9 |
| III. DIE BELEGSCHAFTSORGANISATION | 10 |
| A. DIE BETRIEBSVERFASSUNG | 10 |
| 1. DER FACHLICHE GELTUNGSBEREICH | 10 |
| 2. GRUNDBEGRIFFE | 10 |
| B. DIE EBENEN DER BETRIEBSVERFASSUNGSRECHTLICHEN MITBESTIMMUNG | 10 |
| 1. DER BETRIEB | 10 |
| 2. DAS UNTERNEHMEN | 11 |
| 3. DER KONZERN | 11 |
| C. DIE ORGANE DER BELEGSCHAFT | 11 |
| 1. DIE BELEGSCHAFTSVERTRETUNG AUF BETRIEBSEBENE | 11 |
| 2. DIE BELEGSCHAFTSORGANISATION AUF ÜBERBETRIEBLICHER EBENE | 12 |
| D. DIE RECHTSSTELLUNG DER BETRIEBSRATSMITGLIEDER | 12 |
| E. DIE BEFUGNISSE DER BELEGSCHAFT | 13 |
| 1. GRUNDSÄTZLICHES | 13 |
| 2. EINTEILUNG NACH SACHBEREICHEN | 13 |
| 3. EINTEILUNG NACH DER INTENSITÄT | 13 |
| IV. DER KOLLEKTIVVERTRAG | 14 |
| A. BEGRIFF UND BEDEUTUNG | 14 |
| B. KOLLEKTIVVERTRAGSFÄHIGKEIT | 14 |
| 1. KOLLEKTIVVERTRAGSFÄHIGKEIT KRAFT GESETZES | 14 |
| 2. KOLLEKTIVVERTRAGSFÄHIGKEIT KRAFT VERLEIHUNG | 14 |
| C. KOLLEKTIVVERTRAGSFÄHIGKEIT | 14 |
| 1. KOLLEKTIVVERTRAGSANGEHÖRIGKEIT | 14 |
| 2. AUßENSEITERWIRKUNG AUF AN-SEITE | 15 |
| D. KOLLEKTIVVERTRAGSKOLLISION | 15 |
| 1. VORRANG FREIWILLIGER BERUFSVEREINIGUNGEN | 15 |
| 2. MISCHBETRIEBE | 15 |
| 3. ARBEITNEHMER IN MISCHVERWENDUNG | 15 |
| 4. AUßENSEITERKOLLISION | 15 |
| E. NORMWIRKUNG DES KOLLEKTIVVERTRAGS | 15 |
| F. ABSCHLUSS, HINTERLEGUNG UND PUBLIKATION DES KOLLEKTIVVERTRAGS | 16 |
| G. BEENDIGUNG VON KOLLEKTIVVERTRÄGEN | 16 |
| H. NACHWIRKUNG VON KOLLEKTIVVERTRÄGEN | 16 |
| I. DER REGELUNGSINHALT VON KOLLEKTIVVERTRÄGEN | 16 |
| 1. SCHULDRECHTLICHER TEIL | 16 |
| 2. NORMATIVER TEIL | 16 |
| J. GRUNDRECHTSBINDUNG DER KOLLEKTIVVERTRAGSPARTEIEN | 17 |
| K. SUBSTITUTIONSFORMEN DES KOLLEKTIVVERTRAGS | 17 |
| 1. DIE SATZUNG (§§ 18 – 21 ArbVG) | 17 |
| 2. DER MINDESTLOHNTARIF (§§ 22 – 25 ArbVG) | 17 |
| 3. DIE LEHRLINGSSENTSCHÄDIGUNG (§§ 26 – 29 ArbVG) | 17 |
| V. DIE BETRIEBSVEREINBARUNG | 18 |
| A. BEGRIFF UND BEDEUTUNG | 18 |
| B. ABSCHLUSSKOMPETENZ FÜR BETRIEBSVEREINBARUNGEN | 18 |

| | |
|--|-----------|
| C. WIRKSAMKEITSBEGINN VON BETRIEBSVEREINBARUNGEN | 18 |
| D. RECHTSWIRKUNGEN VON BETRIEBSVEREINBARUNGEN | 18 |
| E. REGELUNGSINHALT VON BETRIEBSVEREINBARUNGEN..... | 18 |
| F. ARTEN VON BETRIEBSVEREINBARUNGEN | 19 |
| 1. NOTWENDIGE BETRIEBSVEREINBARUNGEN (§ 96 ARBVG) | 19 |
| 2. NOTWENDIG ERZWINGBARE BETRIEBSVEREINBARUNGEN (§ 96A ARBVG)..... | 19 |
| 3. FAKULTATIV ERZWINGBARE BETRIEBSVEREINBARUNGEN (§ 97 ABS 1 Z 1 BIS 6A ARBVG) | 19 |
| 4. FAKULTATIVE BETRIEBSVEREINBARUNGEN (§ 97 ABS 1 Z 7 BIS 26 ARBVG) | 20 |
| G. BEENDIGUNG VON BETRIEBSVEREINBARUNGEN..... | 21 |
| H. NACHWIRKUNG VON BETRIEBSVEREINBARUNGEN | 21 |
| VI. „FREIE“ BETRIEBSVEREINBARUNG UND BETRIEBSÜBUNG..... | 22 |
| A. DIE „FREIE“ BETRIEBSVEREINBARUNG | 22 |
| B. DIE BETRIEBS- UND INDIVIDUALÜBUNG..... | 22 |
| VII. DER ARBEITSVERTRAG – FORMELLE ASPEKTE..... | 23 |
| A. ANBAHNUNG DES ARBEITSVERTRAGES | 23 |
| B. ABSCHLUSS UND FORMERFORDERNISSE | 23 |
| C. INHALTSERFORDERNISSE | 23 |
| D. VERTRAGSABSCHLUSS MIT AUSLÄNDERN | 23 |
| 1. GRUNDSÄTZLICHES..... | 23 |
| 2. BESCHÄFTIGUNGSBEWILLIGUNG | 24 |
| 3. DAUERAUFENTHALT-EU (§ 45 NAG)..... | 24 |
| 4. ENTSANDTE AN: BESCHÄFTIGUNGSBEWILLIGUNG, EU-ENTSENDEBESTÄTIGUNG NEU | 24 |
| 5. SONSTIGE BEWILLIGUNGEN NACH DEM AUSLBG..... | 24 |
| E. DAUER DES ARBEITSVERTRAGES | 25 |
| 1. ARBEITSVERTRAG ALS DAUERSCHULDVERHÄLTNIS..... | 25 |
| 2. BEFRISTETE ARBEITSVERTRÄGE | 25 |
| 3. ARBEITSVERTRÄGE AUF/ZUR PROBE | 25 |
| 4. ARBEITSVERTRÄGE ZUM VORÜBERGEHENDEN BEDARF | 25 |
| 5. BEDINGTE ARBEITSVERTRÄGE..... | 25 |
| F. ABSCHLUSSMÄNGEL UND RECHTS-/SITTENWIDRIGE VERTRAGSINHALTE | 25 |
| G. RÜCKTRITT VOM VERTRAG | 25 |
| VIII. DER ARBEITSVERTRAG – MATERIELLE ASPEKTE..... | 26 |
| A. HAUPT- UND NEBENLEISTUNGSPFLICHTEN..... | 26 |
| B. HAUPTLEISTUNGSPFLICHTEN..... | 26 |
| 1. PERSÖNLICHE ARBEITSPFLICHT DES AN | 26 |
| 2. ENTGELTPFLICHT DES AG | 27 |
| 3. DIE STEUERRECHTLICHE BEHANDLUNG DES ENTGELTS | 28 |
| C. VERTRAGLICHE NEBENPFLICHTEN..... | 28 |
| 1. TREUEPFLICHT DES AN | 28 |
| 2. FÜRSORGEPLICHT DES AG | 28 |
| IX. ENTGELTANSPRÜCHE TROTZ UNTERBLEIBENS DER ARBEITSLEISTUNG..... | 29 |
| A. DIE ALLGEMEINE REGELUNG DES § 1155 ABGB | 29 |
| B. DIE ENTGELTFORTZAHLUNG IM KRANKHEITSFALL | 29 |
| C. DIE ENTGELTFORTZAHLUNG AUS SONSTIGEN PERSÖNLICHEN GRÜNDEN..... | 29 |
| D. DIE PFLEGEFREISTELLUNG IM WEITEREN SINNE | 30 |
| X. DER URLAUB | 31 |
| A. ALLGEMEINES | 31 |
| B. DER URLAUBSANSPRUCH | 31 |
| C. DAS URLAUBSENTGELT | 31 |
| D. DER URLAUBSVERBRAUCH..... | 31 |
| 1. URLAUBSVEREINBARUNG | 31 |
| 2. KONFLIKTE ÜBER DEN URLAUBSZEITPUNKT | 31 |
| 3. ERKRANKUNG WÄHREND DES URLAUBES | 31 |
| 4. VERJÄHRUNG..... | 31 |
| E. DIE ABGELTUNG NICHT VERBRAUCHTEN URLAUBES | 31 |

| | |
|--|-----------|
| XI. SCHADEN UND HAFTUNG IM ARBEITSVERHÄLTNIS | 32 |
| A. ALLGEMEINES ZUM SCHADENERSATZRECHT..... | 32 |
| B. SCHÄDIGUNG DES ARBEITGEBERS | 32 |
| C. SCHÄDIGUNG VON DRITTEN | 32 |
| D. RISIKOHAFTUNG DES ARBEITGEBERS | 33 |
| E. HAFTUNG BEI ARBEITSUNFÄLLEN | 33 |
| 1. DIENSTGEBERHAFTUNGSPRIVILEG | 33 |
| 2. ARBEITSKOLLEGENHAFTUNG | 33 |
| 3. RÜCKGRIFF UND HAFTUNG | 33 |
| XII. DAS ARBEITNEHMERSCHUTZRECHT | 34 |
| A. ALLGEMEINES | 34 |
| B. ZUR VERWALTUNGSSTRAFRECHTLICHEN VERANTWORTLICHKEIT DES AG | 34 |
| C. GEFAHRENSCHUTZ – ASCHG | 34 |
| XIII. DAS ARBEITSZEITRECHT | 35 |
| A. ALLGEMEINES | 35 |
| B. BEGRIFF DER ARBEITSZEIT | 35 |
| C. NORMALARBEITSZEIT..... | 35 |
| 1. ALLGEMEINES | 35 |
| 2. FESTLEGUNG DER NORMALARBEITSZEIT..... | 35 |
| 3. ANDERE VERTEILUNG DER NORMALARBEITSZEIT..... | 36 |
| 4. MEHRWÖCHIGE DURCHRECHNUNG DER NORMALARBEITSZEIT..... | 36 |
| 5. GLEITENDE ARBEITSZEIT (§ 4B AZG)..... | 36 |
| 6. SCHICHTARBEIT (§ 4A AZG)..... | 36 |
| D. HÖCHSTARBEITSZEITEN | 36 |
| E. ÜBERSTUNDEN..... | 37 |
| 1. BEGRIFF UND BESCHRÄNKUNGEN | 37 |
| 2. VERPFLICHTUNG ZUR ÜBERSTUNDENLEISTUNG | 37 |
| 3. ÜBERSTUNDENVERGÜTUNG..... | 37 |
| F. TEILZEITARBEIT..... | 37 |
| 1. DEFINITION | 37 |
| 2. MEHRARBEIT UND MEHRARBEITSZUSCHLAG | 37 |
| 3. SONSTIGES..... | 38 |
| G. RUHEZEITEN..... | 38 |
| 1. RUHEPAUSEN UND TÄGLICHE RUHEZEITEN | 38 |
| 2. WÖCHENTLICHE RUHEZEIT..... | 38 |
| 3. FEIERTAGSRUHE..... | 38 |
| XIV. DER MUTTERSCHUTZ SOWIE KARENZEN UND TEILZEITEN | 39 |
| A. ARBEITSVERBOTE UND ARBEITSBESCHRÄNKUNGEN FÜR (WERDENDE) MÜTTER..... | 39 |
| B. ELTERNKARENZ UND ELTERNTEILZEIT | 39 |
| 1. ELTERNKARENZ | 39 |
| 2. ELTERNTEILZEIT..... | 39 |
| C. SONSTIGE GESETZLICH GEREGLTE KARENZ UND TEILZEIT | 40 |
| 1. FAMILIENHOSPIZKARENZ..... | 40 |
| 2. PFLEGEKARENZ UND PFLEGETEILZEIT | 40 |
| 3. BILDUNGSKARENZ UND BILDUNGSTEILZEIT | 40 |
| 4. FREISTELLUNG GEGEN ENTFALL DES ARBEITSENTGELTS..... | 40 |
| XV. GLEICHBEHANDLUNGSPFLICHTEN IM ARBEITSRECHT | 41 |
| A. DER VERFASSUNGSRECHTLICHE GLEICHHEITSGRUNDSATZ | 41 |
| B. DAS GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ (GLBG) | 41 |
| 1. EUROPARECHTLICHE GRUNDLAGEN | 41 |
| 2. DER GELTUNGSBEREICH UND AUFBAU DES GLBG | 41 |
| 3. DIE ERFASSTEN DISKRIMINIERUNGSFÄLLE | 41 |
| 4. DER BEGRIFF DER DISKRIMINIERUNG..... | 41 |
| 5. DIE EINZELNEN DISKRIMINIERUNGSTATBESTÄNDE | 42 |
| 6. DIE RECHTSFOLGEN DER DISKRIMINIERUNG | 42 |
| 7. VERFAHREN UND BEHÖRDEN..... | 42 |
| C. SONSTIGE GESETZLICHE GLEICHBEHANDLUNGSGEBOTE | 42 |

XVI. DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGES..... 43

A. ALLGEMEINES 43

B. BEFRISTUNG, EINVERNEHMEN UND SONDERTATBESTÄNDE 43

 1. BEFRISTUNG 43

 2. EINVERNEHMLICHE LÖSUNG 43

 3. LÖSUNG DES PROBEARBEITSVERHÄLTNISES 43

 4. ERLÖSCHEN 43

 5. RÜCKTRITT 43

C. DIE KÜNDIGUNG 43

 1. GRUNDSÄTZLICHES 43

 2. FRISTEN UND TERMINE 44

 3. SONDERFORMEN 44

D. ENTLASSUNG UND AUSTRITT 44

 1. ALLGEMEINES 44

 2. DIE ENTLASSUNGSGRÜNDE 45

 3. DIE AUSTRITTSGRÜNDE 45

E. DIE RECHTSWIRKUNGEN FEHLERHAFTER BEENDIGUNGEN 45

XVII. DER KÜNDIGUNGS- UND ENTLASSUNGSSCHUTZ 46

A. ALLGEMEINES 46

B. DER ALLGEMEINE KÜNDIGUNGSSCHUTZ 46

 1. DAS VORVERFAHREN 46

 2. DIE UNTERSCHIEDLICHEN MÖGLICHKEITEN DER KÜNDIGUNGSANFECHTUNG 46

 3. DIE ANFECHTUNG DER KÜNDIGUNG WEGEN VERPÖNTEN MOTIVS 47

 4. DIE ANFECHTUNG DER KÜNDIGUNG WEGEN SOZIALWIDRIGKEIT 47

 5. DIE WIRKUNG DER KÜNDIGUNGSANFECHTUNG BZW DER GERICHTLICHEN ENTSCHEIDUNG 48

C. MASSENKÜNDIGUNGEN („KÜNDIGUNGSFRÜHWARNSYSTEM“) 48

D. DER ALLGEMEINE ENTLASSUNGSSCHUTZ 48

E. DER BESONDERE KÜNDIGUNGS- UND ENTLASSUNGSSCHUTZ 49

 1. ALLGEMEINES 49

 2. FUNKTIONÄRE DER BELEGSCHAFT 49

 3. ELTERN 49

 4. PRÄSENZ- UND ZIVILDIENER 50

 5. BEGÜNSTIGTE BEHINDERTE 50

XVIII. DIE ANSPRÜCHE BEI BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISES 51

A. ALLGEMEINES 51

B. DIE URLAUBSERSATZLEISTUNG 51

C. DIE ABFERTIGUNG 51

D. DIE ABFERTIGUNG „ALT“ 51

 1. ANSPRUCHSVORAUSSETZUNGEN 51

 2. HÖHE 51

 3. FÄLLIGKEIT 51

E. DIE ABFERTIGUNG „NEU“ 52

 1. GELTUNGSBEREICH 52

 2. BEITRAGSRECHT 52

 3. BETRIEBLICHE VORSORGEKASSEN (BV-KASSEN) 52

 4. ANSPRUCH UND VERFÜGUNGSMÖGLICHKEITEN 52

F. DIE KÜNDIGUNGSENTSCHÄDIGUNG 52

G. DIE BETRIEBSPENSION 52

 1. ALLGEMEINES 52

 2. DAS **BETRIEBSPENSIONSGESETZ (BPG)** 53

 3. PENSIONS-KASSENZUSAGEN 53

 4. BETRIEBLICHE KOLLEKTIVVERSICHERUNGSZUSAGE 53

 5. DIREKTE LEISTUNGSZUSAGEN 53

 6. LEBENSVERSICHERUNGSZUSAGEN 54

H. SONSTIGE ANSPRÜCHE BEI BEENDIGUNG 54

 1. EINFACHES DIENSTZEUGNIS 54

 2. FREIZEIT WÄHREND DER KÜNDIGUNGSFRIST 54

 3. KONKURRENZKLAUSEL 54

 4. RÜCKZAHLUNG VON AUSBILDUNGSKOSTEN 54

| | |
|---|-----------|
| XIX. DER BETRIEBS(TEIL)ÜBERGANG | 55 |
| A. EUROPARECHTLICHE GRUNDLAGEN | 55 |
| B. DER BEGRIFF DES BETRIEBSÜBERGANGS | 55 |
| C. AUTOMATISCHER ÜBERGANG DER ARBEITSVERHÄLTNISSE | 55 |
| D. WIDERSPRUCHSRECHT DES ARBEITNEHMERS | 55 |
| E. BEGÜNSTIGTES KÜNDIGUNGSRECHT DES ARBEITNEHMERS | 55 |
| F. KÜNDIGUNGEN IZM DEM BETRIEBS(TEIL)ÜBERGANG | 55 |
| G. KOLLEKTIVVERTRAG UND BETRIEBS(TEIL)ÜBERGANG..... | 56 |
| 1. DER ERWERBER UNTERLIEGT EINEM KOLLEKTIVVERTRAG..... | 56 |
| 2. DER ERWERBER UNTERLIEGT KEINEM KOLLEKTIVVERTRAG | 56 |
| H. DIE AUSWIRKUNGEN VON UMSTRUKTURIERUNGEN AUF DIE BELEGSCHAFTSORGANE..... | 56 |
| 1. ÜBERGANG EINES BETRIEBES AUF EINEN NEUEN INHABER..... | 56 |
| 2. VERSELBSTÄNDIGUNG VON BETRIEBSTEILEN..... | 56 |
| 3. ZUSAMMENSCHLUSS DURCH NEUBILDUNG..... | 56 |
| 4. AUFNAHME EINES BETRIEBES/BETRIEBSTEILES IN EINEN BESTEHENDEN BETRIEB | 56 |
| I. DIE AUSWIRKUNGEN VON UMSTRUKTURIERUNGEN AUF BETRIEBSVEREINBARUNGEN | 56 |
| 1. ÜBERGANG EINES BETRIEBES AUF EINEN ANDEREN INHABER..... | 56 |
| 2. VERSELBSTÄNDIGUNG VON BETRIEBSTEILEN..... | 56 |
| 3. ZUSAMMENSCHLUSS DURCH NEUBILDUNG..... | 57 |
| 4. AUFNAHME EINES BETRIEBES/BETRIEBSTEILES IN EINEN BESTEHENDEN BETRIEB | 57 |
| J. HAFTUNG UND BETRIEBS(TEIL)ÜBERGANG | 57 |
| 1. ALTSCHULDEN-HAFTUNG | 57 |
| 2. NEUSCHULDEN-HAFTUNG..... | 57 |
| XX. DIE INSOLVENZ DES ARBEITGEBERS | 58 |
| A. ALLGEMEINES | 58 |
| B. DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERTRAGES BEI AG-INSOLVENZ | 58 |
| 1. INSOLVENZ | 58 |
| 2. EIGENVERWALTUNG DES SCHULDNERS | 58 |
| C. DIE ENTGELTSICHERUNG | 58 |
| 1. ALLGEMEINES – GESCHÜTZTER PERSONENKREIS..... | 58 |
| 2. GESICHERTE ANSPRÜCHE..... | 58 |
| 3. BEHÖRDEN UND VERFAHREN..... | 58 |

A. Wesen und Merkmale

Ausgangspunkt im Arbeitsrecht ist der privatrechtliche **Arbeitsvertrag** (im Vergleich zu *öffentlichen Ernennungsakten bei Beamten* bspw.). Er ist durch die *tatsächliche (wechselseitige) Leistungserbringung im Rahmen der Vertragserfüllung* gekennzeichnet und grenzt sich so vom *sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis (§ 4 ASVG)* ab, dessen Rechtsfolgen nur vom *faktisch gelebten Verhältnis* abhängen.

Kurzum: **Im Arbeitsvertrag verpflichtet sich der AN dem AG zur persönlichen Leistungserbringung in persönlicher Abhängigkeit.**

Sonstige Merkmale des Arbeitsvertrags:

- ☛ Es bestehen **Haupt-** (Arbeitspflicht ⇔ Entgeltzahlungspflicht) und **Nebenpflichten** (Treue-/Fürsorgepflichten, etc – siehe VIII.).
- ☛ Der Arbeitsvertrag ist ein **Dauerschuldverhältnis** und wird auf **bestimmte oder unbestimmte Zeit** eingegangen.
- ☛ **Entgeltlichkeit** ist **keine Voraussetzung**, wird aber im Zweifelsfall als vereinbart angenommen (§ 1152 ABGB).
- ☛ Geschuldet ist **kein Erfolg** sondern die **Zurverfügungstellung der eigenen Arbeitskraft** (*ergo*: Bemühen).
- ☛ Der AN arbeitet in **persönlicher Abhängigkeit** – er ist **sachlich und persönlich weisungsunterworfen** (auch „*stille Autorität*“ des AG).
- ☛ Der AN ist in die **Betriebsstruktur** eingegliedert und unterliegt dort der **Kontrolle durch den AG**, dem er **disziplinar verantwortlich** ist.
- ☛ Grds gründet die persönliche Abhängigkeit auf die **höchstpersönliche Arbeitspflicht** (wobei Ausnahmen gem § 1153 ABGB möglich).
 - ↳ OGH: Ausschluss der AN-Eigenschaft nur bei *tatsächlicher, wiederholter Ausübung* eines generellen Vertretungsrechts (oÄ).

Die persönliche *wirtschaftliche* Abhängigkeit spielt trotz ihrer entwicklungsgeschichtlichen Bedeutung für das Arbeitsrecht im Rechtsleben keine Rolle – ihr Ausfluss ist allerdings die Aufgabe der Selbstbestimmung iRd oben erwähnten „Zurverfügungstehens“ des AN für den AG.

Diese eben genannten Charakteristika des Arbeitsvertrags **müssen nicht kumulativ vorliegen** – iSd „*beweglichen Systems*“ (Wilburg) können auch bestimmte Merkmale das Fehlen anderer kompensieren. Der AV und der AN-Begriff sind daher **Typusbegriffe**. Als entscheidendes Kriterium gilt zumeist die **Weisungsunterworfenheit** – eben auch, wenn diese nur theoretischer Natur (s.o. „*stille Autorität*“) ist.

B. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Das ABGB fasst die „Verträge über Dienstleistungen“ in seinem 26. Hauptstück (§§ 1151 ff ABGB) zusammen. Für das Arbeitsrecht bedeutsam sind die §§ 1151 – 1164a ABGB. Sie gelten gegenüber Spezialgesetzen (zB AngG) **subsidiär**.

1. Freier Dienstvertrag

Der – im ABGB unregelte – freie Dienstvertrag ist insofern ein „Dienstvertrag“, als aufgrund dieses Dauerschuldverhältnisses Dienstleistungen geschuldet sind. „Frei“ ist er, da die **persönliche Abhängigkeit** schwach oder gar nicht ausgeprägt ist. Ein etwaiges generelles Vertretungsrecht erfüllt dieses Merkmal (lt OGH) nur bei *tatsächlicher Nutzung* oder *objektiver Erwartbarkeit der Nutzung* (siehe oben).

Es sind darauf **jene arbeitsrechtlichen Bestimmungen analog** anzuwenden, die eben nicht von einer persönlichen Abhängigkeit ausgehen (insb Kündigungsfristen- und termine).

Typische Tätigkeiten sind: Konsulentenverhältnisse, Sprachlehrer, Kontrolleure, FH-Lektoren, Rechtsberater; idR auch Vorstandsmitglieder von AG oder Sparkassen.

2. Werkvertrag

Der Werkvertrag, der in der zweiten Hälfte des 26. ABGB-Hauptstückes (§§ 1165 – 1174 ABGB) beschrieben ist, unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag wesentlich durch den **vertraglich garantierten Erfolg** und der damit einhergehenden Eigenschaft als **Zielschuldverhältnis**.

Die Herstellung dieses Erfolges erfolgt frei bzw selbstständig. Vom (freien) Dienstvertrag unterscheidet ihn auch der **individuell-konkret umschriebene Leistungsgegenstand** (zB ein Tisch), iVgl zu den **generell-abstrakten Dienstvertragsinhalten** (zB Kanzleidienste).

3. Auftrag

Im Unterschied zum Arbeitsvertrag beinhaltet der Auftrags bzw Bevollmächtigungsvertrag regelmäßig **rechtsgeschäftliche Tätigkeiten** – obwohl § 1151 Abs 2 ABGB dies auch für den AV andeutet. Die genannte Bestimmung gibt die *Kombinationstheorie* (im Gegensatz zur *Absorptionstheorie*) für die Behandlung gemischter Verträge vor – so sind die stellvertretungsrechtlichen Komponenten eines etwaigen gemischten Vertrags nach den für den Bevollmächtigungsvertrag einschlägigen Bestimmungen zu behandeln.

Reine Auftragsverhältnisse wären bspw Verträge mit Hausverwaltern oder Rechtsanwälten.

Gemischte Vertragsverhältnisse bestünden zB bei einem Vertrag mit einem Architekten, der abseits der Planungsarbeit auch etwa die Bauüberwachung übernimmt.

4. Mietvertrag

Miet- und arbeitsrechtliche Komponenten treffen zuvorderst dort aufeinander, wo entweder...

...eine Wohnung zusätzlich zum Geldlohn zur Verfügung gestellt wird (dh im Fall der Bereitstellung von **Dienstwohnungen**), oder

...die Miete eines Bestandgegenstandes **an bestimmte Dienstleistungspflichten geknüpft** ist.

Je nach Parteienvereinbarung bzw wirtschaftlichem Zweck ebendieser muss das Vorliegen eines Arbeitsvertrags oder eines Miet- bzw Bestandvertrages (siehe oben „Merkmale des Arbeitsvertrags“) im Einzelfall festgestellt werden.

Problematisch ist in solchen Konstellationen vor allem die Anwendbarkeit des MRG, da aufgrund von Dienstverhältnissen überlassene Wohnungen grds aus seinem Geltungsbereich ausnimmt (§ 1 Abs 2 Z 2 MRG) – was bzgl Kündigungsmöglichkeiten entscheidend ist.

5. Gesellschaftsvertrag

Während die Parteien von Gesellschaftsverträgen einander im **System der gesellschaftsrechtlichen Gleichordnung** „auf Augenhöhe“ gegenüberstehen, ist der Arbeitsvertrag von einem **System der Über- bzw Unterordnung** geprägt. Dieses äußert sich durch das Zusammenspiel von **Weisungsbefugnis** und **Weisungsbefolgungspflicht**.

Gemeinsamkeiten gibt es iRd **Gewinnbeteiligung**: Es ist (zB via BV iSd § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG) möglich, die AN am Gewinn zu beteiligen. Eine Überwälzung des (gesamten) unternehmerischen Risikos auf normale AN ist aber unzulässig. Ein **Arbeitsgesellschafter** (dh ein Gesellschafter, der seine Einlage durch das „Leisten von Diensten“ erbringt [§ 109 Abs 2 UGB]) hingegen muss auch Verluste tragen.

6. Tätigkeiten im Rahmen von Vereinen, Ehe oder Lebensgemeinschaft

Bei den genannten Tätigkeiten muss zwischen **abhängiger Leistungserbringung** (Arbeitsvertrag) und der **Erfüllung sittlicher bzw familienrechtlicher Pflichten** (kein Arbeitsvertrag) unterschieden werden.

Die Feststellung, dass Ehegatten in Erfüllung familiärer Beistandspflicht handeln, lässt den Anspruch auf **angemessene Abgeltung** (§ 98 ABGB) unberührt. Im Zweifel ist bei Ehegatten nicht von einem Arbeitsvertrag auszugehen („Ein Arbeitsverhältnis kann nur dann angenommen werden, wenn dessen Abschluß deutlich zum Ausdruck kommt. Die sonst eher großzügig gehandhabte Anwendung des § 863 [ABGB] greift hier nicht [...]. Im Zweifel ist zwischen Ehegatten von Familiendiensten in Erfüllung der familiären Beistandspflicht auszugehen [...]“ – OGH 9 ObA 25/01).

C. Sonderformen im Arbeitsverhältnis

Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht, ist auch bei modernen Arbeitsformen (wie Jobsharing oder Telearbeit) im Einzelfall zu beurteilen.

Der OGH hat dazu **entscheidende Rechtssätze** (Rechtssatznummer **RS0021284**) aufgestellt:

- „1./ Als Dienstverhältnis (Arbeitsverhältnis) wird ein Rechtsverhältnis bezeichnet, das jemand[en] zur **Arbeitsleistung für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit** verpflichtet.
- 2./ Die wesentlichen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit sind die **Weisungsgebundenheit** [...] – insbesondere hinsichtlich **Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten** –; ferner seine [...] **Arbeitspflicht**, die **Fremdbestimmung der Arbeit** [...], die **persönliche Fürsorgepflicht und Treupflicht** sowie die **organisatorische Eingliederung** des [AN] in den Betrieb des [AG], [sowie die] **Kontrollunterworfenheit**.
- 4./ Die vorgenannten (Punkt 2./) Merkmale der persönlichen Abhängigkeit **müssen nicht alle gemeinsam vorliegen** und können in unterschiedlich starker Ausprägung auftreten.“

Dazu weiters in **OGH 8 ObA 39/08f**:

- „Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung nach der **Methodik des beweglichen Systems** die **Merkmale der persönlichen Abhängigkeit** ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach **überwiegen**.“

Ist – nach Prüfung anhand dieses Schemas – das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu bejahen, greift das **arbeitsrechtliche Regime**.

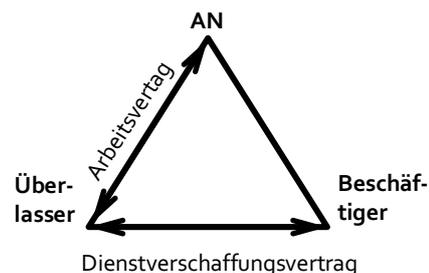
- Von diesen Abwägungen sind **Heimarbeiter** iSd **HeimAG** (§ 2 Abs 1 lit a: „[Es ist] Heimarbeiter, wer, ohne Gewerbetreibender nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung zu sein, in eigener Wohnung oder selbstgewählter Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Personen, die Heimarbeit vergeben, mit der Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Verpackung von Waren beschäftigt ist.“) abzugrenzen.
- **Ausbildungsverhältnisse** wie **Lehrverträge** sind Arbeitsverhältnisse – und Lehrlinge somit AN. Sie unterfallen den Sonderbestimmungen des **Berufsausbildungsgesetzes (BAG)**. („Echte“) **Ferialpraktikanten** oder **Volontäre** ohne Arbeitspflicht sind hingegen keine AN.
- Eine weitere Besonderheit besteht für „**arbeitnehmerähnliche**“ Personen (die also keinem Arbeitsverhältnis unterliegen). Dieses Charakteristikum bestimmt sich anhand der **wirtschaftlichen Unselbstständigkeit** dieser Personen. § 51 Abs 3 Z 2 ASGG bestimmt daher, dass auch sie der **Gerichtbarkeit** der Arbeits- und Sozialgerichte unterliegen. Weiters kommen ihnen die **Haftungserleichterungen** des **DHG** (Kap. XI), der Schutz des **AÜG** (sogleich) und des **GLBG** (Kap. XV) sowie – nach der OGH-Rsp – jener des **KautSchG** zugute.

D. Arbeitskräfteüberlassung

Darunter versteht man die in einem **Dienstverschaffungsvertrag** vereinbarte **Überlassung von AN** zur Arbeitsleistung **an Dritte**. Zwischen dem AN (dem „Leih-AN“) und dem Überlasser (dh dessen AG) besteht ein **Arbeitsvertrag**. Zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger besteht ein **Dienstverschaffungsvertrag**, iRd der Überlasser dem Beschäftiger sein Weisungsrecht über den AN in gewissem Umfang abtritt. Er überlässt dem Beschäftiger also den AN. Zum Schutz solcher „Leih-AN“ trifft das **Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)** einige Vorschriften gg. Benachteiligungen und arbeitsmarktpolitische Nachteile:

- keine Überlassung ohne **ausdrückliche Zustimmung** der Arbeitskraft (§ 2 Abs 2 AÜG)
- keine Beeinträchtigung/Gefährdung der Arbeitsplätze im Beschäftigerbetrieb (§ 2 Abs 3 AÜG)
- während der Überlassung gilt der Beschäftiger als AG iSd **AN-Schutzvorschriften** (§ 6 AÜG)
- dies gilt (seit der AÜG-Nov. 2012) auch bzgl. **Gleichbehandlungsvorschriften** (§ 6a AÜG)
- die **Haftung** unterliegt zw. Überlasser-AN und Beschäftiger-AN d. **OrgHG** u. d. **DHG** (§ 7 AÜG)

Als **Arbeitskräfte** iSd **AÜG** gelten sowohl **AN** als auch **arbeitnehmerähnliche Personen** (vgl, wie oben, § 51 Abs 3 Z 2 ASGG). Zum Entgelt siehe Kap. VIII.



E. Arbeiter – Angestellte

Traditionell wird im österreichischen ArbR zwischen Arbeitern und Angestellten unterschieden. Es bestehen bedeutende Unterschiede:

- **Individualarbeitsrecht**: Entgeltfortzahlung i. Krankheitsfall (Kap. IX), Kündigungsfristen und –termine (Kap. XVI), Entlassungsrecht;
- **Kollektivarbeitsrecht**: Teilung d. Belegschaft i. d. Betriebsverfassung (unterschiedl. BR), unterschiedl. Kollektivverträge;
- **Sozialversicherungsrecht**: unterschiedliche Beitragsätze, Trennung in der PV (va im Bereich der Erwerbsunfähigkeit);

1. Angestellte nach § 1 AngG

Der **Angestelltenbegriff** ist in § 1 Abs 1 AngG abschließend umschrieben. So gilt das AngG **für das Dienstverhältnis von Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes vorwiegend zur Leistung kaufmännischer (Handlungsgehilfen) oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind**. In § 2 zählt das AngG noch eine Reihe weiterer Unternehmen auf, deren AN unter den vorher genannten Kriterien vom Angestelltenbegriff umfasst sind (zB Vereine, Ärzte, Rechtsanwälte, etc).

a) Kaufmännische Dienste

Solche sind Dienste, die im Normalfall von einem Kaufmann verrichtet werden und eine gewisse kaufmännische Ausbildung – zur fachlichen Durchdringung der Aufgabe – erfordern. Sie müssen von (zumindest ansatzweisen) kaufmännischen Entscheidungen (bspw anhand der Marktsituation) getragen sein. Auch höhere Verkaufs- und Marketingtätigkeiten oder „verkaufsfornere“ Tätigkeiten in der Verwaltung (Buchführung, Warenüberprüfung, EDV-Arbeiten, etc) zählen dazu.

b) Höhere nichtkaufmännische Dienste

Solche sind Dienste, die höhere Anforderungen (Selbst- und Eigenständigkeit, Denkfähigkeit, höhere Intelligenz, Genauigkeit, Verlässlichkeit, höhere fachliche Durchdringung der Arbeitsaufgaben) mit sich bringen. Es wird keine bestimmte formale Ausbildung vorausgesetzt, allerdings darf eine „kurze Einschulung“ nicht zur Bewältigung der Arbeit ausreichen. Der Maßstab darf aber trotzdem nicht unverhältnismäßig strenger sein als jener, der bei kaufmännischen Diensten angelegt wird.

c) Kanzleiarbeiten

Grds Schreivarbeiten, die über das Abschreiben hinausgehen. Es zählen auch Büroarbeiten iRv Registratur/Administration in kaufmännischen Betrieben (dh Sekretariatsarbeiten) dazu. Einfachste/untergeordnete Verrichtungen oder manuelle – von jedermann besorgbare Arbeiten (zB Büroboten) – scheiden allerdings aus.

d) Mischtätigkeiten

Ob jemand Angestellter oder Arbeiter ist, entscheidet sich nicht anhand der arbeitsvertraglich vereinbarten Dienste, sondern anhand der **quantitativ/zeitlich überwiegenden faktisch ausgeübten Beschäftigung** (OGH 4 Ob 152/77 – *vertragliche Einstufung als Arbeiter ist bedeutungslos, die Art der tatsächlichen Tätigkeit ist ausschlaggebend*). Nur in Ausnahmefällen kann, bei eindeutigem Überwiegen der Bedeutung der geringfügigeren Angestelltentätigkeit – zur Angestellteneigenschaft führen.

Es gibt aber auch **Angestellte ex contractu** (Ehren- oder Vertragsangestellte), die aufgrund vertraglicher Vereinbarung als Angestellte behandelt werden (soweit Angestelltenrecht günstiger ist), obwohl sie Arbeiter sind. Zulässig ist auch die vertragliche Vereinbarung bloß einzelner Bestimmungen. Für die **betriebsverfassungsrechtliche Gruppenzugehörigkeit** ist gem § 41 Abs 3 ArbVG die auf Gesetz beruhende arbeitsvertragliche Stellung ausschlaggebend – außer der Angestellte ex contractu und der AG haben **unwiderruflich** die Anwendung des gesamten AngG und des betreffenden KV (zzgl Einstufung in dessen Gehaltsordnung) vereinbart.

2. Sonderformen von Angestellten

Der Begriff des Angestellten darf nicht mit dem in Sondergesetzen vorkommenden Begriff des **leitenden Angestellten** verwechselt werden. Sowohl das **Arbeitsverfassungsgesetz** (§ 36 Abs 2 Z 3 ArbVG) als auch das **Arbeitszeitgesetz** (§ 1 Abs 2 Z 8 AZG) nehmen sie aus ihrem Geltungsbereich aus (beim ArbVG der II. Teil über die **Betriebsverfassung**). Sie definieren „leitende Angestellte“ aber unterschiedlich:

| | |
|----------------------|---|
| § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG | „Als Arbeitnehmer (Anm.: iSd II. Teils) gelten nicht: (...) leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluß auf die Führung des Betriebes zusteht; “ |
|----------------------|---|

Damit soll AN, die *materielle* AG-Aufgaben erfüllen, die Einflussmöglichkeit auf die Belegschaftsorganisation genommen werden. Sie sind bei BR-Wahlen nicht passivlegitimiert.

| | |
|-------------------|---|
| § 1 Abs 2 Z 8 AZG | „Ausgenommen vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind (...) leitende Angestellte, denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind; “ |
|-------------------|---|

Nur die leitenden Angestellten iSd AZG können auch zu **Beauftragten für die Einhaltung der AN-Schutzvorschriften** bestellt werden (§ 23 Abs 2 ArbIG).

Der vorliegende Begriff des **AZG** ist typischerweise weiter gefasst als jener des **ArbVG** – er erstreckt sich schon auf Angestellte in mittleren Leitungsfunktionen, die aus dem Geltungsbereich des **ArbVG** noch nicht hinausfallen.

In einigen weiteren **Sondergesetzen** werden Regelungen für **sonstige Angestellte** getroffen. Dazu gehören das **Gutsangestelltengesetz** (GAngG), das **Hausbesorgergesetz** (HausbG 1970), das **Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz** (HausgG 1962), das **Hausbetreuungsgesetz** (HbeG-G), das **Journalistengesetz** (JournG 1920) und das **Theaterarbeitsgesetz** (TAG 2010).

Auch für Vertragsbedienstete, Pharmazeuten, Kinder und Jugendliche sowie Lehrlinge und andere Auszubildende finden sich abweichende Regelungen – dazu jeweils im jeweiligen Zusammenhang.

3. Arbeiter

Arbeiter sind alle Arbeitnehmer, die keine Angestellten sind. Die **Gewerbeordnung 1859 (GewO)** enthält nach wie vor in Geltung stehende Vorschriften über gewerbliche Hilfsarbeiter. Auch das **ABGB** (§§ 1151 ff ABGB) ist **subsidiär anwendbar**. Diverse weitere spezielle Vorschriften für manche Arbeiter finden sich in Spezialgesetzen (Land-/Forstarbeiter – **LArbG**, Bergarbeiter – **BergAG 1919**, Bäckereiarbeiter – **BäckAG 1996**, Bauarbeiter – **Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz – BUAG** [Spezialvorschriften mit eingeschränktem Geltungsbereich]).

A. Die Betriebsverfassung

1. Der fachliche Geltungsbereich

Das **Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)** enthält in seinem...

- ... I. Teil (§§ 1 – 32 ArbVG): die **kollektive Rechtsgestaltung** (KV, Satzung, Mindestlohntarif, Lehrlingsentschädigung, tlw BV).
- ... II. Teil (§§ 33 – 134b ArbVG): die **Betriebsverfassung**, dh **die rechtliche Ordnung der Interessensvertretung der AN innerhalb der Betriebe, Unternehmen und Konzerne**.

Der **Geltungsbereich** des II. Teils ist in § 33 ArbVG geregelt:

§ 33. (1) Die Bestimmungen des II. Teils gelten für **Betriebe aller Art**.

(2) Unter die Bestimmungen des II. Teils fallen **nicht**

1. die [nichtstaatlichen] Betriebe der Land- und Forstwirtschaft [...];
2. die Behörden, Ämter und sonstigen Verwaltungsstellen des Bundes, der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden; (3. aufgehoben);
4. die öffentlichen Unterrichts- und Erziehungsanstalten, sofern für sie die Bestimmungen des Bundes-Personalvertretungsgesetzes [...] gelten;
5. die privaten Haushalte.

In **Kleinstbetrieben** (dh <5 dauernd stimmberechtigte AN beschäftigt) sind **keine Organe der AN** zu errichten (§ 40 Abs 1 ArbVG).

2. Grundbegriffe

Der **persönliche Geltungsbereich des Betriebsverfassungsrechts** wird durch den **betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff** in § 36 Abs 1 ArbVG abgegrenzt. Nur diese Personen können an der BR-Wahl teilnehmen, werden vom BR vertreten und unterliegen BV.

§ 36. (1) **Arbeitnehmer** [iSd] II. Teiles sind **alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen einschließlich der Lehrlinge und der Heimarbeiter ohne Unterschied des Alters**.

(2) Als Arbeitnehmer gelten **nicht**:

1. [...] die **Mitglieder des Organs**, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist; (2. aufgehoben);
3. **leitende Angestellte**, denen maßgebender Einfluß auf die Führung des Betriebes zusteht;
- [...]

Anders als beim arbeitsvertraglichen AN-Begriff kommt es neben der **persönlichen Abhängigkeit** beim betriebsverfassungsrechtlichen AN-Begriff **va** auf die **faktische Einbindung in die betriebliche Organisation** an. Der **Rechtsgrund** ist hierbei allerdings **unerheblich**.

So sind zB auch Beamte AN iSd Betriebsverfassungsrechts, obwohl die Arbeitserbringung auf einem hoheitlichen Beststellungsakt gründet. Ebenso fallen darunter illegal beschäftigte Ausländer, obwohl kein Arbeitsvertrag vorliegt oder Leih-AN, obwohl kein Arbeitsvertrag zum Beschäftigten (Betriebsinhaber) vorliegt. Andererseits sind Personen ausgenommen, die AN in arbeitsvertraglicher Hinsicht sind (Geschäftsführung, leitende Angestellte).

Als **Belegschaft** wird die **Gesamtheit aller AN in einem Betrieb/Unternehmen/Konzern** bezeichnet. Ihr kommt **Teilrechtsfähigkeit** zu, dh ihr sind bestimmte im ArbVG geregelte Rechte eingeräumt, deren Ausübung die Errichtung entsprechender Organe (BR, Zentral-BR, Konzernvertretung) voraussetzt.

Als **Betriebsinhaber** wird die **Person oder Personengruppe** bezeichnet, **auf deren Rechnung und Gefahr der Betrieb geführt wird**. Dh der Unternehmer. Das ArbVG verwendet diesen Begriff anstelle von „AG“ für das „Gegenüber der Belegschaft“, da sich der arbeitsvertragsrechtliche und der betriebsverfassungsrechtliche AN-Begriff nicht in allen Bereichen decken.

B. Die Ebenen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung

Das ArbVG sieht drei Ebenen der Mitbestimmung vor: **Betrieb – Unternehmen – Konzern**. Ausgangspunkt ist der Betrieb.

1. Der Betrieb

§ 34. (1) Als **Betrieb** gilt jede Arbeitsstätte, die eine **organisatorische Einheit** bildet, innerhalb der **eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht**.

Aus dieser gesetzlichen Definition ergeben sich die sieben **Elemente des Betriebes**:

- (1) die **Arbeitsstätte als Ort**, an dem es zum zielbewussten Einsatz von AN kommt,
- (2) die **organisatorische Einheit**,
- (3) der **Betriebsinhaber**,
- (4) die **Betriebsmittel**,
- (5) die **fortgesetzt verfolgte Tätigkeit** (= auf Dauer eingerichtet),
- (6) die Erzielung bestimmter **Arbeitsergebnisse**,
- (7) **keine Rücksichtnahme auf den Erwerbszweck**;

Das Kriterium der **organisatorischen Einheit** ist – zur Abgrenzung vom **unselbständigen Betriebsteil** – in der **Rsp** von dreifacher Bedeutung:

- (2.1) **Einheit des Betriebsinhabers**: Die Betriebsmittel und die AN werden durch den gemeinsamen Betriebsinhaber zusammengefasst. Die ihm zugeordneten Arbeitsstätten stecken somit den äußersten Rahmen des Betriebs ab. Gibt es mehrere Inhaber einer Arbeitsstätte, liegt nur bei deren Zusammenschluss ein Betrieb vor.
- (2.2) **Einheit des Betriebszwecks**: Die Arbeitsstätte(n) müssen einen einheitlichen Zweck verfolgen, der in der Erzielung von Arbeitsergebnissen zum Ausdruck kommt.
- (2.3) **Einheit der Organisation**: Zur Abgrenzung vom **unselbständigen Betriebsteil** wird hierbei gefragt, ob ein gewisses Maß an **Selbstständigkeit** in Bezug auf die Erreichung des Betriebszwecks vorliegt. Entscheidend ist, ob die Führungskräfte der Arbeitsstätte bei **Tagesfragen** zur Erfüllung des technischen Zwecks (Koordination der AN, Anordnung von Überstunden) Entscheidungsfreiheit besitzen; Personal- und Gehaltsfragen können auch von der übergeordneten Einheit besorgt werden. Auch die (beschränkte) **Eigenständigkeit** der erzielten Arbeitsergebnisse von anderen Betriebsvorgängen kann ein Indiz für die Betriebseigenschaft sein.

Ein **bloßes Hilfsargument** für das Vorliegen eines selbständigen Betriebs ist die **räumliche Entfernung** (vgl § 35 Abs 1 ArbVG).

Liegen diese Kriterien nicht vor, handelt es sich um einen **unselbständigen Betriebsteil** – auch im Falle räumlicher Entfernung, falls keine Gleichstellung nach § 35 Abs 1 ArbVG vorgenommen wurde. Sollten Zweifel daran bestehen, kann die **Betriebseigenschaft** im Zweifel auch **gerichtlich festgestellt** werden (§ 34 Abs 2 und 3 ArbVG).

2. Das Unternehmen

Die zweite Ebene – das Unternehmen – ist durch das ArbVG nicht definiert. Es sind allerdings die Voraussetzungen normiert, unter denen zusätzliche AN-Organe (insb ein ZBR) zu gründen sind:

§ 40. (4) Wenn ein Unternehmen mehrere Betriebe umfasst, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und vom Unternehmen zentral verwaltet werden, so sind folgende Organe zu bilden: [...].

Auch bei solch einem **gegliederten Unternehmen** handelt es sich um eine **organisatorische Einheit**. Diese kommt aber nicht wie beim Betrieb (auf den arbeitstechnischen Zweck gerichtet) zum Vorschein, sondern manifestiert sich in der Gemeinsamkeit des **kaufmännisch-wirtschaftlichen Zwecks (wirtschaftliche Einheit)**, der sich durch eine einheitliche Leitung – also **denselben Betriebsinhaber** – äußert.

Die Betriebe, die dabei umfasst sind, müssen nach der hM auch eine **rechtliche Einheit iSd Handelsrechts** bilden.

Diesem Erfordernis werden aber auch die Gesellschaftsformen, die keine Rechtspersönlichkeit besitzen (OHG, KG, EEG, GesbR), gerecht.

- ☛ **Unterscheidung zwischen Betrieb/Unternehmen:** Betriebsverfassungsrechtlich ist diese **nur bei Vorliegen mehrerer Betriebe** (also *Arbeitsstätten, in denen selbständig ein eigener arbeitstechnischer Zweck verfolgt wird*) bedeutsam, denn dann bilden diese ein **gegliedertes Unternehmen** iSd **§ 40 Abs 4 ArbVG**. Ansonsten liegt ein Betrieb – also ein **ungegliedertes Unternehmen** – vor.

3. Der Konzern

Die dritte Ebene der Mitbestimmung ist der Konzern. Nach der hA handelt es sich aber – aufgrund der Verweisungen in **§ 40 Abs 4a ArbVG** – hierbei nur um den **gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff**. Die genannte Norm verweist dabei auf die **§§ 15 AktG** und **115 GmbHG**, die übereinstimmend lauten:

§ 15 AktG bzw. § 115 GmbHG. (1) Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. (2) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.

Abs 1 leg cit stellt auf sog **Gleichordnungskonzerne** ab, **Abs 2 leg cit** hingegen auf **Unterordnungskonzerne**. Liegt ein solches Konstrukt vor, ist iSd **§ 88a ArbVG** eine **Konzernvertretung** zu bilden.

Die Mitwirkung im Aufsichtsrat – durch **Entsendung von AN-Vertretern** – ist in **§ 110 ArbVG** geregelt. Hier ist der Konzern mit den in den **Abs 6 ff leg cit** angeführten Besonderheiten von Bedeutung.

- ☛ **Abgrenzung Konzern/Unternehmen:** Liegt **nur eine gesellschaftsrechtliche Einheit** vor, die unter einheitlicher Leitung wirtschaftliche Ziele verfolgt, spricht man von einem **Unternehmen**. Das Unterscheidungskriterium ist also das Vorliegen **eines oder mehrerer Rechtsträger**. Ein rechtsträgerübergreifendes Unternehmen erachtet der OGH als rechtlich unzulässig.

C. Die Organe der Belegschaft

- ☛ **(Betriebs-)Belegschaft (ArbVG: „Arbeitnehmerschaft“):** alle iRd Betriebs beschäftigten AN iSd Betriebsverfassung (**§ 36 ArbVG**).

Sie wird von der hA als **juristische Teilperson** angesehen, da sie nicht die Rechtsfähigkeit einer juristischen Vollperson und insb **keine Vermögensfähigkeit** besitzt.

- ☛ **Betriebsratsfonds:** eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete **Vermögensmasse** zur Deckung der Kosten des BR, zur Errichtung und Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen und zur Durchführung von Wohlfahrtsmaßnahmen (**§ 73 f ArbVG**).

Die **Haupteinnahmequellen** des BR-Fonds sind (1) die **BR-Umlage** (maximal 0,5% des Bruttoarbeitsentgelts) und (2) **Zuwendungen durch den AG**. Der **Betriebsinhaber** trägt insofern zur Finanzierung bei, als er gem **§ 72 ArbVG** „dem Betriebsrat [...] zur ordnungsgemäßen Erfüllung [seiner] Aufgaben **Räumlichkeiten, Kanzlei- und Geschäftserfordernisse sowie sonstige Sacherfordernisse** in einem der Größe des Betriebes und den Bedürfnissen des Betriebsrates (Wahlvorstandes) angemessenen Ausmaß [...] unentgeltlich zur Verfügung zu stellen [...]“ hat. Die **BR-GO 1974** präzisiert dies in **§ 22 leg cit**. Der OGH hat dies in **OGH 9 ObA 89/071** bestätigt. Außerdem können dem BR-Fonds gegenüber dem Betriebsinhaber aus **§ 72 ArbVG** auch **Ersatzansprüche** gem **§ 1042 ABGB** für Sacherfordernisse erwachsen.

Wie jede juristische Person benötigt auch die Teilperson „Belegschaft“ **Organe**, um **Handlungsfähigkeit** zu erlangen. Wie oben erwähnt, sind in jedem Betrieb mit mindestens **fünf dauernd beschäftigten, stimmberechtigten** (**§ 49 Abs 1 ArbVG**: grds alle AN ab 18 J., ohne Unterschied der StB) **AN Belegschaftsorgane** zu errichten. Es besteht eine **Pflicht**, jedoch **kein direkter Zwang** (zB durch Strafdrohungen).

1. Die Belegschaftsvertretung auf Betriebsebene

Grds sind zwei Organe vorgesehen:

- (1) **Betriebsversammlung:** Bestellung und Kontrolle des geschäftsführenden Organs sowie Umlagehoheit;
- (2) **Betriebsrat:** geschäftsführendes und vertretendes Organ

Erfüllen die Arbeiter *und* die Angestellten die Mindestanzahl von fünf AN iSd **§ 49 Abs 1 ArbVG**, sind gem **§ 40 Abs 2 leg cit** **Gruppenbetriebsräte** zu errichten, sofern die **Gruppenversammlungen** nicht gem **§ 40 Abs 3 leg cit** getrennt die Errichtung eines gemeinsamen BR beschließen. Kommt es zu Gruppen-BR, bilden diese gemeinsam den **Betriebsausschuss** (**§ 76 f ArbVG**).

a) Die Betriebsversammlung

- ☛ **Teilnahmeberechtigung:** alle AN im Betrieb – ohne Unterschied der StB;
- ☛ **Stimmberechtigt:** alle AN im Betrieb, die das 18. Lebensjahr vollendet haben – ohne Unterschied der StB;

Die Teilnahme begründet einen **Anspruch auf Arbeitsfreistellung**, nicht jedoch auf **Entgeltfortzahlung** – außer, **KV** oder **BV** oder der **Arbeitsvertrag** (uU in Form einer **Betriebsübung** – vgl Kap. VI) sehen dies vor (**§ 47 Abs 1 ArbVG**).

Die Betriebsversammlung hat **zweimal** (einmal?) **jährlich** stattzufinden, die Betriebshauptversammlung ebenso; weiters dann, wenn es ein Drittel der AN oder ein Drittel der BR-Mitglieder verlangt (vgl **§ 43 ArbVG**).

- ☛ **Einberufung:** grds **durch den BR**; bei Nichtbestehen eines BR: durch den **ältesten** (Lebensjahre) **AN** oder so viele AN wie es BR-Mitglieder gäbe; in Betrieben ab 20 AN haben die gesetzliche bzw freiwillige Berufsvereinigung/Interessensvertretung der AN ein **subsidiäres Einberufungsrecht**, falls der BR zwei Wochen untätig bleibt; (**§§ 43, 45 ArbVG**)

Das subsidiäre Einberufungsrecht besteht nicht, falls der BR dem Verlangen nicht nachkommt. Diesfalls ist die Einberufung **bei Gericht** zu begehren.

Die Aufgaben der BV sind in **§ 42 ArbVG** konkretisiert (Wahl des Wahlvorstands, Errichtung eines gemeinsamen BR, Enthebung des BR, etc) Die **Kompetenzen** erstrecken sich darüber hinaus auf die **Finanzhoheit der Belegschaft** (BR-Umlage, Rechnungsprüfer f. d. BR-Fonds, etc).

- ☛ **Präsenzquorum:** ½ der Stimmberechtigten (fällt meist nach ½ Stunde weg); **Konsensquorum:** meist ½; **Ausnahmen:** **§ 49 ArbVG**.

b) Der Betriebsrat

- ☛ **Zahl der Mitglieder (§ 50 ArbVG):** mindestens ein Mitglied; steigt (degressiv) mit **Belegschaftsstärke**, gleich viele **Ersatzmitglieder**;
- ☛ **Dauer der Funktion (§ 61 Abs 1 ArbVG):** fünf Jahre;
- ☛ **aktive Wahlberechtigung (§ 52 ArbVG):** alle AN (StB egal), die an den Tagen der BV und der BR-Wahl 18 Jahre alt und AN sind;
- ☛ **passive Wahlberechtigung (§ 53 ArbVG):** grds alle AN ab 18 (Stichtag: Wahlkundmachung), die seit sechs Monaten im Betrieb sind;

Die **BR-Wahl** wird durch die **Wahl eines Wahlvorstands bei einer BV** eingeleitet, dem die Organisation (Vorbereitung, Durchführung) der Wahl obliegt. Er hat sie mittels **Wahlkundmachung** auszuschreiben, eine **Wählerliste** aufzulegen und (von der zweifachen Anzahl wählbarer BR-Mitglieder gezeichnete) **Wahlvorschläge** entgegenzunehmen. Die Wahl ist **gleich, unmittelbar, geheim** und **persönlich** (Ausnahme: Wahlkarten). Die **Betriebsrats-Wahlordnung 1974 (BR-WO)** regelt die genauen Wahlabläufe.

So ist das **Wahlergebnis** sodann kundzumachen, dem Betriebsinhaber, dem Arbeitsinspektorat sowie den zuständigen AG- und AN-Interessensvertretungen mitzuteilen. Innert sechs Wochen muss die **Konstituierung des BR** erfolgen. Erst ab der Konstituierung ist der BR handlungsfähig.

Ist die Wahl **fehlerhaft**, kann das unterschiedliche Rechtsfolgen – je nach Art der Fehlerhaftigkeit – auslösen:

- **Nichtigkeit (§ 60 ArbVG):** Die **Verletzung elementarster Wahlgrundsätze** oder die **Häufung schwerer Verfahrensmängel** (zB Wahl während laufender Periode, Wahl in einem Betrieb unter fünf AN, etc) führen zur auch amtswegig wahrzunehmenden **Nichtigkeit**.
- **Anfechtbarkeit (§ 59 ArbVG):** Diese resultiert aus **Verfahrensmängeln** (alle Wahlberechtigten sind aktivlegitimiert, *Abs 1 leg cit*), wenn die Möglichkeit eines anderen Wahlausgangs bestünde (zB die Nichtzulassung von Wahlvorschlägen) oder aus einer **unzulässigen Wahl** (alle Wahlberechtigten sowie Betriebsinhaber sind aktivlegitimiert, *Abs 2 leg cit*), dh, wenn die Wahl ihrer Art (gem. statt getr. Gruppen-BR) oder ihres Umfangs (zu viele/zu wenige Betriebsräte) nach nicht durchzuführen gewesen wäre oder kein Betrieb vorliegt.

Das **Feststellungsurteil** hat im Falle der Nichtigkeit eine *ex-tunc*-Wirkung, im Falle der Anfechtung jedoch eine *ex-nunc*-Wirkung.

Die **BR-Tätigkeit endet regulär nach fünf Jahren** ab Konstituierung (§ 61 Abs 1 ArbVG) oder gem § 62 *leg cit* **vorzeitig**, wenn:

- (1) der **Betrieb dauernd eingestellt** wird,
- (2) er **dauernd funktionsunfähig** (dh Mitglieder sinken unter die Hälfte der zu wählenden) wird,
- (3) er **durch die BV enthoben** wird (mit Zweidrittelmehrheit und ohne Wegfall des Präsenzquorums),
- (4) er **zurücktritt**,
- (5) seine Wahl **erfolgreich angefochten** wird oder
- (6) die **Gleichstellung der Arbeitsstätte (§ 35 Abs 2 ArbVG)** für beendet erklärt.

Auch die BR-Mitgliedschaft einzelner Mitglieder kann frühzeitig enden. Gem § 64 ArbVG ist dies der Fall, wenn (1) die Tätigkeitsdauer des BR endet, (2) das Mitglied **zurücktritt**, (3) das Mitglied **aus dem Betrieb ausscheidet**, (4) der BR sich **nicht rechtzeitig konstituiert** oder (5) das Gericht der Klage auf Aberkennung des Mandats aufgrund des Verlusts der Wählbarkeit stattgibt.

2. Die Belegschaftsorganisation auf überbetrieblicher Ebene

a) Der Zentralbetriebsrat (§§ 80 – 88 ArbVG)

In Unternehmen zu errichten; akt./pass. wahlberechtigt sind die BR-Mitglieder der Betriebe. Die Stimmen sind nach AN-Zahl zu gewichten.

b) Die Konzernvertretung (§§ 88a und b ArbVG)

Kann von den ZBR errichtet werden, sofern in einem Konzern mindestens zwei Unternehmen ZBR errichtet haben und mehr als die Hälfte der AN im Konzern repräsentieren. Jeder ZBR hat **zwei Delegierte**. An die Stelle eines ZBR tritt uU (§ 88a Abs 8) ein Betriebsausschuss.

c) Die Europäische Betriebsvertretung (V. Teil: §§ 171 – 207 ArbVG)

Durch diese Bestimmungen soll die **Mitwirkung der AN bei staatenübergreifenden Unternehmensstrukturen** durch ein besonderes Verhandlungsgremium der AN, einen europäischen BR oder ein Verfahren zur Unterrichtung/Anhörung der AN sichergestellt werden.

d) Die Mitbestimmung bei d. Europ. Ges./Europ. Gen./grenzüberschreitenden KG-Verschmelzungen (VI.-VIII. Teil: §§ 208 – 262 ArbVG)

In Umsetzung einer VO wurde durch das SE-Gesetz für europaweit agierende Gesellschaften die Rechtsform der **Societas Europea – SE (Europäische Gesellschaft)** geschaffen, für die das ArbVG eine eigene Belegschaftsvertretung vorsieht (§§ 208 – 251 ArbVG).

Ebenso ist hier nach Verhandlungen des besonderen Verhandlungsgremiums mit dem AG ein SE-BR oder ein anderes Beteiligungsverfahren für AN zu schaffen. Als „Rückfallslösung“ ist ein SE-BR kraft Gesetzes vorgesehen.

Dasselbe ist durch das SCE-Gesetz (bzw die §§ 254 – 257 ArbVG) für die **Societas Cooperativa Europea – SCE (Europ. Gen.)** vorgesehen.

Im Falle der **Verschmelzung von Kapitalgesellschaften** aus versch. MS werden die §§ 258 – 262 ArbVG (iW Verweisungen) schlagend.

e) Vertretungsorgane für Sondergruppen

Für Sondergruppen (**Jugendliche** unter 18, **Behinderte**) sind **eigene Vertretungsorgane** (Jugendvertrauensrat [§§ 123 – 131f ArbVG], Behindertenvertrauensperson [§ 22a BEinstG]) vorgesehen. In den §§ 132 – 134b ArbVG sind **diverse Sonderbestimmungen für einzelne Betriebsarten** (insb Theaterunternehmen, ORF, öffentliche Verwaltungsstellen oder Hausbesorger, etc) vorgesehen.

D. Die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder

- ☛ Die BR-Mitgliedschaft ist ein **Ehrenamt (§ 115 Abs 1 ArbVG)** und erfolgt daher **unentgeltlich** – und grds **außerhalb der Arbeitszeit**.
Sachmittel sind vom Betriebsinhaber beizustellen (§ 72 *leg cit*), **Barauslagen** sind durch den BR-Fonds zu tragen (§§ 73 f *leg cit*).
- ☛ **Benachteiligungs- und Bevorzugungsverbot:** Ersteres ist *expressis verbis* in § 115 Abs 3 ArbVG normiert. Letzteres ist nicht ausdrücklich festgeschrieben, wurde aber vom OGH festgestellt (ua OGH 9 ObA 133/91).
- ☛ **Freistellung:** In bestimmten Fällen sind BR-Mitglieder (unter Entgeltfortzahlung) fallweise (**Ad-hoc-Freistellung** gem § 116 ArbVG), dauernd (ab 151 AN eine Person, usw; § 117 *leg cit*) oder für (Fort-)Bildungsveranstaltungen (§§ 118 f *leg cit*) freizustellen.
- ☛ **Verschwiegenheitspflicht:** BR-Mitglieder sind zur Verschwiegenheit über ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekanntgewordene **Geschäfts-/Betriebsgeheimnisse** u. (vertrauliche) **Verhältnisse der AN** verpflichtet. Zuwiderhandeln stellt eine Verwaltungsübertretung dar, die Strafantragsinhalt durch d. Betriebsinhaber (§ 160 Abs 2 Z 4 ArbVG) u. Entlassungsgrund (§ 122 Abs 1 Z 4 *leg cit*) sein kann.
- ☛ **Kündigungs- und Entlassungsschutz:** BR-Mitglieder/-Bewerber sind gem §§ 115, 120-122 *leg cit* **besonders geschützt** (vgl Kap. XVII).
- ☛ **Haftung:** Der OGH hat festgestellt (uU überholt), dass BR-Mitglieder **keine Haftung** aus ihrer (öffentlichen) Organtätigkeit trifft.

E. Die Befugnisse der Belegschaft

1. Grundsätzliches

Die **betriebliche Interessensvertretung** soll gem § 39 Abs 1 ArbVG grds dem *Interessenausgleich zum Wohl der AN und des Betriebs* dienen. Daher wird ihr übertragen, *die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der AN im Betrieb wahrzunehmen und zu fördern* (§ 38 leg cit), dabei aber die „**betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht**“ (vgl § 39 leg cit) einzuhalten.

§ 113 ArbVG nimmt die **Abgrenzung der Befugnisse** der einzelnen Belegschaftsorgane vor, wobei die **Mitwirkungsrechte** grundsätzlich BR/Betriebsausschuss übertragen sind. Sie sind außerdem **absolut zwingender Natur** (OGH 8 ObA 338/99k).

Für einige Betriebe bzw Unternehmen mit unmittelbar **politischen, konfessionellen, wissenschaftlichen, erzieherischen** oder **karitativen Zwecken**, auf **Medien- und Theaterunternehmen, Kirchen** sowie **öffentliche Verwaltungsstellen** findet ein Teil der Mitbestimmungsrechte (insb in wirtschaftlicher Hinsicht) **keine oder nur eingeschränkte Anwendung** – sog. **Tendenzschutz** (vgl §§ 132 ff ArbVG).

2. Einteilung nach Sachbereichen

| | |
|---|--|
| Mitwirkung in sozialen Angelegenheiten (§§ 94 – 97 ArbVG): | Das Mitbestimmungsinstrument ist die Betriebsvereinbarung . |
| Mitwirkung in personellen Angelegenheiten (§§ 98 – 107 leg cit): | Mitwirkung an personellen Einzelentscheidungen. |
| Mitwirkung in ökön. Angelegenheiten (§§ 108 – 112 leg cit): | Mitwirkung bei der Führung des/in Unternehmens(-organen). |

Daneben gibt es noch „**allgemeine Befugnisse**“ potentiell bereichsübergreifender Natur.

Insb ist hier auf die **AN-Mitwirkung im Aufsichtsrat** einzugehen, die in § 110 ArbVG für Aktiengesellschaften und GmbHs vorsieht. Es ist eine **drittelparitätische Vertretung der Belegschaft** mittels **Entsendung durch (Z)BR** vorgesehen, in dem die AN-Vertreter bis auf **Ausnahmen** (§ 110 Abs 3 leg cit, **Aktionärsschutzklausel** mit Erfordernis der doppelten Mehrheit, insb Vorstandsbestellungen und Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden) **dieselbe Rechtsstellung** wie die Anteilseignervertreter genießen.

3. Einteilung nach der Intensität

Die Rechte können auch nach dem Ausmaß des erfolgten Eingriffs in die Entscheidungsfreiheit des Betriebsinhabers/AG geordnet werden:

| | |
|--|---|
| Auskunftsrechte | Der Betriebsinhaber muss auf alle vom BR gestellten Fragen antworten (zB allgemeines Informationsrecht gem § 91 ArbVG). |
| Informationsrechte | Der Betriebsinhaber muss dem BR in bestimmen Fällen von sich aus (initiativ) Informationen zukommen lassen (zB Betriebsänderungen, § 91 Abs 2 ArbVG usw). |
| Überwachungsrechte | Einräumung der erforderlichen Möglichkeiten zur Überprüfung der die AN betreffenden Rechtsvorschriften (zB Einblick in Unterlagen, vgl § 89 ArbVG). |
| Beratungsrechte | Verpflichtung zu Anhörung/Meinungsaustausch mit dem BR (allgemeines Beratungsrecht gem § 92 ArbVG), bspw vor Ausspruch von Kündigungen (§ 105 Abs 2 ArbVG). |
| Imparitätische Mitentscheidungsrechte | Möglichkeit zur Mitwirkung an Entscheidungen in Minderheitenpositionen (wie zB im Aufsichtsrat gem § 110 ArbVG). |
| Einspruchs- und Zustimmungrechte | Einspruchsrechte iSd Möglichkeit d. behördl. Anfechtung best. Entscheidungen (zB Künd.). Zustimmungsrechte zB iFd §§ 96, 96a / 101 / 102 (Bsp Disziplinarmaßnahmen) ArbVG. |
| Paritätische Mitentscheidungsrechte | Ein solches besteht beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen , da beiden Parteien dasselbe Gewicht zukommt, da eine Willenseinigung vonnöten ist. |

A. Begriff und Bedeutung

§ 2. (1) ArbVG. Kollektivverträge sind Vereinbarungen, die zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitgeber einerseits und der Arbeitnehmer andererseits schriftlich abgeschlossen werden.

Es handelt sich dabei um sog. „**zweiseitige korporative Normenverträge**“, dh um beiderseits von Korporationen getroffene Vereinbarungen mit gesetzesähnlicher Normwirkung auch für nicht am Vertragsabschluss beteiligte Personen.

- ☛ **Schutzfunktion:** Es geht um einen **überbetrieblichen Interessenausgleich** durch die durch annähernd gleich starke Parteien (WK, [Fach-]Gewerkschaft) festgelegten **Mindestarbeitsbedingungen**, wobei das AN-Druckmittel der Arbeitskampf (Streik) sein kann.
- ☛ **Friedensfunktion:** In einem (nicht beendeten) KV ausgehandelte Arbeitsbedingungen stehen grds **außer Streit**, womit auch ihre Bestreikung (also der kollektive Arbeitskampf) unzulässig wäre.
- ☛ **Kartellierung der Lohnkosten:** **Vereinheitlichung der Mindestlöhne**, die nicht unterschritten werden dürfen; (S 39)

Der Kollektivvertrag besteht Großteils aus einem **normativen** (1) und zu einem geringeren Anteil aus einem **schuldrechtlichen Teil** (2).

- (1) Bzgl des **normativen Teils** gilt, dass er gem § 11 ArbVG innerhalb des **fachlichen/räumlichen/persönlichen Geltungsbereichs** bereits **unmittelbar rechtsverbindlich** ist (**Normwirkung**) und insofern wie ein Gesetz auf die Arbeitsverhältnisse der nicht am Abschluss beteiligten, KV-unterworfenen AG und AN einwirkt.
- (2) Der **schuldrechtliche Teil** – also die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen den KV-Parteien – hingegen wirkt wie ein „normaler“ Vertrag.

Die **Interpretation** der Bestimmungen folgt also beim normativen Teil den §§ 6 f ABGB, beim schuldrechtlichen Teil den §§ 914 f *leg cit.*

B. Kollektivvertragsfähigkeit

1. Kollektivvertragsfähigkeit kraft Gesetzes

§ 4. (1) ArbVG. Kollektivvertragsfähig sind gesetzliche Interessenvertretungen der [AG] und der [AN], denen **unmittelbar oder mittelbar die Aufgabe obliegt, auf die Regelung von Arbeitsbedingungen hinzuwirken und deren Willensbildung in der Vertretung [...] gegenüber der anderen Seite unabhängig ist.**

Das bedeutet, dass vor allem **zwei Kriterien** für die KV-Fähigkeit der **gesetzlichen Interessenvertretungen** ausschlaggebend sind:

- (1) **(un-)mittelbare Aufgabe**, auf die Regelung von Arbeitsbedingungen hinzuwirken
- (2) **Gegnerunabhängigkeit**

Bzgl des zweiten Kriteriums bereiten **berufsständisch gegliederte Kammern** Probleme, da sowohl AG als auch AN vertreten sind (zB Ärzte-/Apotheker-oder Notariatskammern). Dieses ist lt Rsp nur gewährleistet, wenn die Willensbildung intern getrennt (AG – AN) vonstatten geht.

Auf **AG-Seite** nehmen die **Wirtschaftskammern** diese Aufgabe wahr, auf **AN-Seite** haben die **Arbeiterkammern** diese Aufgabe an die entsprechenden (Fach-)Gewerkschaften delegiert.

Juristische Personen des öffentl. Rechts sind gem § 7 ArbVG auf AG-Seite soweit selbst KV-fähig, als sie nicht für die Arbeitsverhältnisse best. Betriebs-/Verwaltungsbereiche einer anderen KV-fähigen Körperschaft angehören (zB die ÖH für ihre AN, nicht aber für Studierende).

Gewissen **Unternehmen** (Post AG, Telekom Austria AG) wurde in **Sondergesetzen** die KV-Fähigkeit verliehen. Teilweise wurden so auch eigene KV-fähige Körperschaften (zB Dachverband der Universitäten, § 108 UG 2002).

2. Kollektivvertragsfähigkeit kraft Verleihung

Für **freiwillige Berufsvereinigungen** und **Vereine** gilt gem § 5 Abs 1 ArbVG, dass ihnen die KV-Fähigkeit vom **Bundeseinigungsamt** (sozialpartnerschaftlich besetzte kollegiale Bundesbehörde) auf Antrag nach Anhörung der zuständigen gesetzl. IV zuzuerkennen ist (**konstitutiver Verwaltungsakt**), wobei ein Rechtsanspruch nur besteht, wenn in **formeller und materieller Hinsicht** jeweils **zwei Voraussetzungen** erfüllt werden:

- ☛ **Formelle Voraussetzungen** (§ 4 Abs 2 Z 1 und 2 ArbVG):
 - (1) Regelung der Arbeitsbedingungen innerhalb des WB gem eigener **Statuten**
 - (2) **größere fachlicher und räumlicher WB** (aber nicht unbedingt umfassend bzgl eines ganzen Wirtschaftszweiges oÄ)
- ☛ **Materielle Voraussetzungen** (§ 4 Abs 2 Z 3 und 4 ArbVG):
 - (1) **maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung** (= wenn sich die Tätigkeit gesamtwirtschaftlich fühlbar auswirkt)
 - (2) **Gegnerunabhängigkeit** (wirtschaftl. Unabhängigkeit, keine Mitgliedschaft „sozialer Gegenspieler“)

Vereinen ist gem § 4 Abs 3 ArbVG in Bezug auf **die bei ihnen beschäftigten AN** KV-Fähigkeit zuzuerkennen, sofern sie „*vermöge der Zahl ihrer Mitglieder, des Umfangs ihrer Tätigkeit und der Zahl ihrer AN maßgebende Bedeutung besitzen*“ (siehe S 41 für Genaueres).

Schließt eine **freiwillige Berufsvereinigung** einen KV, führt dies (in seinem Geltungsbereich) zum Verlust der KV-Fähigkeit der gesetzlichen IV hinsichtlich jener Mitglieder, die der freiwilligen Berufsvereinigung angehören (= **Vorrang freiwilliger Berufsvereinigungen**, § 6 ArbVG).

C. Kollektivvertragsfähigkeit

Sie steckt die **Reichweite der normativen Wirkung** eines KV ab. Es wird zwischen der (1) **Kollektivvertragsangehörigkeit** (§ 8 ArbVG, § 2 Abs 12 GewO 1994) und der (2) **Außenseiterwirkung** (§ 12 ArbVG) unterschieden.

1. Kollektivvertragsangehörigkeit

§ 8 ArbVG legt fest, dass sich die KV-Angehörigkeit nach (1) **Organisationszugehörigkeit** und (2) **Anwendungsbereich** des KV richtet.

a) Organisationszugehörigkeit und deren Substitutionsformen

- ☛ **KV-Angehörigkeit kraft Mitgliedschaft** (§ 8 Z 1 ArbVG): Wer einer KV-abschließenden Körperschaft angehört, gehört auch dem abgeschlossenen KV an, auch bei späterem Eintritt oder Austritt (wobei für solche Verbandsaußenseiter das **Versteinerungsprinzip** gilt). Ein Verbandswechsel würde bedingen, dass der KV anzuwenden ist, der sich aus der neuen Mitgliedschaft ergibt.

Für die AG ist die **faktische Mitgliedschaft des AG bei einer bestimmten Fachgruppe** (der Wirtschaftskammern) von Bedeutung, „unabhängig“ vom WKG.

- **KV-Angehörigkeit kraft Betriebsübergangs (§ 8 Z 2 ArbVG):** AG, auf die der (Teil-)Betrieb eines kraft Mitgliedschaft (Z 1) KV-angehörigen AG übergeht, sind kraft Betriebsübergangs („versteinert“) KV-angehörig. Resultiert die KV-Angehörigkeit des Veräußers selbst aus Z 2, kann der KV – dem Wortlaut nach – nicht vermittelt werden (siehe Kap. XIX).
- **KV-Angehörigkeit im Zusammenhang mit der Ausübung von verbundenen Gewerben (§ 8 Z 3 ArbVG):** Verbundene Gewerbe sind solche, „die sich aus zwei oder mehreren Gewerben zusammensetzen und im § 94 [GewO 1994] ausdrücklich als solche bezeichnet sind“ (§ 6 GewO 1994). In diesen sind AG dem KV angehörig, der dem jeweiligen Wirtschaftsbereich entspricht, unabhängig von einer etwaigen Angehörigkeit gem Z 2 oder 3.
- **KV-Angehörigkeit kraft unbefugter Gewerbsausübung (§ 2 Abs 13 GewO 1994):** „[...] Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, die für Arbeitsverhältnisse zu Arbeitgebern gelten, welche ihre Tätigkeiten auf Grund von Gewerbeberechtigungen ausüben, haben auch für Arbeitsverhältnisse zu jenen Arbeitgebern Geltung, welche diese Tätigkeiten ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung ausüben.“

b) Der fachliche, räumliche und persönliche Geltungsbereich

- ✓ **räumlich:** zB das gesamte Bundesgebiet – oder aber nur ein Bundesland;
- ✓ **persönliche:** zB nur Arbeiter oder nur Angestellte – oder bspw alle, außer Geschäftsführer (GmbH) bzw Ferialpraktikanten;
- ✓ **fachlich:** bestimmt sich nach dem Wirkungsbereich der KV-Parteien, bspw nur bestimmte Betriebsarten;

2. Außenseiterwirkung auf AN-Seite

§ 12. (1) ArbVG. Die Rechtswirkungen des [KV] treten auch für [AN] eines kollektivvertragsangehörigen [AG] ein, die nicht kollektivvertragsangehörig sind (Außenseiter).

Das heißt, dass die **Rechtswirkungen** auf AN **ausgedehnt** werden, auch wenn diese keine Mitglieder der KV-abschließenden gesetzlichen oder freiwilligen Berufsvereinigung sind. Diese Außenseiterwirkung **endet** gem § 12 ArbVG, wenn die betroffenen AN kraft Mitgliedschaft (§ 8 Z 1 ArbVG) von einem anderen KV erfasst werden. § 12 *leg cit* kann **nicht analog** für AG angewendet werden (OGH 4 Ob 96/85).

Zweck dieser Bestimmung ist, eine einheitliche, kollektivvertragliche Gestaltung der Mindestarbeitsbedingungen sicherzustellen und deren Unterbietung durch nicht organisierte AN zu verhindern.

D. Kollektivvertragskollision

Das ArbVG geht, dem **Grundsatz der Tarifeinheit** gemäß, davon aus, dass jedes Arbeitsverhältnis – und jeder Betrieb – nur einem KV unterliegen soll. Kollisionsprobleme treten in folgenden Fallgruppen auf:

1. Vorrang freiwilliger Berufsvereinigungen

§ 6 ArbVG ordnet an, dass das **Inkrafttreten eines von einer freiwilligen Koalition geschlossenen KV** einen von einer gesetzlichen IV geschlossenen KV für einen AG außerkrafttreten lässt.

Der **Austritt** eines AG aus einer freiwilligen Berufsvereinigung bedingt aber nur dann ein **KV-Wechsel**, wenn für ihn ein neuer, auf Mitgliedschaft beruhender KV besteht (§ 8 Z 1: „[...] AG, die zur Zeit des Abschlusses des KV Mitglieder der am KV beteiligten Parteien **waren** [...]“).

2. Mischbetriebe

Übt ein AG mehrere Gewerbe aus, ist fraglich, welcher KV auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse anzuwenden ist. Dazu § 9 ArbVG:

§ 9. (1) Verfügt ein mehrfach kollektivvertragsangehöriger Arbeitgeber über **zwei oder mehrere Betriebe**, so findet auf die Arbeitnehmer der jeweilige dem Betrieb in fachlicher und örtlicher Beziehung entsprechende Kollektivvertrag Anwendung.
(2) Die Regelung des Abs. 1 findet sinngemäß Anwendung, wenn es sich um **Haupt- und Nebenbetriebe** oder um organisatorisch und fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen handelt.
(3) Liegt eine organisatorische Trennung in Haupt- und Nebenbetriebe oder eine organisatorische Abgrenzung in Betriebsabteilungen nicht vor, so findet jener Kollektivvertrag Anwendung, welcher für den **fachlichen Wirtschaftsbereich** gilt, der für den Betrieb die **maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung** hat; durch **Betriebsvereinbarung** kann festgestellt werden, welcher fachliche Wirtschaftsbereich für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat.
(4) Liegt weder eine organisatorische Trennung, eine organisatorische Abgrenzung noch die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung eines fachlichen Wirtschaftsbereiches im Sinne des Abs. 3 vor, so findet der Kollektivvertrag jenes fachlichen Wirtschaftsbereiches Anwendung, dessen Geltungsbereich unbeschadet der Verhältnisse im Betrieb **die größere Anzahl von Arbeitnehmern** (Anm.: in ganz Österreich) erfasst.

Prüfschritte: (1) unterschiedliche Betriebe? (2) Haupt- und Nebenbetriebe? (3) fachlicher Wirtschaftsbereich? (3.1) BV? (4) Anzahl der AN;

3. Arbeitnehmer in Mischverwendung

Arbeitet ein AN in verschiedenen Betrieben (oder Betriebsabteilungen) eines AG, für die verschiedene KV gelten, ist gem § 10 Abs 1 ArbVG jener anzuwenden, der der **zeitlich überwiegend ausgeübten Beschäftigung** entspricht. Gem *Abs 2 leg cit* kommt jener KV zum Zug, der die **größere Anzahl von Arbeitnehmern** (wie oben: in ganz Österreich) erfasst.

4. Außenseiterkollision

Wenn ein AG-Verband mit zwei freiwilligen Berufsvereinigungen für denselben räumlichen, persönlichen und fachlichen Geltungsbereich KV abschließt, gilt nach hA der KV jener Koalition, der der AG zuerst beigetreten ist – und er verdrängt jenen derjenigen freiwilligen Berufsvereinigung, der er später beigetreten ist.

E. Normwirkung des Kollektivvertrags

Grds ist der normative Teil des KV eine **eigenständige Rechtsquelle** und wirkt „von außen“ auf den einzelnen Arbeitsvertrag ein, **ohne dessen Inhalt** zu werden (**keine Transformation**). KV-Änderungen oder -Wechsel schlagen also grds **unmittelbar** durch (Ausnahme: Kap. XIX).

- **Günstigkeitsprinzip (§ 3 Abs 1 ArbVG):** Sofern der KV nichts anderes bestimmt, ist sein normativer Teil **relativ zwingend**. Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsverträge können daher **nur günstigere Regelungen** treffen.

Dabei müssen zusammengehörige Gruppen von Bestimmungen in BV/Arbeitsverträgen in Gruppen zusammengefasst und den entsprechenden Bestimmungen des KV gegenübergestellt werden, wobei auf den Zeitpunkt abgestellt wird, zu dem sich die beiden Regelungen zum ersten Mal gegenüberstanden. Zusammengefasst werden jene Bestimmungen der jeweiligen beiden Quellen, die in einem **rechtlichen** (wenn die Bestimmungen von den Parteien in eine wechselseitige Beziehung gesetzt wurden) **und sachlichen Zusammenhang** (wenn die Bestimmungen denselben Lebenssachverhalt betreffen) stehen. Der OGH stellt darauf ab, dass die verglichenen Regeln denselben Regelungsgegenstand betreffen.

- **Ordnungsprinzip:** Dem KV kann durch ausdrückliche Regelung auch **absolut zwingender Charakter** zuerkannt werden.
- Sofern ein sachlicher Grund dafür besteht, kann einem KV auch bloß **dispositive Wirkung** verliehen werden.

E. Abschluss, Hinterlegung und Publikation des Kollektivvertrags

Der KV hat **schriftlich** zu sein (§ 2 Abs 1 ArbVG). Eine (oder mehrere) unterschriebene Ausfertigung(en) ergeht/ergehen unverzüglich nach Abschluss an das zuständige Bundesministerium (§ 14 Abs 1 ArbVG). Dieses hat ihn dann innert einer Woche im „Amtsblatt der Wiener Zeitung“ kundzumachen (Abs 3 leg cit).

Bestimmt der KV seinen **Wirksamkeitsbeginn** nicht selbst, ist dies der auf die Kundmachung folgende Tag. **Ohne Publikation entfaltet er keine Normwirkung.**

Der KV-unterworfenen AG hat den KV binnen **drei Tagen** im Betrieb aufzulegen und darauf in eine Betriebskundmachung hinzuweisen (§ 15 ArbVG), wobei er bei Unterlassen auf Antrag des BR von der Bezirksverwaltungsbehörde bestraft werden kann (§ 160 ArbVG).

G. Beendigung von Kollektivverträgen

Sind weder Befristungen noch (Resolutiv-)Bedingungen festgeschrieben, kann der KV von den vertragschließenden Parteien...

- ...**gekündigt** (zum Letzten eines Kalendermonats, unter Einhaltung der Frist von drei Monaten, mit RSb, § 17 Abs 1 ArbVG),
- ...**einvernehmlich aufgelöst** oder
- ...**aus wichtigem Grund** beendet werden.

Außerdem wird ein KV *ex lege* beendet, wenn die ihn abschließende freiwillige Berufsvereinigung die **KV-Fähigkeit verliert** (§ 5 Abs 3 iVm § 4 Abs 2 [und 3] ArbVG). Wurde er von einer gesetzlichen Interessensvertretung abgeschlossen, **erlischt** er mit Inkrafttreten eines von einer freiwilligen Berufsvereinigung abgeschlossenen KV (§ 6 ArbVG).

H. Nachwirkung von Kollektivverträgen

§ 13 ArbVG. Die Rechtswirkungen des [KV] bleiben nach seinem Erlöschen für Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar vor seinem Erlöschen durch ihn erfaßt waren, so lange aufrecht, als für diese Arbeitsverhältnisse nicht ein neuer [KV] wirksam oder mit den betroffenen Arbeitnehmern nicht eine neue Einzelvereinbarung abgeschlossen wird.

Das heißt, die Nachwirkung endet durch einen neuen KV oder eine neue Einzelvereinbarung. Der Lehre zufolge kann auch eine BV die Nachwirkung eines außer Kraft getretenen KV beenden. Während die schuldrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen sehr wohl erlöschen, bleibt der normative Teil also – iSe Vertrauensschutzes – aufrecht. **Voraussetzung** dafür ist bloß das **Erlöschen** des KV, egal auf welche Art das geschieht (vgl Kap. V).

Keine Nachwirkung tritt ein, wenn der AG oder AN aus dem Geltungsbereich ausscheidet. Ebenso, wenn kein neuer KV für dieses Arbeitsverhältnis gültig wird (vgl Kietaibl, AR 1, S 240).

Betriebsübergang: Geht ein Betrieb auf einen nicht-KV-unterworfenen AG über, gelten die Sonderbestimmungen des § 8 Z 2 ArbVG (siehe S 11) bzw § 4 Abs 1 AVRAG.

Wechsel zu einer freiwilligen AG-Interessenvertretung: Wechselt der AG zu einer solchen „Koalition“, ist § 4 Abs 2 S 1 AVRAG analog anzuwenden. Das bisherige Entgelt darf also **nicht geschmälert** werden.

Die Nachwirkung ist insofern eine **abgeschwächte Normwirkung**, als (1) **neu eintretende AN** nicht erfasst sind und der Inhalt außerdem auch (2) durch (**neue**) **ungünstigere BV und Einzelverträge** abbedungen werden kann (und somit nur noch **dispositiv** wirkt).

Das **Ende der Nachwirkung** tritt jedenfalls, wenn der neue beginnt zu gelten. Werden jedoch in diesem nicht alle Materien des alten geregelt, ist zu ermitteln, ob er als Ersatz des alten anzusehen ist oder nicht. Nur, wenn er dies ist, endet die Nachwirkung damit vollständig.

I. Der Regelungsinhalt von Kollektivverträgen

1. Schuldrechtlicher Teil

Der schuldrechtliche Teil besteht aus allen vertraglich ausgehandelten Bestimmungen, die auch nach dem **ABGB** möglich sind. Es trifft die KV-Parteien dabei – auch ohne ausdrückliche Absprache...

- ...die **Durchführungs- und Einwirkungspflicht** (Rechtspflicht, sich um die Realisierung der Bestimmungen zu bemühen),
- ...das **Torpedierungsverbot** (Gebot, zu unterlassen, was der KV-Durchsetzung zuwiderläuft),
- ...die **Friedenspflicht** (Verbot, über im KV geregelte Inhalte während dessen Geltung Arbeitskämpfe zu führen).

2. Normativer Teil

Zu den KV-Bestimmungen mit Normwirkung zählen die in § 2 Abs 2 ArbVG aufgezählten Materien. **Dynamische Verweisungen sind unzulässig**, da dadurch die kollektivvertragliche Regelungsbefugnis auf einen anderen Normgeber übertragen würde.

a) Inhaltsnormen (§ 2 Abs 2 Z 2 ArbVG)

Dies ist der praktisch wichtigste Tatbestand. Die „Inhaltsnormen“ regeln die **gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der AG und AN**. Die Rechtsetzungsbefugnis bezieht sich auf alles, was typischerweise regelmäßig wiederkehrender Inhalt von Arbeitsverhältnissen ist (wie zB Entgelt, Aufwandsersätze, Arbeitszeitfragen, Urlaubsansprüche). In der Praxis meist enthalten sind Regelungen über Mindestentgelt, Sonderzahlungen, Kündigungsfristen und -termine, Verkürzung der wöchentlichen Normalarbeitszeit oder erhöhte Zuschläge für die Überstundenarbeit. **Nicht enthalten sein dürfen** bspw Regelungen über den Abschluss von DV („Abschlusssnormen“) oder Regelungen über die Verwendung des dem AN zustehenden Entgelts (zB zu betrieblichen Pensionsmodellen).

b) Kollektivvertragsbestimmungen für ausgeschiedene AN (§ 2 Abs 2 Z 3 ArbVG)

Darunter fallen lediglich aus dem Arbeitsverhältnis entspringende kollektivvertragliche Ansprüche. **Die Begründung neuer Ansprüche** ist durch solche Normen (im Vgl zu Sozialplannormen) **nicht möglich**. Ausschließlich kollektivvertragliche Ansprüche sind so veränderbar, während Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag oder der BV der kollektivvertraglichen Änderung entzogen sind, sodass nur die KV-Parteien (iRd guten Sitten und insb unter Beachtung des Gleichheitssatzes) das, was sie einmal gegeben haben, auch wieder nehmen können.

c) Sozialplannormen (§ 2 Abs 2 Z 4 ArbVG)

Solche treffen **Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung der Folgen einer für alle oder wesentliche Teile der Belegschaft negative Betriebsänderung** (vgl § 109 ArbVG). Sie können (neben KVs) auch in (erzwingbaren) BVs enthalten sein. Die Regelungen eines kollektivvertraglichen Sozialplans zählen zum normativen Teil des KV, wenn sie Rechte/Pflichten der Arbeitsvertragsparteien festlegen. Diese können auch Rechte/Pflichten bereits aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedener AN begründen.

d) Betriebsverfassungsrechtliche Normen (§ 2 Abs 2 Z 5 ArbVG)

Aufgrund des **abschließenden und absolut zwingenden** Charakters der Betriebsverfassung, ist diese Regelungskompetenz grds begrenzt. Lediglich **Art und Umfang der Mitwirkungsbefugnisse der Belegschaft bei der Durchführung von Sozialplanmaßnahmen und Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung** können Gegenstand solcher betriebsverfassungsrechtlichen Normen sein.

e) Gemeinsame Einrichtungen der Kollektivvertragsparteien (§ 2 Abs 2 Z 6 ArbVG)

Durch KV können gemeinsame Einrichtungen der KV-Parteien nicht nur mit bloß schuldrechtlicher, sondern auch mit normativer Wirkung vorgesehen werden (zB Verpflichtung zur Einrichtung von Pensionskassen).

f) Zulassungsnormen (§ 2 Abs 2 Z 7 ArbVG)

Auch **sonstige Angelegenheiten** können durch KV geregelt werden, wenn der Gesetzgeber den KVs die Regelungskompetenz – zB ausgiebig im Arbeitszeitrecht – überträgt. (Dazu bräuchte es aber diese Regelung nicht.)

J. Grundrechtsbindung der Kollektivvertragsparteien

Die KV-Parteien sind bei der Gestaltung der normativ wirkenden Bestimmungen eines KV an die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte gebunden. Der OGH-Rsp folgend geht es dabei um eine **mittelbare Drittwirkung im Wege der Konkretisierung der werbungserfüllungsbedürftigen Generalklauseln des Zivilrechts** (insb der Gute-Sitte-Klausel des § 879 ABGB). Die GR sind von den KV-Parteien daher sowohl beim Abschluss, als auch bei der Veränderung (und damit insb bei der Verschlechterung) von KV zu beachten.

Durch die Rsp berücksichtigt wurden bisher:

- **Gleichheitsgrundsatz** (Bsp: Verletzung durch eine Bestimmung, die eine AN-Gruppe ohne sachlichen Grund schlechterstellt),
- der Eingriff in das **Eigentumsrecht** (Bsp: Eingriff in auf KV beruhende Pensionsanswartschaften – hierbei Berücksichtigung des VfGH-Sachlichkeitsgebots unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit – OGH 8 ObA 61/97x) und
- der Eingriff in die **Erwerbsfreiheit**.

K. Substitutionsformen des Kollektivvertrags

1. Die Satzung (§§ 18 – 21 ArbVG)

§ 18. (1) Das **Bundeseinigungsamt** hat auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft, die Partei eines Kollektivvertrages ist, bei Vorliegen der in Abs. 3 angeführten Voraussetzungen diesem Kollektivvertrag durch Erklärung zur Satzung auch außerhalb seines räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereiches rechtsverbindliche Wirkung zuzuerkennen. Die in der Erklärung als rechtsverbindlich bezeichneten Bestimmungen des Kollektivvertrages bilden die Satzung.

(2) Gegenstand des Antrages auf Erklärung eines Kollektivvertrages zur Satzung können alle oder auch einzelne Bestimmungen des Kollektivvertrages sein, die für die ihm unterliegenden Arbeitsverhältnisse rechtsverbindlich sind, doch dürfen einzelne Bestimmungen nicht aus einem unmittelbaren rechtlichen und sachlichen Zusammenhang gelöst werden.

(3) Ein Kollektivvertrag oder ein Teil eines solchen darf nur zur Satzung erklärt werden, wenn

1. der zu satzende Kollektivvertrag **gehörig kundgemacht ist und in Geltung steht**
2. der zu satzende Kollektivvertrag oder der Teil eines solchen **überwiegende Bedeutung** erlangt hat
3. die von der Satzung zu erfassenden **Arbeitsverhältnisse** im Verhältnis zu jenen, die dem Kollektivvertrag unterliegen, **im wesentlichen gleichartig** sind
4. die von der Satzung zu erfassenden Arbeitsverhältnisse unbeschadet des Abs. 4 **nicht schon durch einen Kollektivvertrag erfaßt** sind.

(4) Kollektivverträge, die sich auf die Regelung einzelner Arbeitsbedingungen beschränken und deren Wirkungsbereich sich fachlich auf die überwiegende Anzahl der Wirtschaftszweige und räumlich auf das ganze Bundesgebiet erstreckt, stehen der Erklärung eines Kollektivvertrages zur Satzung nicht entgegen.

(5) Kollektivverträge im Sinne des Abs. 4 können auch dann zur Satzung erklärt werden, wenn die Voraussetzungen des Abs. 3 Z 3 nicht vorliegen.

(6) Kollektivverträge, die von einem kollektivvertragsfähigen Verein (§ 4 Abs. 3) abgeschlossen wurden, können nicht zur Satzung erklärt werden.

2. Der Mindestlohntarif (§§ 22 – 25 ArbVG)

§ 22. (1) Das **Bundeseinigungsamt** hat auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft der Arbeitnehmer bei Vorliegen der im Abs. 3 angeführten Voraussetzungen Mindestentgelte und Mindestbeträge für den Ersatz von Auslagen festzusetzen. Die in der Erklärung festgesetzten Mindestentgelte und Mindestbeträge für den Ersatz von Auslagen werden als Mindestlohntarif bezeichnet. (2. aufgehoben)

(3) Ein Mindestlohntarif darf nur für Gruppen von Arbeitnehmern festgesetzt werden, für die ein Kollektivvertrag nicht abgeschlossen werden kann,

1. weil **kollektivvertragsfähige Körperschaften auf [AG-Seite] nicht bestehen** und
2. sofern eine Regelung von Mindestentgelten und Mindestbeträgen für den Ersatz von Auslagen durch die Erklärung eines Kollektivvertrages zur Satzung nicht erfolgt ist.

Mindestlohntarife sind als **Verordnung** iSd Art 139 B-VG zu qualifizieren. Die **bloße Existenz** einer KV-fähigen Körperschaft auf AG-Seite schließt die behördliche Festsetzung eines solchen bereits aus (§ 22 Abs 3 Z 1 ArbVG). KV als auch Satzungen setzen einen Mindestlohntarif für ihren Geltungsbereich außer Kraft. Eine Ausnahme besteht nur für **Generalkollektivverträge** (§ 24 Abs 3 ArbVG iVm § 18 Abs 4 ArbVG).

Der Mindestlohntarif ist **unmittelbar rechtsverbindlich** und **einseitig zwingend** – eine günstigere einzelvertragliche Regelung ist, im Vergleich zum Unterschreiten des festgelegten Entgelt-niveaus – daher möglich. Zur **Bemessung des Mindestentgelts**:

§ 23. (1) Bei Festsetzung von Mindestentgelten und Mindestbeträgen für den Ersatz von Auslagen ist insbesondere auf deren **Angemessenheit** und die **Entgeltbemessung in verwandten Wirtschaftszweigen** Bedacht zu nehmen. [...]

3. Die Lehrlingsentschädigung (§§ 26 – 29 ArbVG)

§ 26. (1) Das **Bundeseinigungsamt** hat auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft die Lehrlingsentschädigung festzusetzen, wenn für den betreffenden Wirtschaftszweig **kein Kollektivvertrag** wirksam ist. [...]

(3) Bei Festsetzung der Höhe der Lehrlingsentschädigung ist auf die für gleiche, verwandte oder ähnliche Lehrberufe geltenden Regelungen, sofern solche nicht bestehen, auf den Ortsgebrauch Bedacht zu nehmen.

Im Vergleich zur Satzung ist die bloße Existenz von KV-fähigen Körperschaften auf AG-Seite nicht ausschlaggebend, sondern allenfalls des (Nicht-)Bestehens eines wirksamen KV (mit Ausnahme der General-KVs gem § 18 Abs 4 ArbVG).

A. Begriff und Bedeutung

§ 29. Betriebsvereinbarungen sind **schriftliche Vereinbarungen**, die vom **Betriebsinhaber** einerseits und dem **Betriebsrat** [...] andererseits in Angelegenheiten abgeschlossen werden, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist.

Es handelt sich dabei um „**einseitig korporative Normenverträge**“, dh um kollektive Vereinbarungen, die auf einer Seite, jener der AN, von einer Interessenvertretung (Korporation, hier: grds dem BR) abgeschlossen werden und welche eine einem Gesetz ähnliche **Normwirkung** entfalten, dh Personen binden, die am Vertragsabschluss nicht beteiligt sind.

Die BV kann als „KV auf Betriebsebene“ gesehen werden, weist jedoch im Hinblick auf die **Regelungsbefugnis** (nur punktuell) sowie bzgl **Zustandekommen, Beendigung** und **Nachwirkung** wesentliche Unterschiede auf.

Auch die BV besteht aus einem **normativen Teil** (unmittelbar rechtsverbindlich) und einem **schuldrechtlichen Teil** (Regelung der Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien, § 31 Abs 1 ArbVG).

Ebenso besteht hierbei die **Drittwirkung des Grundrechts auf Eigentum und des Gleichheitssatzes**, wie beim KV. Es steht aber nicht die Regelung von Mindestarbeitsbedingungen im Vordergrund.

BV zählen zu den **wichtigsten Instrumenten der Mitbestimmung der Belegschaft auf der betrieblichen Ebene** bzw im Unternehmen. Die Leitungsmacht des Betriebsinhabers kann – einem **abgestuften System** folgend – empfindlich beschränkt werden.

Die Arbeitsbedingungen sind aber insofern Regelungsgegenstand, als zB die **Arbeitszeit** an die konkreten betrieblichen Erfordernisse angepasst werden kann. Die KV-Parteien können gewisse Regelungsbefugnisse auch an die BV-Parteien delegieren.

B. Abschlusskompetenz für Betriebsvereinbarungen

In Betrieben **ohne BR** ist der **Abschluss einer BV nicht möglich**.

Egal, ob der Betrieb BR-pflichtig ist oder nicht. BVs kommen nur durch **schriftliche Vereinbarung** zwischen **Betriebsinhaber** und **Belegschaft** zustande.

Nach der grds **Kompetenzverteilung** gem § 113 ArbVG ist der **Betriebsrat**, uU der **Betriebsausschuss** (Abs 2 Z 4 leg cit). In gegliederten Unternehmen können BR/Betriebsausschuss dem **Zentralbetriebsrat** gem § 114 ArbVG die Abschlusskompetenz übertragen. So können alle Betriebe eines gegliederten Unternehmens einheitliche BVs abschließen. Jedoch ist der ZBR **ohne Delegation** idR unzuständig, weshalb dann keine gültige BV zustande kommt, die aber uU als **freie BV** (Kap. VI) Rechtswirkungen entfalten kann.

In den Angelegenheiten der §§ 96 („zustimmungspflichtige Maßnahmen“), 96a („ersetzbare Zustimmung“) und 97 („BV“) ArbVG, die die Interessen der AN mehr als eines Unternehmens betreffen, kann der ZBR der **Konzernvertretung** mit deren Zustimmung die Ausübung seiner Kompetenzen übertragen (vgl § 113 Abs 5 ArbVG).

C. Wirksamkeitsbeginn von Betriebsvereinbarungen

BV sind vom Betriebsinhaber oder vom BR im Betrieb **aufzulegen** oder an **sichtbarer, für alle AN zugänglicher Stelle anzuschlagen** (§ 30 ArbVG). Die **Kundmachung** ist also **Voraussetzung für den Eintritt der normativen Wirkung** (vgl OGH 9 ObA 153/12h).

Wenn kein Wirksamkeitsbeginn in der BV festgelegt ist, ist dies **der auf die Unterzeichnung folgende Tag**. Daraufhin sind den gesetzlichen Interessenvertretungen je eine Ausfertigung davon zu übermitteln (wobei dies eine **bloße Ordnungsvorschrift** ist und den Wirksamkeitsbeginn nicht tangiert).

D. Rechtswirkungen von Betriebsvereinbarungen

Wie bereits erwähnt richtet sich die Rechtswirkung einer BV ua danach, ob es sich um den **schuldrechtlichen** oder **normativen Teil** davon handelt. Eine auf einer BV beruhende **Pensionszusage** wandelt sich sodann – lt Rsp – mit Ausscheiden des AN aus dem Betrieb in einen **vertraglichen Anspruch** um.

Auf BVs basierende **betriebliche Pensionsmodelle** können durch einen nachfolgenden BV zwar für die noch im Betrieb beschäftigten AN, nicht jedoch für die ausgeschiedenen (verschlechternd) abgeändert werden (OGH 9 ObA 512/88), während **Sozialplannormen** auch auf solche zur Anwendung kommen (OGH 9 ObA 10/95).

Der **normative Teil** einer BV wirkt **relativ zwingend** (§ 31 Abs 2 ArbVG), was heißt, dass Einzelvereinbarungen nur gültig sind, wenn sie günstigere Regelungen treffen oder, wenn sie unregelmäßige Sachverhalte betreffen – auch hier ist das **Günstigkeitsprinzip** des § 3 ArbVG anzuwenden. Nach der **neueren Rsp** können BVs auch **dispositive Wirkung** verliehen werden.

Die **Interpretation** richtet sich beim normativen Teil wiederum nach den §§ 6 f ABGB, beim schuldrechtlichen nach den §§ 914 f ABGB.

E. Regelungsinhalt von Betriebsvereinbarungen

Nur Angelegenheiten, den BV-Partnern zur Regelung zugewiesen wurden, können Gegenstand einer BV sein (§ 29 ArbVG). Das heißt, es muss eine **kollektivvertragliche oder gesetzliche Ermächtigung** bestehen – es besteht aber **keine umfassende Kompetenz** wie bei KVs.

Als **Grundlage** kommt die gesamte Rechtsordnung iSv Gesetzen im formellen Sinn infrage. Im Vordergrund stehen aber die Regelungsgegenstände der §§ 95, 96, 96a, 97 ArbVG – die Regelungen mit **generellem Charakter** zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen ermöglichen.

Unter Umständen können diese auch gegen den Willen des Betriebsinhabers durchgesetzt werden (siehe unten).

Die **Regelungstatbestände** finden sich zuvorderst in den §§ 95, 96, 96a und 97 ArbVG. Weitere **Ermächtigungen** finden sich...

- ...im Arbeitszeitgesetz (§§ 4 Abs 3, 4a Abs 3, 4b Abs 2, 5 Abs 2 Z 2, 11 Abs 2, 19c Abs 2 AZG),
- ...im Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz (§ 3 Abs 3 KA-AZG)
- ...im Urlaubsgesetz (§ 2 Abs 4 UrlG),
- ...im Entgeltfortzahlungsgesetz (§ 2 Abs 8 EFZG) sowie
- ...im Betriebspensionsgesetz (§ 3 Abs 1 BPG).

Im Falle von **Ermächtigungen aufgrund eines KV** müssen Ermächtigungsnormen die betreffenden Angelegenheiten ausdrücklich bezeichnen. Sie dürfen nicht extensiv interpretiert werden (**Vorrang des KV**).

Vereinbarungen über unzulässige Regelungsgegenstände entfalten keine normativen Wirkungen (zB überkollektivvertragliche Bezahlung), können aber Grundlage für einzelvertragliche Ergänzungen iRe „freien BV“ (siehe unten) sein.

F. Arten von Betriebsvereinbarungen

Es wird unterschieden zwischen **notwendigen** und **fakultativen BV**.

Notwendig ist eine BV, wenn Maßnahmen nur bei Vorliegen einer BV – dh grds unter Mitwirkung der Belegschaft in Form des BR – möglich sind.

Fakultativ ist eine BV, wenn Maßnahmen auch ohne BV möglich sind, einer Vereinbarung mittels BV aber offenstehen.

Es wird darüber hinaus zwischen **Betriebsvereinbarungen mit und ohne Rechtsschutz** unterschieden. Dabei geht es darum, dass die Zustimmung der jeweils anderen BV-Partei zu einer BV in manchen Fällen eine „**ersetzbare**“ ist – uzw im Fall der **erzwingbaren BVs**:

Erzwingbar ist die BV in dem Sinn, dass die jeweils andere BV-Partei eine **Schlichtungsstelle** (§§ 144 ff ArbVG) bemühen kann, deren Entscheidungen in Bescheidform ergehen aber gegenüber den AN als Verordnungen wirken. Diese Schlichtungsstelle ist beim zuständigen **Arbeits- und Sozialgericht** als **unabhängige kollegiale Verwaltungsbehörde** (1 Berufsrichter, 2 AN-/AG-Vertreter) eingerichtet. Die **Rechtswirkung** der – vor dem VwGH nicht bekämpfbaren – Beschlüsse und BVs ist **dieselbe**.

1. Notwendige Betriebsvereinbarungen (§ 96 ArbVG)

„Notwendige BVs“ sind solche, deren Regelungsinhalt **unbedingt mittels BV** vereinbart werden müssen. Der **BR** hat also ein **unersetzbares Zustimmungsrecht**. Ohne diese Zustimmung sind auch entgegenstehende **einzelvertragliche Vereinbarungen unwirksam**.

Ausnahme: Das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) transformiert den Tatbestand des § 96 Abs 1 ArbVG (die Menschenwürde berührende Kontrollmaßnahmen) ins Individualarbeitsrecht und normiert in § 10 Abs 1, dass „die Einführung und Verwendung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen, welche die Menschenwürde berühren, [...] unzulässig [ist], es sei denn, diese Maßnahmen [...] erfolgen in Betrieben, in denen kein [BR] eingerichtet ist, mit Zustimmung des [AN].“

a) Betriebliche Disziplinarordnungen (Z 1)

Solche sind **Maßnahmen des Betriebsinhabers** zur **Wahrung oder Wiederherstellung** der betrieblichen Ordnung, durch die dem AN ein – rechtlich zulässiger – Nachteil zugefügt oder angedroht wird. Dieser kann wirtschaftlicher (Geldstrafen, Verlust von Biennalsprüngen, etc) oder sozialer Natur (Erteilung einer Rüge) sein. Die Disziplinarmaßnahme muss (1) **im KV oder in der BV vorgesehen** sein und (2) **vom BR durch Zustimmung genehmigt** werden.

Rsp: Entlassungen, Kündigungen oder Versetzungen sind keine Disziplinarmaßnahmen, da dort **eigene BR-Mitwirkungsbefugnisse** (§§ 101, 105 ff ArbVG) bestehen.

b) „Qualifizierte“ Personalfragebögen (Z 2)

- ☛ „**Personalfragebögen**“ sind **Schriftstücke**, die **Fragen an AN** enthalten und mit der **Aufforderung** zur Ausfüllung ausgegeben werden.
- ☛ „**Qualifiziert**“ (und nicht „schlicht“) sind diese, wenn neben Personendaten/Qualifikationen auch **Daten** abgefragt werden, durch die der AG **Informationen** (zB zu persönlichen Umständen/Meinungen) erhält, an denen der AN ein **Geheimhaltungsinteresse** hat.

Die Einführung solcher Fragebögen erfordert die Zustimmung des BR. Darüber hinaus gibt es auch noch **absolut unzulässige Fragestellungen** (zB über die sexuelle Orientierung/pol. Einstellung), deren Vereinbarung iRe BV iSd § 879 ABGB **nichtig** wäre. Ob in den geschützten Intimbereich des AN eingegriffen wird, ist Frage einer **Abwägung** zwischen (AN-)Geheimhaltungs- und (AG-)Informationsinteresse.

Solche Fragebögen kommen überwiegend **Einstellungsprozess** zum Einsatz – der BR vertritt hierbei daher bereits die Einstellungserber.

c) Die Menschenwürde berührende Kontrollmaßnahmen (Z 3)

Kontrollmaßnahmen sind **alle zur Überwachung von AN geeigneten menschlichen Verhaltensweisen und technischen Vorrichtungen, die objektiv-abstrakt zur Kontrolle geeignet sind**. Sind sie **auf Dauer** angelegt (keine *ad-hoc*-Kontrollen), sind sie **zustimmungspflichtig**.

| | | |
|--------------------|----------------------------------|---|
| ...nicht tangieren | ☛ mitbestimmungsfrei | § 96 Abs 1 Z 3 (<i>e contrario</i>) |
| ...tangieren | ☛ Mitbestimmung notwendig | § 96 Abs 1 Z 3; § 16 ABGB sowie Art 7 EMRK, § 1 DSG |
| ...verletzen | ☛ unzulässig (sittenwidrig) | § 879 ABGB |

Die **Abwägung** erfolgt va unter Heranziehung dessen, was für die vorliegenden Dienstverhältnisse **typisch** und **geboten** ist und, ob es **Alternativen** gäbe.

Beispiele aus der OGH-Rsp:

- **Rufdatenerfassung:** Tangiert Menschenwürde jedenfalls. Bei Verweigerung des BR: Wandlung zu § 96a Abs 1 Z 1-Tatbestand.
- **Fingerabdruckscanner:** Tangiert die Menschenwürde ebenfalls und ist daher **mitbestimmungspflichtig**.
- **kollektive Alkoholkontrolle:** Verletzt die Menschenwürde und ist insofern **unzulässig** (OGH 9 ObA 23/15w).

d) Leistungslohnsysteme (Z 4)

Besteht **keine Regelung** durch KV oder Satzung, muss die **Einführung/Regelung von Akkord-, Stück- und Gedinglöhnen** sowie **akkordähnlichen Prämien und Entgelten**, die auf **statistischen oder ähnlichen Verfahren** basieren, Inhalt einer **notwendigen BV** sein. Bis 2011 musste der BR auch „**sonstigen leistungsbezogenen Entgelten**“ zustimmen, die nun TB der **fakultativen BV** (§ 97 Abs 1 Z 16 ArbVG) sind.

2. Notwendig erzwingbare Betriebsvereinbarungen (§ 96a ArbVG)

Diese **notwendigen BV** sind **erzwingbar**. Dh, dass die **Schlichtungsstelle** (§ 144 ArbVG) die Entscheidung darüber fällen kann – im Rahmen des übereinstimmenden Vorbringens und der übereinstimmenden Anträge der Streitteile (§ 146 Abs 2 ArbVG).

- ☛ **Elektronische Personaldatenerfassung** (§ 96a Abs 1 Z 1 ArbVG): Soweit die tatsächliche/vorgesehene Verwendung automationsunterstützt ermittelter (etc) personenbezogener Daten (über allg. Personendaten hinaus) nicht bloß die Erfüllung von Pflichten betrifft (zB Arbeitszeitaufzeichnungen, Lohnverrechnung), ist sie **zustimmungspflichtig**, aber auch der **Zwangsschlichtung** zugänglich.
- ☛ **Personalbeurteilungssysteme** (§ 96a Abs 1 Z 2): **Ebenso**, wenn Daten ü. betriebl. Verwendung hinausgehen (**Interessensabwägung**).
- ☛ **Mitwirkung des BR an der Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen:** **Ebenso**, nicht jedoch Errichtung/Auflösung (bd fakultative BV).

3. Fakultativ erzwingbare Betriebsvereinbarungen (§ 97 Abs 1 Z 1 bis 6a ArbVG)

Besteht **keine Regelung** durch KV oder Satzung, können die Regelungs-TB der Ziffern 1 bis 6a des Abs 1 des § 97 ArbVG (a-f) sowohl durch **Einzelvereinbarungen** abgemacht – tlw sogar durch Weisungen angeordnet – werden. Eine derartige BV kann auch **erzungen** werden:

a) Allgemeine betriebliche Ordnungsvorschriften (Z 1)

Auch eine damit befasste BV kann nur ein **mit der Arbeitsleistung zusammenhängendes Verhalten** (und insb nicht jenes des Betriebsinhabers) regeln. Bsp sind Bekleidungs Vorschriften/Alkoholverbote. Daneben steht das grds Weisungsrecht des AG.

b) Auswahl der Betrieblichen Vorsorgekasse (Z 1b)

§ 9 Abs 1 BMSVG sieht für die Veranlagung der **Abfertigung „neu“** Betriebliche Vorsorgekassen vor, deren **Auswahl durch eine fakultativ erzwingbare BV** zu erfolgen hat (nicht jedoch weitere Regelungen zB hinsichtlich Veranlagung oÄ).

c) Arbeitszeit (Z 2)

§ 97 Abs 1 Z 2 ArbVG sieht vor, dass über die **generelle Festsetzung des Beginns und Endes der täglichen (Normal-)Arbeitszeit, deren Verteilung auf die einzelnen Wochentage sowie über Dauer und Lage der Arbeitspausen** eine fakultativ erzwingbare BV abgeschlossen werden kann. Im **AZG** (vgl Kap. XIII) finden sich konkrete Verteilungsmodelle, die daher **erzwingbar** sind.

d) Abrechnung und Auszahlung der Bezüge (Z 3)

Die **Art und Weise** der Abrechnung der **Bezüge**, dh der Entgelte und Aufwandsersätze, jedoch nicht deren Berechnung, können durch **fakultativ erzwingbare BV** geregelt werden. Dabei geht es zB um die Auszahlungsform (bar/Überweisung) sowie Ort und Zeit ebendieser.

e) Sozialpläne (Z 4)

Sozialpläne sind **Maßnahmen** (in Betrieben mit mindestens **20 dauernd beschäftigten AN**) zur **Verhinderung/Beseitigung/Milderung** der Folgen einer **Betriebsänderung** (§ 109 ArbVG: Betriebseinschränkung/Verlegung/Strukturänderung/Massenkündigungen), die **wesentliche Nachteile** (Personalabbau/Verdiensteinschränkungen/Versetzungen) für zumindest erhebliche **Teile der Belegschaft** mit sich bringen.

Typischer Inhalt: Umschulungsmaßnahmen, Kündigungsverzichte des AG, Fahrtkostenzuschüsse, erhöhte Abfertigungszahlungen, usw;
Unzulässig Inhalt: „Anwesenheitsprämien“, Entgeltreduktion gegen Kündigungsstopp, Verzicht auf Geltendmachung von BR-Rechten;

Besonderheit: Sozialpläne können auch die **Rechtsverhältnisse ausgeschiedener AN** regeln (OGH 9 ObA 10/95).

f) Betriebsmittelnutzung (Z 6)

Auch **Benutzungsregeln** für die **dienstliche Nutzung** von Betriebsmitteln (PC, Handy, etc) können BV-Bestandteil sein.

4. Fakultative Betriebsvereinbarungen (§ 97 Abs 1 Z 7 bis 26 ArbVG)

Die in den **Z 7 bis 26** aufgezählten Regelungsgegenstände können Gegenstand einer fakultativen BV sein. Kommt hier **keine Einigung** zustande, kommen **einzelvertragliche Vereinbarungen** und tlw auch **Weisungen**, **nicht** jedoch der **Anruf einer Schlichtungsstelle** infrage.

a) Grundsätze für den Urlaubsverbrauch (Z 10)

Darunter ist eine **Richtlinienkompetenz iSe generellen Ordnung des Urlaubsverbrauchs** zu verstehen – das heißt zB die Abmachung bestimmter Verfahren zur Inanspruchnahme des Urlaubs (Stichwort: *Wer geht wann?*). **Nicht Inhalt** einer (fakultativen) BV sein können die Ausgestaltung des **materiellen Inhalts des Urlaubsanspruchs** oder die **Festlegung best. Urlaubstermine** (zB verbindlicher Betriebsurlaub).

§ 2 Abs 4 URLG: Umstellung des Urlaubsjahres vom Arbeits- auf das Kalenderjahr: ein **BV-Tatbestand** außerhalb des ArbVG.

b) Entgeltfortzahlung für Betriebsversammlungen (Z 11)

AN sind für Betriebsversammlungen zwar **dienstfrei** zu stellen (§ 47 Abs 1 ArbVG); einen **Anspruch auf Entgeltfortzahlung** gibt es aber grds nicht (Fahrtkostenersatz ebenso wenig). Diese können jedoch durch (eben **fakultative**) BV geregelt werden.

c) Aufwandsersatz (Z 12)

IRd Vergütung von Aufwendungen des AN im Interesse des AG können sowohl **Diäten** und **Kilometergelder** als auch **Verrechnungsmodalitäten** und **Abrechnungsfristen** durch eine **BV** bestimmt werden.

d) Zuwendungen aus besonderen betrieblichen Anlässen („Jubiläumsgelder“, Z 15)

Neben den **Leistungslohnsystemen** (notwendige BV, § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG) und den **Gewinnbeteiligungen bzw leistungs- und erfolgsbezogenen Prämien und sonstigen Entgelten** (siehe unten, fakultative BV, § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG) sind die hier besprochenen sog „**Jubiläumsgelder**“ (fakultative BV, § 97 Abs 1 Z 15 ArbVG) der dritte BV-Regelungstatbestand mit Entgeltbezug. Also solche gelten (lt OGH) nur **Sonderprämien**, die bei aufrehtem Dienstverhältnis **alle 5 Jahre oder seltener** vergeben werden (zB Firmen- oder AN-Jubiläen).

Jährliche Treuegelder oder monatliche Treueprämien nach gewisser Dienstzeit fallen also nicht unter diesen BV-Tatbestand.

e) Gewinnbeteiligung, leistungs- und erfolgsbezogene Prämien und Entgelte (Z 16)

Solche sind **Regelungskomplexe, die Rechtsansprüche der AN auf Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens** (insb deren Voraussetzungen/Berechnung) vorsehen. Sie sind durch fakultative BV regelbar.

Seit 2011 fallen darunter auch **leistungs- und erfolgsbezogene Prämien** (die zuvor unter die Leistungslohnsysteme und damit die notwendigen BV [Z 4] fielen), die aufgrund der extensiven OGH-Auslegung „**sonstiger leistungsbezogener Entgelte**“ und der dadurch bedingten Notwendigkeit der Sanktionierung solcher Prämien durch den BR, in den Bereich der fakultativen BV verschoben wurden.

f) Pensions-BV (Z 18, 18a und 18b)

Die (fakultative) BV kann alle Formen der **betrieblichen Altersvorsorge** iZm Betriebspensionen regeln:

- **Z 18: direkte Leistungszusagen** (durch den AG selbst zu erbringende Betriebspension)
- **Z 18a: Pensionskassen-Zusagen** (§ 3 BPG sieht einen gesetzlichen Mindestinhalt einer diesbzgl BV vor)
- **Z 18b: betriebliche Kollektivversicherung**

Die **Besonderheiten** der **Z 18a und b** sind, dass BVs darüber **nur hinsichtlich neu eintretender AN kündbar** sind (§ 97 Abs 4 ArbVG). Im Rahmen von **Betriebsaufnahmen** können alle drei unter Einhaltung der Kündigungsfrist (1 Monat) gekündigt werden (§ 31 Abs 7 ArbVG).

g) Rahmenbedingungen für den Wechsel zur Abfertigung „neu“ (Z 26)

Durch (fakultative) BV können gem § 97 Abs 1 Z 26 ArbVG weiters **Rahmenbedingungen** für den **Wechsel** vom alten in das neue **Abfertigungssystem** bestimmt werden (siehe Kap. XVIII). Der tatsächliche Wechsel kann nur mittels **Einzelvereinbarung** erfolgen, durch die entsprechende BV werden bloß generelle Regelungen für den Fall erfolgreicher Einzelvereinbarungen getroffen.

G. Beendigung von Betriebsvereinbarungen

Jede Betriebsvereinbarung kann...

- ...durch **einvernehmliche Auflösung**,
- ...durch **Eintritt einer (Resolutiv-)Bedingung**,
- ...durch **Zeitablauf** oder
- ...aus **wichtigem Grund**...

...**beendet** werden. *Ex lege* beenden der **Verlust der Betriebsidentität** oder die **Unanwendbarkeit des zugrundeliegenden KV** (ersatz- und nachwirkungslos) die BV. (Zu Umstrukturierungen siehe Kap. XIX.) Bei der **Beendigung durch Kündigung** ist zu differenzieren:

- ☛ Unbefristet abgeschlossene **fakultative BV**: mangels abweichender Abmachung **zum Monatsletzten** unter Einhaltung der **dreimonatigen Kündigungsfrist** schriftlich kündbar (§ 32 Abs 1 ArbVG).
- ☛ **Notwendige BV**: mangels Vorschriften über die Geltungsdauer **jederzeit** und **fristlos** in Schriftform (oder durch BR-Wegfall) kündbar.
- ☛ **Erzwingbare bzw notwendig erzwingbare BV**: gem § 32 ArbVG überhaupt **nicht kündbar** (*str* ist die Vereinbarung durch BV-Parteien).
- ☛ **Pensionskassen-BV/BV ü. d. betriebl. Kollektivversicherung**: gem § 97 Abs 4 ArbVG nur hinsichtlich jener Arbeitsverhältnisse kündbar, die nach der Kündigung begründet wurden. Diese Beschränkung gilt allerdings nicht für Pensions-BV bei Vorliegen einer Betriebsaufnahme iSd § 31 Abs 7 ArbVG.

H. Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen

Die Nachwirkung einer BV setzt voraus, dass diese **gekündigt** wurde. Dann „bleiben ihre Rechtswirkungen für Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar vor ihrem Erlöschen durch sie erfaßt waren, so lange aufrecht, als für diese [...] nicht eine neue [BV] wirksam oder mit den betroffenen [AN] nicht eine neue Einzelvereinbarung abgeschlossen wird.“ (§ 32 Abs 3 ArbVG). Die nachwirkende BV wird allerdings **dispositiv**.

Wird die BV **nicht gekündigt** sondern bspw nur eine implementierte Verlängerungsautomatik abgelehnt (dies stellt keine Kündigung dar), entfaltet sie **keine Nachwirkung** (iSd § 32 Abs 3 ArbVG).

- ☛ **Erzwingbare BVs** sind gem § 32 Abs 2 **gar nicht kündbar**, daher kommt auch keine Nachwirkung infrage.
- ☛ **Notwendige BVs** sind zwar kündbar, allerdings ist eine **Nachwirkung** gem § 96 Abs 2 ArbVG **explizit ausgeschlossen**.

Ein weiterer Spezialfall in § 31 ArbVG sind **Übergang (Abs 4)**, **rechtliche Verselbständigung (Abs 5)**, **Zusammenschluss (Abs 6)** und **Aufnahme eines Betriebsteils (Abs 7)**. In diesen Fällen (sind (verschlechternde) Einzelvereinbarungen gem § 32 Abs 3 erst nach Ablauf eines Jahres möglich. Zur Kündigung von BVs über die Altersvorsorge siehe oben.

Zusätzlich: Übersicht der Wirkungen der verschiedenen Arten von Betriebsvereinbarungen

| | notwendig (96) | notwendig erzwingbar (96a) | fakultativ erzwingbar (97 Abs 1 Z 1-6a) | fakultativ (97 Abs 1 Z 7-26) | „freie“ BV |
|-----------------------------------|----------------|----------------------------|---|------------------------------|-----------------|
| Erzwingbar? | ✗ | ✓ | ✓ | ✗ | ✗ |
| Normwirkung? | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✗ |
| Unabdingbar bzw relativ zwingend? | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✗ |
| Kündbar? | ✓ | ✗ | ✗ | ✓ | (siehe Kap. VI) |
| Kündigungsfrist? | ✗ (96 Abs 2) | / | / | ✓ (32 Abs 1) | |
| Nachwirkung? | ✗ | ✗ | ✗ | ✓ | |

A. Die „freie“ Betriebsvereinbarung

Betriebsvereinbarungen sind **unwirksam**, wenn sie...

- ... **über einen unzulässigen Regelungsgegenstand** (dh eine Angelegenheit, die weder Gesetz noch KV der BV übertragen),
Hier sind insb die **engen Grenzen der BV-Bestimmungen über Entgelt** (§ 97 Abs 1 Z 15, 16 ArbVG) zu erwähnen.
- ...**von einem unzuständigen Belegschaftsorgan** (zB einem nicht abschlusskompetenten Zentral-BR) **geschlossen** wird oder
- ...das (Schrift-)Formgebot **nicht eingehalten** wird.

Das heißt, dass die BV weder **Norm-** noch **Nachwirkung** entfaltet. Sie kann aber der **schlüssigen Ergänzung der Einzelarbeitsverträge**, wenn sowohl der AG als auch die Gesamtheit der AN den Willen zu erkennen geben, sich an die Bestimmungen halten zu wollen. Damit wird die „freie“ BV zur **Vertragsschablone** und deren Inhalt aufgrund konkludenter Zustimmung (§ 863 ABGB) zum **Inhalt der Einzelverträge**.

In der neueren Rsp gesteht der OGH den „freien“ BV zunehmend **kollektiven Charakter** zu, indem er bspw bei der Auslegung verstärkt auf den Willen von BR und Betriebsinhaber abstellt und dahingehend argumentiert, dass auch die Abänderung der „freien“ BV durch Betriebsinhaber und BR (im Einvernehmen) möglich sei – mit allen damit verbundenen Konsequenzen (Durchschlag der Änderungen in die Einzelarbeitsverträge).

Auch **neu eintretende AN** sind von den Rechtswirkungen erfasst, wenn sie **mit Grund davon ausgehen können**, dass eine allgemein und regelmäßig angewandte „freie“ BV **auf sie in gleicher Weise und unter gleichen Voraussetzungen** wie bei anderen vergleichbaren AN angewandt wird. Dabei reicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Die Wirkung kann für neue AN aber **ausdrücklich ausgeschlossen** werden.

Die **kollektive Beendigung** gegenüber dem BR ist – aufgrund dessen, dass die Regelungen Einzelvertragsinhalt sind – **nicht möglich**. Allerdings möglich sind (1) die **Änderungskündigung** (siehe Kap. XVI), (2) eine Änderung **im Einvernehmen** oder (3) – falls die „freie“ BV Beendigungsmöglichkeiten vorsieht, die sodann Einzelvertragsinhalt werden – bspw die **Teilkündigung**, die aber grds gegenüber jedem AN einzeln ausgesprochen werden muss (obwohl der OGH zunehmend „kollektive“ Beendigungen zulässt, bspw OGH 9 ObA 31/059).

B. Die Betriebs- und Individualübung

Eingespielte Verhaltensweisen bzw konkret wiederkehrende, urspr rechtsgrundlose Handlungen (zB Reinigung eines zusätzlichen Raumes), Leistungen (zB Weihnachtsgeschenk vom AG) oder Duldungen (zB 30 Minuten früher Schluss am Freitag) können zwei Probleme aufwerfen:

- (1) Einzelne AN fühlen sich zu Unrecht davon ausgeschlossen (Frage der Gleichbehandlung, siehe Kap. XV).
- (2) Der AG möchte die Duldung/Leistung in Zukunft unterlassen (Frage der Bindung an faktisches Verhalten, siehe hier).

Die Frage der Bindung an solche Verhaltensweisen wird hier besprochen. Man unterscheidet bei dieser „Übung“...

- ...die **Individualübung** (die nur gegenüber einem einzelnen AN geübten Verhaltensweisen) und
- ...die **Betriebsübung** (die gegenüber der gesamten Belegschaft geübten Verhaltensweisen).

☛ Zusammenfassend ist die **Betriebsübung** die regelmäßige Wiederholung gleichförmiger Verhaltensweisen, die den AN sowohl **begünstigen** als auch **verpflichten** kann – sofern (ähnlich der „freien“ BV) sie im Wege einer **konkludenten Einzelvertragsergänzung** Inhalt des Arbeitsvertrags wird. Dabei bildet die **Verhaltensweise** das **Offert** und die **Entgegennahme** die **Annahme**.

„Regelmäßig wiederkehrend“ ist eine Verhaltensweise dann, wenn der Vertragspartner **berechtigterweise darauf vertrauen** kann, die Leistung (oÄ) auch in Zukunft wieder zu erhalten. Das wird **nach der dritten vorbehaltlosen Gewährung** angenommen.

Wird eine Leistung regelmäßig wiederkehrend gewährt, jedoch in **wechselnder Höhe**, so wird von einem diesbzgl **Gestaltungsrecht des AG** ausgegangen. Dieses darf er allerdings nur iRv **Treu und Glauben** ausüben.

Keine Betriebs- oder Individualübung wird bei gleichförmiger Ausübung des Weisungsrechts (zB Einsatz an einem Ort trotz arbeitsvertraglicher Arbeitsverpflichtung im Bundesgebiet) oder bei ohnehin vertragswidrigem Verhalten (wiederkehrendes, sanktionsloses Zuspätkommen) angenommen.

Neu eintretende AN können bei Eintritt von der Geltung der Betriebsübung ausgeschlossen werden. Passiert dies allerdings nicht, stehen ihnen dieselben Leistungen (mit denselben Beschränkungen ebendieser) zu wie jenen, die die diesbzgl Voraussetzungen erfüllen. Dabei kommt es nicht auf ihren individuellen Wissensstand an, sondern nur auf das „**Wissenkönnen**“ (OGH 8 ObA 145/972).

Betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen (eine gewisse Organisation/Institutionalisierung aufweisende Maßnahmen, die der sozialen Sicherheit/Förderung der AN dienen [bspw Werksbus, Personalkantine, Betriebskindergarten, etc]) begründen lt OGH einen **Anspruch der Gesamtheit der Belegschaft**. Der AG kann solche, sofern in der BV keine BR-Mitwirkung für die Auflösung vorgesehen ist (§ 95 Abs 3 ArbVG), auch einseitig auflösen.

In einer Entscheidung hat der OGH allerdings zwischen der Wohlfahrtseinrichtung (zB Betriebskantine) und dem davon uU trennbaren Individualanspruch (zB vergünstigtes Mittagessen) unterschieden.

Der OGH hat außerdem **Bedenken gegen eine konkludente Vertragsergänzung bei entgeltfernen AG-Leistungen** (zB Konzertkarten) vorgebracht. Hier ist ein strenger Maßstab anzulegen. **Jährlich neu verhandelte Sonderzahlungen** begründen auch keine Betriebsübung.

Vorbehalt/Widerruf: Wird ein (Unverbindlichkeits-)Vorbehalt angebracht, ist Betriebsübung ausgeschlossen und es entsteht kein Rechtsanspruch. Im Falle einer Zuerkennung gegen Widerruf muss den AN zumindest die entspr. Willenserklärung zugehen (zzgl Billigkeitskontrolle).

Beendigung: Diese ist (1) durch vereinbarten **Widerruf**, (2) **einvernehmlich** oder (3) mittels **Änderungskündigung** möglich.

Unter Umständen sind **gemischte Betriebsübungen** (regelmäßige Abgeltung von über den Arbeitsvertrag hinausgehende Mehrleistungen der AN) als **Auslobung** iSd § 86o ABGB zu deuten, was die Vorteile hätte, dass für den AN keine Verpflichtung zur Erbringung dieser Leistungen in der Zukunft und für den AG die Möglichkeit des Widerrufs auch ohne Vereinbarung bestünden.

A. Anbahnung des Arbeitsvertrages

Für die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes sieht das GIBG verschiedene Regeln vor. Darunter:

- § 9 GIBG: **Gebot der geschlechtsneutralen Ausschreibung** (es sei denn, die Beschäftigung eines AN anderen Geschlechts wäre rechtlich oder faktisch ausgeschlossen),
- § 23 GIBG: **auch sonst diskriminierungsfreie Weise der Ausschreibung** (wobei Differenzierungen bei Eigenschaften möglich sind, die eine wesentliche, berufliche Anforderung darstellen) sowie
- §§ 10 und 24 GIBG: Zuwiderhandeln kann eine **verwaltungstrafrechtliche Haftung des Arbeitsvermittlers** entstehen (<360€). Darüberhinausgehende (abstrakte) SE-Ansprüche ohne konkrete Diskriminierung im konkreten Auswahlverf. bestehen nicht.

Außerdem haben Stellenausschreibungen das **jeweils geltende Mindestentgelt** sowie allfällige **Überzahlungsbereitschaft** zu enthalten.

Vorvertragliches Schuldverhältnis: IRd CIC müssen potentielle Vertragspartner schon vor Vertragsabschluss gewisse **Sorgfaltsmaßstäbe** einhalten und **Rücksicht** nehmen (und zB über Art/Umfang des Leistungsgegenstandes oder etwaige Hindernisse aufklären). Außerdem darf **kein grundloses Vertrauen** erweckt werden. Es bestehen wechselseitige **Verschwiegenheitspflichten** (*ansonsten: Haftung aus CIC*).

Wie diese vorvertraglichen Pflichten (bzw die Haftung) im Einzelfall ausgestaltet sind, ist schwierig/unübersichtlich. Bspw eine Schwangerschaft muss nicht bekanntgegeben werden (wg drohender Nachteile einer Verletzung der Gleichbehandlungs-RL), dasselbe gilt wohl für sexuelle Orientierung/Ethnie/Behinderung, sofern keine wesentliche, berufliche Anforderung (iSe **sachlichen Rechtfertigung**) entgegensteht.

Zumindest in einem obj. **Konnex mit dem in Aussicht genommenen Vertragsinhalt liegende Hindernisse** müssen bei **Überwiegen des (berechtigten, billigenwertigen, schutzwerten) Interesses des AG** über das AN-Interesse am Schutz der eigenen Privatsphäre bekanntgegeben werden. Immer, wenn eine solche Konstellation vorliegt, hat der AG ein **Fragerecht** und der AN eine **Antwortpflicht**. Die Verschwiegenheitspflicht bzgl solch privater Informationen bleibt auch ohne späteren Abschluss des Vertrages aufrecht.

Die §§ 3, 16 GIBG sehen **weitere Diskriminierungsverbote** bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen vor (Verbot der Nichtbegründung auf Basis unsachlicher Gründe wie Geschlecht oder anderer verbotener Differenzierungen). **Zuwiderhandeln** führt zu SE-Ansprüchen der diskriminierten Person bis zur **Gesamtsumme von zwei Monatsgehältern** (§ 12 GIBG).

Der **Ersatz von Vorstellungskosten** kann nur auf vertraglicher (uU konkludenter) Zusage erfolgen (grds gilt **Eigenfinanzierungspflicht**).

Vorverträge iSd spielen grds keine Rolle. **Ausnahmen** gibt es im Bereich **saisonaler Aussetzungsvereinbarungen**, wobei deren Charakterisierung (Wiedereinstellungsvereinbarung oder Karenzierung?) **strittig** ist.

B. Abschluss und Formerfordernisse

Grds kommen beim Arbeitsvertrag (= schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft) die **allgemeinen Vertragsschlussregeln** (§§ 861 ff ABGB) zur Anwendung. Daher kommen auch **konkludente Willenserklärungen** iSd § 863 – insb im Bereich der Vertragsänderung- und Anpassung – zur Anwendung (zB bei einer nicht ausdrücklichen Änderung des AN-Tätigkeitsfeldes und dessen kommentarloser Entsprechung).

- **Geschäftsfähigkeit:** Die vertragsschließenden Parteien müssen **voll geschäftsfähig** (dh 18 Jahre alt, § 21 ABGB) sein. § 152 ABGB erlaubt allerdings schon **mündigen Minderjährigen** die vertragliche Selbstverpflichtung zu Dienstleistungen. Davon sind **Lehr- oder sonstige Auszubildungsverhältnisse** ausgenommen (vgl diesbzgl Regelungen in § 12 BAG) – lt *Trinko* nur unter 18 Jahren.
- **Form:** Grds gilt **Formfreiheit** (dh mündlich, schriftlich und konkludent möglich) vom Abschluss bis zur Beendigung. Es gibt allerdings vereinzelt **Schriftformerfordernisse**, uzw (1) für Lehrverträge, (2) für die Vereinbarung der Überlassung künftiger Dienstleistungen an den AG (§ 7 PatentG) und (3) für Kautionsbestellungen (für etwaige SE-Ansprüche gegen den AN, § 1 KautSchG).

In den Fällen (2) und (3) führt die **fehlende Schriftform zur Ungültigkeit der vereinbarten Klausel**.

Nach Abschluss des Vertrags ist dem AN ein **Dienstzettel/Dienstschein** auszufertigen, wobei es sich **nur um eine Bestätigung** mit Beweisfunktion handelt. Er hat wesentliche **Rechte/Pflichten** aus dem Vertrag zu beinhalten (vgl § 2 AVRAG, § 6 AngG, § 2 JournalistenG, etc). Außerdem **Name/Anschrift** von AG und AN sowie typischerweise **Zeitpunkt des Beginns, Dauer der Kündigungsfrist/Kündigungstermin, gewöhnlicher Arbeitsort, die Normalarbeitszeit**, eine allfällige **Einstufung** (zB VerwGruppe), die **Verwendung, den Gehalt, das Ausmaß des jährlichen Erholungsurlaubs** – und andere. Es besteht seit 01.08.04 auch für freie DN eine **Dienstzettelpflicht** (§ 1164a ABGB).

Falls eine **Auslandsentsendung** von mehr als einem Monat vorliegt, muss der Dienstzettel gem § 2 AVRAG weiters Angaben über deren voraussichtliche Dauer, allfällige zusätzliche Vergütungen sowie die Währung der Entgeltzahlung enthalten.

Änderungen der im Dienstzettel enthaltenen Rechte/Pflichten sind unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats, schriftlich mitzuteilen.

Wurde ein **schriftlicher Arbeitsvertrag** errichtet (oder das Dienstverhältnis dauert max. einen Monat), kann die Ausfertigung eines Dienstzettels unterbleiben. Sowohl der Dienstzettel als auch der Arbeitsvertrag sind **gebührenbefreit**.

C. Inhaltserfordernisse

Die bürgerlich-rechtlichen **Grenzen der Möglichkeit und Erlaubtheit** (§§ 878 f ABGB) stecken die Grenzen des Vertragsgegenstandes ab. Erfasst sind die Fälle der **tatsächlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses**. Tritt eine Unmöglichkeit **nachträglich** auf, ist sie als **Leistungsstörung** zu qualifizieren. § 879 erfasst **Verstöße gegen die guten Sitten** (zB Anstellung eines Killers).

D. Vertragsabschluss mit Ausländern

1. Grundsätzliches

Die **Beschäftigung von (EU-)Ausländern** unterliegt durch das **AuslBG** einem abgestuften Regime an Eingriffsintensitäten (Beschränkungen und Kontrollen), die mit zunehmender Dauer der Beschäftigung im Inland abnehmen.

- „**Ausländer**“ ist grds, wer weder die österreichische noch eine EU- bzw EWR-StB besitzt. Ausgenommen sind auch Ehegatten/Kinder von Österreichern/EU-/EWR-Bürgern/besonderen Führungskräften, Beschäftigte dipl. Vertretungen sowie Asyl-/Subschatzberechtigte.
- „**Beschäftigung**“ ist grds die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (§ 2 Abs 1, 2 AuslBG), sowie aber auch Beschäftigungen in arbeitnehmerähnlichen und in Auszubildungsverhältnissen.

Ein AG darf einen Ausländer beschäftigen, wenn ihm für diesen eine **Beschäftigungs-** oder **Entsendebewilligung** erteilt wurde bzw eine **Anzeigebestätigung** oder eine **EU-Entsendebestätigung** ausgestellt wurde.

Weitere Möglichkeiten sind eine für diese Beschäftigung gültige „**Rot-Weiß-Rot-Karte**“, eine „**Blaue Karte EU**“, eine „**Aufenthaltsbewilligung Künstler**“ oder eine „**Rot-Weiß-Rot-Karte plus**“, der „**Daueraufenthalt EU**“ oder ein **Befreiungsschein** nach § 4c AuslBG (§ 3 Abs 1 AuslBG) – jeweils des Ausländers.

2. Beschäftigungsbewilligung

Die regionale **AMS-Geschäftsstelle** kann gem § 4 AuslBG auf Antrag des AG für einen **konkreten Arbeitsplatz** eine Beschäftigungsbewilligung ausstellen. Diese bezieht sich nur auf die konkrete, vorliegende Beschäftigung (dh auf den konkreten Arbeitsvertrag). Die Erteilung der Bewilligung ist von verschiedenen Faktoren abhängig. Diese sind unter anderem:

- Gewähr, dass der AG die Lohn-/Arbeitsbedingungen und die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält;
- **legaler Aufenthalt in Österreich**;
- **keine wichtigen Gründe** in der Person, die dagegensprechen (zB wiederholte Verstöße innert 12 Monaten, vgl § 4 Abs 2 AuslBG);
- Kapazitäten im **österreichischen Kontingent** (Begrenzung der Gesamtzahl, vgl §§ 4 Abs 6 ff, 12 ff AuslBG);
- Erfüllung der mit der Bewilligung verknüpften Auflage, den Ausländer **nicht zu schlechteren Arbeits-/Lohnbedingungen** als die Mehrzahl vergleichbarer AN im Betrieb zu beschäftigen (§ 8 Abs 1 AuslBG);

Die bereits erteilte Bewilligung ist zu **widerrufen**, wenn der Antragsteller **wissentlich falsche Angaben** gemacht oder **Tatsachen verschwiegen** hat (§ 9 AuslBG).

Die Bewilligung **erlischt** des Weiteren **(1)** mit der Beendigung der tatsächlichen Beschäftigung sowie **(2)** bei unterbliebener Aufnahme der bewilligten Beschäftigung innert 6 Monaten (§ 7 Abs 6 AuslBG). Außerdem ist sie **auf höchstens ein Jahr befristet** (§ 7 Abs 1 AuslBG).

Die Beschäftigungsbewilligung ist **sonstige Wirksamkeitsvoraussetzung** für den Arbeitsvertragsschluss. Ohne diese ist dieser **rechtsunwirksam**. Damit wäre der AN allerdings auf bloß **bereicherungsrechtliche Ansprüche** verwiesen, da keine Anspruchsgrundlagen aus dem Arbeitsvertrag infrage kämen. Dem steht § 29 AuslBG entgegen, der für **ohne Beschäftigungsbewilligung Beschäftigte** sicherstellt, dass sie die gleichen Ansprüche wie aufgrund gültigen Vertrags haben (je nach Verschulden). Fällt die Beschäftigungsbewilligung **nachträglich** weg, ist die Beschäftigung unter Einhaltung der gesetzlichen/kollektivvertraglichen Fristen und Termine zu beenden.

Die Beschäftigungsbewilligung ist vom AG einzuholen. Eine **verbotene Ausländerbeschäftigung** ist ein **Verwaltungsstraftatbestand** (§ 28 AuslBG).

3. Daueraufenthalt-EU (§ 45 NAG)

Das Fremdenrechtspaket 2005 (zuvor gab es den „Niederlassungsnachweis“) führte den Daueraufenthalt-EG (ab 2013: -EU) ein. Diese **Berechtigung zum Aufenthalt** berechtigt zur **unbefristeten Niederlassung** und zum **uneingeschränkten Daueraufenthalt**. Dabei handelt es sich um einen fremdenrechtlichen Aufenthaltstitel für **aufenthaltsverfestigte Ausländer** (= seit 5 Jahren in Österreich dauernd niedergelassen, regelmäßiges Einkommen [mind. 900€ netto], oder dasselbe bei Ehegatten/minderjährigem Kind), der auf Antrag von der **Bezirksverwaltungsbehörde** bzw dem Magistrat ausgestellt wird.

4. Entsandte AN: Beschäftigungsbewilligung, EU-Entsendebestätigung neu

§ 18. (1) AuslBG. Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebsitz im Inland beschäftigt werden, bedürfen, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist, einer **Beschäftigungsbewilligung**. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer einer **Entsendebewilligung**, welche längstens für die Dauer von **vier Monaten** erteilt werden darf.

Bis zur Dauer von **vier Monaten** kann also eine **Entsendebewilligung** erteilt werden, für längere Arbeiten ist vom Betriebsinhaber noch vor deren Ablauf um Erteilung einer **Beschäftigungsbewilligung** anzusuchen. **Abs 2** macht eine Ausnahme für ausschließlich kurze Arbeiten:

(2) Für Ausländer nach Abs. 1, die ausschließlich im Zusammenhang mit **kurzfristigen Arbeitsleistungen**, für die ihrer Art nach **inländische Arbeitskräfte nicht herangezogen** werden, wie **geschäftliche Besprechungen, Besuche von Messeveranstaltungen und Kongressen** und dergleichen, beschäftigt werden, ist eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung nicht erforderlich.

Weitere Ausnahmen von dieser Pflicht machen die **Abs 4** (Beschäftigte iRv Kulturabkommen) und **Abs 5** (Ensemblegastspiele im Theater).

Die Entsendung von **Drittstaatsangehörigen** von einem AG mit Betriebsitz in einem EU-Mitgliedsstaat zur **Verrichtung vorübergehender Dienstleistungen** muss seit der Novelle **BGBI 2007/78** keine Anzeige mehr beim AMS, sondern eine **Meldung ans BMF** (Zentrale Koordinationsstelle) eingebracht werden (vgl § 18 Abs 12 AuslBG).

Diese Zentrale Koordinationsstelle übermittelt die Meldung dann jedoch wiederum der regionalen AMS-Geschäftsstelle, die **innert zwei Wochen** über die **Erteilung einer EU-Entsendebestätigung** zu entscheiden hat. Die Beschäftigung darf aber schon ohne entsprechende Bestätigung begonnen werden (§ 19 Abs 2 bis 4 LSD-BG).

5. Sonstige Bewilligungen nach dem AuslBG

- **Rot-Weiß-Rot-Karte** (§§ 12 ff AuslBG iVm § 41 NAG): Diese kann für **Schlüsselkräfte** (das sind **besonders Hochqualifizierte** [§ 12 AuslBG], **Fachkräfte in Mangelberufen** [§ 12a AuslBG], **sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen** [§ 12b AuslBG]) ausgestellt werden. Sie gilt **12 Monate** und berechtigt zur Niederlassung sowie zur Beschäftigung bei einem bestimmten AG. **Mangelberufe** werden in der jährlichen **Fachkräfteverordnung** (§ 13 AuslBG) durch Arbeits- und Wirtschaftsminister festgestellt.
- **Aufenthaltsbewilligung – Künstler** (§ 14 AuslBG iVm § 43a NAG): Für sie sind unselb. Beschäftigungen (über 6 Monate) zu bewilligen.
- **Blaue Karte EU** (§ 12c AuslBG iVm § 42 NAG): Diese ist **Drittstaatsangehörigen** mit mindestens dreijährigem Hochschulstudium bei Vorliegen eines mindestens einjährigen Beschäftigungsangebots für **zwei Jahre** zu erteilen. Daraus muss das 1,5-fache Bruttojahresgehalt (Statistik Austria) abzuleiten sein und es darf kein Inländer (oder am AM verfügbarer) Ausländer zur Verfügung stehen.
- **Rot-Weiß-Rot-Karte plus** (§ 17 AuslBG iVm § 41a NAG): Diese steht Besitzern der Rot-Weiß-Rot-Karte offen, wenn sie **zumindest 10 der letzten 12 Monate** beschäftigt waren und die weiteren Voraussetzungen der angeführten NAG-Bestimmung erfüllen. Besitzer der Blauen Karte EU steht sie ebenso offen, sie müssen jedoch **21 der letzten 24 Monaten** beschäftigt gewesen sein.
- **Ferial-/Berufspraktikanten und Volontäre** (§ 3 Abs 5 AuslBG): Eine **bis zu drei Monate im Kalenderjahr** dauernde Beschäftigung von Ausländern als Praktikanten oder Volontäre muss nur bei der regionalen AMS-Stelle **angezeigt** werden (mind. zwei Wochen davor), die dann eine **Anzeigebestätigung** auszustellen hat.

E. Dauer des Arbeitsvertrages

1. Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis

Der Arbeitsvertrag tritt mit Aufnahme der wechselseitigen Leistungserbringung in sein **Erfüllungsstadium** – das Abwicklungsverhältnis. Dieser Dauerzustand bedarf einer rechtsgeschäftlichen **Beendigung**. Diese kann jederzeit durch vertragliche Einigung – dh durch **einvernehmliche Auflösung** – vorgenommen werden. Arbeitsverhältnisse werden zumeist **unbefristet** abgeschlossen. Sie können einseitig rechtsgeschäftlich durch **Kündigung** oder **vorzeitige Beendigungserklärung** enden (vgl Kap. XVI). **Befristete** Arbeitsverhältnisse enden mit Erreichung des Beendigungstermins – auch ohne weitere Willenserklärungen.

2. Befristete Arbeitsverträge

Die Befristung kann **kalendermäßig** fixiert oder an ein **Ereignis** (Bedingung) geknüpft sein. Allgemein sind solche Arbeitsverträge auch zulässig. Gerade bei **Kettendienstverhältnissen** liegen jedoch Konstruktionen vor, die vordergründig dazu dienen, arbeitsrechtliche Vorgaben (va im Bereich des Kündigungsschutzes) zu umgehen. Sie gelten daher als **sittenwidrig**, wenn sie nicht **sachlich gerechtfertigt** werden. Mit steigender Anzahl aneinandergereihter befristeter Verhältnisse steigert die Judikatur die Anforderung an solche Rechtfertigungen.

Etwa im Fall von **Karenzvertretungen**, **Saisonbetrieben** oder im **Profisport** wird eine solche Rechtfertigung angenommen. Kann diese allerdings nicht erbracht werden, wird – auch bei zeitl. Auseinanderliegen der befristeten Verhältnisse – von einem **einheitlichen Arbeitsverhältnis** (in Fortsetzung des begonnenen) ausgegangen.

Befristete Dienstverhältnisse können vor Ablauf der Frist sowohl **einvernehmlich** als auch **aus wichtigem Grund** beendet werden. Grds **nicht zulässig** ist eine Kündigung, es sei denn die Kündigungsmöglichkeit wurde vereinbart („Höchstbefristung“) – wobei auch dann auf die Bestandfestigkeit des befristeten Verhältnisses Rücksicht genommen werden muss. Der OGH hat bspw die Kündigung in einem 9-wöchigen Verhältnis abgelehnt, solche in Verhältnissen mit 1- und 3-jähriger Befristung jedoch zugelassen.

Wird ein Dienstverhältnis **auf Lebenszeit** oder **für mehr als 5 Jahre** abgeschlossen, kann der AN es nach 5 Jahren unter Einhaltung einer **sechsmonatigen Frist** kündigen (§ 21 AngG, § 18 GAngG, § 1158 Abs 3 ABGB). Dem AG steht diese **Kündigungsmöglichkeit** nur bei Vereinbarung zu.

3. Arbeitsverträge auf/zur Probe

- ☛ **Dienstverhältnis auf Probe:** Eine solche Probezeit dauert **höchstens einen Monat** (§ 19 Abs 2 AngG, § 1158 Abs 2 ABGB), darf nur am Anfang geschlossen werden und kann **jederzeit von jedem Vertragsteil** – einseitig, fristlos, grundlos – aufgelöst werden.
- ☛ **Dienstverhältnis zur Probe:** Dieses ist ein befristetes Verhältnis, das dem o.g. Regime unterliegt. „Probe“ ist das unerhebliche Motiv.

4. Arbeitsverträge zum vorübergehenden Bedarf

Solche sind grds auf **unbestimmte Zeit** abgeschlossene Arbeitsverhältnisse bei kurzfristigem Bedarf an Aushilfskräften, deren Besonderheit in der **erleichterten Lösungsmöglichkeit** (während des ersten Monats jederzeit/mit einwöchiger Frist – für beide Seiten) liegt. Die gesetzlichen Grundlagen dazu finden sich in den § 1158 Abs 2 ABGB, § 20 Abs 5 AngG, und § 17 Abs 5 GAngG.

Sie dürfen nicht mit der „Beschäftigung nach beiderseitigem Bedarf“ verwechselt werden, bei denen Verträge vorliegen, in denen die Parteien vereinbaren, dass der AN **Beschäftigungsangebote des AG** nach eigenem Bedarf ablehnen oder annehmen kann. Hier liegt nach der Judikatur insofern eine **unwirksame Vereinbarung** vor, als Ausmaß/Lage der Arbeitszeit von einem völlig willkürlichen Angebot des AG abhängig sind (*Peek-&-Cloppeburg-Entscheidung*).

5. Bedingte Arbeitsverträge

Grds sind Arbeitsverträge **bedingungsfeindlich**.

- ☛ **Resolutivbedingungen:** Völlig ungewisse (Eintritt, Zeitpunkt) zukünftige Ereignisse können keine Resolutivbedingung darstellen. Sie sind als Bedingung **unzulässig**. Sog **reduziert unsichere Bedingungen**, bei denen bspw zumindest der Zeitpunkt klar ist, an dem sich der (Nicht-)Eintritt der Bedingung herausstellt, sind der Judikatur zufolge von **zulässigen bedingten Arbeitsverträgen** aus.
- ☛ **Potestativbedingungen:** Hängt der Eintritt des zukünftigen und ungewissen Ereignisses nur vom Willen eines Vertragsteils (zumeist AN) ab oder steht in dessen Belieben, ist die **vertragliche Setzung der (Willens-)Bedingung möglich** (bis zur Grenze der Sittenwidr.).

F. Abschlussmängel und rechts-/sittenwidrige Vertragsinhalte

Die Geltendmachung der Willenswurzel mängel (§§ 870 ff ABGB; Irrtum, List, Drohung) ist im **allgemeinen Schuldrecht** mit **ex-tunc-Wirkung** (dh bei erfolgter Leistung nur **bereicherungsrechtliche Ansprüche**) möglich. Im **Arbeitsrecht** fließt das Recht auf Anfechtung (in bereits im Vollzug befindlichen Verhältnissen) jedoch in das **Recht auf vorzeitige Auflösung** über.

Bspw können Arbeiter gem § 82 lit a GewO nur dann wegen **Sorgfaltsverletzungen bei Vertragsabschluss** entlassen werden, wenn sie den AG durch die Vorweisung falscher Dokumente oder durch das Verschweigen eines bestehenden Dienstverhältnisses in Irrtum versetzt haben. *E contrario* können „bloß mündliche Täuschungen“ nicht zur Entlassung führen.

Ähnliche, die Geltendmachung von Abschlussmängeln ermöglichende Regelungen finden sich im **MSchG** und im **APSG**.

Ein **Verstoß gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten** (§ 879 ABGB) führt im allg. Zivilrecht zur **(Total-)Nichtigkeit des Vertrags** und damit zu bereicherungsrechtlichen Ansprüchen. Im **Arbeitsrecht** hat jedoch immer nach dem **Schutzzweck der übertretenen Norm** gefragt zu werden (und danach entscheiden zu werden, ob der ganze Vertrag oder nur Teile desselben unwirksam sind).

Grds ist im ArbR ein **trotz Nichtigkeit in Vollzug gesetztes** (verbotenes) **Arbeitsverhältnis** solange wirksam, bis sich ein Teil auf die Nichtigkeit beruft – mit **ex-nunc-Wirkung**. Ist die **Teilnichtigkeit** (Entfall einer Klausel) oder eine **geltungserhaltende Reduktion** einer solchen möglich, bleibt der restliche (erlaubte) Vertrag aufrecht.

G. Rücktritt vom Vertrag

Der Rücktritt setzt einen bestehenden wirksamen und fehlerfreien Vertrag voraus. Im allg. Zivilrecht (§§ 918 ff ABGB) dient er zur Lösung im Fall von **Leistungsstörungen** (bspw Verzug). Der Rücktritt vom Dienstvertrag ist im entsprechenden ABGB-Abschnitt (§§ 1151 ff) **ungeregelt**. Rücktrittsregelungen gibt es nur in **Sondergesetzen** (bspw § 30 AngG, § 30 GAngG, §§ 34 ff TAG, § 11 LAG), die jedoch nach hA **nicht analog anwendbar** sind, weshalb der Rücktritt vom Arbeitsvertrag grds nur **nach allg. Grundsätzen** möglich ist.

Der Rücktritt ist also nur im **Verzugsfall** (dh vor Eintritt in das Erfüllungsstadium) möglich, wenn der AN den Dienst nicht antritt oder der AG den AN nicht aufnimmt. Es muss eine **Nachfrist** gesetzt werden (außer es liegt ein **Austrittsgrund** vor, dh es ist dem Vertragsteil nicht zuzumuten, vgl Kap XVI), nach der der leistungsbereite Teil unter sinngemäßer Anwendung des § 1162b ABGB **zurücktreten** kann.

A. Haupt- und Nebenleistungspflichten

Der Arbeitsvertrag ist ein **zweiseitig verpflichtender**, dh **synallagmatischer** („do ut des“) Vertrag. Die **Hauptleistungspflichten** sind:

| jene des Arbeitgebers: | jene des Arbeitnehmers: |
|------------------------|---------------------------------------|
| Zahlung des Entgelts | Zurverfügungstellung der Arbeitskraft |

Die **Nebenpflichten** aus dem Arbeitsvertrag sind die wechselseitigen **Fremdinteressenwahrungspflichten**:

| jene des Arbeitgebers (Fürsorgepflicht): | jene des Arbeitnehmers (Treuepflicht): |
|---|---|
| – Verpflichtung, die Gesundheit des AN zu bewahren, | – Verpflichtung, Betriebs-/Geschäftsgeheimnisse zu wahren, |
| – Verpflichtung, die Persönlichkeitsrechte des AN zu schützen; | – Verbot, konkurrierende Nebentätigkeiten auszuüben; |

B. Hauptleistungspflichten

1. Persönliche Arbeitspflicht des AN

§ 1153 ABGB besagt, dass Dienste „in eigener Person“ zu leisten sind (**höchstpersönliche Arbeitskraft**); Vertretung ist daher grds unmöglich.

a) Umfang der Arbeitspflicht

Der Umfang der Arbeitspflicht leitet sich aus der **vertraglichen Vereinbarung** ab. Ist dies nicht möglich, sind den „**Umständen entsprechende, angemessene Dienste**“ oder „**dem Ortsgebrauch angemessene Dienste**“ zu leisten (vgl § 1153 ABGB, § 6 AngG).

Der Vertrag bleibt also auch Grundlage der Verpflichtungen, wenn diese in ihm gar nicht konkretisiert sind, da dann iSd § 914 ABGB auf die **Absicht der Arbeitsvertragsparteien** und die **Übung des redlichen Verkehrs** abzustellen ist.

Auch durch **Konkludenz** können sich Pflichten ergeben, zB anhand langer Übung oder iRv Beförderungen (konkludente Vertragsänderung).

Berufs- und Geschäftssitte determinieren das Verhältnis des Weiteren ebenso wie die Faktoren **Angemessenheit** und **Ortsgebrauch**.

Der **quantitativ Umfang dieser Pflichten** (dh das Ausmaß der Arbeitszeit) ergibt sich auch aus der Vereinbarung, wobei, wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, ein Vollzeitarbeitsverhältnis angenommen wird.

Kurzarbeit: In wirtschaftlichen Krisenzeiten kann die Normalarbeitszeit in Kooperation mit dem AMS um 10-90% verringert werden, wobei dem Betrieb dabei die **Kurzarbeitsbeihilfe** zukommt. Diese darf grds 6 Monate dauern, kann aber bis zu vier Mal (dh insg 24 Monate) beantragt werden (zB anstatt Kündigungen). Eine weitere Form der Verringerung der Arbeitszeit ist die **Altersteilzeit**, die tlw auch gefördert wird und das „Hinübergleiten in die Pension“ ermöglichen soll.

Über die äußersten **Grenzen der arbeitsvertraglichen Verpflichtung** hinaus muss der AN nur in **Notfällen** für den AG tätig werden. Dies ist aus der **Treuepflicht des AN** abzuleiten (bspw Löscharbeiten am Betriebsgelände etc). In Notfällen macht auch § 20 AZG Ausnahmen. Für die Beantwortung der Frage, ob eine **Pflicht zur Leistung von Überstunden** besteht, müssen wiederum der Vertrag, weiters KV, BV und ergänzende Vertragsauslegung (**Ortsgebrauch, Betriebsitte**) oder uU die **Treuepflicht des AN** herangezogen werden.

b) Weisungsrecht des AG und dessen Grenzen

☛ **Einseitige Direktion/Weisung/direktorale Weisung:** Dieses Weisungsrecht des AG bezieht sich einerseits auf Umfang, Art und Weise der Arbeitsleistung innerhalb der Grenzen des Vertrages, wobei darunter **sachliche und persönliche Weisungen** fallen. Für solche einseitigen AG-Gestaltungsrechte gilt, dass sie nur nach billigem Ermessen und ohne gröbliche Benachteiligung des AN auszuüben sind.

Das reicht von Weisungen in Bezug auf das Wie der Arbeitsleistung bis hin zu **Bekleidungs- oder Frisurvorschriften** (bspw für Bankangestellte).

Bei **befristeten** oder sonst **unkündbaren Arbeitsverträgen** entspricht es der stRsp, dass das Weisungsrecht relativ **weitreichend** ist, da der AN im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit einem arbeitsfreien Einkommen aufgrund geänderter Umstände rechnen durfte.

Eine Weisung, die über die Grenzen der vereinbarten Leistungen hinausgeht und nicht im Notfall (siehe oben) erfolgt, ist keine Weisung iSe direktorialen Weisung, sondern eine **vertragsändernde Weisung**, die als solche ein **Offert zur Vertragsänderung** (§ 862 ABGB) ist. Dieses kann der AN in der Folge **rechtzeitig** (§ 862a ABGB) **ausdrücklich oder stillschweigend** (§ 863 ABGB) annehmen oder ablehnen. Er kann dieses Angebot aber auch durch schlichte **Entsprechung** (§ 864 ABGB) annehmen.

Die Pflichten von AG/AN können aber nicht nur durch Vertragsänderung, sondern auch durch **Vertragsergänzung** – insb in den Fällen der „freien“ BV und der Betriebsübung bedeutsam – geändert (*hier*: erweitert) werden.

Versetzungsschutz gem § 101 ArbVG: Ist in dem Betrieb ein BR errichtet, ist diesem jede **dauernde** (mind. 13 Wochen) **Einreihung eines AN auf einen anderen Arbeitsplatz** bekanntzugeben und auf Verlangen mit ihm darüber zu beraten. Grds fällt jede **wesentliche Veränderung der Arbeitsaufgaben, des Arbeitsortes, der Arbeitszeit** (zB Wechsel zur Schichtarbeit) unter „**Versetzung**“ iSd § 101 ArbVG.

Ist mit dieser Versetzung auch eine **Verschlechterung** (Minderung des Entgelts, Verlängerung der Anfahrt, ungünstigere Arbeitszeiten, innerbetriebliche Degradierung) verbunden, ist sie **zustimmungspflichtig** (BR). Das ASG kann die Zustimmung durch **Urteil** ersetzen.

c) Recht auf Beschäftigung

Gibt es aus dem Synallagma des Arbeitsvertrages heraus grds nicht. Dieser Grundsatz wird durch einige Bestimmungen durchbrochen, so bspw § 18 TAG (Recht auf angemessene Beschäftigung des Mitglieds mit Bühnenarbeitsvertrag) bzw §§ 9 (Pflichten des Lehrberechtigten), 18 (mind. 3-monatige Weiterverwendung ausgelernter Lehrlinge) BAG – jeweils bei sonstigem SE (daher nur **mittelbare Pflichten**). Abgesehen erkennt die Rsp **an sich kein Recht auf Beschäftigung**, das bspw „Suspendierungen“ (Dienstfreistellung unter Entgeltfortzahlung) an – **außer** in ausgewählten Bereichen, in denen das Unterbleiben der tatsächlichen Beschäftigung zu einem Qualifikationsverlust führen würde (zB Ärzte, Piloten, Buslenker, Berufsfußballer).

d) Arbeitsort

Grds ist dieser im Vertrag bestimmt oder aus diesem ableitbar. Dieser enthält meist eine **Versetzungsklausel**. Der AN kann demnach auch versetzt werden, wenn er dadurch nicht gröblich benachteiligt wird. Aber auch bei fixer Vereinbarung des Arbeitsorts kann bspw bei Schließung der betroffenen Filiale eine Versetzung in eine in zumutbarer Entfernung liegende, andere Filiale.

Bei manchen Tätigkeiten kann der Arbeitsort bereits berufsbedingt kaum festgestellt werden – zB bei Bauarbeitern oder Vertretern.

2. Entgeltspflicht des AG

a) Begriff des Entgelts

Die Entgeltleistungspflicht des AG korrespondiert mit der Arbeitspflicht des AN. Unter „**Entgelt**“ wird „jede Art von Leistung“ verstanden, „die dem AN für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft gewährt wird“. Dazu zählen neben **Lohn** bzw **Gehalt** auch die **üblichen regelmäßigen oder sonstigen (außer-Jordentlichen Leistungen)**, auch wenn sie auf Mehrleistungen des AN abgestellt oder variabel (Akkord, Provision) sind. Auch Leistungen Dritter (zB Assistenzgebühren für Pflegende in Belegspitälern) können Entgeltbestandteil werden, wenn der AG darauf Einfluss nimmt und somit einen Vertrauenstatbestand schafft.

Entgeltferne Leistungen wurden iRd Betriebsübung (Kap. V) bereits behandelt – sie sind nicht als Entgeltbestandteil zu sehen.

Neben dem Entgelt gibt es außerdem die **Aufwandsentschädigungen**, die mit der Arbeitsleistung verbundene Aufwendungen (zB Kilometergeld für Fahrten mit dem Privat-Kfz, „Zulagen“ für erhöhten Reinigungsaufwand, Diäten für Dienstreisen, etc) abdecken sollen. Dies ist iRd **Entgeltfortzahlung bei Unterbleiben der Arbeitsleistung** (Kap. IX) wichtig, da **Aufwandersatz nicht fortgezahlt** werden müssen.

b) Entgelthöhe

Der Arbeitsvertrag ist **nicht notwendigerweise entgeltlich**; sofern nichts anderes bedungen ist, gilt ein **angemessenes Entgelt** als bedungen (§ 1152 ABGB). Dh, die Höhe orientiert sich primär am Vertrag, wobei in weiten Bereichen KV (Satzung, Mindestlohntarif) durch ihre **relativ zwingende Wirkung** Standards vorgeben, die nicht unterschritten werden dürfen. Einen **gesetzl. Mindestlohn** gibt es aber nicht.

Die Rsp betrachtet eine **Unterschreitung der kollektivvertraglichen Mindestentgelte von ähnlichen Tätigkeiten** jedoch als **sittenwidrige Unterentlohnung**.

☛ **Überlassene AN:** Im Rahmen einer **Arbeitskräfteüberlassung** gilt gem § 10 AÜG eine **Mindestentgeltvorschrift**: Die überlassene Arbeitskraft hat ein **angemessenes, ortsübliches Entgelt** zu erhalten, das mind. **monatlich auszubezahlen** und schriftlich abzurechnen ist. Es ist dabei zunächst nach **Überlasser-KV und -BV** (dh den Normen der kollektiven Rechtsgestaltung im Überlasserbetrieb) zu fragen, wobei bei dessen Fehlen neben **sacheinschlägigen KVs** auch deren **ortsübliche Überzahlung** heranzuziehen sind. Die Frage der **Angemessenheit** ist auf die vergleichbaren AN im Beschäftigertbetrieb zu schauen, deren kollektivvertragliches Mindestentgelt die **Untergrenze** bildet – unberührt bleibt dabei ein höherer Anspruch nach Einzelvertrag oder Überlasser-KV.

Das **ARÄG 2015** (ab 2016) sieht einige Änderungen iRv All-In-Vereinbarungen (vgl Kap. XIII), Konkurrenzklauseln (vgl Kap. XVIII) und Ausbildungskostenrückerersatz (vgl Kap. XVIII) vor. Zu All-In-Vereinbarungen:

☛ **All-In-Vereinbarungen:** Bei ab 2016 geschlossenen Vereinbarungen über Pauschalentlohnungen muss die „**betragsmäßige Höhe des Grundgehalts oder -lohns**“ am Dienstzettel oder im schriftlichen DV angegeben sein (§ 29 iVm 2 Abs 2 Z 9 AVRAG). Fehlt diese Ausweisung, hat der AN Anspruch auf den Grundgehalt/-lohn einschließlich der branchen- und ortsüblichen Überzahlungen, der am Arbeitsort vergleichbaren AN von vergleichbaren AG gebührt (**Ist-Grundgehalt** bzw **Ist-Grundlohn**).

c) Entgeltformen

Entgelt kann verschiedene Formen haben. Es gibt **Geldlohn** (Bargeld, Überweisung) und **Naturallohn** (alles, was nicht Geld ist; neben Kohledepot und Lebensmitteln bspw auch Dienstwohnungen). Das sog „**Trucksystem**“ wird durch § 78 Abs 4 und 5 GewO 1859 verboten.

Daneben sind verschiedene **Entlohnungsstrukturen** vorgesehen, die in der Praxis meist **gemischt** auftreten:

- **Zeitlohn:** Berechnung des Lohns auf Jahres-, Monats-, Wochen- oder Stundenbasis, unabhängig vom Erfolg.
- **Leistungslohn:** Berechnung des Lohns auf Leistungserfolgsbasis, zB klassisch als Akkord – nach erbrachten Arbeitseinheiten.
- **Erfolgslohn:** Berechnung nach dem wirtschaftlichen Erfolg des AN/des Unternehmens (zB Gewinnbeteiligung, Aktienoptionen).

Diese **variablen Entgeltbestandteile** werden in der Praxis unterschiedlich bezeichnet: Es gibt **Provisionen** (Beteiligung an vermittelten Geschäften), **Prämien/Boni** (Belohnung für die Erreichung indiv./gesamtbetr. Ziele) und jüngst auch auf „Performance Management“-Systemen beruhende Entlohnungsmodelle. Dazu kommen **Gewinnbeteiligungen** (BV-TB gem § 97 Abs 1 Z 16 ArbVG). Verwandt damit sind **Aktienoptionen** (sog „Stock Options“), die auch unter den Entgeltbegriff fallen.

Sonderzahlungen iSd **Remuneration** (Weihnachts- und Urlaubsgeld, 13./14. Monatsgehalt) sind **gesetzlich nicht vorgesehen**. Sie sind jedoch in jedem KV und üblicherweise auch außerhalb des KV-Geltungsbereiches in Einzelarbeitsverträgen vorgesehen.

d) Flexibilisierung von Entgelt

Durch die Wahl eines oder die Kombination der oben genannten Modelle kann das Entgelt weitgehend variabel gestaltet werden. Darüber hinaus können auch **Vorbehalte** angebracht werden, die dem AG die flexible einseitige Anpassungsmöglichkeit an neue Verhältnisse geben:

- **Freiwilligkeits- und Unverbindlichkeitsvorbehalt:** Klarstellung, dass es sich bei der Zuwendung um keinerlei Anerkennung einer Rechtspflicht handelt und eine solche auch in Zukunft – auch ohne Widerruf – nicht (zB in Form einer Betriebsübung) entsteht.
- **Einmaligkeitsvorbehalt:** Es entsteht ein Rechtsanspruch auf eine einmalige Leistung (zB iRv Bonuszielvereinbarungen), der aber danach erlischt und nicht auf andere Leistungen anwendbar ist.
- **Änderungs- und Widerrufsvorbehalt:** Solche Vorbehalte geben dem AG die Möglichkeit, einseitig – dh ohne AN-Zustimmung – aber iR biligen Ermessens – das Entgelt zu ändern/Entgeltteile zu widerrufen. iRd typisch sind „**Jeweils-Klauseln**“, die auf die jeweils geltende Fassung zB einer Provisionsordnung verweisen und durch widerspruchsfreie Annahme Vertragsbestandteil werden.

e) Fälligkeit des Entgelts

Wann das Entgelt fällig wird, kann **vertraglich frei vereinbart** werden. Es versteht sich prinzipiell als **Bruttobetrag**.

☛ **Arbeiter:** Die Bestimmungen (§ 77 GewO 1859: wöchentlich, § 1154 ABGB: nach best. Perioden, grds jedenfalls **im Nachhinein**) sind, abgesehen von § 1154 Abs 3 (sofortige Fälligkeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses), **disponibel**.

☛ **Angestellte:** Das Entgelt gebührt **spätestens am Monatsende** (§§ 15, 40 AngG), entgegenstehende Vereinbarungen sind **nichtig**.

f) Rückforderung von Übergüssen (Judikat 33 [neu])

Der Grundsatz der Rückforderbarkeit von rechtsgrundlos Geleistetem (*condictio indebiti*, § 1431 ABGB) wird im ArbR durch eine wesentliche Ausnahme infolge der stRsp abgeändert: Hat der AN die Zahlung in **gutem Glauben empfangen und verbraucht**, ist die Rückforderung **ausgeschlossen**. Die Redlichkeit wird gem § 328 ABGB **vermutet**, was heißt, dass der entgeltzurückfordernde AG die **Unredlichkeit beweisen** muss. Der AN muss den tatsächlichen Verbrauch nicht beweisen. Diese Rückforderungseinschränkungen **gelten nicht für die Lohnsteuer**.

3. Die steuerrechtliche Behandlung des Entgelts

Von **Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit** (gem § 25 EStG insb Einkünfte/Vorteile aus bestehenden/früheren Dienstverhältnissen) wird Einkommenssteuer als **Lohnsteuer durch Abzug vom Arbeitslohn** erhoben (§ 47 EStG).

Das ist vom AG vorzunehmen. Er haftet auch für die richtige Einbehaltung/Abfuhr (§§ 79 f, 82 EStG).

Der **Lohnsteuersatz** ist ein progressiver Staffeltarif, der von Einkommensstufe zu Einkommensstufe steigt – **zwischen 0% und 50%**. Jede Einkommensstufe ist eigen zu besteuern – die jeweils höheren also auch immer nur iRd Mehrbetrags über der unteren Stufe.

Sonstige Bezüge (Belohnungen, 13./14. Monatsbezug) sind nach § 67 EStG zu versteuern. Dabei beträgt der Steuersatz bis zu € 620,- **0%**, darüber grds **6%**, sofern die **Sechstelgrenze** (1/6 der laufenden Bezüge auf ein Kalenderjahr umgerechnet) nicht überschritten wird. Dem Steuersatz von 6% unterfallen auch **Abfertigungen und Auszahlungen aus BV-Kassen** (vgl § 67 Abs 3 EStG).

Allfällige **freiwillige Abfertigungen** bzw **Abfindungen** unterliegen ebenfalls den 6%, sofern sie 1/4 der Bezüge der letzten 12 Monate nicht überschreiten.

C. Vertragliche Nebenpflichten

1. Treuepflicht des AN

Aufgrund des engen personalen Einschlags ergeben sich im Arbeitsverhältnis diverse vertragliche Nebenpflichten. **Inhalt** der Treuepflicht des AN ist eine **umfassende Verpflichtung zur Wahrung betrieblicher Interessen des AG**. Sie wird aus diversen Gesetzesbestimmungen – insb Unterlassungspflichten (bspw den Entlassungsgründen) – abgeleitet. Wesentliche Pflichten des AN sind:

- die **Beistands- und Anzeigepflicht**,
- die **Verschwiegenheitspflicht** (vgl bspw § 82 lit e GewO 1859),
- das **Verbot von der Arbeitserbringung abträglichen Nebentätigkeiten oder Nebenbeschäftigungen**,
- das **Verbot der Geschenkannahme** (unberechtigte Zuwendungen durch Dritte, vgl § 27 Z 1 AngG),
- die **Gehorsampflicht** (Pflicht, Weisungen des AG nachzukommen).

Zudem normiert § 7 Abs 1 AngG das sog **Konkurrenzverbot** und ordnet in Abs 2 bestimmte Rechtsfolgen von Zuwiderhandeln an:

*§ 7. (1) Die im § 1 bezeichneten Angestellten dürfen ohne Bewilligung des Dienstgebers weder ein selbständiges kaufmännisches Unternehmen betreiben noch in dem Geschäftszweige des Dienstgebers für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen.
(2) Übertritt der Angestellte diese Vorschrift, so kann der Dienstgeber Ersatz des verursachten Schadens fordern oder statt dessen verlangen, daß die für Rechnung des Angestellten gemachten Geschäfte als für seine Rechnung geschlossen angesehen werden. Bezüglich der für fremde Rechnung geschlossenen Geschäfte kann er die Herausgabe der hierfür bezogenen Vergütung oder Abtretung des Anspruches auf Vergütung begehren.*

Die Treuepflicht besteht jedoch nicht nur im Erfüllungsstadium des Vertrages, sondern **bereits im Anbahnungsverhältnis** (siehe Kap. VII zum **vorvertraglichen Schuldverhältnis**) und **noch nach Beendigung** (bspw in Form einer vereinbarten **Konkurrenzklausele** iSd § 36 AngG).

Im Bereich der Treuepflicht geht es an sich bloß um **dienstliches Verhalten** – während außerdienstliches Verhalten idR keinerlei arbeitsrechtliche Relevanz hat. Somit zieht § 16 ABGB die **Grenze der Treuepflicht** (nämlich den Privatbereich).

Diese „**Grenze**“ kann allerdings in bestimmten Bereichen auch **überschritten werden**: Zum Beispiel ist es möglich, von einem Berufssportler einen gesunden Lebenswandel auch außerhalb der arbeitsvertraglichen Tätigkeit an den Tag zu legen. In solchen Fällen muss stets geprüft werden, inwieweit derartige Eingriffe durch betriebliche/arbeitsvertragliche Interessen zu rechtfertigen sind. Andererseits kann sich auch außervertragliches Fehlverhalten (zB im Straßenverkehr durch einen Versicherungsmitarbeiter – OGH 9 ObA 115/98x) negativ auf das Verhältnis auswirken.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Fremdinteressenwahrungspflicht eines AN – iRe beweglichen Systems – maßgeblich vom konkreten Arbeitsverhältnis abhängig ist. Die Faustregel kann sein: **je höher der Posten/Rang, desto eingreifender die Treuepflicht**.

2. Fürsorgepflicht des AG

Während die **Treuepflicht** des AN **betriebsbezogen** ist, ist die **Fürsorgepflicht** **personenbezogen**. Diese zwei Fremdinteressenwahrungspflichten **korrespondieren nicht** – sie stehen in keiner Wechselbeziehung. Im Vergleich zur Treuepflicht ist die Fürsorgepflicht **positivgesetzlich verankert** – zB in § 1157 ABGB sowie § 18 AngG:

§ 1157. (1) Der Dienstgeber hat 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 des Dienstnehmers, soweit es nach der Natur der Dienstleistung möglich ist, geschützt werden.

§ 18. (1) Der Dienstgeber ist verpflichtet, auf seine Kosten alle Einrichtungen bezüglich der Arbeitsräume und Gerätschaften herzustellen und zu erhalten, die mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Dienstleistung zum Schutze des Lebens und der Gesundheit der Angestellten erforderlich sind. (...)

(3) Der Dienstgeber hat dafür zu sorgen, daß, soweit es die Art der Beschäftigung zuläßt, die Arbeitsräume während der Arbeitszeit licht, rein und staubfrei gehalten werden, daß sie im Winter geheizt und ausreichende Sitzplätze zur Benutzung für die Angestellten in den Arbeitspausen vorhanden sind.

(4) Der Dienstgeber hat jene Maßnahmen zur Wahrung der Sittlichkeit zu treffen, die durch das Alter und Geschlecht der Angestellten geboten sind.

Diese Verpflichtungen werden durch diverse **AN-Schutzbestimmungen** (ASchG, MSchG, etc) formen diese Fürsorgepflicht genauer aus.

Der AN bringt im Rahmen der Arbeitsleistung nicht nur seine Arbeitskraft, sondern unweigerlich auch seine Person (höchstpersönliche Arbeitspflicht), was dazu führt, dass der AG die **Persönlichkeitsrechte des AN** zu **schützen** hat.

A. Die allgemeine Regelung des § 1155 ABGB

§ 1155. (1) Auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, gebührt dem Dienstnehmer das Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen, daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.
(2) Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Dienstleistung verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.

Daraus folgt eine (Nicht-)Gewährung des Entgelts je nach dem, welcher **Sphäre** (die Gründe für) das Ausbleiben der Arbeitsleistung zuzurechnen ist (sind). Daraus ergibt sich:

- ① **Sphäre des AG** (Ausfall von Maschinen, Lieferschwierigkeiten, Aussperrungen): AN hat unter **Anrechnung** dessen, was er sich **erspart, erworben** oder zu erwerben **absichtlich versäumt hat** (auch bei AG-Willkür, s. S. 97), einen **zeitlich unbegrenzten Entgeltanspruch**. Der AN muss jedoch versuchen, sich eine **zumutbare Ersatzbeschäftigung** zu verschaffen.
- **Sphäre des AN**: Grds gilt „*Ohne Arbeit kein Entgelt*“, jedoch ist in verschiedenen Bereichen eine **zeitlich befristete Entgeltfortzahlung** vorgesehen (Krankheit, Pflege naher Angeh., wichtige persönliche Gründe). **Streikende AN** haben mangels Arbeitsbereitschaft keinen Entgeltfortzahlungsanspruch. Die Behandlung des **Teilstreiks** ist *str*; die Arbeitsbereitschaft ist dann jedenfalls streng zu prüfen.
- ③ **neutrale Sphäre**: Hier besteht **grds kein Entgeltfortzahlungsanspruch** – bspw bei Bürgerkrieg oder Seuchen. Naturkatastrophen zählen an sich auch dazu; hindern sie jedoch nur einzelne AN daran, den Arbeitsplatz zu erreichen, werden sie vom OGH zunehmend der AN-Sphäre zugeordnet und als „wichtige persönliche Gründe“ klassifiziert, wodurch ein Fortzahlungsanspruch besteht.

B. Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Die Voraussetzung für die EFZ im Krankheitsfall (Angestellte: § 8 Abs 1 AngG, Arbeiter: §§ 2 EFZG, 1154b ABGB) ist die **Arbeitsunfähigkeit**.

Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der AN aus **gesundheitlichen Gründen** bzw aufgrund der **Gefahr einer weiteren Beeinträchtigung** seiner Arbeitsverpflichtung nicht nachkommen kann und diesen Zustand **höchstens leicht fahrlässig** (nicht jedoch grob fahrl. oder vorsätzl.) herbeigeführt hat.

Das Entgelt im Krankheitsfall bemisst sich nach dem **Entgeltausfallprinzip**, wonach jenes Entgelt gebührt, das bei regulärem – krankheitsfreiem – Verlauf gebührt hätte (inkl. Überstundenentgelte und Provisionen). Nur iZw gebührt das vergangene **Durchschnittseinkommen**.

Damit diese Prinzipien nicht unterwandert werden, sind „**Anwesenheitsprämien**“ (bspw für krankstandsfreie Arbeitsjahre) **unzulässig**.

Grds legen § 2 Abs 1 EFZG und § 8 Abs 1 AngG fest, dass **Arbeiter und Angestellte** einen Anspruch auf volle Entgeltfortzahlung haben, uzw:

- **6 Wochen** lang, sofern das Arbeitsverhältnis bisher ununterbrochen **0-5 Jahre** andauert; und
- **8 Wochen** lang, wenn es **5-15 Jahre** andauert; und
- **10 Wochen** lang, wenn es **15-25 Jahre** andauert; und
- **12 Wochen** lang, wenn es **über 25 Jahre** (ununterbrochen) andauert.

Nach dieser Zeit haben AN (Arb. und Ang.) **weitere 4 Wochen** lang Anspruch auf das **halbe Entgelt**.

- **Arbeitsunfall/Berufskrankheit**:
 - **Angestellte** (§ 8 Abs 1 AngG): zusätzlich (zu den 6/8/10/12 Wochen) noch **2 Wochen** (sofern Arbeitsunfähigkeit andauert).
 - **Arbeiter** (§ 2 Abs 5 EFZG): zusätzlich **8** (ab 15 Jahren: **10**) **Wochen** als eigenständigen Anspruch.
- **Folgeerkrankungen**:
 - **Angestellte** (§ 8 Abs 2 AngG): Es wird zwischen **Erst- und Folgeerkrankungen** (innerhalb von 6 Monaten nach Dienstantritt) unterschieden. Erst nach **6 komplett krankstandsfreien Monaten** entsteht der volle Grundanspruch erneut.
 - Topf 1: 6/8/10/12 Wochen voll, 4 Wochen halb
 - Topf 2: 6/8/10/12 Wochen halb, 4 Wochen viertel
 Dabei wird der **Topf 1** bei einer Ersterkrankung bedient. Wird dieser nicht ganz ausgeschöpft, bleibt er für Folgeerkrankungen offen. **Auf einmal** darf maximal so lange Entgeltfortzahlung bezogen werden, wie im Falle einer Ersterkrankung zustünde (dh 10 [6+4], 12 [8+4], 14 [10+4] oder 16 [12+4] Wochen lang). Nachdem der Topf 1 leer ist, wird der **Topf 2** bedient.
 - **Arbeiter** (§ 2 Abs 4 EFZG): Hier besteht der Anspruch **pro Arbeitsjahr**, es gibt daher auch keine „Folgeerkrankungen“.
- **Wartezeit**: Es gibt weder bei Arbeitern noch bei Angestellten eine Wartezeit am Beginn des Arbeitsverhältnisses.
- **Relativ zwingend**: Diese Bestimmungen können weder durch Arbeitsvertrag, noch durch KV oder BV für AN verschlechternd aufgehoben werden (§ 40 AngG, § 1164 ABGB, § 6 EFZG).
- **AN-Pflichten**: Der AN muss dem AG die Arbeitsunfähigkeit **unverzüglich mitteilen** (§ 8 Abs 8 AngG, § 4 EFZG) und auf (im Einzelfall bekanntzugebendes) Verlangen eine **ärztliche Bestätigung** vorlegen. Versäumt er das eine oder das andere, verliert er für diese Zeit den Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Ein **Entlassungsgrund** liegt nur dann vor, wenn dem AN klar war, dass dem AG durch die Nichtmeldung ein Schaden entsteht.

Allerdings kann der AG bei Angestellten im Falle einer **ungerechtfertigten Entlassung** das **Mitverschulden des AN** einwenden, was dem Gericht nach eigenem Ermessen ermöglicht, den **Verlust der Kündigungsentschädigung** auszusprechen.

Im Falle einer **AG-Kündigung während einer Erkrankung**, einer **Entlassung ohne wichtigen Grund** oder einem **gerechtfertigten Austritt** hat der AG **Entgeltfortzahlung über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus** zu leisten (§ 9 AngG, § 5 EFZG).

C. Die Entgeltfortzahlung aus sonstigen persönlichen Gründen

Im Falle einer **Dienstverhinderung**, die nicht auf Krankheit oder Unglücksfall basiert, jedoch **ohne AN-Verschulden und nur für eine verhältnismäßig kurze Zeit** (grds maximal 1 Woche) auftritt, behalten **Angestellte** (§ 8 Abs 3 AngG, unabdingbar) und **Arbeiter** (§ 1154b ABGB, abdingbar) den Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Als solche „sonstige persönliche Gründe“ sind neben Gründen, die in der Person des AN entstanden sind (zB Zahnarztbesuch), auch solche, die **nach Recht, Sitte oder Herkommen wichtig genug erscheinen**. Beispiele aus der Rsp für solche Gründe wären Gerichtsverhandlungen, die Teilnahme an der Silbernen Hochzeit des Ziehvaters, die notwendige Anwesenheit in der Wohnung zwecks Behebung einer Telefonstörung, Gründe familiärer Natur (Hochzeit, Geburt, Todesfall) oder die Teilnahme an religiösen Veranstaltungen.

Nicht zu solchen Gründen zählen bspw die Ablegung der Jagdprüfung oder die Teilnahme an einer Protestversammlung.

D. Die Pflegefreistellung im weiteren Sinne

Die Pflegefreistellung iWSt ist in § 16 Abs 1 UrtG geregelt.

- ➔ Grundsätzlich steht einem AN **eine wöchentliche Normalarbeitszeit** Freistellungsanspruch (unter Entgeltfortzahlung) zu, für die:
- ① **Pflegefreistellung iES:** (notwendige) Pflege eines nahen Angehörigen im gemeinsamen Haushalt;
 - **Betreuungsfreistellung:** (notwendige) Betreuung des eigenen Kindes infolge Ausfalls der normalerweise pflegenden Person aufgrund § 15d Abs 2 Z 1-4 MSchG (Tod, Aufenthalt im KH, Freiheitsstrafe, schwere Erkrankung).
 - ③ **Anstaltsbegleitungsfreistellung:** Begleitung des eigenen (Wahl-)Kindes (oder jenes des Gatten/EP/Lebensgefährten) bei einem stationären KH-Aufenthalt.
- ✚ Zusätzlich gebührt nach Aufbrauchen der ersten Woche (§ 16 Abs 2 UrtG) gem **eine zusätzliche wöchentliche Normalarbeitszeit** für die (neuerlich notwendige) Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden (Wahl-)Kindes, das maximal **11 Jahre alt** sein darf.
- ✚ Danach kann auch weiterhin die notwendige Pflege eines solchen Kindes (auch des Partners) wahrgenommen werden, die dafür konsumierte Zeit gilt allerdings (den Grds durchbrechend, dass Urlaub immer vereinbart werden muss) als **Urlaub ohne vorherige Vereinbarung**.

A. Allgemeines

Der Urlaub (= **bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht**) ist aus der **Fürsorgepflicht des AG** abzuleiten.

Der Urlaubsanspruch gründet sich – sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte – auf das **Urlaubsgesetz (UrlG)**, dessen Bestimmungen gem **§ 12 UrlG unabdingbar** (relativ zwingend) sind und gem **§ 7 UrlG nicht ablösbar**, weswegen seine Nichtkonsumation unvereinbar ist.

B. Der Urlaubsanspruch

In den ersten 25 Jahren Dienstzeit gebührt ein (ununterbrochener) Urlaub im Ausmaß von **30 Werktagen**, danach **36 Werktage** (Mo-Sa, mit Ausnahme der Feiertage). In der Praxis wird häufig mit **25** (bzw **30**) **Arbeitstagen** (Mo-Fr, ohne Feiertage) gerechnet. Bei **Teilzeitbeschäftigten** wird der Urlaubsanspruch **auf die tatsächlich geleisteten Arbeitstage umgerechnet**.

Umstellung von Voll- zu Teilzeit: Bereits erworbene Ansprüche werden nach einer Umstellung **nicht aliquotiert**, sondern bleiben auf Basis der ursprünglichen Berechnung aufrecht.

Umstellung von Teil- zu Vollzeit: Hier werden die Ansprüche **auf die neue Tagesanzahl umgerechnet**, sodass das nicht verbrauchte Urlaubsguthaben aus der Teilzeitphase in der nachfolgenden Vollzeitphase demselben Anspruch **in Wochen** entspricht.

- **Wartezeit:** Während der ersten **6 Monate** des ersten Urlaubsjahres entsteht der Urlaubsanspruch **nur verhältnismäßig**. Danach entsteht der Anspruch in vollem Ausmaß. Ab dem zweiten Urlaubsjahr entsteht der Anspruch sofort in vollem Umfang (**§ 2 Abs 2 AngG**).
- **Urlaubsjahr:** Es **entspricht dem Arbeitsjahr**, kann aber **auf das Kalenderjahr umgestellt** werden, soweit hierdurch das **Günstigkeitsprinzip** des **§ 12 UrlG** für den AN (in Bezug auf die Behandlung eines etwaigen „Rumpf-Urlaubsjahres“) nicht verletzt wird.
Nur durch KV/BV oder – in Betrieben ohne BR – durch arbeitsvertragliche Einzelvereinbarung kann eine Umstellung nach Maßgabe des **§ 2 Abs 4 UrlG** für den AN nachteilig bzw ungünstig gestaltet werden.
- **Anrechnung von Vor(dienst)zeiten:** Unmittelbar vorangegangene Arbeits- bzw Lehrverhältnisse (beim selben AG) sind bei der Berechnung des Urlaubsausmaßes und des Urlaubsjahres heranzuziehen (**§ 2 Abs 3 UrlG**). Das Urlaubsausmaß bestimmt sich überdies auch unter Anrechnung aller Dienstzeiten beim selben AG, die nie länger als 3 Monate unterbrochen (bzw wegen AN-Kündigung, verschuldeter Entlassung oder unbegründeten Austritts beendet) wurden (**§ 3 Abs 1 UrlG**).
Darüber hinaus erfolgt eine **gesetzliche Anrechnung** von Schul- (**Abs 2 Z 2**), inländischen (fremden) Vordienstzeiten (**Abs 2 Z 1**) und Zeiten selbständiger Tätigkeit (**Abs 2 Z 6**) u.Ä. bis zu einem festgelegten Höchstausmaß (**§ 3 Abs 2-4 UrlG**).
- **Aliquotierung des Urlaubsanspruches:** Der Urlaubsanspruch wird **an das durch Karenz (§§ 15 MschG, 2 VKG) oder Präsenz- bzw Zivildienst (§ 9 APStG) verkürzte Arbeitsjahr** angepasst. **Darüber hinaus ist eine Aliquotierung** durch andere Zeiten, in denen kein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht (zB lange Krankenstände) **ausgeschlossen** (**§ 2 Abs 2 UrlG**).

C. Das Urlaubsentgelt

Der AN hat während des Urlaubs **Anspruch auf Entgelt** (**§ 6 Abs 1 UrlG**), das **im Voraus** zu bezahlen ist (**Abs 6 leg cit**). Es berechnet sich gewöhnlich nach dem **Entgeltausfallprinzip** (dasselbe Entgelt, das gebührt hätte, wäre kein Urlaub konsumiert worden) oder, falls Leistungslöhne (Akkord-, Stück- und Gedinglöhne) bezahlt werden, nach dem **Durchschnittsprinzip** (der letzten 13 vollen Arbeitswochen).

D. Der Urlaubsverbrauch

1. Urlaubsvereinbarung

Der Urlaub muss zwischen AN und AG **vertraglich vereinbart** werden. Dabei sind die **gesetzlichen Vorgaben** (Urlaubskonsum möglichst in 1-2 Teilen [und einer mind. 6 Tage, vgl **§ 4 Abs 3 UrlG**], möglichst bis zum Ende desselben Urlaubsjahres [**Abs 1 leg cit**]) zu beachten. Von diesen Regelungen kann nur **auf Wunsch des AN** abgegangen werden. Außerdem sind die **Betriebserfordernisse** und die **Erholungsbedürfnisse** (des AN) gegeneinander abzuwägen (**Abs 1 leg cit**).

Ein **Betriebsurlaub** kann (nach der Rsp) arbeitsvertraglich im Ausmaß von maximal **2 Wochen** vereinbart werden. Freiwillige/fakultative BVs können hingegen nur Grundsätze zur Konsumation von Urlaub aufstellen, ohne dabei den materiellen Urlaubsanspruch zu berühren.

Urlaub ist grds **nicht** einseitig **widerrufbar** – außer aus **wichtigen Gründen** (Rücktritt von der Vereinbarung, Rückberufung aus dem Urlaub).

Grds muss Urlaub **in der Kündigungsfrist** nicht verbraucht werden (Vereinbarung unwirksam, siehe S 106), es steht die Ersatzleistung zu.

2. Konflikte über den Urlaubszeitpunkt

Kommt keine Vereinbarung zustande, kann der AN **(1)** auf Duldung klagen oder **(2)** (in Betrieben mit BR, **§ 4 Abs 4 UrlG**) den Urlaub einseitig antreten, wenn keine Einigung zustande kommt (nur bei Urlauben über 12 Werktagen, 3 Monate davor, sofern AG nicht rechtzeitig klagt).

3. Erkrankung während desurlaubes

Wird der AN während desurlaubes **(1) über 3 Kalendertage lang (2) ohne grobe Fahrl. oder Vorsatz** (bzw ohne dem Erholungszweck widersprechende **Erwerbstätigkeit**) krank, werden die betroffenen Urlaubstage nicht auf das Urlaubsausmaß angerechnet (**§ 5 Abs 1 UrlG**). Der Urlaub wird aber **nicht automatisch verlängert**. Der AN hat den AG nach 3-tägiger Krankheitsdauer in Kenntnis zu setzen und bei Wiederantritt des Dienstes ein **ärztliches Zeugnis** vorzulegen, bei sonstigem Entfall der Urlaubsunterbrechung (**Abs 3 leg cit**).

Außerdem wird *p.a.* eine Unterbrechung bei Eintritt der Voraussetzungen des **§ 16 UrlG** an (nicht bei Betreuungsfreistellung!) angenommen.

4. Verjährung

Der Urlaub verjährt (bei objektiv möglicher Konsumation) **nach 2 Jahren ab Ende des Urlaubsjahres** (**§ 4 Abs 5 UrlG**).

E. Die Abgeltung nicht verbrauchten Urlaubes

Wird das Arbeitsverhältnis beendet, gebührt für den **nicht verbrauchten Urlaub** eine **Urlaubersatzleistung** (siehe Kap. XVIII).

A. Allgemeines zum Schadenersatzrecht

Grds haftet, wer einen (1) **Schaden** (3) **rechtswidrig** und (4) **schuldhaft** (2) **herbeigeführt** hat. Dabei ergibt sich folgendes Schema:

| | | |
|---|-------------------------|---|
| ① | Schaden | Damit die Verschuldenshaftung überhaupt infrage kommt, muss ein Schaden vorliegen. Grds ist der reale Schaden Ausgangspunkt für die Haftung, da das Primat der Naturalrestitution (§ 1323 ABGB) gilt. Ist dies nicht möglich, muss Wertersatz geleistet werden. Dazu wird der tatsächliche bzw positive Schaden herangezogen; er muss immer ersetzt werden. Der entgangene Gewinn dagegen (zusammen: <i>das Interesse</i>) muss nur bei grober Fahrl. oder Vorsatz beglichen werden (Achtung: Für BzB-Beziehungen gilt § 349 UGB), vgl. §§ 1331 f ABGB. Ideelle Schäden (ua Schmerzensgeld, Affektionsinteresseersatz) müssen nur im Rahmen spezieller Haftungstatbestände (zB § 1325 ABGB) ersetzt werden. |
| ② | Kausalität | Um zu prüfen, ob ein bestimmtes Verhalten auch adäquat kausal für den Eintritt eines bestimmten Schadens war, wird zunächst iRd Eliminationsverfahrens mit der sog conditio-sine-qua-non -Formel festgestellt, ob, bei Wegfall des interessierenden Verhaltens, der Schaden trotzdem eingetreten wäre. Wenn nicht, war die Handlung kausal. Der zweite Filter ist die Adäquanz : Lag der Eintritt des Schadens durch das kausale Verhalten gänzlich außerhalb des gewöhnlichen Laufs der Dinge (atypischer Kausalverlauf), ist er nicht zurechenbar. |
| ③ | Rechtswidrigkeit | „Rechtswidrig“ ist ein Verhalten immer dann, wenn es gegen Gesetz (ASchG, StVO, etc) oder gegen die guten Sitten verstößt, in absolut geschützte Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Eigentum) eingreift oder gegen Vertrag verstößt. Die verletzte Verhaltensanordnung muss allerdings den Schutzzweck, solche Schäden zu verhindern. Dh, es muss Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben sein. |
| ④ | Verschulden | Es wird dann iRe subjektiven Maßstabes geprüft, ob das Verhalten mit Vorsatz oder (leichter/grober) Fahrlässigkeit gesetzt wurde. Ist das Verhalten nicht subjektiv vorwerfbar , wird iRd Verschuldenshaftung nicht gehaftet. Die Qualität des Verschuldens hat Auswirkungen auf den Umfang der Ersatzpflicht in verschiedenen Bereichen (siehe oben). |

Schadenersatzpflichten können **ex delicto, ex contractu** oder durch **culpa in contrahendo** entstehen. Die allgemeine Beweislastregel, der zufolge der Geschädigte die Beweislast trägt (§ 1296 ABGB), wird iRd vertraglichen Haftung (und C/C) umgekehrt (§ 1298 ABGB). Der vertragsbrüchige Teil muss dann beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.

Ein weiterer Unterschied zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung ergibt sich iRd **Gehilfenzurechnung**: Im deliktischen Bereich gilt nur die **Besorgungsgehilfenhaftung** des § 1315 ABGB, wonach fremdes Verschulden jemandem nur zuzurechnen ist, wenn ihn ein **Auswahlverschulden** (habituell untüchtig, wissentlich gefährlich) trifft. Im vertraglichen Bereich ist – iRd **Erfüllungsgehilfenhaftung** (§ 1313a ABGB) – für das Gehilfenverhalten ganz generell wie für eigenes Verhalten einzustehen.

Da es aber offensichtlich unbillig wäre, den AN im Rahmen der Arbeitsleistung nach allgemeinen Prinzipien haften zu lassen, unterliegt das Schadenersatzrecht im Arbeitsrecht einigen **Modifikationen**:

B. Schädigung des Arbeitgebers

- **Persönlicher Geltungsbereich**: In den **persönlichen Geltungsbereich** des **Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes** (DHG 1965) fallen alle privat- und öffentlich-rechtlichen AN, Lehrlinge, Heimarbeiter sowie arbeitnehmerähnliche Personen (§ 1 Abs 1 DHG).
- **Sachlicher Geltungsbereich**: Der **sachliche Geltungsbereich** umfasst Schädigungen (durch den AN), die **bei Erbringung der Arbeitsleistung** (dem AG oder Dritten) zugefügt wurden. Auf andere Schädigungen werden die DHG-Begünstigungen nicht angewandt.

Je nachdem, was für ein Schaden entsteht, ist das DHG anwendbar oder nicht:

Direkte Schädigung: Eine **direkte** Schädigung ist eine solche, die der AN dem AG direkt zufügt. Sie unterfällt dem DHG.

Indirekte Schädigung: Eine **indirekte** Schädigung liegt vor, wenn **Dritte** durch den AN geschädigt werden. Sofern die §§ 1313a, 1315 ABGB anwendbar sind (dh bei Vertragsbeziehung oder Auswahlverschulden) ist das DHG anwendbar. Ansonsten ist der AN selbst ersatzpflichtig (siehe aber D. Risikohaftung des AG gem § 1014 ABGB p.a.).

In den Fällen, in denen das DHG anwendbar ist (direkte und zurechenbare indirekte Schädigungen), gelten für den AN die **Haftungsmilderungen** des § 2 DHG bzw hat er einen entsprechenden **Ersatzanspruch** (gem § 3 DHG) gegen den AG.

Mäßigung der AN-Ersatzpflicht:

| | |
|---|--|
| culpa levissima (entschuldbare Fehlleistung) | gar keine DN-Haftung (§ 2 Abs 3 DHG) |
| culpa levis (leichte Fahrlässigkeit) | keine oder gemäßigte DN-Haftung (§ 2 Abs 1 DHG) |
| culpa lata (grobe Fahrlässigkeit) | gemäßigte DN-Haftung (§ 2 Abs 1 DHG) |
| dolus (Vorsatz [mit Schädigungsabsicht]) | komplette (ungemilderte) DN-Haftung (§ 2 Abs 1 DHG e contrario) |

Die Mäßigung bezieht sich also auf **leicht oder grob fahrlässig verursachte Schäden**, für die § 2 Abs 2 DHG neben dem Verschulden des AN **demonstrativ** fünf **Mäßigungskriterien** nennt, anhand derer das **richterliche Mäßigungsrecht** eingesetzt zu werden hat:

§ 2 Abs 2 DHG legt fest, dass grds auf den **Verschuldensgrad** des AN abzustellen ist. Daneben sind aber noch weitere Faktoren zu berücksichtigen, wie insb der Grad der mit der Tätigkeit verbundenen **Verantwortung des AN** (Z 1), das **Verhältnis von Entgelt und Schadensgenenigkeit** der Tätigkeit (Z 2), der **Grad der AN-Ausbildung** (Z 3), die konkreten **Arbeitsbedingungen** (Z 4) und die **Schadensgenenigkeit der Tätigkeit** für sich (Z 5).

Dabei wird (vom Gericht) vor allem darauf abgestellt, in welchem Verhältnis der verursachte Schaden zum Entgelt des AN steht und unter welchen Arbeitsbedingungen (Stress, etc) dieser zustande kommt. Auf die **sozialen Verhältnisse** des AN ist Bedacht zu nehmen.

C. Schädigung von Dritten

Wird der AG durch eine Schädigung Dritter durch den AN ersatzpflichtig (also in den Fällen der §§ 1313a, 1315 ABGB, siehe oben), kommen **Regressansprüche im arbeitsrechtlichen Innenverhältnis** infrage:

Wird der AN (vom Dritten) in Anspruch genommen, hat er eine nach dem § 2 DHG bestimmbare Rückgriffsmöglichkeit und kann den geleisteten Schadenersatz je nach Verschuldensgrad anteilig oder zur Gänze zurückverlangen (§ 3 Abs 2, 3 DHG) – bei Vorsatz natürlich nicht.

Wird der AG (vom Dritten) in Anspruch genommen, hat auch er einen nach dem § 2 DHG bestimmbaren Ersatzanspruch gegen den AN.

In allen Fällen muss der in Anspruch genommene Arbeitsvertragspartner dem jeweils anderen **Mitteilung machen** und einen etwaigen **Streit zu verkündigen** (§§ 3, 4 DHG).

Hat der AG den Schaden ersetzt, kann eine **Aufrechnung mit dem AN-Entgelt** erfolgen, sofern der AN **nicht binnen 14 Tagen widerspricht** (§ 7 DHG).

Die aus den §§ 2 – 4 DHG fließenden Rechte des AN können gem § 5 *leg cit* **nur durch KV** beschränkt oder aufgehoben werden.

D. Risikohaftung des Arbeitgebers

Es bleiben zwei Fallkonstellationen von dem bisher Gesagten ausgenommen:

- ① **Schädigungen Dritter durch den AN**, bei denen die **Gehilfenhaftung nicht anwendbar** ist;
- ② **Schädigungen des Privateigentums des AN** iRd Erbringung der Arbeitsleistung;

Grds wäre in beiden Fällen eine Ersatzpflicht des AG ausgeschlossen. Im ersten Fall, weil keine Zurechnung stattfindet, wenn ein Besorgungsgehilfe, der nicht habituell untüchtig oder (wissentl.) gefährlich ist, einen Schaden verursacht. Im zweiten Fall, weil das Prinzip „*casum sentit dominus*“ gem § 1311 ABGB schlagend werden würde. Allerdings wird § 1014 ABGB *per analogiam* angewandt:

§ 1014 ABGB. Der Gewaltgeber ist verbunden, dem **Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes notwendig oder nützlich gemachten Aufwand**, selbst bey fehlgeschlagenem Erfolge, zu ersetzen, und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuß zu leisten; er muß ferner allen durch sein Verschulden entstandenen, oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden vergüten.

Dies hat zur Folge, dass von der Rsp eine **Risikohaftung des AG** angenommen wird, wenn...

- ... iRd **Verwirklichung der typischen Betriebsgefahr** bei einer **gefarengeneigten Tätigkeit**
- ... **arbeitsadäquate Schäden** (typischerweise vorhersehbar) entstehen.

Dabei sind die **Mäßigungskriterien** des § 2 DHG sinngemäß auf ein etwaiges AN-Mitverschulden anzuwenden, sodass auch hier bei *doloser* Schädigung durch den AN keine Ersatzpflicht des AG und keine Rückgriffsmöglichkeit des AN (gg AG) entstehen.

Das hat zur Folge, dass ein **einheitliches Haftungsregime** im Arbeitsrecht entsteht, was gerechtfertigt scheint, wenn man bedenkt, dass der AN bei der Leistungserbringung auch dann im AG-Interesse handelt, wenn er anstatt AG-Betriebsmitteln seine eigenen Sachen einsetzt. Allerdings ist der § 1014 ABGB **dispositiv** und kann daher – bis zur **Grenze der Sittenwidrigkeit** – arbeitsvertraglich abbedungen werden.

E. Haftung bei Arbeitsunfällen

1. Dienstgeberhaftungsprivileg

Das ASVG modifiziert die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Prinzipien:

§ 333. (1) ASVG. Der **Dienstgeber ist dem Versicherten zum Ersatz des Schadens**, der diesem durch eine Verletzung am Körper infolge eines Arbeitsunfalles oder durch eine Berufskrankheit entstanden ist, **nur verpflichtet, wenn er den Arbeitsunfall (die Berufskrankheit) vorsätzlich verursacht** hat. Diese Einschränkung gilt auch gegenüber den Hinterbliebenen des Versicherten, wenn dessen Tod auf die körperliche Verletzung infolge des Arbeitsunfalles oder auf die Berufskrankheit zurückzuführen ist.
[...]
(3) Die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 sind [...] **nicht anzuwenden, wenn der Arbeitsunfall durch ein Verkehrsmittel eingetreten ist, für dessen Betrieb auf Grund gesetzlicher Vorschrift eine erhöhte Haftpflicht besteht. Der Dienstgeber haftet nur bis zur Höhe der aus einer bestehenden Haftpflichtversicherung zur Verfügung stehenden Versicherungssumme, es sei denn, daß der Versicherungsfall durch den Dienstgeber vorsätzlich verursacht worden ist.**

Der AG (DG) hat dem AN (DN, freier DN) oder dessen Hinterbliebenen nur dann **Ersatz für den Schaden aus einem Arbeitsunfall (§ 175 ASVG) oder einer Berufskrankheit (§ 177 ASVG)** zu leisten, wenn er diese(n) **vorsätzlich verursacht** hat. Ansonsten sind die Geschädigten auf die **Leistungen aus der Unfallversicherung (§§ 172 ff bzw 189 ff ASVG)** verwiesen.

Dies wird nur im Falle des § 333 Abs 3 ASVG durchbrochen; uzw dann, wenn der Schaden durch einen Arbeitsunfall entstanden ist, der durch ein **Verkehrsmittel mit erhöhter Haftpflicht** eingetreten ist. Dann findet das DG-Haftungsprivileg keine Anwendung und die **Haftpflichtversicherung** soll den Schaden tragen.

2. Arbeitskollegenhaftung

Für **Personenschäden** (nicht Sachschäden!) machen die §§ 332 Abs 5 und 333 Abs 4 ASVG weitere Ausnahmen:

§ 332. (5) ASVG. Der **Versicherungsträger kann einen im Sinne der Abs. 1 bis 4, auf ihn übergegangenen Schadenersatzanspruch gegen einen Dienstnehmer, der im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses in demselben Betrieb wie der Verletzte oder Getötete beschäftigt war, nur geltend machen, wenn**
a) der **Dienstnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht** hat oder
b) der **Versicherungsfall durch ein Verkehrsmittel verursacht wurde, für dessen Betrieb auf Grund gesetzlicher Vorschrift eine erhöhte Haftpflicht besteht.** [...]

→ Die **Arbeitskollegenhaftung** sieht für Arbeitskollegen eine Privilegierung bei **leicht fahrlässig verursachten Personenschäden** vor.

§ 333. (4) ASVG. Die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 [Anm.: siehe oben] gelten auch für Ersatzansprüche Versicherter und ihrer Hinterbliebenen gegen gesetzliche oder bevollmächtigte Vertreter des Unternehmers und **gegen Aufseher im Betrieb.**

→ Dies gilt für **Aufseher im Betrieb** bei von ihnen **leicht und grob fahrlässig verursachten Personenschäden**.

3. Rückgriff und Haftung

Aufgrund dessen, dass der DG alleiniger Beitragsschuldner in der Unfallversicherung ist (siehe *Brodil, Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen*⁸), bestehen im ASVG diverse Sonderregelungen für die Haftung bei Arbeitsunfällen:

Grds haftet der AG nur dann, wenn er den Unfall oder die Berufskrankheit **vorsätzlich** verursacht hat. Wurde der jeweilige Schaden aber **fahrlässig** herbeigeführt, haftet allein der UVTr. „Arbeitgeber“ – sowie auch der „Aufseher im Betrieb“ – werden vom OGH weit ausgelegt.

a) Rückgriffsanspruch (§ 334 ASVG)

Das DG-Haftungsprivileg gilt **nur im Verhältnis DG-DN**, nicht jedoch im **Verhältnis DG-SVTr**. Nach § 334 ASVG hat der SVTr einen **Rückgriffsanspruch** für alle gewährten Versicherungsleistungen aus der UV, die auf **grobe Fahrlässigkeit** und **Vorsatz** zurückzuführen sind – und schafft somit eine Einschränkung des Privilegs auf leichte Fahrlässigkeit. Der SVTr kann im Falle grober Fahrlässigkeit allerdings auf seinen Rückgriffsanspruch verzichten, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des DG dies nahelegen (*Abs 5 leg cit*).

b) Legalzession (§ 332 ASVG)

Entsteht der zivilrechtliche Haftungsanspruch gegen einen Dritten (also nicht gegen den DG oder gleichgestellte Personen wie Aufseher), zB Arbeitskollegen, greift § 332 ASVG: Er normiert, dass „*Ansprüche, die dem Geschädigten durch den Versicherungsfall erwachsen sind, so weit auf den Versicherungsträger übergehen, als dieser Leistungen zu erbringen hat*“. Es wird also eine **Legalzession nach dem Kongruenzprinzip** (dh in dem Umfang, in dem der SVTr aufgrund gesetzlicher Vorschriften leistungspflichtig ist).

Nicht kongruente Ansprüche (wie zB Schmerzensgeld) können/müssen daher vom Geschädigten gegen den Schädiger durchgesetzt werden. Der SVTr kann die auf ihn übergegangenen Ansprüche dann gegenüber dem Schädiger geltend machen (bei Arbeitskollegen nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz – sowie bei „Autounfällen“ und dgl [aufgrund der Deckung durch die private Haftpflichtversicherung!]). Im Falle von **Mitverschulden des Geschädigten** geht nur ein um die Mitverschuldensquote verringerter Anspruch auf den SVTr über, der **ungedeckte Restschaden verbleibt beim Geschädigten** (vgl *Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers*).

A. Allgemeines

Das AN-Schutzrecht ist **öffentliches Recht** und wird durch **staatliche Intervention mit hoheitlichen Mitteln** durchgesetzt. Daraus resultieren **keine subjektiven Rechtsansprüche der AN**, sofern keine Überschneidung mit der **AG-Fürsorgepflicht** besteht (vgl § 1157 ABGB, wonach der AG die Räume/Gerätschaften auf eigene Kosten derart optimieren muss, dass Leben/Gesundheit der AN geschützt werden).

Ganz allgemein haben allerdings **verwaltungsrechtliche Normen** eine **Rückwirkung auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis** insofern, als § 879 ABGB grds bestimmt, dass Verträge (bzw Bestimmungen in Verträgen), die gegen ein gesetzliches Verbot/die guten Sitten verstoßen, **nichtig** sind. Die Parteien können sich also bspw beide nicht auf die Gültigkeit einer einzelvertraglichen Vereinbarung einer täglichen Arbeitszeit von 12 Stunden berufen, da § 9 Abs 1 AZG eine tägliche Höchstarbeitszeit von 10 Stunden normiert.

Ganz **allgemeine Pflichten des AG** legt § 3 ASchG fest (Sicherstellung der allg. Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN). Darüber hinaus trifft den AG eine **Unterweisungspflicht bzgl der Schutzmaßnahmen** (§ 14 ASchG) gegenüber dem AN.

☛ **Definition:** Das AN-Schutzrecht kann als „der Bestand jener Rechtsnormen“ definiert werden, „die mittels Androhung von Strafen Arbeitsbedingungen durchsetzen wollen, die Gewähr dafür bieten, dass zentrale Persönlichkeitsgüter wie das Leben, die Gesundheit und die Sittlichkeit der AN möglichst wenig gefährdet werden“.

☛ **Gruppen des AN-Schutzes:**

| | |
|--|---|
| Gefahrenschutz (techn. AN-Schutz) | ... dient unmittelbar dem Schutz des Lebens/der Gesundheit der AN (insb ASchG, siehe unten); |
| Arbeitszeitschutz | ... schränkt die zeitliche Inanspruchnahme von AN ein (insb AZG, ARG; siehe Kap. XIII); |
| Verwendungsschutz | ... schränkt die Verwendung v. AN ein (zB von Schwangeren [MSchG] oder Jugendlichen [KJBG]); |

B. Zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des AG

Als „**Verwaltungsübertretung**“ bezeichnet man eine mit Strafe bedrohte rechtswidrige Handlung/Unterlassung, die schuldhaft begangen wurde. Adressat der AN-Schutzbestimmungen ist der AG, sofern er eine **natürliche Person** ist. Bei einer **juristischen Person** (bzw eingetragenen Personengesellschaften) sind grds die „zur Vertretung nach außen“ **Berufenen** verantwortlich (§ 9 VStG).

Wer das konkret ist, bestimmt sich nach der „Verfassung“ der juristischen Person. Diese findet sich gesetzlich oder in Satzung oder Gesellschaftsvertrag geregelt.

Die zur Vertretung nach außen Berufenen können – bzw auf Verlangen der Behörde: müssen – aus ihrer Mitte eine oder mehrere **verantwortlich beauftragte Person** bestellen, die die Verantwortung für best. Teile/das gesamte Unternehmen trägt/tragen (§ 9 Abs 2 VStG).

Für bestimmte Bereiche des Unternehmens können auch „andere Personen“ – dh insb AN, zu Verantwortlichen bestellt werden. Das kann allerdings gem § 9 Abs 4 VStG nur eine Person sein, die:

- (1) einen **Hauptwohnsitz im Inland** hat,
- (2) **strafrechtlich verfolgt werden kann**,
- (3) ihrer Bestellung **nachweislich zugestimmt** hat und
- (4) eine **Anordnungsbefugnis** für ihren (klar abgegrenzten) Verantwortungsbereich hat.

§ 23 **Arbeitsinspektionsgesetz (ArbIG)** normiert zusätzlich, dass **nur leitende Angestellte** (iSd § 1 Abs 2 Z 8 AZG solche, „denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen worden sind“) – dh solche, die eine Anordnungsbefugnis in Bezug auf ihre Verantwortlichkeit (was § 9 Abs 4 VStG ohnehin normiert) besitzen, rechtswirksam zu verantwortlich Beauftragten bestellt werden können. Darüber hinaus muss die Bestellung (und die Zustimmung des AN) erst dem **zuständigen Arbeitsinspektorat schriftlich mitgeteilt** werden.

Wurde eine solche Bestellung vorgenommen, sind die „zur Vertretung nach außen Berufenen“ nur mehr für **vorsätzliche Taten** oder **Unterlassungen** verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich (§ 9 Abs 6 VStG). Die Verantwortlichen und die dahinterstehende juristische Person haften **zur ungeteilten Hand** (§ 9 Abs 7 VStG), wobei eine **vorweg vereinbarte Übernahmeverpflichtung** des Unternehmens (bzgl der Strafen) nach der OGH-Rsp **nichtig** ist, da sie dem Gesetzeszweck zuwiderläuft. Im Einzelfall ist die Übernahme im Nachhinein aber zulässig.

C. Gefahrenschutz – ASchG

Das ASchG setzt iRE **dynamischen Systems des AN-Schutzes** (in Umsetzung von EU-RL) auf die Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheitsschutz durch den **Aufbau eines betriebsinternen Sicherungssystems** ab. Zu den **Grundprinzipien** des ASchG:

- (1) **Evaluierung:** Der Ausgangspunkt ist die Ermittlung, Beurteilung und Dokumentation von Gefahren.
 - (2.1) **Vorbeugende Maßnahmen:** Den ermittelten Gefahren muss vorgebeugt werden. Wo dies nicht möglich ist, müssen sie reduziert werden:
 - (2.2) **Risikominimierung:** Hier sieht das ASchG zur Ausgestaltung der AG-Pflichten Gebote betreffend (1) **Arbeitsstätten** (§§ 19 ff), (2) **Arbeitsmittel** (§§ 33 ff), (3) **Arbeitsstoffe** (§§ 40 ff), (4) **Gesundheitsüberwachung** (§§ 49 ff) sowie (5) **Arbeitsvorgänge bzw Arbeitsplätze** (§§ 60) vor.

Wichtige Bestimmungen des ASchG sind unter anderem:

- **Informations-** (§ 12) und **Unterweisungspflichten** (§ 14) des AG,
- **Notwendigkeit der Beauftragung** einer anderen Person, sofern AG nicht selbst ausreichend anwesend ist (§ 3 Abs 6),
- **sanitäre Vorkehrungen** für die AN (Trinkwasser, Toiletten, Waschgelegenheiten, abschließbare Kleiderkästen) – (§§ 27 ff),
- **Nichtraucherschutz** in Form von Rauchverboten in gemeinsamen Büros/Büros mit Parteienverkehr (§ 30 sowie §§ 12 ff TNRSg),
- (auch) **AN-Pflichten** in Form von **gefahrenvermeidendem Verhalten** und **Mitwirkung am Gefahrenschutz** (§ 15 ASchG).

Die **Kontrolle dieser Bestimmungen** erfolgt sowohl **außer-** als auch **innerbetrieblich**:

| | |
|------------------------|--|
| außer-betriebl. | Die Arbeitsinspektorate (bzw die ausübenden Organe: Arbeitsinspektoren) überwachen die Einhaltung der AN-Schutzvorschriften und beraten/unterstützen überdies auch via Zusammenarbeit mit der Belegschaftsvertretung sowie der gesetzlichen IV von AG/AN (§ 3 ArbIG). Sie sind mit bestimmten Befugnissen (§ 4 Abs 1 ArbIG) ausgestattet: Sie können Betriebsstätten jederzeit besichtigen (auch unangemeldet , vgl iFd § 18 Abs 2 ArbIG), iFv Übertretungen zu deren Beseitigung schriftlich auffordern , widrigenfalls eine Anzeige an die Verwaltungsstrafbehörde stellen (vgl § 9 ArbIG), die Vorschreibung best. Maßnahmen beantragen (§ 10 ArbIG). Es kann bei Gefahr die Schließung bescheiden sowie vor Ort Sofortmaßnahmen treffen (§ 10 ArbIG). |
| inner-betriebl. | Innerbetrieblich ist zum einen der BR (§§ 89 Z 3, 92a ArbVG) berufen und zum anderen sind Präventivdienste (Sicherheitsfachkräfte, Arbeitsmediziner) einzustellen (siehe §§ 73 ff ASchG) oder externe Präventivzentren (bzw bis 50 AN die Präventionszentren der UV) zu beauftragen (§ 78 ASchG). In Betrieben über 50 AN muss mit BR-Zustimmung eine SVP (§§ 10 f ASchG) bestimmt, ab 100 AN Arbeitsschutzausschüsse (§ 88 ASchG) errichtet werden. |

A. Allgemeines

Das Arbeitszeitrecht hat (als Teil des AN-Schutzrechtes) zum Ziel, durch **öffentlich-rechtliche Normen** den **äußersten Rahmen** abzustecken, innerhalb dessen sich der AN vertraglich zur Arbeitsleistung verpflichten kann. Überwacht werden die Arbeitszeitvorschriften vom **Arbeitsinspektorat** (siehe oben), das bei **Verletzungen** Sanktionen (**Verwaltungsstrafen**) vorsieht (zB §§ 26 ff AZG).

Neben den **öffentlich-rechtlichen Schutzbestimmungen** enthält das **AZG** auch **vertragsrechtliche Bestimmungen** (Abschnitt 6a: §§ 19b – 19g AZG) über die Lage der Normalarbeitszeit, Teilzeitarbeit sowie über die Abgeltung und den Abbau von Zeitguthaben. Die **Bezahlung von Überstunden** (als Entgeltbestandteile) ist im **Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz (LSDB-G)** geregelt. Zuwiderhandeln ist mit Verwaltungsstrafe bedroht.

Rechtsquellen: Es gibt neben **nationalen Bestimmungen** auch einen europarechtlichen **Maximalrahmen** für nationales Arbeitszeitrecht:

| | | |
|-----|-------------------------------|--|
| AUT | AZG, KA-AZG | (1) tägliche/wöchentliche Normalarbeitszeit (2) tägliche Mindestruhezeit |
| | ARG | (1) wöchentliche Mindestruhezeit (2) Sonn- und Feiertagsruhe |
| EU | Arbeitszeit-RL 2003/88 | (1) wöchentliche Höchstarbeitszeit (48 Std) (2) tägliche Höchstarbeitszeit (13 Std) (3) wöchentliche Mindestruhezeit (35 Std) (4) tägliche Mindestruhezeit (11 Std) |

Geltungsbereich(e):

- Das **AZG** gilt für **AN ab 18 J.** (darunter **KJBG**).
- Das **ARG** gilt für **AN aller Art**.

Davon ausgenommen sind gem § 1 Abs 2 Z 8 AZG sowie § 1 Abs 2 Z 5 ARG aber **leitende Angestellte**, denen „maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind“ (dh bereits ein AN, der wesentl. Teilbereiche eigenverantwortlich leitet und so aufs Gesamtunternehmen Einfluss nimmt, obwohl er dem AG nach wie vor **weisungsgebunden** bleibt).

B. Begriff der Arbeitszeit

Arbeitszeit ist gem § 2 Abs 1 Z 1 AZG „die **Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen**“. Wegzeiten zählen nicht dazu.

Tagesarbeitszeit ist gem § 2 Abs 1 Z 2 AZG „die **Arbeitszeit innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von 24 Stunden**“.

Wochenarbeitszeit ist gem § 2 Abs 1 Z 3 AZG „die **Arbeitszeit innerhalb eines Zeitraumes von Montag bis einschließlich Sonntag**“.

Auch **Zeiten geringerer Arbeitsintensität** sind vom AZ-Begriff umfasst. In solchen Fällen lässt das AZG eine Ausdehnung der Normal- bzw Höchstarbeitszeit zu (insb bei **Arbeitsbereitschaft, Rufbereitschaft** und **Reisezeiten**):

- **Arbeitsbereitschaft:** Diese wurde (mangels Legaldefinition) durch die Rsp als Form der Arbeitszeit definiert, in der sich ein AN an einem vom AG bestimmten Ort **aufhalten** und für die jederzeitige Arbeitsaufnahme **bereithalten** muss. Fällt diese regelmäßig **in erheblichem Umfang** (Rsp: über 1/3 der AZ) an und lassen KV/BV dies zu, kann die **tägliche Normal-AZ** auf **12**, die **wöchentliche Normal-AZ** auf **60 Stunden** erhöht werden (siehe genauer § 5 AZG).
Fällt Arbeitsbereitschaft sogar **überwiegend** (Rsp: über 1/2 der AZ) an, kann bei **arbeitsmedizinisch bescheinigter Unbedenklichkeit 3 Mal pro Woche** eine Ausdehnung der **täglichen Normal-AZ** auf **24 Stunden** erfolgen (§ 5a AZG).
- **Rufbereitschaft:** Diese liegt vor, wenn der AN seinen Aufenthaltsort (innerhalb gewisser Grenzen) selbst wählen und nur jederzeit erreichbar sein muss (zB Verpflichtung zum Eintreffen innert 30 Min. möglich). Auf Abruf muss dann die Arbeitsleistung erbracht werden. Die Zeit bis dahin zählt aber **nicht** als **Arbeitszeit**. Dies darf nur an **10 Tagen / Monat** (oder via KV an 30 Tagen / 3 Monate) vereinbart werden (§ 20a Abs 1 AZG). Während der Wochen(end)ruhe kann Rufbereitschaft nur **2 Mal / Monat** vereinbart werden (§ 6a ARG).
- **Reisezeiten:** Gem § 20b AZG zählen sie zur Arbeitszeit. Man unterscheidet **passive Reisezeiten** (während der Reisebewegung keine Arbeitsleistung zu erbringen) von **aktiven Reisezeiten** (Arbeit während der Reise). In akt. Reisezeiten erfolgen keine AZ-Anpassungen!
 - ➔ **passive RZ (Abs 2-5):** **Tages-AZ-Höchstgrenze** kann überschritten, **tägl. Mindestruhe** durch KV auf 8 Std. verkürzt werden.
 - ➔ **Kfz_Lenken (Abs 6):** Stellt das Kfz-Lenken keine Haupttätigkeit dar, kann die **Tages-AZ-Höchstgrenze** auf 12 Std. ausgeweitet werden. Ist das Lenken die Haupttätigkeit (zB Taxifahrer), gilt die normale Tages-AZ-Höchstgrenze von 10 Std. (§ 9 AZG).
 Die Grenzen der **Normalarbeitszeit** werden durch Reisezeiten **nicht verändert**.

Unterschiede in entgeltrechtlicher Hinsicht:

- **Arbeitsbereitschaft:** KV (oder subsidiär AV) können für Arbeitsbereitschaft ein **geringeres Entgelt** oder **Unentgeltlichkeit** vereinbaren. Wird nichts vereinbart, ist ortsüblich/angemessen zu entlohnen (§ 6 AngG, § 1152 ABGB).
- **passive Reisezeiten:** Grds als AZ anzusehen und voll zu entlohnen. Sie können aber (auch ohne KV) via einzelvertraglicher Vereinbarung geringer entlohnt werden. Dies gilt auch, wenn ein Kfz gelenkt wird (sofern dies nicht die Haupttätigkeit darstellt).

C. Normalarbeitszeit

1. Allgemeines

Normalarbeitszeit (idF: NAZ) ist jene Arbeitszeit, die **keine Überstundenarbeit** darstellt. Es gibt im **AZG** drei Modelle für die Lage der NAZ:

| | | |
|---|-----------|--|
| normal | § 3 Abs 1 | ⊕ 8 Std. täglich ⊕ 40 Std. wöchentlich |
| durch KV | § 4 Abs 1 | ⊖ 10 Std. täglich ⊖ 40 Std. wöchentlich |
| durch KV/BV (Arbeitsbereitschaft in erhebl. Umfang) | § 5 Abs 1 | ⊕ 12 Std. täglich ⊕ 60 Std. wöchentlich |

Der KV kann aber nicht nur höhere, sondern auch eine **niedrigere** (als die gesetzliche) **NAZ** festlegen:

Viele KVs sehen eine wöchentliche NAZ von **38,5 Std.** vor. Die „**Differenzstunden**“ auf 40 Std. (**AZG-NAZ**) stellt keine „Überstunde“ iSd **AZG** dar und ist nur bei kollektivvertraglicher Regelung zuschlagspflichtig. Eine Verkürzung unter die **AZG- und** die KV-NAZ ist **Teilzeitarbeit** (§ 19d Abs 1 AZG), eine Überschreitung dieser Zeit sodann „**Mehrarbeit**“

Wird die NAZ überschritten, entsteht grds ein **Anspruch auf einen Überstundenzuschlag** (siehe unten). Um den Anfall von zuschlagspflichtigen Überstunden durch die starren Grenzen des § 3 AZG zu verhindern und die NAZ an die betrieblichen Bedürfnisse anzupassen, sieht das AZG eine Reihe von „anderen“ Möglichkeiten für die Verteilung der NAZ vor (siehe unten 3.).

2. Festlegung der Normalarbeitszeit

§ 19c Abs 1 AZG (bzw § 19d Abs 2 AZG für Teilzeitbeschäftigte) legen fest, dass „[die] Lage der [NAZ] [...] **zu vereinbaren** [ist], soweit sie nicht durch **Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt wird**.“ Dies kann **ausdrücklich** oder zumindest **konkudent** erfolgen.

IzW gilt die **tatsächlich gelebte Arbeitszeit**. Es ist immer eine **einvernehmliche Einigung** notwendig, **außer KV/BV** setzen die NAZ fest. Eine die Lage der NAZ ändernde **AG-Weisung** ist nur möglich, wenn...

§ 19c. (2) AZG. (...)

1. dies **aus objektiven**, in der Art der Arbeitsleistung gelegenen **Gründen sachlich gerechtfertigt** ist,
2. dem Arbeitnehmer die Lage der Normalarbeitszeit für die jeweilige Woche **mindestens zwei Wochen im vorhinein mitgeteilt** wird,
3. **berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers** dieser Einteilung **nicht entgegenstehen** und
4. **keine Vereinbarung entgegensteht**.

Außerdem muss diese Möglichkeit grds vereinbart sein (Bsp: Sonntagsarbeit, OGH 9 ObA 187/98k). § 19c Abs 3 AZG macht eine **Ausnahme vom Erfordernis** der Mitteilung 2 Wochen zuvor (Abs 2 Z 2): Es „kann abgewichen werden, wenn dies **in unvorhersehbaren Fällen zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils** erforderlich ist und andere Maßnahmen nicht zumutbar sind. Durch [KV/BV] können wegen **tätigkeitsspezifischer Erfordernisse** [...] abweichende Regelungen getroffen werden.“

3. Andere Verteilung der Normalarbeitszeit

a) Wochendurchrechnung – „Freitag-Frühschluss“ (§ 4 Abs 2 AZG)

Die tägl. NAZ kann auf bis zu **9 Stunden** erhöht werden, wenn dadurch die tägl./wöchentl. Ruhezeit verlängert wird (bspw am Freitag).

b) Einarbeiten in Verbindung mit Feiertagen (§ 4 Abs 3 AZG)

Innerhalb eines **Einarbeitungszeitraums** von **höchstens 13 Wochen** kann die tägl. NAZ auf bis zu **10 Stunden** erhöht werden, um dadurch **Festertage** freigeben zu können.

Der Einarbeitungszeitraum kann durch KV auch verlängert werden, wodurch aber die Obergrenze für die tägl. NAZ wieder auf 9 Stunden sinkt, wenn der KV nicht so-wieso gem § 4 Abs 1 AZG eine tägl. NAZ von 10 Stunden vorsieht.

c) Viertagewoche

Auf Basis einer BV kann die tägl. NAZ auf bis zu **10 Stunden** erhöht (§ 4 Abs 8 AZG) und eine weitere Ausdehnung durch Überstunden auf bis zu **12 Stunden** (§ 7 Abs 6 AZG), wenn dadurch die wöchentl. NAZ auf **vier Tage** verteilt wird.

Gibt es in einem Betrieb **keinen BR**, muss sowohl die Erhöhung der tägl. NAZ (4/8) als auch die Möglichkeit der Ausdehnung durch Überstunden (7/6) **einzelvertraglich vereinbart** werden. Letzteres bedarf überdies der **Feststellung der arbeitsmedizinischen Unbedenklichkeit** (vgl 7/4a).

4. Mehrwöchige Durchrechnung der Normalarbeitszeit

Es besteht außerdem die Möglichkeit, die **wöchentliche NAZ** ungleichmäßig über längere Zeiträume zu verteilen:

§ 4. (6) AZG. Für [AN], die nicht unter Abs. 4 fallen (Anm.: Handel), kann der [KV] zulassen, dass in einzelnen Wochen eines Durchrechnungszeitraumes von bis zu einem Jahr die [NAZ]

1. bei einem **Durchrechnungszeitraum von bis zu [8] Wochen auf höchstens 50 Stunden**,
2. bei einem **längeren Durchrechnungszeitraum auf höchstens 48 Stunden**, ausgedehnt wird, wenn sie innerhalb dieses Zeitraumes [durchschnittl.] 40 Stunden bzw. die durch [KV] festgelegte [NAZ] nicht überschreitet. [...] Die tägliche [NAZ] darf [9] Stunden nicht überschreiten.

Eine Ausdehnung der tägl. NAZ von 9 auf 10 Std. ist nach der Generalklausel des § 4 Abs 1 AZG ebenso möglich wie die Mitnahme von Zeitguthaben in den nächsten Durchrechnungszeitraum (Abs 7 leg cit).

5. Gleitende Arbeitszeit (§ 4b AZG)

Eine Arbeitszeiteinteilung sieht vor, dass ein AN **innerhalb eines Gleitzeitrahmens** den Beginn und das Ende der Arbeitszeit (**Gleitzeit**) selbst bestimmen kann und sich dabei höchstens an gewisse **Block- oder Kernzeiten** (fakultativ!) halten muss. Die tägl. NAZ darf **10 Std.** nicht überschreiten. Die wöchentl. NAZ darf die **40-Std.-Grenze** nur insoweit überschreiten, als das **Zeitguthaben** (in die nächste Periode) **übertragen** werden kann (sonst liegen **zuschlagspflichtige Überstunden** vor, vgl § 4b Abs 4 AZG).

Die **Einführung der Gleitzeit** bedarf in Betrieben...

- ... **mit BR:** einer **BV** (mit den Mindestinhalten des § 4b Abs 3),
- ... **ohne BR:** einer **schriftlichen Gleitzeitvereinbarung** (§ 4b Abs 2).

Zu den **Inhalten einer Gleitzeitvereinbarung:**

§ 4b. (3) AZG. Die Gleitzeitvereinbarung hat zu enthalten:

1. die **Dauer der Gleitzeitperiode**,
2. den **Gleitzeitrahmen**,
3. das **Höchstaumaß allfälliger Übertragungsmöglichkeiten** von Zeitguthaben und Zeitschulden in die nächste Gleitzeitperiode und
4. **Dauer und Lage der fiktiven Normalarbeitszeit**

Liegen weder Gleitzeit-BV noch Einzelvereinbarungen vor, können die NAZ-Grenzen **nicht ausgedehnt** werden (es fallen Überstunden an).

6. Schichtarbeit (§ 4a AZG)

Wenn an einem Arbeitsplatz verschiedene AN hintereinander ihre Tagesarbeit versehen und dadurch die Arbeitszeit des einen AN mit der Ruhezeit des anderen zusammenfällt, liegt **Schichtarbeit** vor. § 4a AZG erlaubt dabei eine **Ausdehnung der tägl./wöchentl. NAZ**, wobei maximal (und nur bei arbeitsmedizinisch bescheinigter Unbedenklichkeit) „**12-Stunden-Schichten**“ (§ 4a Abs 3 AZG) möglich sind.

D. Höchstarbeitszeiten

§ 9 AZG legt grds **Höchstgrenzen der Arbeitszeit** fest, und zwar:

- ⊕ **Tagesarbeitszeit:** **10 Std.**
- ⊕ **Wochenarbeitszeit (einzeln):** **50 Std.**
- ⊕ **Wochenarbeitszeit (Durchschnitt 17/26/52 Wochen):** **48 Std.**

Der **Durchrechnungszeitraum** liegt bei 17 Wochen. Ein KV kann ihn auf 26, im Falle technischer/arbeitsorganisatorischer Begründetheit auf 52 Wochen ausdehnen.

☛ **Ausnahmen:** Von diesen Höchstgrenzen gibt es diverse Ausnahmen im **Arbeitszeitgesetz (AZG)**. Die wichtigsten sind:

| | | | | | |
|---------------------|----------|-------------------------------------|----------------|--------------------------------|----------------|
| Schichtarbeit | § 4a | Sonderfälle erhöhten Arbeitsbedarfs | § 7 Abs 2-6 | AN in Apotheken | § 19a Abs 2, 6 |
| Dekadenarbeit | § 4c | Vor- und Abschlussarbeiten | § 8 Abs 2, 4 | Arbeit während Rufbereitschaft | § 20a |
| Arbeitsbereitschaft | §§ 5, 5a | Lenker/-innen | §§ 14/2, 18/2f | Reisezeiten | § 20b |

Für „**außergewöhnliche Fälle**“ ermöglicht § 20 AZG, von den genannten Bestimmungen abzugehen, wenn unvorhersehbarer und in begründeter Weise **unaufschiebbare und vorübergehende Arbeiten**, die a) zur Abwendung einer unmittelb. Gefahr für Sicherheit/Gesundheit oder bei Notstand sofort vorgenommen werden müssen **oder b)** zur Behebung einer Betriebsstörung/zur Verhütung des Verderbens von Gütern (oder eines sonstigen unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Sachschadens) erforderlich sind.

E. Überstunden

1. Begriff und Beschränkungen

§ 6. (1) AZG. Überstundenarbeit liegt vor, wenn entweder

1. die Grenzen der nach den §§ 3 bis 5a zulässigen **wöchentlichen [NAZ]** (Anm.: grds 8 Std., aber gem §§ 4 f ausdehnbar) **überschritten** werden oder

2. die **tägliche Normalarbeitszeit überschritten** wird, die sich auf Grund der Verteilung dieser wöchentlichen Normalarbeitszeit gemäß den §§ 3 bis 5a und 18 Abs. 2 ergibt.

Abgesehen von den Beschränkungen des § 9 AZG darf die Arbeitszeit bei Vorliegen eines erhöhten Arbeitsbedarfs gem § 7 AZG...

... **wöchentlich um 5 Std.** (§ 7 Abs 1 S 1) – verlängerbar um 5-10 Std. durch KV (§ 7 Abs 2), grds max. 10 Std. (§ 7 Abs 1 S 2),

... **kalenderjährlich jedoch höchstens um 60 Std.** verlängert werden (§ 7 Abs 1 leg cit).

Vor- und Abschlussarbeiten können eine Verlängerung der Arbeitszeit um ½ Std. (auf höchstens 10 Std.) mit sich bringen (§ 8 AZG). Sowohl iRd **Arbeitsbereitschaft** (§§ 5, 5a ➔ § 7 Abs 3) als auch in **außergewöhnlichen Fällen** (§ 20 ➔ § 7 Abs 4) oder durch das **Arbeitsinspektorat** (§ 7 Abs 5) sind weitere Verlängerungen möglich.

2. Verpflichtung zur Überstundenleistung

Eine **Pflicht zur Überstundenleistung** ist aus dem AZG nicht ableitbar. **Rechtsgründe** hierfür können sein:

- ① eine entsprechende **einzelvertragliche Vereinbarung**,
- ② **Gesetz** (zB § 59 LArbG),
- ③ **KV** oder **BV**;

• **Betriebsnotstand** (§ 20 AZG): Nur im „außergewöhnlichen Fall“ des unvorhersehbaren Betriebsnotstandes oder anderen „außergewöhnlichen Fällen“ sind **Überstundenanordnungen** auch **ohne Vereinbarung** aufgrund der **AN-Treuepflicht** anzunehmen.

• **Überstunden vereinbart**: Ist die Pflicht zur Überstundenleistung bedungen, muss die konkrete Leistung trotzdem:

- (1) nach dem **AZG zulässig** sein und
- (2) darf **berücksichtigungswürdigen AN-Interessen** nicht widersprechen (§ 6 Abs 2 AZG).

Bereits getroffene Dispositionen des AN (wie zB Kauf von Theaterkarten) sind zu berücksichtigen. Es findet eine **Interessenabwägung** statt.

3. Überstundenvergütung

a) Zeitausgleich oder finanzielle Abgeltung?

Voraussetzung für die Vergütung von Überstunden ist die **Zustimmung des AG** zur Leistung derselben.

Ausdrücklich oder **konkluident** vereinbart, **geduldet** oder, wenn Arbeitsleistungen verlangt werden, die (objektiv) nicht in der NAZ erledigt werden können.

Vergütung: Grds gebührt ein **Überstundenzuschlag** von **50%** oder eine **1,5-fache Abgeltung durch Zeitausgleich**. Ein KV kann weitergehende Zuschläge (Nacht- oder Sonn- und Feiertagsüberstunden) vorsehen. Ob Zuschlag oder Zeitausgleich gewählt werden, ist grds der **Parteienvereinbarung** (§ 10 Abs 2 AZG) überlassen, iZw gebührt der Zuschlag. Berechnet wird der Zuschlag grds anhand des **Normalstundenlohns**, dem alle Entgeltbestandteile angehören. KVs sehen hier oft **Überstundenteiler** (siehe S 131) vor.

NAZ-Guthaben des AN bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, für das Zeitausgleich gebührt, ist (vorbehaltlich KV) mit **50%igem Zuschlag** abzugelten.

Der **Zeitpunkt des Zeitausgleich-Verbrauchs** muss im Vorhinein vereinbart werden. Wird er das nicht und binnen sechs Monaten wurde kein Ausgleich gewährt, kann der AN (1) die finanzielle Abgeltung fordern oder (2) iRe 4-wöchigen Frist selbst einen Zeitpunkt festlegen (vorbehaltlich KV und zwingender betrieblicher Erfordernisse iSd § 19f Abs 2, 3 AZG).

b) Überstundenpauschale und „All-in-Vereinbarungen“

Überstundenpauschalen sehen vor, dass eine bestimmte Anzahl an Überstunden **pauschal** mit dem vereinbarten Entgelt abgegolten werden. Werden in einem best. Durchrechnungszeitraum (iRd ein Kalenderjahr) mehr Überstunden geleistet, als durch die Pauschale vergütet wurden, ist das hierfür anfallende Entgelt **nachträglich zu begehren**. Im Falle niedrigerer Überstundenanzahl bleibt es bei der Pauschale. Eine Umstellung von Pauschale auf Einzelverrechnung durch den AG wird (praktisch) häufig als „**Widerruf des Pauschales**“ bezeichnet.

All-in-Vereinbarungen sind vereinbarte Pauschalentlohnungen für die ganze Arbeitszeit (einschließlich Überstunden).

Für **All-in-Vereinbarungen** ab 2016 gilt, dass der **Dienstzettel/schriftliche AV** das **Grundgehalt** bzw den **Grundlohn** (nach unten durch das KV-Mindestgehalt [/Lohn] abgegrenzt) enthalten muss (§ 2 Abs 2 Z 9 AVRAG). Ansonsten hat der AN gem § 29 AVRAG **zwingend Anspruch auf Grundgehalt (/Lohn) inkl. branchen-jortsüblicher Überzahlung (= Ist-Grundgehalt [/Lohn])**.

Wird über den All-in-Anteil hinaus gearbeitet, hat der AN wie bei Überstundenpauschalen einen **Nachverrechnungsanspruch**.

F. Teilzeitarbeit

1. Definition

§ 19d. (1) AZG. **Teilzeitarbeit** liegt vor, wenn die vereinbarte **Wochenarbeitszeit** die **gesetzliche [NAZ]** oder **eine** durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegte **kürzere [NAZ]** im Durchschnitt **unterschreitet**.

2. Mehrarbeit und Mehrarbeitszuschlag

§ 19d Abs 3: Analog zu den Regeln für Überstunden sind AN, die Teilzeit arbeiten, nur dann zu Arbeitsleistungen über das vereinbarte Ausmaß hinaus (**Mehrarbeit**) verpflichtet, wenn ① **Arbeitsvertrag**, ② **Gesetz** oder ③ **KV/BV** dies vorsehen (Z 1), **+ erhöhter Arbeitsbedarf** oder Bedarf an Vor- und Abschlussarbeiten (Z 2) sowie **+ kein Widerspruch mit berücksichtigungswürdigen AN-Interessen** (Z 3) vorliegt.

Vergütung: Grds gebührt ein **Mehrarbeitszuschlag** von **25%** oder eine **1,25-fache Abgeltung durch Zeitausgleich** (vorbehaltlich KV).

Keine Vergütung gebührt dann, wenn...

- (1) einvernehmlich die **Arbeitszeit ausgedehnt** wurde (Schrifterfordernis, vgl § 19d Abs 3f AZG),
- (2) ein **1:1-(Freizeit-)Ausgleich** innerhalb eines **Kalendervierteljahres** erfolgt,
- (3) **Gleitzeit** vorliegt und (3.1) im Schnitt i. d. GZ-Periode keine Überschreitung stattfand oder (3.2) das Guthaben „mitgenommen“ wird,
- (4) **Differenzstunden** (Std. zwischen gesetzl. und etwaiger [zB KV] niedrigerer NAZ – bspw zw. 38,5 und 40 Wochenstunden) vorliegen.

Kumulationsverbot: Gebühren mehrere Zuschläge, steht **nur der jeweils höchste Zuschlag** zu (§ 19d Abs 3d AZG).

3. Sonstiges

Sonderzahlungen sind (sofern sie n. d. Arbeitsausmaß bemessen werden) inkl. **regelmäßiger Mehrarbeit** zu bemessen (§ 19d Abs 4 AZG).

Diskriminierungsverbot: Gem **Abs 6 leg cit** dürfen Teilzeitbeschäftigte **nicht benachteiligt** werden (außer: sachliche Rechtfertigung).

G. Ruhezeiten

1. Ruhepausen und tägliche Ruhezeiten

§ 11. (1) AZG. Beträgt die Gesamtdauer der Tagesarbeitszeit **mehr als sechs Stunden**, so ist die Arbeitszeit durch eine **Ruhepause von mindestens einer halben Stunde** zu unterbrechen. Wenn es im Interesse der Arbeitnehmer des Betriebes gelegen oder aus betrieblichen Gründen notwendig ist, können anstelle einer halbstündigen Ruhepause **zwei Ruhepausen von je einer Viertelstunde oder drei Ruhepausen von je zehn Minuten** gewährt werden. (...)

Eine Ruhepause ist eine **Unterbrechung der Arbeitszeit**. Sie muss **vorhersehbar** sein und der AN muss über die Zeit **frei verfügen** können. Sie werden nicht in die Höchstgrenzen der tägl./wöchentl. NAZ eingerechnet.

§ 12. (1) AZG. Nach Beendigung der Tagesarbeitszeit ist den Arbeitnehmern eine **ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden** zu gewähren.

Diese **Ruhezeit von 11 Std.** – die auch in Art 2 RL 2003/88/EG („Arbeitszeit-RL“) verankert ist – kann iRd **Rufbereitschaft unterbrochen** werden, sofern zumindest ein Teil mind. **8 Std.** dauert und eine andere Ruhezeit innert 2 Wochen um **4 Std.** verlängert wird (§ 20a AZG).

2. Wöchentliche Ruhezeit

§ 3. (1) ARG. Der Arbeitnehmer hat in jeder Kalenderwoche Anspruch auf eine **ununterbrochene Ruhezeit von 36 Stunden**, in die der **Sonntag** zu fallen hat (Wochenendruhe). (...)

Ausnahmen von der Ruhezeit: Von dieser **36-stündigen Wochenendruhe** kann nur iRd **Ausnahmen der §§ 10 – 18 ARG** abgegangen werden. Anstatt der Wochenendruhe gebührt dann eine durchgehende **36-stündige Wochenruhe**, die einen **ganzen Tag** einschließt (§ 4 ARG).

Wird ein AN **während seiner wöchentlichen Ruhezeit** (Wochen[en]druhe, § 2 Abs 1 Z 3 ARG) – dh innert 36 Std. vor Beginn der Arbeitswoche (da die Arbeitswoche mit der wöchentlichen Ruhezeit endet) – beschäftigt, gebührt ihm in der nächsten Arbeitswoche **Ersatzruhe**, iZw unmittelbar vor der nächsten Wochen(end)ruhe (§ 6 ARG).

Beginn der Ruhezeit: grds für alle AN spätestens am **Samstag um 13:00**, jedoch für AN die Abschluss-/Reinigungs-/Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten leisten am **Samstag um 15:00**, im Fall einer Fenstertage-Einarbeitung am **Samstag um 18:00**.

3. Feiertagsruhe

§ 7. (1) ARG. Der Arbeitnehmer hat an Feiertagen Anspruch auf eine **ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 24 Stunden**, die **frühestens um 0 Uhr und spätestens um 6 Uhr** des Feiertages **beginnen** muß.

Gesetzliche Feiertage (§ 7 Abs 2 ARG): 1.1., 6.1., Ostermontag, 1.5., Christi Himmelfahrt, Pfingstmontag, Fronleichnam, 15.8., 26.10., 1.11., 8.12., 25.12., 26.12. – wobei ein **Entgeltfortzahlungsanspruch** dann besteht, wenn an dem Tag sonst gearbeitet worden wäre.

Entgelt (§ 9 ARG): Neben dem **Feiertagsentgelt** (o.g.) besteht auch ein **Feiertagsarbeitsentgelt**, wenn an dem Feiertag auch tatsächlich gearbeitet wird. **Überstunden am Feiertag** sind darüber hinaus nach den meisten KVs mit einem **100%igen Zuschlag** belastet.

Religiöse Pflichten (§ 8 ARG): Zur Erfüllung religiöser Pflichten kann, sofern notwendig, Freizeit in Anspruch genommen werden.

A. Arbeitsverbote und Arbeitsbeschränkungen für (werdende) Mütter

§ 6 ASchG bestimmt grundlegend, dass der AG „bei der Übertragung von Aufgaben an [AN] deren **Eignung in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit**“ zu berücksichtigen und „insbesondere auf **Konstitution und Körperkräfte, Alter und Qualifikation** Rücksicht zu nehmen.“ In Bezug auf Frauen führt Abs 6 leg cit aus:

§ 6. (4) ASchG. Arbeitnehmerinnen dürfen mit Arbeiten, die infolge ihrer Art für Frauen eine spezifische Gefahr bewirken können, nicht oder nur unter Bedingungen oder Einschränkungen beschäftigt werden, die geeignet sind, diese besondere Gefahr zu vermeiden.

Wichtige Rechtsquellen rund um den Mutterschutz (und die arbeitsrechtlichen Ansprüche rund um die Geburt) sind:

- Mutterschutzgesetz (MSchG 1979) – tlw basierend auf der Mutterschutz-RL 92/85/EWG
- Väter-Karenzgesetz (VKG [1989])

Regelungsinhalt des Mutterschutzgesetzes:

- **Bestandsschutz:** Gem § 10 MSchG ist eine (werdende) Mutter **während** und bis **4 Monate nach der Schwangerschaft** (bei Totgeburten 4 Wochen) nicht rechtswirksam kündbar. Damit verbunden ist eine **Ablaufhemmung** bei befristeten AV, falls die Befristung nicht sachlich gerechtfertigt ist (§ 10a MSchG).
- **Meldepflicht:** Sobald ihnen ihre Schwangerschaft bekannt wird, haben AN ihren AG unter Bekanntgabe des voraussichtlichen Geburtstermins **Mitteilung** zu machen (§ 3 Abs 4 MSchG).
- **Beschäftigungsverbote:**
 - absolut (§ 3):** In den **8 Wochen vor und nach der Geburt** (12 bei Früh-/Mehrlings-/Kaiserschnittgeburten) besteht ein **absolutes Beschäftigungsverbot**, das in Summe immer mind. 16 Wochen umfasst (also auch bei früher eingetretener Geburt) – vgl § 3 MSchG – „**Schutzfrist**“. Darüber hinaus kann ein Arbeitsinspektions- oder Amtsarzt die Gefährdung von Mutter oder Kind feststellen (Abs 3 leg cit) und verlängern.
 - relativ (§ 4):** Abgesehen von der Achtwochenfrist dürfen Schwangere während der gesamten Schwangerschaft bspw nicht regelmäßig Gegenstände **über 5 kg** heben (und so weiter). § 4a leg cit ordnet Ähnliches für Stillende an.
- **Sonstiges (§ 5 ff):** Darüber hinaus bestehen weitere Schutzvorschriften und Einschränkungen:
 - **Verbot von Nachtarbeit (§ 6)**
 - **Verbot von Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 7)**
 - **Verbot der Leistung von Überstunden (§ 8)**
 - **Gebot, stillenden Müttern Ruhemöglichkeiten (§ 8a) und Stillzeit (§ 9)** einzuräumen.
- **Entgelt (§ 14):** Es steht der Frau während der Zeit der Beschäftigungsverbote **Entgeltfortzahlung** zu. Während der Zeit des **absoluten Beschäftigungsverbot**es hat die Frau Anspruch auf **Wohngeld aus der gesetzl. Krankenversicherung (§ 162 ASVG)** in der Höhe des **Durchschnittsentgelts der letzten 13 Wochen**. Ausnahmsweise ist die Höchstbeitragsgrundlage nicht relevant.

B. Elternkarenz und Elternteilzeit

1. Elternkarenz

Nach der Geburt/Adoption haben Mütter und Väter **Anspruch auf Karenzgewährung** in Form eines **einseitigen Rechtsgestaltungsanspruchs** auf Basis der §§ 15 MSchG, 2 VKG – bei **rechtzeitiger Bekanntgabe**. Damit **ruhen** die **Hauptleistungspflichten** des Arbeitsvertrags.

Davon zu unterscheiden ist der (vereinbarte, unbezahlte) **Karenzurlaub**. Auch der Anspruch auf **Kinderbetreuungsgeld** nach KBGG ist von diesem zu unterscheiden.

Der **Anspruch auf Karenz** nach § 15 MSchG läuft bis zum **Ablauf des 2. Lebensjahres**. Der besondere **Bestandsschutz** erstreckt sich auch auf Karenzzeiten (frühestens 4 Monate zuvor bis 4 Wochen danach). Die Karenz kann **2 Mal zwischen Mutter und Vater geteilt** (§§ 15a MSchG, 3 VKG), von beiden aber nur **alternativ** in Anspruch genommen werden (außer einmal am Anfang, 1 Monat lang gemeinsam).

3 Monate des Anspruches können (bei AN-AG-Einigung oder infolge Gerichtsverfahrens) als **aufgeschobene Karenz** (§§ 15b MSchG, 4 VKG) bis zum **7. Lebensjahr/Schuleintritt** des Kindes konserviert und später konsumiert werden.

Im Falle der unvorhersehbaren Verhinderung des einen Elternteils (insb schwere Erkrankung) kann der andere Elternteil **Verhinderungskarenz** (§§ 15d MSchG, 6 VKG) in Anspruch nehmen – allerdings nur bis zum Ablauf des 2. Lebensjahres.

Eine **Beschäftigung während der Karenz** ist bis zur **Geringfügigkeit** (auch bei dritten AG ohne Zustimmung des eigenen AG) unproblematisch. Eine über die Geringfügigkeitsgrenze hinausgehende Beschäftigung ist für **13 Wochen im Jahr** (oder ganzjährig, aber aliquot) möglich (auch bei dritten AG, aber mit Zustimmung des eigenen AG). Eine **Überschreitung dieser Grenzen** löst unklare Rechtsfolgen aus: Je nachdem, ob das **KBG** pauschalisiert (Grenze: 16.200€) oder nicht pauschalisiert, sondern einkommensabhängig (Grenze: 6.400€) ist, kann es wegfallen. Der/die AN kann dadurch überdies einen **Entlassungsgrund** setzen.

Bei **dienstzeitabhängigen Ansprüchen** muss differenziert werden, ob (Erst-)Karenzzeiten zählen oder nicht (§§ 15f MSchG, 7c VKG):

| ✓ (bis zu 10 Monaten!) | ✗ |
|---|------------------------------------|
| ✓ Bemessung der Kündigungsfrist | ✗ Abfertigung (alt) |
| ✓ Dauer der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall | ✗ Gehaltsvorrückung |
| ✓ Erhöhung des Urlaubsanspruchs (von 30 auf 36 Werktage) | ✗ Sonderzahlungen (13./14.) |

~ **Urlaubsausmaß:** Das Urlaubsausmaß wird Anteilig gekürzt.
 ~ **Abfertigung (neu):** Wird KBG bezogen, werden vom Familienlastenausgleichsfonds Beiträge in Höhe von 1,53% für den karenzierten AN (für die Abfertigung neu) gezahlt (§ 7 Abs 4 BMSVG).

2. Elternteilzeit

Neben – bzw unabhängig von der Inanspruchnahme der Karenz können Eltern...

- ... den **Anspruch auf Elternteilzeit** (§§ 15h MSchG, 8 VKG) nutzen oder
- ... eine **vereinbarte Elternteilzeit** (§§ 15i MSchG, 8a VKG) antreten.

a) Anspruch auf Elternteilzeit (§ 15h MSchG, § 8 VKG)

Dieser Anspruch besteht bis zum **Ablauf des 7. Lebensjahres** bzw. späteren **Schuleintritt** des Kindes, wenn das Dienstverhältnis zum Zeitpunkt des Teilzeitantritts (unter Einrechnung der Karenz) bereits **3 Jahre** gedauert hat (und der Elternteil in einem Betrieb iSd § 34 ArbVG mit über 20 AN arbeitet, darunter: BV-TB gem § 97 Abs 1 Z 25 ArbVG). Die **wöchentl. NAZ** muss um **mind. 20%** auf **höchstens 12 Std.** gesenkt werden. Dieser Anspruch besteht in einem Lehrverhältnis aufgrund des Ausbildungszwecks nicht.

Die **Inanspruchnahme** muss nur bekanntgegeben werden, die **Modalitäten** (Beginn, Dauer, Ausmaß, etc) bedürfen aber der Vereinbarung.

Der AG muss hier jedoch aktiv werden, um einen Vorschlag abzuwehren. Dann wird der BR hinzugezogen (2 Wo.), dann die gesetzliche IV (4 Wo.). Bringt der AG dann keine Klage beim ASG ein, kann der AN nach seinem Vorschlag antreten. Falls schon (Antrag zur gütlichen Einigung: § 433 Abs 1 ZPO „prätorischer Vergleichsversuch“), kann 4 Wochen weiterverhandelt werden. Innert 1 Wo. kann dann Klage eingebracht werden (Verabsäumen = Zustimmung), die endgültig entscheidet.

b) Vereinbarte Elternteilzeit (§ 15j, § 8a VKG)

Falls kein Anspruch nach a) besteht, kann bis zum **Ablauf des 4. Lebensjahres** Teilzeit **vereinbart** werden.

Hier hat der AN aber keinen Rechtsgestaltungsanspruch, sondern muss den Teilzeitananspruch selbst gerichtlich geltend machen, wenn keine Einigung zustande kommt.

c) Wichtige gemeinsame Bestimmungen (§ 15j MSchG, § 8b VKG)

- Kind muss im **gemeinsamen Haushalt** leben oder es muss **Obsorge** nach den §§ 167 Abs 2, 177, 177b ABGB gegeben sein und der andere Elternteil darf **nicht gleichzeitig** in **Karenz** sein.
- Der Anspruch muss **mind. 2 Monate** in Anspruch genommen werden – und dies **für jedes Kind nur einmal**.
- Die Teilzeitbeschäftigung kann erst angetreten werden, wenn das absolute Beschäftigungsverbot endet.
- Die Absicht muss **rechtzeitig bekanntgegeben** werden (idR 3 Monate vorher).
- Die Inanspruchnahme einer Karenz/Teilzeit für ein anderes Kind nach **MSchG/VKG** beendet die Teilzeitbeschäftigung vorzeitig.

d) Änderung/Vorzeitige Beendigung der Elternteilzeit (§ 15j Abs 5/6, § 8b Abs 5/6 VKG)

AG/AN können jeweils **einmal** eine vorzeitige Änderung oder Beendigung (3 Monate zuvor) schriftlich verlangen:

- **TZ mit Anspruch:** 4 Wo. Verhandlungen (mit BR, gesetzl. IV), danach innert 1 Wo. Klage beim ASG durch AG (ansonsten Zustimmung).
- **vereinbarte TZ:** 2 Wo. Verhandlungen, danach innert 1 Wo. Klage beim ASG (durch AG oder AN).

e) Karenz anstelle von Elternteilzeit (§§ 15m MSchG, 8e VKG)

Bis längstens zum **Ablauf des 2. Lebensjahres** des Kindes kann – falls die Verhandlungen über eine Teilzeitbeschäftigung scheitern – **Karenz** in Anspruch genommen werden, um die Entscheidung des Arbeits- und Sozialgerichts zu **überbrücken**.

f) Elternzeit („Papa-Monat“)

Das **Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG)** ermöglicht für Geburten ab dem 01.03.2017 den Vätern, **innerhalb der ersten 91 Tage nach der Geburt** einen **28- bis 31-tägigen Zeitraum** unter Bezug eines **Familienzeitbonus** (22,60€ pro Tag, bei vorangehender 182-tägiger versicherungspflichtiger Erwerbstätigkeit) **Familienzeit** zu nutzen (dh eine **Erwerbsunterbrechung**). Darauf besteht jedoch **kein Rechtsanspruch**, sofern er sich nicht aus KV ergibt). Andernfalls braucht es eine **Einigung mit dem AG**. Eine gerichtl. Durchsetzung steht nicht offen.

g) Kinderbetreuungsgeld

Seit 2002 steht einem (!) Elternteil für die Betreuung des eigenen/adoptierten/(Pflege-)Kindes (**u. 3 Jahren**) im **eigenen Haushalt KBG** (gem **KBGG**) zu, sofern auch **FBH** zusteht. Die Eltern nur einzeln beziehen, sich aber 2 Mal abwechseln. Es gibt **5 Varianten**:

| | |
|----------------------------------|---|
| Pauschal-Variante „30+6“ | 30 Monate täglich 14,53€ (1 Elternteil), 36 Monate täglich 14,53€ (beide Elternteile, der andere mind. 6 Monate) – ca. 436€/Monat. |
| Pauschal-Variante „20+4“ | 20 Monate täglich 20,80€ (1 Elternteil), 24 Monate täglich 20,80€ (beide Elternteile, der andere mind. 4 Monate) – ca. 624€/Monat. |
| Pauschal-Variante „15+3“ | 15 Monate täglich 26,60€ (1 Elternteil), 18 Monate täglich 26,60€ (beide Elternteile, der andere mind. 3 Monate) – ca. 800€/Monat. |
| Pauschal-Variante „12+2“ | 12 Monate täglich 33,00€ (1 Elternteil), 14 Monate täglich 33,00€ (beide Elternteile, der andere mind. 2 Monate) – ca. 1000€/Monat. |
| Einkommensabh. KBG „12+2“ | 12 Monate 80% der Letztekünfte (1 Elternteil), 14 Monate 80% der L.E. (beide Elternteile, der andere mind. 2 Mon.), max. 66€ tägl. |

Für Geburten ab dem 01.03.2017 steht ein flexibles **KBG-Konto** zu, bei dem monatlich **zwischen 440€ und 1030€** ausbezahlt werden. Für einen Elternteil liegt die Grenze bei **28**, für bd. **35 Mon.** Würde die Kinderbetreuung gleich geteilt, steht ein **1000€-Partnerschaftsbonus** zu.

Die **Zuverdienstgrenze** liegt bei 60% des im Vorjahres-ESt-Bescheid ausgewiesenen Einkommens (bzw 16.200/6.400 jährlich, siehe oben).

Werden die **Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen** nicht eingehalten, **verringert sich** das KBG ab d. 25./17./13./10. Lebensmonat um d. **Hälfte**.

Für **sozial schwache Familien/Alleinerziehende** ist eine tägl. Beihilfe von 6€/Tag (Achtung Zuverdienstgrenzen) vorgesehen (§§ 9 ff KBGG).

C. Sonstige gesetzlich geregelte Karenz und Teilzeit

1. Familienhospizkarenz

Nahestehende Personen iSd §§ 14a, 14b, 15a AVRAG können sich zur **Sterbebegleitung** (bzw Begleitung schwer erkrankter Kinder) **karenzieren lassen**, ihre **Arbeitszeit herabsetzen** oder **anders verteilen**. Das kann **bis zu 3 Monate** (bei Kindern bis zu 5) **beansprucht** werden.

2. Pflegekarenz und Pfl egeteilzeit

Seit 2014 ist (ab 3-monatigem Dienst) auch eine 1-3-monatige **Pflegekarenz** (-teilzeit) – ebenfalls gegen Entgeltentfall – möglich (§§ 14c, 14d AVRAG), sofern der Angehörige Pflegegeld ab **BPGG-Stufe 3** bezieht. Bei einer Erhöhung kann erneut PK/PTZ genommen werden.

3. Bildungskarenz und Bildungsteilzeit

Eine **Bildungskarenz** (§ 11 AVRAG) oder **Bildungsteilzeit** (§ 11a AVRAG – Reduktion um 25-50% auf min. 10 Std.) – auf die kein Anspruch besteht – löst ein (teilweises) Aussetzen der Hauptleistungspflichten des AV aus, dafür kann **Weiterbildungsgeld** (§ 26 AIVG) oder **Bildungsteilzeitgeld** (§ 26a AIVG) bezogen werden. Die Bildungsmaßnahme muss die Berufsausübung iwS erleichtern u. **20/10 Wochenstunden** umfassen. Sie kann **2/4-12/24 Monate** dauern. Das Arbeitsverhältnis muss bereits **6 Monate** dauern. Danach muss man **4 Jahre** warten.

4. Freistellung gegen Entfall des Arbeitsentgelts

Gem § 12 AVRAG kann zw. AG/AN eine **6-12-monatige Freistellung** (gg Entfall, jedoch Förderungen der AIV/AMS) vereinbart werden.

A. Der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz

Art 2 StGG normiert – übereinstimmend mit Art 7 Abs 1 B-VG: „Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich.“ Eine etwaige Differenzierung muss nach objektiven Unterscheidungsmerkmalen („aus Unterschieden im Tatsächlichen“) sachlich begründet werden. Ansonsten ist Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Daran sind Legislative und Exekutive gebunden. Ein subjektives Recht gewährt der Gleichheitssatz nur österreichischen Staatsbürgern und inländischen juristischen Personen.

Anwendung auf KV/BV: Als Normgeber können KV-/BV-Parteien verbindliche Regelungen für Dritte (ohne Zustimmung) treffen, weswegen die KV-/BV-Parteien nach der Rsp an den Gleichheitssatz gebunden sind. AV-Parteien sind dies nicht. Der Gleichheitssatz wirkt in Form der mittelbaren Drittwirkung über Generalklauseln des Zivilrechts (§ 879 ABGB) auf KV/BV ein. Rechtsfolge einer Verletzung sind einerseits die Nichtigkeit der Bestimmung und andererseits uU ein Gleichstellungsanspruch.

B. Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)

1. Europarechtliche Grundlagen

Die ursprünglich wirtschaftspolitisch motivierte EU-Gleichbehandlungspolitik (bzgl Mann/Frau) hat mittlerweile überragende Bedeutung gefunden und schlägt sich in Art 2 EUV (ua Gleichheit als Grundwert der EU), Art 3 EUV (ua Kampf gg soziale Ausgrenzung/Diskriminierung) und Art 157 AEUV (Entgeltgleichheit von Mann und Frau) sowie auch Art 21 GRC (allg. Diskriminierungsverbote) nieder. Auf Richtlinien-Ebene finden sich vor allem die „Lohnleichheits-RL“ und die „Gleichbehandlungs-RL“.

Art 19 AEUV sieht zudem eine EU-Kompetenz zur Vermeidung von Diskriminierung aus Gründen der ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit, der sexuellen Orientierung, des Alters oder einer Behinderung – umgesetzt durch die „Rahmen-RL“ und die „Antirassismus-RL“.

Diese Vorgaben wurden in Österreich durch das 2004 neu erlassene GIBG umgesetzt, das nicht mehr nur die Gleichbehandlung von Mann und Frau am Arbeitsmarkt zum Inhalt hat. Es umfasst nun auch alles bis auf den Schutz behinderter Personen, der im BEinstG geregelt ist.

2. Der Geltungsbereich und Aufbau des GIBG

Vom GIBG umfasst sind alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse einschließlich „AN-ähnlicher Personen“.

Vom GIBG nicht umfasst sind Arbeitsverhältnisse zu bestimmten Gebietskörperschaften/zum Bund (§§ 1, 16 GIBG).

Vom GIBG adressiert sind alle „Gestalter von Arbeitsbedingungen“, also AG sowie KV-/BV-Parteien. Es ist in fünf Teile geteilt:

| | |
|-------------------------|---|
| I. Teil (§§ 1/3 – 15) | Gleichbehandlung von Frauen und Männern |
| II. Teil (§§ 16 – 29) | Antidiskriminierung: Gleichbeh. ohne Unterschied v. Ethnie/Religion/Weltanschauung/Alter/sex. Orientierung |
| III. Teil (§§ 30 – 40c) | Anti-Rassismus: Gleichbeh./Diskriminierungsverbot auch außerhalb d. Arbeitsrechts (allg. in der Öffentlichkeit) |
| IV. Teil (§§ 41 – 58) | Gleichbehandlung in Land-/Forstwirtschaft (auszuführende Grundsatzbestimmungen gem § 12 Abs 1 Z 6 B-VG) |
| V. Teil (§§ 59 – 64) | Schlussbestimmungen (ua die AG-Pflicht, das GIBG im Betrieb aufzulegen) |

3. Die erfassten Diskriminierungsfälle

Das verbietet (nur) die Diskriminierung einzelner AN aufgrund folgender missbilligter Motive:

| | |
|-------------------------|---|
| Geschlecht | Ziel ist die Gleichstellung von Mann und Frau (§ 2 GIBG), wobei eine diskriminierende Bezugnahme auf den Ehe-/Familienstand jedenfalls als Diskriminierung (jedoch str: mittel- oder unmittelbar?) darstellt. |
| ethn. Zugehörigkeit | Ziel ist, die Diskriminierung bestimmter sozialer Gruppen mit kollektiver Identität (durch Hautfarbe, Herkunft, Sprache, Kultur, etc. abgegrenzt) durch Untersagung zu beseitigen. |
| Religion/Weltanschauung | Religiöse und areligiöse Weltanschauungen sind grds beide von diesem Diskriminierungsverbot umfasst, wobei politische Überzeugungen Probleme bereiten (sind grds umfasst, aber iVm Lockerungen zB bzgl Tätigkeiten bei Kirchen oÄ, vgl § 20 Abs 2 GIBG). |
| Alter | Damit ist grds die Diskriminierung Alter sowie Junger umfasst, wobei gem § 20 Abs 5 GIBG auch unmittelbare Differenzierungen ermöglicht werden – im Rahmen bestimmter Leistungen (uÄ). |
| sexuelle Orientierung | Vom Verbot der Diskriminierung Homo- und Bisexueller (und Heterosexueller) sind Transsexuelle nicht umfasst, da sie bereits iRd Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geschützt werden. |
| Behinderung | Nicht im GIBG sondern in den §§ 7a ff BEinstG geschützt sind AN mit Behinderung (§ 3 BEinstG: Auswirkung einer länger als 6 Mon. dauernden körperl./geist./psych. oder Sinnes-Funktionsbeeinträchtigung) – auch außerhalb d. Arbeitsrechts (allg. in der Öffentlichkeit). |

4. Der Begriff der Diskriminierung

| | |
|--------------------|--|
| unmittelbar | Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person aufgrund eines der im GIBG missbilligten Motive in einer vergleichbaren Situation eine ungünstigere Behandlung als eine andere Person erfährt oder erfahren würde. |
|--------------------|--|

Bei allen außer der geschlechtlichen Diskriminierung (also bei den Fällen des § 17 GIBG) kann auch die unmittelbare Diskriminierung durch zwingende Berufserfordernisse erfolgen (§ 20 Abs 1 GIBG).

| | |
|------------------|---|
| mittelbar | Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften/Kriterien/Verfahren Personen benachteiligen (können), die ein im GIBG aufgezähltes, missbilligtes Unterscheidungsmerkmal aufweisen und diese nicht sachlich gerechtfertigt, angemessen und erforderlich sind. |
|------------------|---|

Hier ist insb auf die mittelbare Diskriminierung von Frauen durch das Abstellen auf „nicht missbilligte“ Kriterien wie Teilzeitbeschäftigung oder Leichtlohngruppe im Fokus der Rsp (zB niedrigerer Stundenlohn für alle Teilzeit-AN, die hauptsächlich Frauen sind).

Diskriminierung durch Assoziierung: Auch Eltern/Geschwister/etc. eines Homosexuellen/o.Ä. sind vom Diskriminierungsschutz umfasst.

Positive Maßnahmen (§§ 8, 22 GIBG): Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung all diese Gruppen sind gestattet.

Quotenregelungen: Diese sind nur zulässig, wenn alle Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind und der Vorrang der Frauen so entfallen kann.

Einkommensbericht: Unternehmen mit mehr als 150 AN müssen gem § 11a GIBG alle 2 Jahre einen Bericht legen, aus dem deutlich wird, wie viele AN wie eingestuft (KV/Verwendungsgruppen), wie hoch das Jahresdurchschnittseinkommen von Frauen/Männern in den einzelnen Verwendungsgruppen ist und wie sich hierdurch Angestellte und Arbeiter unterscheiden. Er ist dem BR/Betriebsausschuss/ZBR zu übergeben oder bei deren Fehlen den AN zugänglich zu machen.

5. Die einzelnen Diskriminierungstatbestände

Verboten ist die **Diskriminierung wegen eines missbilligten Motivs** in allen Phasen des Arbeitsverhältnisses, vom Anbahnungsstadium, über die Arbeitsbedingungen (Entgelt, Aufstieg, etc) bis hin zur Beendigung und den Nachwirkungen (Betriebspensionen) – (§§ 3, 17 GIBG).

Darüber hinaus gilt das **Gleichbehandlungsgebot** auch in der sonstigen Arbeitswelt (Berufsberatung, externe Weiterbildung, Interessenvertretungen, Zugang zu selbstständiger Erwerbstätigkeit, etc) – vgl §§ 4, 18 GIBG.

Belästigung (§§ 7, 21 GIBG) iZm einem missbilligten Motiv ist ebenfalls verboten. Die beiden Bestimmungen definieren sie als „*unerwünschte Verhaltensweise, die die Würde der betroffenen Person verletzt, für diese unerwünscht, unangebracht oder anstößig ist und die für die/den Betroffene/n ein einschüchterndes, feindseliges, entwürdigendes, beleidigendes oder demütigendes Umfeld schafft*“.

Sexuelle Belästigung (§ 6 GIBG): Sie ist eine Belästigung iSd § 7, die durch ein der **sexuellen Sphäre** zugehöriges Verhalten zutage tritt. Dabei werden sowohl der Belästiger als auch der Abhilfe unterlassende AG **sanktioniert**.

Auf das **Gebot der geschlechtsneutralen/diskriminierungsfreien Stellenausschreibung** (§§ 9, 23 GIBG) wurde in Kap. VII hingewiesen.

6. Die Rechtsfolgen der Diskriminierung

Das GIBG sieht je nach Art der Verletzung **unterschiedliche Sanktionen** (§§ 12, 26 GIBG) und **Geltendmachungsfristen** (§§ 15, 29 GIBG) vor:

| Diskriminierung iRd/iZm | Rechtsfolge(n) |
|---|---|
| (Nicht-)Begründung d. AV sowie Aufstieg | (1) Stellenwerber hätte die Stelle bekommen (bestqualifiziert): SE (2 Monatsentgelte) (2) Stellenwerber war nicht bestqualifiziert: SE (500€) |
| Entgelt/sonst. Arbeitsbeding. | AN hat Anspruch auf Gleichstellung oder Ersatz des Vermögensschadens (Entgeltdifferenz) |
| (sexuelle) Belästigung | SE-Anspruch gegen Belästiger und, bei Unterlassung der Abhilfe (siehe oben) gegen den AG auf (1) SE für einen entstandenen Vermögensschaden sowie (2) angemessenen SE für erlittene persönl. Beeinträchtigung von mindestens 1000€. |
| Beendigung d. AV | Anfechtung der Kündigung/Entlassung |
| Stellenausschreibung | Verwaltungsstrafen (grds bis 360€) |
| alle | Ersatz des immateriellen Schadens |

Wie bei der „Anfechtung wegen verpönten Motivs“ (§ 105 Abs 5 ArbVG) reicht es in all diesen Fällen, die Diskriminierung **glaubhaft** zu machen. Der AG muss dann das Vorliegen anderer Motive glaubhaft machen (§§ 12 Abs 12, 26 Abs 12 GIBG, 7i BEinstG).

7. Verfahren und Behörden

Die Ansprüche nach dem GIBG sind vor den **Arbeits- und Sozialgerichten** im Klagsweg durchzusetzen. Daneben gibt es noch:

- die **Gleichbehandlungskommission** (§ 1 GBK/GAW-Gesetz),
- eine **Gleichbehandlungsanwaltschaft** (§ 3 GBK/GAW-Gesetz), in der für den I./II./III. Teil des GIBG jeweils ein Anwalt bzw eine Anwältin zur Verfügung steht, sowie
- ein **Schlichtungsverfahren beim Bundessozialamt** zur Geltendmachung einer Diskriminierung Behinderter (§ 7k BEinstG).

C. Sonstige gesetzliche Gleichbehandlungsgebote

- **BR-Mitglieder:** Verbot der Ungleichbehandlung durch § 115 Abs 3 ArbVG, gilt gem § 9 Abs 2 AVRAG auch für SVP/etc.
- **Ausländische AN:** Verbot schlechterer Lohn-/Arbeitsbedingungen gem §§ 8 Abs 1, 14c Z 2 AuslBG (Sanktionen siehe S 155).
- **AN von AG ohne KV-Angehörigkeit:** Gebot der Bezahlung auf dem Niveau vergleichbarer AN mit KV (§ 7 AVRAG).
- **Entsendung aus einem EU-Staat (§ 7a AVRAG):**
- **Entsendung aus einem EU-Staat (§ 7b AVRAG):**
- **Betriebspensionen:** Betriebspensionisten und aktive AN dürfen unabh. von ihrer Zahlenrelation wegen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes iRd Leistungszusage nicht (sachlich ungerechtfertigter Weise) bevorzugt/benachteiligt werden (§ 18 BPG).
- **Teilzeitbeschäftigte** dürfen nicht benachteiligt werden, wobei der AG die Beweislast der Nichtbenachteiligung trägt (§ 19d AZG).
- **AN, die einen Gefahrenbereich verlassen**, wenn sie bedroht sind, dürfen gem § 8 Abs 1 AVRAG nicht benachteiligt werden.
- **AN mit befristeten AV** dürfen gegenüber unbefristet Beschäftigten nicht ungerechtfertigt benachteiligt werden (§ 2b AVRAG).

D. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Aus der Gleichbehandlungspflicht hat die Judikatur (dh der OGH) den (arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs-)Grundsatz geformt, **einen oder einzelne AN nicht willkürlich oder aus sachfremden Gründen schlechter als andere zu behandeln**. Er lässt sich aus der **Fürsorgepflicht des AG** ableiten, die Person und Vermögen des AN umfassen. Je nachdem, welche Parteien interagieren, ist er (un-)anwendbar.

- **BV/KV-Parteien:** **verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz** anzuwenden, AR-GIB-Grds nicht anwendbar
- **AV-Parteien:** **arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz** (für die Gesamtheit der Arbeitsbedingungen)

In der **älteren Rsp** stellte der GIB-Grds nur einen **Minderheitenschutz** dar, in der **neueren Rsp** hat sich allerdings verstärkt die Begründungslinie der **Prinzipienbindung** durchgesetzt, wodurch der GIB-Grds folgendermaßen **ausformuliert** werden kann:

- **Liegt ein erkennbares und generalisierbares Prinzip vor, ist es verboten, zulasten einzelner AN davon abzuweichen, ohne dies sachlich zu begründen. Ob eine Mehr- oder Minderheit erkennbar ist, spielt keine Rolle.**

Eine **sachliche Rechtfertigung von Differenzierungsmerkmalen** wird folgende Merkmale aufweisen müssen:

- (1) **Sachlichkeit:** Ein Grund ist nur sachlich, wenn er **im Arbeitsverhältnis wurzelt** oder sich auf dieses **auswirkt**.
 - (2) **Zugrundeliegen eines verallgemeinerbaren Prinzips:** Die Differenzierungskriterien müssen einem Prinzip unterliegen, das auch Außenstehenden begrifflich gemacht werden kann. Möglich sind zB **zeitliche Kriterien** (wie Stichtagsregelungen), mit denen bspw neu eintretenden AN eine Zulage fortan nicht gewährt wird.
 - (3) **Gesetzeskonformität:** Das Kriterium darf nicht von der Rechtsordnung abgelehnt werden (zB Gewerkschaftsmitglied).
- **Rechtsfolgen:** Kann ein AN eine derartige Schlechterstellung beweisen **und** misslingt dem AG der Gegenbeweis, so hat der diskriminierte AN **Anspruch auf gleichartige Behandlung** – so muss ihm der Vorteil, der anderen gewährt wird, ebenso gewährt werden.

A. Allgemeines

Im Vergleich zu Zielschuldverhältnissen (Kauf, Tausch, etc) benötigt es bei **Dauerschuldverhältnissen** wie dem Arbeitsvertrag einer gesonderten (**rechtsgeschäftlichen**) **Beendigung**. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird als...

... **Erlöschen** bezeichnet, wenn es **ohne Zutun** der Parteien endet.

... **Auflösung** bezeichnet, wenn es **mit Zutun** der Parteien endet.

Dabei gibt es ① **zweiseitige Beendigungsarten** wie die **Befristung** (rechtsgeschäftliche Einigung bereits bei Vertragsschluss) oder die **einvernehmliche Auflösung** (in Form eines Aufhebungsvertrages). Dazu kommen ② **Sondertatbestände** (zB Erlöschen durch Tod des AN), bei denen keine rechtsgeschäftliche Erklärung vonnöten ist. Es gibt aber auch ③ **einseitige Beendigungsmöglichkeit**, also die Beendigung eines (unbefristeten) Arbeitsverhältnisses durch **empfangsbedürftige Willenserklärung** eines Teils. Man unterscheidet dabei die...

... **ordentliche** (nicht begründungsbedürftige) **Beendigung** unter *Einhaltung einer Frist* zu einem Termin (➔ **Kündigung**) von der

... **außerordentlichen** (begründungsbedürftigen) **Beendigung** *fristlos aus wichtigem Grund* (➔ **Entlassung, Austritt**).

Auflösungsabgabe (§ 2b Abs 1 AMPFG): Seit 2013 muss der AG bei arbeitslosenversicherungspflichtigen AV und freien DV eine solche Abgabe **entrichten**. Sie beträgt 2016 **121€** und ist an den zuständigen Krankenversicherungsträger abzuführen. Diese Verpflichtung besteht nicht, wenn eine **Ausnahme** gem *Abs 2 leg cit* vorliegt.

Ausnahmen sind: Auflösungen 1) während des Probemonats, 2) bei auf max. 6 Mon. befristeten (freien) DV/AV, 3) bei AN-Kündigung, 4) bei AN-Austritt ohne wichtigen oder aus gesundheitl. Grund, 5) bei gerechtfertigter Entlassung, 6) bei Lehrverhältnissen, 7) bei verpfl. (Berufs-)Praktika, 8) beim konzerninternen Wechsel, 9) bei der Auflösung nach § 25 IO, 10) bei Auflösung mit Erreichen des Regelpensionsalters, 11) bei Anspruch auf Invaliditäts-/Berufsunfähigkeitspension sowie 12) bei Tod des AN.

B. Befristung, Einvernehmen und Sondertatbestände

1. Befristung

Grds **bedarf** ein befristetes AV bei Zeitablauf **zur Beendigung keines weiteren Rechtsaktes**. Eine Kündigungsmöglichkeit müsste bei befristeten AV vereinbart werden (bei kurzen Befristungen ohne sachliche Rechtfertigung bzw Lehrverhältnissen unzulässig), ansonsten ist sie ausgeschlossen. Der **Endtermin** muss **zumindest nach objektiven Kriterien** (zB *nicht* „Bedarf“) **bestimmbar** sein.

Ausnahme: Durch eine **Schwangerschaft** wird der **Fristenlauf** gem § 10a MSchG grds **gehemmt** bzw um die Zeit ab der Mitteilung der Schwangerschaft bis zum Beginn des Beschäftigungsverbot (dies gilt nicht zB bei Saisonarbeit/Karenzvertretung). Vgl. genauer unter Kap. XVII.E.3.e.

Wie oben erwähnt ist bei **Kettendienstverträgen** bereits ab dem zweiten befristeten Vertrag eine **sachliche Rechtfertigung** notwendig. Dadurch würden AN-Rechte (Abfertigung, uU Urlaubsausmaß, uU allg. Bestandschutz nach § 105 ArbVG) ausgehebelt oder verkürzt.

2. Einvernehmliche Lösung

Eine einvernehmliche Lösung ist grds immer möglich, da sie auch dem Gedanken der **Privatautonomie** und der damit verbundenen **Vertragsfreiheit** entspricht. Lediglich bestimmte Sondervorschriften wie die §§ 10 Abs 7, 21 MSchG beinhalten Einschränkungen wie ein Schriftformgebot (Übereilungsschutz) oder bei mj. (werdenden) Müttern gar eine Aufklärung über den aufgegebenen Kündigungsschutz.

Eine **Gemeinsamkeit der einvernehmlichen Lösung mit der Befristung** ist, dass in beiden Fällen eine vertragliche Einigung (zu unterschiedl. Zeitpunkten) vorliegt.

Saisonale Unterbrechungen bereiten hierbei Probleme: Wenn aus der **Auflösung** aufgrund der **nur teilweisen** oder **nicht gegebenen Abwicklung** inkl. gleichzeitigem **suspensiv befristetem Arbeitsvertragsschluss** hervorgeht, dass der Zweck dieser Vereinbarung der zwischenzeitliche **Arbeitslosengeldbezug** sein soll, sieht die Rsp die Vereinbarung als **Karenzvereinbarung** an, auch wenn der Parteiwille eher für eine Beendigung spricht. Dies reicht für die Annahme einer Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses noch nicht aus.

3. Lösung des Probearbeitsverhältnisses

Ein auf max. **1 Monat** (Ausnahme: 3 Monate bei Lehrlingen) abschließbares **Arbeitsverhältnis auf Probe** (§§ 19 Abs 2 AngG, 1158 Abs 2 ABGB) kann während des Probemonats **frist-, termin- und grundlos von beiden Teilen** beendet werden.

Es kann mit einem auf längere Zeit (zB 3 Monate) abgeschlossenen **Arbeitsverhältnis zur Probe** kombiniert werden. Dann ist das AV im ersten Monat wie o.g. lösbar, danach wie jedes befristete AV. Nach Ablauf der Befristung kommt dann typischerweise (uU auch konkludent durch Weiterarbeiten) ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis** zustande.

4. Erlöschen

In **besonderen Fällen** kann das AV automatisch durch Erlösche enden. Aufgrund der **Höchstpersönlichkeit des AV** zB bei **Tod des AN**. Bei **Tod des AG** hingegen wird der Vertrag grds (Ausnahmen: siehe S 162) mit den Erben (der **Verlassenschaft**) fortgesetzt. In wenigen Fällen (zB persönl. Pfleger bei AG-Tod) wird aufgrund des **Eintritts von Unmöglichkeit** der Leistung ein **Erlöschen** angenommen (§ 1447 ABGB).

5. Rücktritt

Vor Beginn des Erfüllungsstadiums wird der **Rücktritt vom AV** als **zulässig** angesehen (§§ 30 AngG, 30 GAngG, 11 LAG *per analogiam*).

C. Die Kündigung

1. Grundsätzliches

Die Kündigung ist die **begründungsfreie** („freies Kündigungsrecht“), **einseitige, ordentliche Beendigung** eines **Dauerschuldverhältnisses**. Sie ist grds **formfrei** (Ausnahmen: §§ 32 VBG, 30 TAG) und **zugangsbedürftig** (*analog* zu § 864a ABGB zu betrachten: 1) Machtbereich des Empfängers, 2) Beginn Abholfrist beim Postamt, 3) Zugangsfiktion bei Vereitelung/Verschulden [zB Nichtmeldung des Wohnsitzwechsels]).

Aber: Durch den **allgemeinen Kündigungsschutz** des § 105 ArbVG wird allerdings indirekt eine gewisse **Begründungspflicht** bewirkt. Außerdem können Gesetze (zB VBG) o. KVs Beschränkungen vorsehen. Ein(e) **vertragliche(r) Ausschluss/Beschränkung** ist ebenso möglich.

Für **über 5-jährige** o. **lebenslange Arbeitsverträge** ist zumindest nach **5 Jahren** eine **AN-seitige Kündigungsmöglichkeit** vorgesehen (§§ 21 AngG, 1158 Abs 3 ABGB). Tatsächlich **unkündbar** kann ein (unbefristeter) Arbeitsvertrag daher nur **aus AG-Sicht** sein. Ein befristeter AV kann die Kündigungsmöglichkeit beschränkt vertraglich vereinbart werden, sonst ist er (nach Rsp und hA) unkündbar. **Beidseitig unkündbar ist nur der Lehrvertrag** (§ 18 BAG).

Das „freie Kündigungsrecht“ wird auch durch § 879 ABGB weiter eingeschränkt: Eine Kündigung kann auch außerhalb des allg. Kündigungsschutzes **sittenwidrig** – und damit **unwirksam** sein.

Beispiel: Ein unter Verlust der beendigungsabhängigen Ansprüche **abgeworbener AN** kann nicht unmittelbar nach Dienstantritt rechtfertigungslos gekündigt werden.

Abgesehen von solchen Fällen gibt es allerdings **keine Einschränkungen** (wie zB die „Unzeit“ – u aber **Zeitwidrigkeit** bei Kündigungen **während des Urlaubs** und damit verbundener Vereitelung des Erholungszweckes, S 164). Bei (grds möglichen) Kündigungen zur Unzeit greift sonst ohnehin der allg. Kündigungsschutz, aufgrund der verursachten **erhebl. Interessensbeeinträchtigung** (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG).

Der **Katalog des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG** wird durch einige **Sonder-TB** ergänzt, bei deren Vorliegen tlw auch das Verfahren des § 105 Abs 5 *leg cit* gegen eine Kündigung offensteht. Solche sind tlw **AVRAG (§§ 8, 9: Verlassen eines Gefahrenbereiches)**, im **GIBG (§§ 12 Abs 7, 26 Abs 7: AV-Beendigung wegen Geschlecht/Rel./Weltanschauung/Alter/Ethnie/sex. Orientierung)** oder im **BEinstG (§ 7f: AV-Beendigung wegen Behinderung)** zu finden.

2. Fristen und Termine

Kündigungstermin: Der letzte Tag des AV (**Endtermin**). *Seltener:* Der letzte mögliche Tag für einen Kündigungsausspruch.

Kündigungsfrist: Der **Zeitraum**, der **zwischen Kündigungsausspruch und Kündigungstermin mindestens** verstreichen muss.

Ab Ausspruch der Kündigung befindet sich das AV in einem **Abwicklungsverhältnis**. Die **Leistungspflichten bleiben** während dieser Zeit **aufrecht** (Arbeits-/Entgeltspflicht/ usw). Sowohl Erholungsurlaub als auch Zeitausgleich können in der Zwischenzeit vereinbart werden.

Postensuchtag: Bei **AG-Kündigung** gebührt dem AN während der Kündigungsfrist eine **wöchentliche Freizeit im Ausmaß von 1/5 der wöchentl. Arbeitszeit** unter **Entgeltfortzahlung (§§ 22 AngG, 116o ABGB)** damit der AN die Möglichkeit hat, eine neue Beschäftigung zu suchen – iSd allg. Gedanken der Kündigungsfrist.

| | | |
|--------------------|----------------|---|
| Angestellte | § 20 AngG | <ul style="list-style-type: none"> ☛ AG kann unter Einhaltung 6-wö. Frist zum Quartalsende kündigen, der AV/KV kann aber den 15./Monatsletzten als weitere Termine vorsehen. Die Frist des AG (6 Wochen) erhöht sich: <ul style="list-style-type: none"> ☛ nach vollendetem 2. Dienstjahr auf 2 Monate, ☛ nach vollendetem 5. Dienstjahr auf 3 Monate, ☛ nach vollendetem 15. Dienstjahr auf 4 Monate und ☛ nach vollendetem 25. Dienstjahr auf 5 Monate. AV oder KV können für den AN günstigere Regelungen (= längere Fristen) vorsehen. ☛ AN kann unter Einhaltung 1-mon. Frist zum Monatsletzten (nach Vereinbarung auch zum 15.) kündigen. Dies kann auf bis zu 6 Monate ausgedehnt werden, allerdings darf die AN-Frist nie länger als die AG-Frist sein (Abs 4). |
| Arbeiter | § 77 GewO 1859 | <ul style="list-style-type: none"> ☛ AG und AN haben eine 2-wö. Kündigungsfrist zu beachten, die an keine Termine gebunden ist. Diese Regelung ist dispositiv – die Kündigungsfrist kann also komplett abbedungen werden (vgl Bauarbeiter-KV). Die Fristen müssen allerdings für AN und AG gleich lang sein (§ 1159c ABGB). |

3. Sonderformen

a) Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung ist eine Kündigung, die mit einem neuen Arbeitsvertragsangebot (bzw einer Vertragsänderung) verbunden ist. Sie kann **resolutiv** (Kündigung wirksam *bis* zur Annahme des Offerts) oder **suspensiv** (Kündigung wirksam *ab* Ablehnung) **bedingt** sein.

b) Teilkündigung und Widerruf

Bei einer Teilkündigung sollen bloß **einzelne Vereinbarungen des Vertrags** durch eine **einseitige Beendigungserklärung** außer Kraft gesetzt werden. Dies ist zulässig, wenn der Restvertrag alleine bestehen kann (**gewisse Eigenständigkeit**) – wichtig bei fr. BV, Betriebsübung. Der Widerruf ist eine **einseitige Willenserklärung** und ein **Gestaltungsrecht**, mit dem **fristlos** (i.Vgl. zur Teilkündigung) bestimmte **Vertragsteile außer Kraft** gesetzt werden. Allerdings nur bei vorheriger **Vereinbarung** (Widerrufsvorbehalt) und **nach billigem Ermessen**.

c) Elternaustritt (§§ 15k MSchG, 9a VKG iVm §§ 23a Abs 3 AngG, 14 Abs 2 BMSVG)

Der „**privilegierte Elternaustritt**“ ist ein **Sonderbeendigungs-TB**, der als „**entfristete**“ **Selbstkündigung** verstanden wird. Er ist **frist- und terminlos** möglich und berechtigt den AN trotzdem zum **Erhalt der Abfertigung „alt“** oder zur **Verfügung über die Abfertigung „neu“**.

D. Entlassung und Austritt

1. Allgemeines

Wie jedes Dauerschuldverhältnis kann auch der Arbeitsvertrag **vorzeitig/sofort aus wichtigem Grund** beendet werden. Man spricht von...

... **Entlassung**, wenn dies AG-seitig geschieht und von

... **Austritt**, wenn es AN-seitig vorgenommen wird.

„**Wichtiger Grund**“: Dieser Entlassungs- bzw Austrittsvoraussetzung wird dann entsprochen, wenn der jeweiligen Vertragspartei die **Aufrechterhaltung des Vertrages nicht einmal bis zum Ablauf der Befristung bzw der Kündigungsfrist zugemutet werden kann**.

Die **tatsächliche Zeitspanne**, die sonst noch verstreichen müsste, ist bei der Beurteilung, ob ein solch wichtiger Grund vorliegt, **irrelevant**. **Schuldhaftes Verhalten des anderen** ist des Weiteren **keine Voraussetzung** (zB bei Entlassung wg dauernder Dienstunfähigkeit).

Unverzüglichkeitsgrundsatz: Die vorzeitige Auflösung muss **ohne schuldhafte Verzögerung** vorgenommen werden. Sonst geht das Entlassungs-/Austrittsrecht unter und es wird eine **konkludente Verzeihung** durch Verzicht angenommen.

Aber: Der OGH hat festgestellt, dass sowohl **komplexe Entscheidungsstrukturen** in Unternehmen zu berücksichtigen als auch die **Einholung einer Rechtsauskunft** und die **notwendige Zeit für Aufklärungen** zuzubilligen sind.

Angabe von Entlassungs-/Austrittsgründen: Die Entlassungs-/Austrittserklärung muss keine Gründe beinhalten. Die Detaillierung muss nämlich erst im **Bestreitungsfall** erfolgen.

Nachschieben von Entlassungs-/Austrittsgründen: Gründe, die **zum Zeitpunkt** der vorzeitigen Auflösung **bereits vorlagen**, dem jeweiligen Vertragspartner aber **noch nicht bekannt** waren, können im Bestreitungsfall ebenfalls herangezogen werden.

Rechtsquellen für Entlassungs-/Austrittsgründe: Die klassischen Gründe (neben § 122 ArbVG auch in div. Sondergesetzen) sind vor allem:

| | | |
|------------------|--|-----------------|
| ABGB | Das ABGB enthält nur die Klarstellung, dass das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von jedem Teil aus einem wichtigen Grund gekündigt werden kann (§ 1162 ABGB). | |
| AngG | demonstrative Aufzählung der Entlassungsgründe: | § 27 AngG |
| | demonstrative Aufzählung der Austrittsgründe: | § 26 AngG |
| GewO 1859 | taxative Aufzählung der Entlassungsgründe: | § 82 GewO 1859 |
| | taxative Aufzählung der Austrittsgründe: | § 82a GewO 1859 |

2. Die Entlassungsgründe

| ...für Angestellte (demonstrativ in § 27 AngG) | ...für Arbeiter (taxativ in § 82 GewO 1859) |
|--|--|
| <p>(1) Untreue im Dienst oder Vertrauenswürdigkeit (Z 1): Wenn sich der DN vorsätzlich Vorteile von Dritten (zB Provision, § 13) zuwenden lässt oder sich fahrlässig einer Handlung schuldig macht, die ihn des DG-Vertrauens unwürdig erscheinen lässt. Unter Letzteres fällt auch Geschehnisse in der Privatsphäre (zB Fehlverhalten im Krankenstand), sie sind jedoch besonders sorgfältig zu prüfen.</p> | <p>(1) Listige Verursachung eines Irrtums beim AG (lit a): Herbeiführen eines Irrtums beim AG durch Vorweisung falscher Ausweise/Dokumente oder Verschweigen bereits bestehender Arbeitsverhältnisse.</p> |
| <p>(2) Unfähigkeit, die (versprochenen/angemessenen) Dienste zu leisten (Z 2): Dauerndes/langes Fehlen der Voraussetzungen zur Leistungserbringung (zB FS-Entzug bei Kraftfahrern oder krankheitsbed. Arbeitsunfähigkeit). Grds ist Verschulden irrelevant, allerdings erhält der AN bei unverschuldeter Beendigung seine Abfertigung alt. Bloßes subjektives Unvermögen (zB Ungeschicklichkeit) rechtfertigt keine Entlassung.</p> | <p>(2) Unfähigkeit, die Dienste zu leisten (lit b): Arbeiter, die für unfähig befunden werden, die bedungenen Dienste zu leisten, können entlassen werden. (Dies entspricht iW dem Ang.-Entlassungsgrund in Z 2.)</p> |
| <p>(3) Selbst. kaufm. Unternehmen/Handelsgeschäfte im DG-Zweig (Z 3): Der Angestellte darf kein eigenes Unternehmen betreiben, damit dem AG die Arbeitskraft des AN erhalten bleibt. Außerdem darf der AG „im Geschäftszweig des AG“ (= im tatsächl. Geschäftsfeld) weder auf eigene noch fremde Rechnung Geschäfte betreiben (Vorbereitungshandlungen nicht umfasst!). Hierher fällt auch § 7 Abs 4 AngG.</p> | <p>(3) Trunksucht (Dauerzustand) und wiederholte fruchtlose Verwarnungen (lit c): Eine Entlassung ist nach zweimaliger Verwarnung möglich. Pathologischer Alkoholismus fällt nicht hierunter (allerdings unter b oder f), da Verschulden verlangt wird.</p> |
| <p>(4) Unterlassen der Dienstleistung oder beharrliche Weigerung/Anstiftung (Z 4): Bei einem unberechtigten Fernbleiben über einen ganzen Tag ist vom Vorliegen dieses Grundes auszugehen. Bei einer Weigerung kommt es auf deren Intensität an: Ist sie endgültig und eindeutig, berechtigt sie ohne Verwarnung zur Entlassung. Ansonsten ist abzumahnen und erst bei beharrlicher Weigerung zu entlassen.</p> | <p>(4) Diebstahl, Veruntreuung oder sonstiges strafbares Verhalten (lit d): Dies entspricht iW dem Ang.-Entlassungsgrund in Z 1. Allerdings kommt strafbares Verhalten als Voraussetzung hinzu, um das DG-Vertrauen zu verwirken.</p> |
| <p>(5) Abwesenheit über erhebliche Zeit oder längere Freiheitsstrafe (Z 5): Davon ausgenommen sind Krankheit und Unglücksfall. Dieser TB ist vom Verschulden unabhängig. Eine 14-tägige Haft ist nicht „länger“, eine 5-wöchige jedoch schon.</p> | <p>(5) Verrat v. Betriebs-/Geschäftsgeheimnis, abträgl. Nebenbeschäftigung (lit e): Wer ein Betriebs-/Geschäftsgeheimnis verrät oder der Verwendung beim Gewerbe abträgl. Nebenbeschäftigung (zB im selben Gewerbe) betreibt, kann entlassen werden.</p> |
| <p>(6) Tätlichkeiten, Sittlichkeitsverletzungen oder erhebl. Ehrverletzungen (Z 6): Wer sich Handlungen, die das Ehrgefühl verletzen (Geringschätzung, üble Nachrede, Vorwurf niederer Gesinnung, Beschimpfung), gegen den DG, seinen Stv., Angehörige oder Mitbedienstete zuschulden kommen lässt, setzt auch einen Entlassungsgrund.</p> | <p>(6) Unbefugtes Verlassen der Arbeit, beharrliche Pflichtvernachlässigung (lit f): Dies entspricht iW dem Ang.-Entlassungsgrund in Z 4. Die Rsp subsumiert darunter bspw auch Fehlverhalten im Krankenstand, das bei Ang. unter Z 1 fallen würde.</p> |
| | <p>(7) Grobe Ehrenbeleidigung, Körperverletzung, gefährliche Drohung (lit g): Dies entspricht iW dem Ang.-Entlassungsgrund in Z 6, dieser ist allerdings weiter gefasst, da „Körperverletzung“ enger zu verstehen ist als „Tätlichkeiten“.</p> |
| | <p>(8) Verschuldete Arbeitsunfähigkeit oder abschreckende Krankheit (lit h): Wer seine Arbeitsunfähigkeit verschuldet oder eine abschreckende Krankheit hat, die eine Gefährdung von AG/Dritten mit sich bringt, erfüllt diesen Entlassungsstatbestand.</p> |
| | <p>(9) „Gefängliche“ Anhaltung über mehr als 14 Tage hindurch (lit i): Wer länger als 14 in Haft ist, setzt ebenfalls einen Entlassungsgrund.</p> |

3. Die Austrittsgründe

| ...für Angestellte (demonstrativ in § 26 AngG) | ...für Arbeiter (taxativ in § 82a GewO 1859) |
|---|---|
| <p>(1) Unfähigkeit, die Dienste zu leisten (Z 1): Wer dazu unfähig wird oder die DL ohne Schaden für die eigene Gesundheit oder Sittlichkeit nicht fortsetzen kann, ist zum Austritt berechtigt.</p> | <p>(1) Schaden für die eigene Gesundheit (lit a): Austritt möglich bei Unmöglichkeit der Fortsetzung ohne (gesundh.) Eigengefährdung.</p> |
| <p>(2) Entgeltshmälierung/-vorenhaltung oder wesentl. Vertragsverletzung (Z 2): Ungebührliche Entgeltshmälierung, (unstrittige, sonst Urteil abzuwarten!) Vorenhaltung desselben, ungesunde/unzureichende Naturalbezüge (Dienstwohnung) oder die Verletzung anderer wesentlicher Vertragsbestimmungen berechtigt auch dazu.</p> | <p>(2) Misshandlung oder grobe Ehrbeleidigung des Gewerbeinhabers (lit b): Solche Handlungen gegen den Arbeiter oder dessen Angehörige sind hiervon umfasst.</p> |
| <p>(3) Weigerung des AG, Leben/Gesundheit des AN zu schützen (Z 3): Verletzungen der Schutzvorschriften, die den AG zum Schutz von Leben/Gesundheit/Sittlichkeit des AN verpflichten, rechtfertigen ebenso einen Austritt.</p> | <p>(3) Verleitung zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen (lit c): Wenn der Gewerbeinhaber/dessen Angehörige den Arbeiter (o. Angeh.) verleiten will.</p> |
| <p>(4) Tätlichkeiten, Sittlichkeitsverletzungen und erhebl. Ehrverletzungen (Z 4): Wenn der DG sich solche Handlungen gegen den DN zuschulden kommen lässt oder es unterlässt, diesen vor solchen Handlungen anderer zu schützen.</p> | <p>(4) Ungebührl. Entgeltvorenhaltung oder wesentl. Vertragsverletzung (lit d): Entspricht iW dem Ang.-Austrittsgrund in Z 2.</p> |
| | <p>(5) Unvermögen oder Weigerung, dem Arbeiter Verdienst zu geben (lit e): Dies ist ein Unterfall von lit d., der explizit bei Unvermögen/Weigerung schlagend wird.</p> |

E. Die Rechtswirkungen fehlerhafter Beendigungen

Beendigungen von Arbeitsverhältnissen können **verschiedene Fehler** aufweisen. Die Möglichkeiten sind, dass die Beendigung...

- ... **zeitwidrig** (frist- oder terminwidrig),
- ... **verspätet** (dh den Unverzüglichkeitsgrundsatz verletzend) oder
- ... **ungerechtfertigt** (also ohne Vorliegen eines Entlassungsstatbestandes erfolgt) ist.

Die **Frage der Rechtswirkungen** solcher Auflösungen wird in den Bereichen des allg. und bes. Bestandschutzes unterschiedlich bewertet:

☛ besonderer Bestandschutz:

Die Beendigungserkl. ist ohne Vorliegen besonderer Voraussetzungen (bspw Zustimmung v. Gericht/Behindertenausschuss) **unwirksam**.

☛ allgemeiner Bestandschutz:

Hier sind verschiedene Konstellationen möglich. Bspw die Frage, um wie viel sich die Kündigungsfrist verlängert, wenn die 6-wö. Frist um 1 Tag versäumt wird. Oder, wie sich eine im Nachhinein als unrichtig erkannte Entlassung auswirkt. Es gibt hierbei **verschiedene Theorien**:

- ☐ **Unwirksamkeitstheorie:** Diese Theorie geht von einer **gänzlichen Unwirksamkeit** fehlerhafter Beendigungserklärungen aus.
- ☐ **Konversionstheorie:** Nach dieser Theorie könnte die **fehlerhafte** in eine **fehlerfreie Erklärung umgedeutet** werden.
- ☐ **Schadenersatztheorie:** Beendigung geschieht wie (zu Unrecht) vorgesehen, dafür entstehen **Ersatzansprüche des anderen Teils**.

Der **OGH** und **große Teile der Lehre** stehen auf dem Boden der **Schadenersatztheorie**. Daraus resultiert, dass auch eine fehlerhafte Erklärung das AV wie (von sich selbst) vorgesehen beendet. Der vertragstreue Erklärungsempfänger hat dann aber einen **Anspruch auf SE**, der ihn so stellen soll, wie er bei rechtmäßiger Auflösung des AV gestanden hätte (§§ 1162b ABGB, 29 Abs 1 AngG). Dieser Anspruch ist bekannt als **Kündigungsentschädigung**.

AN-Ansprüche: Die Kündigungsentschädigung steht neben den **zeitwidrigen Kündigungen** und **ungerechtfertigten Entlassungen** auch im Falle eines vom **AG verschuldeten, gerechtfertigten Austritts des AN** zu. Der **Inhalt des Anspruchs** umfasst neben dem regelmäßigen Entgelt auch **aliquote Sonderzahlungen** und **Ansprüche, die erst** in der fiktiven Kündigungsfrist **entstehen**. Auch ein weitergehender Schaden kann vom AN geltend gemacht werden – umgekehrt muss aber auch **AN-Mitverschulden** miteinbezogen werden.

AG-Ansprüche: Bei einer vom **AN verschuldeten Entlassung** oder dem **ungerechtfertigten Austritt des AN** entstehen **SE-Ansprüche** des AG. Da in diesem Fall meistens geringere Schäden entstehen als für einen AN im umgekehrten, gibt es **keine generelle Regelung**. Häufig werden in der Praxis **Konventionalstrafen** vereinbart, die jedoch dem **richterlichen Mäßigungsrecht** unterliegen (§§ 38 AngG, 2e AVRAG).

Grenze der AN-Ansprüche: Diese ist bei der Möglichkeit des AN, korrekt zu kündigen, erreicht. Dh, dass „**Sowieso-Kosten**“ (bspw für ein Stelleninserat) **sowieso** angefallen wären und daher nicht zurückgefordert werden können. **Hingegen** durch den Ausfall notwendige Überstundenzuschläge oÄ sind insofern zu ersetzen, als sie die Kosten übersteigen, die die Beschäftigung des AN selbst verursacht hätten.

A. Allgemeines

Die im Arbeitsverhältnis geltenden Grundsätze wie zB, dass die Schadenersatztheorie gilt (und dadurch das AV jedenfalls zum in der Kündigungserklärung genannten Termin oder zum Zeitpunkt eines ungerechtfertigten Austritts oder einer ungerechtfertigten Entlassung endet). Diese Grds werden jedoch durch **arbeitsrechtliche Kündigungs- und Entlassungsbeschränkungen** eingeschränkt. Man unterscheidet:

- ① **Beschränkungen, die zur Rechtsunwirksamkeit der Kündigung/Entlassung führen**
 - sittenwidrige Kündigungen
 - besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz
 - vertragliche sowie kollektivvertragliche Beschränkungen
- ② **Kündigungsbeschränkungen, die zur Anfechtbarkeit von nach allg. ZR gültigen Kündigungen führt**
 - allgemeiner und individueller Kündigungsschutz

Allgemeiner Bestandschutz ↔ **besonderer Bestandschutz**: Diese Unterscheidung ist praktisch von großer Bedeutung. Während der **allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz** für alle AN in BR-pflichtigen Betrieben gilt, erfasst der **besondere Schutz** nur bestimmte Personengruppen (Belegschaftsfunktionäre, Eltern, Zivil-/Präsenzdienstleistende, Behinderte).

aber: **Individualanfechtung**: In manchen Fällen ist ein von der Betriebsverfassung losgelöster Mechanismus vorgesehen. Dies trifft insb auf den **Diskriminierungsschutz** des GIBG zu.

außerdem: **weitere Möglichkeiten**: Auch Gesetz, KV oder AV können Einschränkungen des Kündigungsrechts vornehmen oder es überhaupt ausschließen (und nur die vorzeitige Beendigung aus wichtigem Grund zulassen). Kündigungen aus nicht gesondert gesetzl. geregelten **sittenwidrigen Motiven** sind unzulässig u. gem § 879 ABGB **nichtig**.

Einer solch sittenwidrigen Motivkündigung wird nicht mit Anfechtung, sondern mit **Feststellungsklage** begegnet (siehe B.3.c).

B. Der allgemeine Kündigungsschutz

Die Kündigung ist als **einseitige, zugangsbedürftige, formfreie, ordentliche Beendigung** eines **Dauerschuldverhältnisses** grundsätzlich – im Sinne des *freien Kündigungsrechts* – **begründungsfrei**. Der Gesetzgeber will jedoch verhindern, dass dies aus **verpönten Motiven** oder **bei gravierender Interessensschieflage** geschieht und hat ein überwiegend **kollektivrechtliches Modell** geschaffen, was sich in der Rechtsquelle (II. Teil des ArbVG), der damit verbundenen Zuständigkeit des BR und folgenden zwei Konsequenzen niederschlägt:

- ① Der allgemeine Kündigungsschutz ist **nur in BR-pflichtigen Betrieben** (solche mit mind. 5 AN iSd ArbVG) anwendbar und
- ② er erfasst **nur AN iSd § 36 ArbVG** (insb keine leitenden Angestellten).

1. Das Vorverfahren

① Beabsichtigt der AG, eine Kündigung auszusprechen, muss er zuerst den BR(-Vorsitzenden) **formlos**, jedoch **bestimmt, verständlich** und inhaltlich **aktuell** darüber informieren (§ 105 Abs 1 ArbVG).

②.① Der BR kann (im Gremium) entscheiden, **keine Stellungnahme abzugeben**. Damit wird die Kündigung sofort gültig.

②.② Der BR kann aber auch **1 Woche** zur Beratung (§ 68 Abs 4 ArbVG: auch tel./per E-Mail) verlangen und sodann...

②.②.① ... **zustimmen** (BR-Beschluss bedarf gem § 68 Abs 2 ArbVG einer 2/3-Mehrheit),

②.②.② ... **widersprechen** (wobei der Widerspruch in der ablehnenden Haltung zutage treten muss) oder

②.②.③ ... **schweigen** (dh keine Stellungnahme abgeben und somit „**schlicht widersprechen**“).

Der AG genießt einen **Gutgläubenschutz**, was heißt, dass er auf eine BR-Stellungnahme auch trotz interner Willensbildungsmängel (zB BR-Vorsitzender entscheidet alleine) vertrauen darf, wenn ihm diese nicht auffallen mussten (wie zB bei einer sofortigen Reaktion).

Eine Kündigung **ohne Einhaltung des Vorverfahrens** ist **unwirksam**, der AN kann per **Feststellungsklage auf aufrechtes AV** klagen.

2. Die unterschiedlichen Möglichkeiten der Kündigungsanfechtung

Hier wird auf die unterschiedlichen Anfechtungsmöglichkeiten infolge der drei Möglichen BR-Reaktionen eingegangen:

a) Die Kündigungsanfechtung bei Zustimmung des BR

Sperrrecht des BR: Eine Zustimmung des BR **schließt die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit** (unten 4.) aus. Dass dies Rechtsmissbrauch (AG in Zusammenarbeit mit dem BR) ermöglicht, nimmt der Gesetzgeber in Kauf.

(1) **Anfechtung wegen verpönten Motivs (§ 105 Abs 6 ArbVG)**: Der AN kann in diesem Fall nur diese Anfechtungsmöglichkeit nutzen. Diese hat er selbst – innerhalb von **2 Wochen nach Kündigungszugang** (Abs 4 *leg cit*) – wahrzunehmen.

b) Die Kündigungsanfechtung bei Widerspruch des BR

Der AG kann den AN trotzdem kündigen. Er muss dies dem BR jedoch mitteilen. Mit der Mitteilung beginnt eine **1-wöchige Frist**, in der der AN den BR dazu auffordern kann, die Kündigung anzufechten. Kommt der BR dem nicht nach, hat der AN nochmal ein **2-wöchige Frist**, selbst anzufechten. Es stehen ihm dabei (1) die **Anfechtung wegen verpönten Motivs** und (2) die **Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit** offen. Im Zuge der Sozialwidrigkeitsprüfung kann auch (3) ein **Sozialvergleich** durchgeführt werden (siehe unten 4.d).

c) Die Kündigungsanfechtung bei Schweigen des BR („schlichter Widerspruch“)

Nach Verstreichen der **1-Wochen-Frist zur Stellungnahme** durch den BR kann der AN die Kündigung **innen 2 Wochen** selbst bei Gericht anfechten (§ 105 Abs 4 ArbVG). Es stehen die **Anfechtungen (1) und (2)** (siehe oben b), **nicht jedoch** der Sozialvergleich zur Verfügung.

d) Die Kündigungsanfechtung im BR-losen Betrieb

In BR-pflichtigen Betrieben **ohne BR entfällt das Vorverfahren** und der AN kann **selbst binnen 2 Wochen** (gem § 107 ArbVG) bei Gericht anfechten. Auch hier stehen ihm die **Anfechtungen (1) und (2)** (siehe oben b), **nicht jedoch** der Sozialvergleich zur Verfügung.

Der **stRsp des VwGH** zufolge (der vor dem ASG zuständig war) ist das aufgrund des klaren Wortlauts und des **kollektivrechtlichen Konzepts des ArbVG**, das einen Widerspruch des BR zwingend voraussetzt, so.

e) Fristen im Kündigungsanfechtungsverfahren

§ 169 ArbVG verweist diesbezüglich auf § 32 AVG, der besagt, dass **Wochen-Fristen** an demselben Wochentag enden, an dem sie begonnen haben (MO-MO). Im Fall eines Samstages, Sonn- oder Feiertages (oder Karfreitag) ist der nächste Werktag letzte Tag der Frist (§ 33 Abs 2 AVG). **Rechtzeitig** ist eine Anfechtung, wenn sie am letzten Tag der (nicht verlängerbaren) Frist der **Post übergeben** wird (§ 33 Abs 3 AVG).

Wird diese Frist zur Anfechtung (gem § 105 Abs 4 ArbVG) versäumt, ist eine **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** (§§ 146 ff ZPO) möglich.

3. Die Anfechtung der Kündigung wegen verpönten Motivs

a) Die nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG verpönten Motive

§ 105. (3) ArbVG. Die Kündigung kann beim Gericht angefochten werden, wenn

1. die Kündigung
 - a) wegen des **Beitrittes** oder der **Mitgliedschaft** des Arbeitnehmers zu **Gewerkschaften**;
 - b) wegen seiner **Tätigkeit in Gewerkschaften**;
 - c) wegen **Einberufung der Betriebsversammlung** durch den Arbeitnehmer;
 - d) wegen seiner **Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstandes**, einer **Wahlkommission** oder als **Wahlzeuge**;
 - e) wegen seiner **Bewerbung um eine Mitgliedschaft zum Betriebsrat** oder wegen einer **früheren Tätigkeit im Betriebsrat**;
 - f) wegen seiner Tätigkeit als **Mitglied der Schlichtungsstelle**;
 - g) wegen seiner Tätigkeit als [SVP] (...);
 - h) wegen der bevorstehenden **Einberufung des Arbeitnehmers zum Präsenz- oder Ausbildungsdienst** oder **Zuweisung zum Zivildienst** (...);
 - i) wegen der **offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung** vom [AG] in **Frage gestellter Ansprüche** aus dem [AV] durch den [AN] (Anm.: „**Vergeltungskündigung**“);
 - j) wegen seiner Tätigkeit als **Sprecher** gemäß § 177 Abs. 1 erfolgt ist (...).

Vor dem ASG ist die Anwendung eines solchen Motivs nicht zu beweisen, aber **glaubhaft zu machen**. Den AG trifft dieselbe Anforderung.

b) Individualanfechtung wegen verpönter Motive

Teilweise ist auch dem **einzelnen AN** die Möglichkeit gegeben, unabhängig vom Vorliegen eines BR-pflichtigen Betriebs, eine **Individualanfechtung** vorzunehmen. (Auch die Sonderregelungen bzgl Prozesskostenersatz [§ 58 ASGG] kommen nicht zur Anwendung.) Diese Individualanfechtungen haben gesonderte Rechtsgrundlagen (GIBG, BEinstG, AVRAG, MSchG/VKG):

| | |
|--------------------|---|
| GIBG | Wird ein AV/Probeverhältnis vom AG wegen Geschlecht, ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, sexueller Orientierung oder wegen offenbar nicht unberechtigter Anspruchsgeltendmachung nach dem GIBG gekündigt (entlassen), kann der AN innen 2 Wochen (ab Zugang der Beendigungserklärung) bei Gericht anfechten (§§ 15, 29). (Dies ist auch auf die Nichtverlängerung von dafür vorgesehenen befristeten Verhältnissen anzuwenden.) |
| BEinstG | Auch wegen ihrer Behinderung gekündigte (entlassene) AN können – nach einem verpflichtenden Schlichtungsverfahren – bei Gericht anfechten (§§ 7f, 7k). |
| AVRAG | AN, die wg Verlassen ihres Arbeitsplatzes bei unmittelbarer Gefahr gekündigt (entlassen) werden, können innen 1 Woche anfechten (§ 8). |
| | Werden AN wg ihrer SVP-Tätigkeit gekündigt (entlass.), können sie innen 1 Woche anfechten, wenn keine Motivanfechtung gem § 105 ArbVG offensteht (§ 9) . Werden AN wg einer (geforderten) Vereinbarung gem §§ 11 – 14d (Bildungskarenz/-teilzeit, Freistellung gg Entgeltentfall, Solidaritätspremiensmodell, Familienhospizkarenz, Pflegekarenz/-teilzeit) gekündigt (entl.), können sie innen 1 Wo. anfechten (§ 15) oder ungeschmälerter Kündigungsentschädigung verlangen. |
| MSchG / VKG | Eltern von mindestens 4-jährigen Kindern, die eine Teilzeitbeschäftigung nach den §§ 15n MSchG bzw 8f VKG in Anspruch nehmen (wollen) , und deshalb gekündigt (entlassen) werden, können ebenso anfechten. Es ist keine Frist bestimmt, die Lehre wendet aber die des § 105 ArbVG an (innen 2 Wo.). |

c) Sittenwidrige Kündigungen – Feststellungsklage auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

Abgesehen von der Anfechtung gibt es bei **Unwirksamkeit der Kündigung** aufgrund § 879 ABGB (zB beim Betriebsübergang) die Möglichkeit, **ohne unnötigen Aufschub** (lt OGH), eine **Feststellungsklage auf Fortbestand des AV** (keine Rechtsgestaltungsklage!) zu tätigen – sofern keine andere Rechtsgrundlage schlagend wird (**Auffang-TB!**). Ob der Betrieb BR-pflichtig ist oder nicht, spielt **keine Rolle**.

4. Die Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit

Der Grundsatz des **freien Kündigungsrechts** wird durch die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit wesentlich durchbrochen. **Wenn** die Kündigung eines **mind. 6 Monate** lang beschäftigten AN (1) eine **wesentliche Interessensbeeinträchtigung für ihn** darstellt und dies (2) **nicht in seiner Person oder seinem Verhalten begründet** ist (die die betrieblichen Interessen nachteilig berühren) **oder** (3) **wirtschaftlich erforderlich** ist, **dann** ist der Klage **stattzugeben** (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG).

a) 6-monatige Beschäftigung im Betrieb oder Unternehmen

Die Möglichkeit der Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit entsteht erst ab **6-monatiger Beschäftigungsdauer** (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG).

b) Wesentliche Interessenbeeinträchtigung

Eine für die o.g. Anfechtung notwendige **wesentliche Interessensbeeinträchtigung** liegt dann vor, wenn die damit verbundenen Nachteile größer sind, als sie dies bei einer Kündigung für gewöhnlich sind.

Nach der **stRsp** muss keine Existenzgefährdung daraus resultieren, allerdings eine **fühlbare Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage des AN**. Dabei wird eine Gesamtbetrachtung vorgenommen (und auch andere Einkommensquellen bis hin zum Partner) angeschaut. Gleichbehandlungsaspekte können ebenfalls eine Rolle spielen. Zukünftige – objektiv vorhersehbare – Entwicklungen sind *ex ante* zu berücksichtigen. Eine wesentliche Interessensbeeinträchtigung wurde vielfach bei rd. **10%** angenommen, in vielen Fällen aber auch wieder verneint. Bei **drohender längerer Arbeitslosigkeit** wurde sie ebenso angenommen, sowie bei **Kreditbelastungen, Sorgpflichten** und **Dienstwohnungsverlust**. Am Ende ist auf die Umstände des Einzelfalls hinsichtlich der Sicherung des Lebensunterhalts abzustellen.

Bei **älteren AN** sind (wie beim Sozialvergleich, siehe unten d.) die Beschäftigungsdauer sowie zu erwartende Probleme rund um die Wiedereingliederung zu berücksichtigen. Das **Erreichen des Regelpensionsalters** lässt die Anfechtungsmöglichkeit sicher nicht erlöschen. Dieser intensivere Kündigungsschutz gilt für **AN ab 50 Jahren**, nach **mind. 2 Jahren im Betrieb** (§ 105 Abs 3b ArbVG).

Im Fall einer **Änderungskündigung** sind die bisherigen mit den neu angebotenen Bedingungen zu **vergleichen**.

Rsp: Eine Gehaltsreduktion um 10% oder eine Urlaubsverringerung auf das gesetzliche Ausmaß stellen jedenfalls **keine wesentliche Interessensbeeinträchtigung** dar.

c) Kündigungsrechtfertigung durch den AG (Abs 2 Z 3 lit a und b)

Der AG kann gegen die Kündigungsanfechtung die **subjektive oder objektive Betriebsbedingtheit** (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a und b) einwenden:

Subjektive Betriebsbedingtheit (lit a)

„(...) **Umstände, die in der Person des AN gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren** (...)“

Diese **indiv.** Kündigungsrechtfertigungsgründe müssen die Weiterbeschäftigung nicht unzumutbar machen, aber „**bei obj. Betrachtungsweise einen verständigen Betriebsinhaber z. Kündigung veranlassen [u.] die Kündigung als gerechte, SV-adäquate Maßnahme erscheinen lassen**“.

Rsp-Beispiele: Häufige Krankenstände (27%), oftmalige Unpünktlichkeit, Kundenbeschwerden wegen Unfreundlichkeit, verbale sexuelle Belästigung anderer AN, unzureichende Arbeitsleistung oder Nichteignung, wenn diese ins Gewicht fällt.

Sind diese Umstände, zB häufige Krankenstände, (1) auf **Alter** (Abs 3a) oder (2) **Nachtschwerarbeit** (Abs 3b) zurückzuführen, müsste die Weiterbeschäftigung (1) betriebl. Interessen **erheblich benachteiligen** oder (2) zu einem **erheblichen Schaden** für den Betrieb führen.

Verhaltensbezogene Gründe müssen **rechtzeitig** erklärt werden (*ähnlich dem Unverzüglichkeitsgrundsatz*), da sonst die Erforderlichkeit iSd Betriebsinteressen bezweifelt wird. Eine Weiterbeschäftigung bis zum Ende der Kündigungsfrist schadet aber nicht.

Objektive Betriebsbedingtheit (lit b)
 „(...) **betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des AN entgegenstehen (...)**“

Generelle Rechtfertigungsgründe, die zum Verlust des Arbeitsplatzes führen, können je nach den Umständen...

- ... **technischer Art** (zB Verjüngung des Fuhrparks auf weniger reparaturanfällige Kfz),
- ... **organisatorischer Art** (zB bei Umstrukturierungsmaßnahmen) oder
- ... **wirtschaftlicher Art** (zB aufgrund von Auftragsrückgängen oder geringer Ertragslage) sein.

Der AG hat dem Gericht darzulegen, dass es sich bei der Kündigung um eine nachvollziehbare betriebswirtschaftliche Konsequenz einer unternehmerisch notwendigen Entscheidung handelt. Dieses prüft dann deren Eignung zur Erreichung des angestrebten Ziels, allerdings unter Beachtung des **freien wirtschaftlichen Entscheidungsrechts des AG** (iSd verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes!).

Die Maßnahme ist **nicht geeignet, wenn** der AG seiner **sozialen Gestaltungspflicht** nicht nachgekommen ist.

Die soziale Gestaltungspflicht des AG beinhaltet den Grds, dass der AG zunächst „alle Möglichkeiten auszuschöpfen hat, um seine bisherigen AN weiterzubeschäftigen“.

Ergo: Objektive Betriebsbedingtheit kann nur dann vom AG eingewandt werden, wenn (1) **der Arbeitsplatz tatsächlich wegfällt** und der AN (2) **nicht anderweitig verwendbar** ist. (Im Ergebnis kann der AG also *wirtschaftlich*, nicht aber *„persönlich“ frei* entscheiden.)

d) Sozialvergleich (Abs 3c)

Wird eine Kündigung, der der **BR ausdrücklich widersprochen** hat, im Anfechtungsverfahren vom AG mit **objektiver Betriebsbedingtheit** gerechtfertigt, kann ihm uU die **mangelnde Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte** (bzgl des AN) vorgeworfen werden. Auf **Antrag** kann dann ein Sozialvergleich durchgeführt werden, bei dem der Antragssteller darlegen muss, dass ihn die Kündigung aufgrund verschiedener Faktoren und seiner **persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse** (vgl *wesentliche Interessenbeeinträchtigung*) ungewein **härter trifft, als andere AN** „des gleichen Betriebes und derselben Tätigkeitssparte, deren Arbeit der Gekündigte zu leisten fähig und *wilens ist*“ (lt OGH reicht Kündbarkeit und betriebswirtschaftliche Austauschbarkeit der in den Vgl. einbezogenen AN, Genaueres S 188).

5. Die Wirkung der Kündigungsanfechtung bzw der gerichtlichen Entscheidung

Das ASG kann bei einer Anfechtung wegen verpönten Motivs (Abs 3 Z 1) oder Sozialwidrigkeit (Abs 3 Z 2)...

- ... die Anfechtung(sklage) **als unbegründet zurückweisen** oder
- ... der Anfechtung **stattgeben**.

Die Stattgabe der Anfechtung **hebt die Kündigung ex tunc** auf, woraus sich auch ein **Entgeltanspruch** für die Prozessdauer ergibt.

Außerdem entfaltet das erstinstanzliche Urteil in Kündigungsanfechtungsprozessen **vorläufige Vollstreckbarkeit** (§ 61 Abs 2 ASGG).

Damit ist das Entgelt bei erstinstanzlicher Stattgabe der Anfechtung auch bis zu einer etwaigen rechtskräftigen Zurückweisung derselben weiter zu bezahlen. Nimmt der AG die Arbeitsleistung des AN in der Zeit allerdings nicht an, kann er diesfalls die Entgelte zurückfordern (gutgläubiger Verbrauch durch AN ausgeschlossen).

C. Massenkündigungen („Kündigungsfrühwarnsystem“)

Eine solche liegt vor, wenn der AG **innerhalb von 30 Tagen** die folgende Zahl an Arbeitsverhältnissen beenden möchte (inkl. einvernehmli.):

| Anzahl der zu kündigenden AN | Betriebsgröße |
|------------------------------|---------------|
| ≥ 5 | 20 – 100 AN |
| ≥ 5 % | 100 – 600 AN |
| ≥ 30 | über 600 AN |
| ≥ 5 AN über 50 Jahren | ----- |

In diesem Fall trifft ihn die **Pflicht zur Verständigung des AMS** (§ 45a AMFG). Dies muss aufgrund der **Sperrfrist des Abs 2 leg cit mind. 30 Tage vor Ausspruch der ersten Kündigung** geschehen.

Wir eine dieser zwei Vorschriften verletzt (außer das AMS genehmigt früher, Abs 8), sind die ausgesprochenen Kündigungen **unwirksam**.

Der AG kann die Frühwarnpflicht durch **zeitl. Streuung** der Kündigungen umgehen.

D. Der allgemeine Entlassungsschutz

Der allgemeine Entlassungsschutz (§ 106 ArbVG) ist die Ergänzung zum allgemeinen Kündigungsschutz. Die Geltungsbereiche sind ident.

Der Zweck dieser Regelung ist es, zu verhindern, dass – in Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes – ungerechtfertigte Entlassungen ausgesprochen werden, die der SE-Theorie zufolge zur faktischen Beendigung des AV führen. **Auch befristete Verhältnisse** sind davon erfasst.

(I) Vorverfahren: Der AG muss den AN bei Entlassungen nicht zuvor, aber **unmittelbar danach** verständigen. Der BR hat dann aber nur **3 Arbeitstage** lang Zeit, der Entlassung (1) **Zustimmung** zu erteilen, (2) **ausdrücklich zu widersprechen** oder (3) zu **schweigen**.

Wie beim allg. Kündigungsschutz entscheidet sich die Aktivlegitimation zur Anfechtung auch hier nach der BR-Reaktion. Im Fall (2) ist bis auf Weiteres der BR zuständig, in den Fällen (1) und (3) hat der AN selbst tätig zu werden.

(II) Entlassungsgrund? Sodann wird geprüft, ob ein Entlassungsgrund **vorlag** und **rechtzeitig** (= unverzüglich) geltend gemacht wurde. Trifft beides zu, ist die Klage abzuweisen. **Falls nicht**, ist die Entlassung wie eine Kündigung – je nach Reaktion des BR – zu prüfen:

| BR-Reaktion | aktivlegitimiert | mögliche(r) Klagsinhalt(e) |
|-------------|------------------|---|
| Zustimmung | AN | verpöntes Motiv (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) |
| Schweigen | AN | verpöntes Motiv (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) Sozialwidrigkeit (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG) |
| Widerspruch | BR (uU AN) | verpöntes Motiv (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) Sozialwidrigkeit (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG) inkl. Sozialvergleich (§ 105 Abs 3c ArbVG) |

Kommt am Ende der ganzen Prüfung (je nach Art) ein **stattgebendes Urteil** zustande, bedeutet das, dass...
 ① die Entlassung **unbegründet/verspätet** war und,
 ② dass **nicht einmal eine Kündigung** offenstand.
 Das Arbeitsverhältnis besteht somit weiter und die Entlassung ist **ex tunc unwirksam**.

Der AN kann die Entlassung auch **gegen sich wirken lassen** und anstatt der Rückkehr in den Betrieb die **Kündigungsentschädigung** nach der SE-Theorie fordern. Der AG hat diese Möglichkeit aber seinerseits nicht, da dieser gesamte Mechanismus dazu dient, dem AN entweder die Rückkehr in den Betrieb, aus dem er zeitwidrig/grundlos entlassen wurde, oder aber zumindest die Ersatzleistung (SE) zu gewähren.

E. Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz

1. Allgemeines

Zusätzlich zum allgemeinen Bestandschutz werden beim **besonderen Bestandschutz** bestimmte AN-Gruppen (Belegschaftsfunktionäre, Eltern, Präsenz- und Zivildienstler, Behinderte) iRd **Kündigung** zusätzlich geschützt, bzw. dadurch, dass...

- ① **Zustimmung des Gerichts/Behindertenausschusses** (auf Prozessinitiative des AG) zur Rechtswirksamkeit notwendig ist und
- ② **besondere Gründe** (insb Betriebsreduktion uä., siehe unten) vorliegen müssen.

Eigentlich wäre infolge dieser Bestimmungen kein besonderer **Entlassungsschutz** notwendig, da eine *unbegründete/zeitwidrige Entlassung* sowieso nicht in eine *fristwidrige Kündigung* (unter Anwendung der SE-Theorie) umgedeutet werden kann, da dazu Zustimmung nötig wäre. Damit könnte in diesem Fall auf aufrechtes AV (Feststellung) geklagt werden, aber das AV wird *nicht beendet*. Dennoch wurde den meisten bes. kündigungsgeschützten AN ein bes. Entlassungsschutz durch (AngG-/GewO-Gründe **einschränkende**) **Entlassungsgründe** verliehen.

2. Funktionäre der Belegschaft

a) Die geschützten Personen (§ 120 ArbVG)

- **Wahlwerber, Mitglieder des Wahlvorstandes** (§ 120 Abs 4 Z 2 ArbVG)
- **Mitglieder des BR** ab der Wahlannahme bis 3 Monate („Abkühlungsfrist“) nach dem Ausscheiden (§ 120 Abs 1 und 3 ArbVG)
- **Ersatzmitglieder des BR** während der Vertretungstätigkeit (ab mind. 2 Wochen auch eine „Abkühlungsfrist“) (§ 120 Abs 4 Z 1 ArbVG)

b) Der besondere Kündigungsschutz

Die Kündigung bedarf **vorheriger, gerichtl. Zustimmung**. Es gibt für Belegschaftsfunktionäre **3 Kündigungsgründe** (§ 121 Z 1-3 ArbVG):

- ✓ **Betriebsreduktion** (Der Arbeitsplatz fällt weg und AN kann nirgends sonst eingesetzt werden.)
- ✓ **dauernde Dienstunfähigkeit** (zB gesundheitlicher Natur – soweit dies mittelfristig nicht behebbar ist.)
- ✓ **beharrliche Pflichtverletzung** (Die Weiterbeschäftigung ist auch unter Beachtung der Mandatsschutzklausel disziplinar unzumutbar.)

c) Der besondere Entlassungsschutz

Auch die Entlassung bedarf **vorheriger, gerichtl. Zustimmung** (*Ausnahmen: nachträglich* bei bestimmten Straftaten, Ehrverletzungen, etc) und muss sodann **unverzüglich** ausgesprochen werden. Die **Entlassungsgründe** sind in § 122 Abs 1 ArbVG *taxativ* aufgelistet:

- | | |
|---|---|
| ☒ Täuschung bei Vertragsabschluss (Z 1) | ☒ Geheimnisverrat (Z 4) |
| ☒ strafb. Handlungen (> 1 J./Bereicherungsvorsatz) (Z 2) | ☒ abträgliche Nebengeschäfte (Z 5) |
| ☒ Untreue und Schmiergeldannahme (Z 3) | |

3. Eltern

a) Die geschützten Personen

- | | |
|--|---|
| – Mütter: Beginn: grds mit Beginn der Schwangerschaft Ende: <i>frühestens</i> 4 Wo. nach Geburt <i>oder</i> 4 Wo. nach Karenz, <i>spätestens</i> 4 Wo. nach dem 4. Geburtstag des Kindes | – Väter: Beginn: mit der Erklärung, Karenz/Teilzeit zu beanspruchen Ende: 4 Wo. nach Karenz, <i>spätestens</i> 4 Wo. nach dem 4. Geburtstag des Kindes |
|--|---|

b) Der besondere Kündigungsschutz

Die Kündigung bedarf **vorheriger, gerichtl. Zustimmung**. Der AG muss gleichzeitig mit der Einbringung der Klage den BR verständigen.

- ✓ **Betriebsreduktion** (Dies ist der *einzig* Kündigungsgrund für bestandgeschützte Eltern. Jedoch wird dem AG [anders als unter 2.] nicht auferlegt, den AN in einem anderen Betrieb seines Unternehmens zu beschäftigen. Der Schaden bei Aufrechterhaltung des Betrieb[steils] müsste auch nicht „*erheblich*“ sein. Zudem können die Eltern auf den Kündigungsschutz **verzichten**.)

Bei Inanspruchnahme von Karenz/Teilzeit *nach Vollendung des 1. Lebensjahres des Kindes* kommen **2 weitere Kündigungsgründe** hinzu:

- ✓ **Umstände in der Person des AN** oder **betriebliche Erfordernisse** (*vgl oben obj./subj. Betriebsbedingtheit*) und
- ✓ **Weiterbeschäftigung dem AG unzumutbar** (*beides § 10 Abs 4 MSchG, bei Vätern iVm § 8f VKG*).

c) Der besondere Entlassungsschutz

Auch die Entlassung bedarf **vorheriger, gerichtl. Zustimmung** (*Ausnahmen: nachträglich* bei bestimmten Straftaten, Ehrverletzungen, etc) und ist nur aus den in § 12 Abs 2 MSchG genannten Gründen (aufgrund der Verweisung in § 7 Abs 3 VKG auch für Väter) möglich:

- | | |
|---|--|
| ☒ beharrl. schuldhafte Arbeitspflichtverletzung (Z 1)* | ☒ Tätlichkeiten/Ehrverletzungen (Z 4)* |
| ☒ Untreue und Schmiergeldannahme (Z 2) | ☒ strafbare Handlungen (> 1 Jahr o. Bereicherungsvorsatz) (Z 5) |
| ☒ Geheimnisverrat (Z 3) | |

* Gem. § 12 Abs 2 MSchG ist bei Müttern in diesen 2 Fällen ihr „*außerordentlicher Gemütszustand*“ zu berücksichtigen.

d) Einvernehmliche Auflösung

Ein Aufhebungsvertrag unterliegt in diesem Fall (aufgrund der Aufgabe des besonderen Bestandschutzes) dem **Schriftformgebot** (§ 10 Abs 7 MSchG, *bei Vätern iVm § 7 Abs 3 VKG*). Minderjährige AN müssen zusätzlich v. Gericht/gesetzl. IV ü. d. Kündigungsschutz **belehrt** werden.

e) Befristete Dienstverhältnisse

Gem § 10a MSchG wird der Ablauf befristeter AV **von der Meldung der Schwangerschaft bis zum Beginn des Beschäftigungsverbot**es **gehemmt, außer** die Befristung ist **im Interesse der Dienstnehmerin** oder **sachlich gerechtfertigt** (zB Karenzvertretung). Genauer S 195.

4. Präsenz- und Zivildienstler

a) Die geschützten Personen

– **Präsenz- und Zivildienstler:**

Beginn: mit der **Mitteilung ü. die Zustellung** des Einberufungsbefehls/Zuweisungsbescheids (bzw d. allg. Einberufungsbekanntmachung)

Ende: mit **Ablauf 1 Monats nach Beendigung**

Sie sind nach dem **Arbeitsplatzsicherungsgesetz (APSG)** geschützt. Der AN muss diese Umstände mitteilen (§ 5 APSG). Tut er dies nicht, ist eine Kündigung in den ersten 14 Tagen trotzdem unwirksam (wenn er die Mitteilung binnen 3 Tagen nachholt). Im Falle einer danach erfolgten Kündigung muss er an der Meldung gehindert gewesen sein u. sie sofort nachholen – bei **sonstiger Rechtswirksamkeit** der Kündigung.

b) Der besondere Kündigungsschutz

Die Kündigung bedarf **vorheriger, gerichtl. Zustimmung**. Es gibt für Präsenz-/Zivildienstler **3 Kündigungsgründe** (§ 14 Abs 1 Z 1, 3 APSG):

- ✎ **Betriebsreduktion** (Der Arbeitsplatz fällt weg und AN kann nirgends sonst eingesetzt werden.)
- ✎ **dauernde Dienstunfähigkeit** (zB gesundheitlicher Natur – soweit dies mittelfristig nicht behebbar ist.)
- ✎ **Einverständnis mit der Kündigung** (nach Rechtsbelehrung über den Bestandschutz.)

c) Der besondere Entlassungsschutz

Eine Entlassung bedarf entweder eines bereits stillgelegten Betriebs oder der **vorherigen gerichtlichen Genehmigung**. Die **Entlassungsgründe** sind in § 15 APSG *taxativ* aufgelistet:

- | | |
|---|--|
| ✘ Täuschung bei Vertragsabschluss (Z 1) | ✘ Geheimnisverrat/abträgliche Nebengeschäfte (Z 4) |
| ✘ beharrl. schuldhaft Arbeitspflichtverletzung (Z 2) | ✘ abträgliche Nebengeschäfte (Z 5) |
| ✘ Untreue und Schmiergeldannahme (Z 3) | ✘ strafbare Handlungen (> 1 Jahr o. Bereicherungsvorsatz) (Z 6) |

5. Begünstigte Behinderte

a) Die geschützten Personen

Den besonderen Bestandschutz genießende **begünstigte Behinderte** (iSd §§ 2, 14 BEinstG). Solche sind Österreicher, EU-/EWR-Bürger, sowie Flüchtlinge, denen eine um mind. **50% geminderte Erwerbsfähigkeit** bescheidmäßig bestätigt wurde. Ihnen sind **Opferbefürsorgte** (Inhaber einer Amtsbescheinigung/Opferausweises iSd **Opferfürsorgegesetzes**) gleichgestellt.

Behinderte iSd § 3 BEinstG (Behinderung = „körperliche, geistige oder psychische Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Arbeitsleben zu erschweren“) genießen überdies einen **Motivkündigungsschutz**, der iRd Anfechtung geltend zu machen ist (§§ 7 f BEinstG).

Beginn: rückwirkend (frühestens) ab dem 1. des Monats, in dem der Antrag auf Feststellung der Behinderung gestellt wurde (§ 14 BEinstG)

Auch, wenn der Bescheid dem AN erst nach der Kündigung(sfrist) zugestellt wird. Und auch, wenn der AG von der Behinderung nichts weiß. Die Nichtmeldung bedingt aber einen Verlust des Entgeltanspruchs für die Zeit der Säumnis.

Allerdings kommt der besondere Bestandschutz nur in AVs zur Anwendung, die **seit mindestens 4 Jahren** bestehen, es sei denn, er entsteht während des aufrechten AV durch Arbeitsunfall. **Nach 6 Monaten** entsteht jedenfalls der Bestandschutz.

b) Der besondere Kündigungsschutz

Die Kündigung eines begünstigten Behinderten darf erst **nach Zustimmung** (infolge BR-Anhörung) **des Behindertenausschusses** (= eine mit AG-/AN- und Behindertenvertretern besetzte kollegiale Verwaltungsbehörde, die beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen errichtet ist) **rechtswirksam** erfolgen. Mit **nachträglicher Zustimmung** ist die Kündigung nur in ganz besonderen Einzelfällen möglich (§ 8 Abs 2 BEinstG) – dh wenn dem AG die Zustimmungseinholung nicht zugemutet werden kann.

Die Kündigungsgründe orientieren sich an jenen der Belegschaftsfunktionäre und sind in § 8 Abs 4 BEinstG *demonstrativ* aufgezählt:

- ✎ **Betriebsreduktion** (Der Arbeitsplatz fällt weg und AN kann nirgends sonst eingesetzt werden.)
- ✎ **dauernde Dienstunfähigkeit** (zB gesundheitlicher Natur – soweit dies mittelfristig nicht behebbar ist.)
- ✎ **beharrliche Pflichtverletzung** (Die Weiterbeschäftigung ist aus disziplinarischen Gründen unzumutbar.)

Der **Behindertenausschuss** hat die **bes. Schutzbedürftigkeit** und die **Zumutbarkeit des Jobverlusts** für den betroffenen AN zu berücksichtigen (§ 8 Abs 3 BEinstG).

c) Der besondere Entlassungsschutz

Begünstigte Behinderte genießen **keinen besonderen Entlassungsschutz**. Eine **gerechtfertigte** und **rechtzeitige** (=unverzögliche) **Entlassung** benötigt keine Zustimmung durch Gericht oder Behindertenausschuss und ist sofort wirksam. **Aber:** Das bedeutet auch, dass eine **unbegründete** oder **verspätete** Kündigung das AV *nicht* faktisch beendet (keine Anwendung der SE-Theorie – es kann ja keine zustimmungspflichtige Kündigung fingiert werden!) und damit **nichtig** ist.

A. Allgemeines

Durch die Beendigung des AV **fällt** jener Teil des SV **weg**, der Basis für *neue* Hauptleistungspflichten (Arbeit, Entgelt) ist. Der Anspruch auf noch geschuldete Entgelt sowie diverse Nebenpflichten (bspw Wahrung von Geschäftsgeheimnissen) **bleiben** allerdings **aufrecht**. Darüber hinaus **entstehen** auch neue Ansprüche (Dienstzeugnis, Abfertigung, Urlaubersatzleistung).

Verjährung: Entgelt-, Auslagenersatz- und Vorschussrückzahlungsanspruch **verjähren nach 3 Jahren** (§ 1486 Z 5 ABGB). Diese Verjährungsfrist kann **vertraglich verkürzt** (nicht aber verlängert) werden (§ 1502 ABGB).

Ausschlussfrist: Ansprüche wg Austritt/Entlassung (insb Kündigungsentschädigung) verfallen nach **6 Monaten** (§§ 1162d ABGB, 34 AngG).

Verfallsfrist(en): KV/Arbeitsverträge enthalten für Überstunden oft kürzere Fristen. Diese sind, sofern nicht zu kurz, grds zulässig.

B. Die Urlaubersatzleistung

Urlaub muss grds *in natura* verbraucht werden (**Ablöseverbot**, § 7 UrlG).

- **Urlaubsanspruch aus dem laufenden Urlaubsjahr** kann bei Beendigung des AV aber *aliquot* in Geld gefordert werden, sofern die Beendigung nicht aufgrund ungerechtfertigten Austritts geschehen ist. Über das aliquote Ausmaß hinaus verbrauchter Urlaub ist im Falle eines ungerechtfertigten Austritts oder einer verschuldeten Kündigung zurückzuerstatten.
- **Urlaubsanspruch aus vorangegangenen Urlaubsjahren** ist (sofern nicht verjährt) immer voll zu ersetzen (§ 10 Abs 3 UrlG).

Es besteht **keine Pflicht zum Urlaubsverbrauch in der Kündigungsfrist** und auch eine so lautende vertragl. Vereinbarung ist unwirksam.

Eine Dienstfreistellung unter Urlaubsanrechnung während der Kündigungsfrist ist aber zulässig, sofern der AN dem nicht widerspricht.

Eine All-In-Vereinbarung kann den Urlaubsanspruch nicht mitumfassen. Im Falle des **Todes** gebührt der Anspruch den Erben. In der Zeit des Empfangs der Urlaubersatzleistung **ruht** der **Anspruch auf Arbeitslosengeld** (§ 16 AIVG). Außerdem führt die Urlaubersatzleistung **sozialversicherungsrechtlich** zur „Verlängerung“ des AV, da sie der Sozialversicherungspflicht unterliegt (§ 11 Abs 2 ASVG).

C. Die Abfertigung

Es gibt ein altes und ein neues Abfertigungsrecht. Während die **Abfertigung „alt“** eine bestimmte Abfertigungszahlung vorsieht, die sich an der Zahl der **Dienstjahre** orientiert (*Angestellte: §§ 23 f AngG, Arbeiter: ArbAbfG*) und nur bei nichtverschuldeter AV-Beendigung zustehen, sieht die **Abfertigung „neu“** stetige **Beiträge von 1,53%** des sozialversicherungspflichtigen Entgelts vorsieht, die der AG an die BV-Kasse (steuer- und sozialversicherungsfrei) leistet, die auch bei verschuldeter AV-Beendigung mitgenommen werden („**Rucksackprinzip**“) und spätestens bei Pensionsantritt ausgezahlt werden (**BMSVG**).

Die Abfertigung hat also eine **Kündigungsschutzfunktion**, soll eine **Überbrückungshilfe für den AN** sein und stellt eine Art **Treueprämie** dar.

Beide Abfertigungssysteme werden noch eine Zeit lang nebeneinander bestehen, da die Abf. „neu“ nur für DV **ab 2003** gilt.

D. Die Abfertigung „alt“

1. Anspruchsvoraussetzungen

a) Dauer des Dienstverhältnisses

Grds steht sie **ab 3 Dienstjahren** zu, wobei **Vorzeiten beim selben AG** angerechnet werden, wenn die Unterbrechungen nur einige Wochen dauerten. Vorzeiten bei anderen AG werden nicht angerechnet (außer es wird gesondert vertraglich vereinbart). Bei **AG-verschuldeter, vorzeitiger Beendigung** fingiert der OGH die AV-Dauer bis zum erstmöglichen, legitimen Auflösungszeitpunkt/Ende der Befristung.

b) Art der Beendigung

Anspruchsgrundlage für die Abfertigung ist die Beendigung des AV. Bestimmte Arten der Beendigung führen jedoch zum **Entfall**:

(1) AN-Kündigung

Außer im Fall der (1.1) **Altersabfertigung** (ab 60./65. LJ nach mind. 10-jähriger AV-Dauer), der (1.2) **Pensionsabfertigung** (vorzeitige Pension nach mind. 10-jähriger AV-Dauer oder der (1.3) **Elternabfertigung** (Kündigung während Schutzfrist/bis 3 Monate Karenzende bei mind. 5-jähriger AV-Dauer – aber nur *in halber Höhe!*).

(2) unbegründeter Austritt

(3) verschuldete Entlassung

2. Höhe

a) Berechnungsgrundlage

Grundlage ist „**das für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührende Entgelt**“ (§ 23 Abs 1 AngG), wobei **regelmäßige** (= mind. Jährliche) **Leistungen** (zB 13./14. und regelmäßige Überstunden) auch zu berücksichtigen sind. Entgeltteile, die **in wechselnder Höhe** anfallen, sind mit dem **Durchschnittswert** anzusetzen (was auch für Entgeltminderungen durch besondere Umstände gilt).

b) Ausmaß

| Dienstjahre | Monatsentgelte |
|-------------|----------------|
| 3 | 2 |
| 5 | 3 |
| 10 | 4 |
| 15 | 6 |
| 20 | 9 |
| 25 | 12 |

Das Ausmaß der Abfertigung „alt“ richtet sich nach der **ununterbrochenen Dauer des Arbeitsverhältnisses**.

Nur in halbem Ausmaß steht sie bei (1) **Mutterschafts- und Vaterschaftsaustritt** (max 3 Monatsentgelte) sowie bei (2) **Tod des AN** zu (vgl § 23 Abs 3, 4, 4a sowie 6 AngG).

Gar nicht oder nur **teilweise** steht sie zu, wenn das AV aufgrund der Unternehmensauflösung endet (**Abs 2**), **außer** der AG ist eine **juristische Person**.

3. Fälligkeit

Bis zum **3-fachen Monatsentgelt** sofort, darüber hinaus bzw bei **Alters-/Pensionsabfertigung** in Teilbeträgen (mind ½ Monatsentgelt).

E. Die Abfertigung „neu“

1. Geltungsbereich

Das neue Abfertigungsrecht gilt für alle AV, die (1) **ab 2003** („Opting-in“: § 47 BMSVG) die (2) **auf privatrechtlichem Vertrag basieren** (§ 1 BMSVG) sowie (3) für **freie DN und Selbständige** (seit 2008).

2. Beitragsrecht

Die **AG** müssen **1,53% des sozialversicherungspflichtigen Entgelts** an den Krankenversicherungsträger überweisen, der es an die BV-Kasse weiterleitet, die ausgewählt wurde.

Der **erste Monat** eines AV ist **beitragsfrei**, außer innerhalb der letzten 12 Monate bestand bei dem AG bereits ein AV (§ 6 Abs 1 BMSVG).

Im **Krankheitsfall** ist für die Zeit der **vollen Entgeltfortzahlung** der **volle Beitrag** weiterzuzahlen. Bei **Anspruch auf Wochen-/Krankengeld** ist eine **fiktive Bemessungsgrundlage** (Wochengeld: Kalendermonat vor Versicherungsfall, Krankengeld: die Hälfte hiervon) heranzuziehen.

Str ist, ob bei teilweisem Entgeltfortzahlungsanspruch zu den Beiträgen gem § 6 BMSVG auch Beiträge nach der Sonderbeitragsgrundlage (§ 7 Abs 3) zu bezahlen sind.

Im **Präsenz- oder Zivildienst** hat der AG Beiträge iHv 1,53% des KBG zu leisten (§ 7 Abs 1 und 2 BMSVG).

Zu Zeiten des **KBG-Bezuges** (Abs 4 *leg cit*), der **Bildungskarenz** oder der **Familienhospizkarenz** hat der FLAF Beiträge iHv 1,53% des KBG zu leisten (Abs 5 *leg cit*).

3. Betriebliche Vorsorgekassen (BV-Kassen)

Die abgeführten Beiträge werden von diesem an die BV-Kasse – eine das Vorsorgekassengeschäft betreibende **AG/GmbH** – weitergeleitet.

In **Betrieben mit BR** erfolgt die Auswahl durch *fakultativ erzwingbare* BV gem § 97 Abs 1 Z 1b ArbVG (oder nach hA *subsidiär* durch den AG).

In **Betrieben ohne BR** sucht der AG die BV-K aus und informiert die AN schriftlich (Widerspruchsmöglichkeit durch 1/3 der AN binnen 2 Wochen).

4. Anspruch und Verfügungsmöglichkeiten

Ein **Verfügungsanspruch** entsteht nur, wenn (1) keine AN-verschuldete Beendigung/AN-Kündigung vorliegt und das AV (2) mind. 3 Jahre gedauert hat. Ansonsten werden die einbezahlten Beiträge im „Rucksack“ mitgenommen.

Bei **Bestehen eines Verfügungsanspruches** bietet § 17 BMSVG folgende **Verfügungsmöglichkeiten**:

- | | |
|---|---|
| (1) Auszahlung (als Kapitalbetrag) | (3) Überweisung (zu best. Veranlagungsformen) |
| (2) Übertragung (in die B-VK des neuen AG) | (4) Weiterveranlagung (in der B-VK des alten AG) |

Die konkrete **Höhe des Anspruchs** richtet sich nach dem **Veranlagungserfolg** der BV-K – allerdings bei **Kapitalgarantie** (§ 24 BMSVG)!

F. Die Kündigungsentschädigung

Die **Schadenersatztheorie** sieht vor, bei verschuldeter AV-Beendigung SE-Ansprüche beim Vertragspartner entstehen.

Der **AN** hat diesen Anspruch in Form der Kündigungsentschädigung (§§ 1162a – d ABGB, 28f, 32, 34 AngG), bei...

- ... einem **Austritt aus wichtigem, vom AG verschuldetem Grund**,
- ... einer **Entlassung ohne wichtigen Grund** sowie
- ... einer **zeitwidrigen Kündigung**.

Dabei werden die tatsächlich notwendige **Kündigungsfrist fingiert** (oder die **Befristung** herangezogen) und die Ansprüche zum Zeitpunkt des **fiktiven Kündigungstermins** beurteilt (dh auch bzgl Abfertigung „alt“, Urlaubersatzleistungsansprüche, etc).

Die **Anspruchsentstehung** fällt auf das **Ende des AV** und kann betreffend **3 Monatsentgelten sofort**, bzgl des Rests *zu den jeweils vorgesehenen Zeitpunkten* (zB der Entgeltauszahlung: iDR *Ende des jeweiligen Monats*, §§ 23 Abs 2 AngG, 1162b ABGB).

Anrechnung: Wie beim Vorteilsausgleich (§ 1155 ABGB, Kap. IX) iDR Entgeltfortzahlung trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung muss sich der AN auch bei der Kündigungsentschädigung anrechnen lassen, was er sich **erspart**, was er **erworben** oder was er **absichtlich zu erwerben versäumt** hat. Die Entschädigung iHv **3 Monatsentgelten** ist jedoch abzugslos (und sofort) fällig (siehe oberer Absatz).

Berücksichtigung des besonderen Bestandschutzes: Ob dieser bei der Berechnung einbezogen wird, hängt von der AN-Gruppe ab:

- × **BR-Mitglieder**: **nein**.
- ~ **begünstigte Behinderte**: **jein** (es wird ein DV auf Lebenszeit [§ 21 AngG] mit 6-monatiger Kündigungsfrist fingiert).
- ✓ **alle anderen** (geschützte Mütter, Lehrlinge, etc): **ja**.

Mitverschulden (§§ 32 AngG, 1162c ABGB): Dieses ist nach richterlichem Ermessen miteinzubeziehen.

Ausschluss- bzw Fallfrist (§§ 34 AngG, 1162d ABGB): Diese Ansprüche verfallen nach **6 Monaten** (Aber: Urlaub/Abfert.-Ansprüche *nicht*).

G. Die Betriebspension

1. Allgemeines

Betriebspensionen (Ruhegelder) dienen der **Ergänzung der gesetzlichen PV-Leistungen**. Es besteht **kein Rechtsanspruch** gegenüber dem AG darauf. **Rechtsgrundlage** können die *vertragliche Ebene* (Arbeitsvertrag) sowie *Normen kollektiver Rechtsgestaltung* (KV, BV) sein.

Es finden sich iW **2 Formen der BP**: ❶ die **Gesamtversorgung** und ❷ die **betriebliche Fixpension/Zuschusspension**.

Die Gesamtversorgung garantiert eine bestimmte „Gesamtpension“ unter Anrechnung der **ASVG-Pension**, während die betriebl. Fixpension Leistungszusagen in bestimmter Höhe macht und von der gesetzlichen Pension unabhängig ist.

Es wird zwischen verschiedenen „**Leistungszusagen**“ iSd **BPG** unterschieden. Bei **Pensionskassenzusagen** werden Beiträge vom AG an eine Pensionskasse gezahlt, die dann an den AN leistet. **Direkte Leistungszusagen** (Direktzusagen) liegen vor, wenn der AG die Betriebspension direkt an den AN leistet. **Lebensversicherungszusagen** bedeuten, dass der AG zugunsten des AN Prämien für eine Lebensversicherung erbringt – die **betriebliche Kollektivversicherung** funktioniert fast genauso.

Männer und Frauen dürfen beim Zugang und den Anspruchsvoraussetzungen (insb Alter) in Bezug auf Betriebspensionssysteme nicht unterschiedlich behandelt werden. Dies ist aus **Art 157 AEUV** – dem *Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit* – abzuleiten. Auch § 18 BPG normiert ein spezielles (neben dem normalen AG-)Gleichbehandlungsgebot und **Art 7 B-VG**.

2. Das Betriebspensionsgesetz (BPG)

a) Regelungsziel

Das seit dem 1.7.90 geltende BPG zielt vor allem auf die Sicherung bestehender Pensionsleistungen und -anwartschaften vor. Im Vordergrund stehen ❶ die **Schaffung unverfallbarer Anwartschaften** (§§ 5, 6c, 7, 13 BPG), ❷ die **Rahmenbedingungen für das Einstellen/Aussetzen/Einschränken** der Beitragsleistungen (§§ 6, 6d, 9, 14 BPG) u. ❸ **Regeln für das Aussetzen/Einschränken von Leistungen** (§ 9 BPG).

b) Anwendungsbereich

Das BPG gilt grds für AN des privaten Sektors und bezweckt die Sicherung jener betrieblichen Leistungszusagen, die als **Ergänzung** der gesetzlichen Pensionsversicherung konzipiert sind. Zusagen für einen Zweck, für den in der PV keine Leistungen vorgesehen sind, fallen daher nicht darunter (zB *Administrativpensionen*, dh Pensionen vor Erreichen des Pensionsanfallsalters). Weiters wird das BPG nur auf **verpflichtende Zusagen** (aufgrund einseitiger Erklärung/Arbeitsvertrag/KV/BV) angewandt (also zB nicht auf *Gnadenpensionen* bzw unverbindliche Pensionszusagen, die anspruchlos – „freiwillig und unpräjudizuell“ – gewährt werden). Sehr wohl verpflichtend (aber mit nach *billigem Ermessen* ausübendem Gestaltungsrecht des AG verbunden) sind derartige Vertragskonstruktionen mit eingebauter Widerrufsklausel.

c) Arten von Leistungszusagen, die gem § 2 BPG von ihm erfasst sind

- | | |
|-----------------------------------|------------------------------|
| ❶ Pensionskassenzusagen | ❸ direkte Leistungszusagen |
| ❷ betriebl. Kollektivversicherung | ❹ Lebensversicherungszusagen |

3. Pensionskassenzusagen

Eine PK-Zusage hat den Inhalt, dass der AG sich zum Abschluss eines PK-Vertrages mit einer PK (AGs, die nach den Bestimmungen des PKG PK-Geschäfte durchführen), zugunsten des AN und derer Hinterbliebener. Auch AN können Beiträge leisten, jedoch mit Einschränkungen.

a) Arten von Zusagen

(1/2) **Beitragsorientierte Zusagen**: Hier wird die **Beitragshöhe** festgelegt (unter grds Vertragsfreiheit, § 3 BPG). Ab Pensionseintritt gebührt eine Leistung, deren Höhe vom Veranlagungserfolg der **Veranlagungs- und Risikogemeinschaft** (§ 12 PKG) abhängig ist. Str ist das Ausmaß einer etwaigen AG-Nachschusspflicht, wobei § 3 Abs 1 Z 2 BPG auf die Möglichkeit der Ablehnung dessen durch den AG verweist.

(2/2) **Leistungsorientierte Zusagen**: Hier wird die **Höhe der Pension** festgelegt, weshalb auch Annahmen über den Veranlagungserfolg angestellt werden müssen, um die Beitragshöhe zu ermitteln. Für den Fall, dass sich diese als falsch herausstellen, müssen Regelungen über eine etwaige **AG-Nachschusspflicht** getroffen werden. (Zu den Fristen der Schließung von Deckungslücken [10 J./sofort] siehe S 210).

b) Rechtsgrundlagen

Gründung einer *betrieblichen* (§ 3 PKG) und **Beitritt** zu einer *überbetrieblichen* Pensionskasse (§ 4 PKG) bedürfen einer *fakultativen Betriebsvereinbarung* (V.F.4.f bzw hier S 19) mit zwingendem **Mindestinhalt** (§§ 3 Abs 1 BPG, 97 Abs 1 Z 18a ArbVG). In Betrieben ohne BR ist dies durch einzelvertragliche Vereinbarung nach BPG-Vertragsmuster (Formvorschrift) möglich.

Auf Basis dieser BV/Einzelvereinbarung muß (Kontrahierungszwang) der AG sodann einen (Pensionskassen-) **Vertrag zugunsten Dritter** (ergo AN) mit einer Pensionskasse schließen, nach dem sich die Ansprüche des AN gegen die Pensionskasse richten.

c) Unverfallbarkeit (§ 5 BPG)

Endet das AV noch vor Leistungsanfall, kommen die Unverfallbarkeitsbestimmungen ins Spiel: **AN-Beiträge** sind **jedenfalls unverfallbar**. Für **AG-Beiträge** ist eine maximale **Unverfallbarkeits(warte)frist von 3 Jahren** (seit 2012, zuvor 5 Jahre) vorgesehen. Aus der gesamten unverfallbaren Anwartschaft ist ein **Unverfallbarkeitsbetrag** zu errechnen, der aufgrund des Risikos des Alters/Todes geschäftsplanmäßig zu bildenden Deckungsrückstellung (§ 5 Abs 1a BPG).

Über diesen Betrag kann der AN durch Erklärung **Verfügungen treffen**. Er kann ihn in die Pensionskasse des neuen AG übertragen lassen, ihn in eine beitragsfrei gestellte Anwartschaft umwandeln oder den Anwartschaftserwerb mit eigenen Mitteln fortsetzen.

Die **Abfindungsgrenze** liegt 2017 bei 12.000€. Ein Unverfallbarkeitsbetrag bis zu dieser Grenze kann (bei allen Formen der Betriebspensionszusage) auf Verlangen des AN als **Abfindung** ausgezahlt werden (§§ 1 Abs 2 und 2a PKG, 5 Abs 4 BPG).

d) Aussetzung – Einschränkung der Beitragsleistung

Der AG kann laufende Beitragsleistungen nur dann *temporär aussetzen/einschränken*, wenn dies in KV/BV/Vertragsmuster vorgesehen ist, solange zwingende wirtschaftliche Gründe vorliegen und auch nur 3 Monate nach Beratung mit dem BR (§ 6 Abs 6 BPG).

e) Widerruf – Einstellung der Beitragsleistung

Der AG kann die Beitragsleistungen nur dann *dauernd einstellen*, wenn dies in KV/BV/Vertragsmuster vorgesehen ist, die Weiterleistung das Unternehmen substantiell bedrohen würde und auch das nur 3 Monate nach Beratung mit dem BR (§ 6 Abs 1 BPG). Im Falle eines (nach billigem Ermessen ausgeübter) **Widerrufs** ist der Unverfallbarkeitsbetrag zum Zeitpunkt des Widerrufs zu berechnen.

4. Betriebliche Kollektivversicherungszusage

Versicherungsunternehmen, die zum Betrieb von Lebensversicherungen berechtigt sind, können betriebliche Kollektivversicherungen anbieten, die ebenso einer *fakultativen* Pensions-BV (18b) bedürfen, in der vor allem das Leistungsrecht geregelt sein muss. Einen Unterschied zur Pensionskassen gibt es insb bzgl der Mitbestimmung (hier gibt es keine Einbindung der Anwartschaftsberechtigten in den Aufsichtsrat).

5. Direkte Leistungszusagen

Bei einer Direktzusage ist der **AG selbst zur Gewährung** der betrieblichen Versorgungsleistung **verpflichtet** und somit Pensionsschuldner (auch wenn er eine Rückdeckungsversicherung abschließt).

a) Rechtsgrundlagen

Basieren kann die Verpflichtung auf **einzelvertraglicher Grundlage** oder auf *fakultativer BV oder KV*. Mit Erteilung der Zusage erwirbt der AN eine **verfallbare Anwartschaft** (eine bedingte Anwartschaft auf Versorgung in bestimmten Fällen [Alter/Invalidität/Tod]). Der **bedingte** wird zu einem **unbedingten Rechtsanspruch**, wenn alle **Bedingungen** erfüllt sind.

zB: **Wartezeiten**: Fristen, die zwischen Erteilung der Leistungszusage und Entstehung des Rechtsanspruchs verstreichen müssen.

oder: **anspruchsvernichtende Klauseln**: Bestimmte Arten der AV-Beendigung führen zum **Anwartschaftsverfall**. Dies unterliegt jedoch der Inhaltskontrolle unter dem Blickwinkel der Sittenwidrigkeit (§ 879) – worunter bspw ein willkürlich ausübbares AG-Gestaltungsrecht zur Beseitigung der Ansprüche fällt.
Eine auf BV/KV-Basis getätigte Direktzusage unterliegt der Inhaltskontrolle des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes (siehe Kap. XV).

Eine Änderung der Pensions-BV wirkt sich nicht auf **bereits ausgeschiedene AN** aus, da sich der auf BV beruhende Anspruch einzelner AN nach deren Ausscheiden in einen **einzelvertraglichen Anspruch** mit dem Inhalt der BV zum Zeitpunkt des Ausscheidens umwandelt.

b) Unverfallbarkeit

Mangels anderslautender Einzelvereinbarkeit gilt für den Rechtsanspruch auf Versorgungsleistungen eine **Wartezeit** von 5 Jahren, die auf 10 verlängert werden kann. Die AN-Kündigung oder die AN-verschuldete Beendigung führen auch dann noch zu **Anwartschaftsverfall**.

Der **Unverfallbarkeitsbetrag** wird gem § 7 Abs 2a und 2b BPG errechnet. Die **Verfügungsmöglichkeiten** über diesen finden sich in § 7 Abs 3 BPG. Bis zur **Abfindungsgrenze** ist Auszahlung möglich. Bei Leistungsfall ist zu leisten, sofern der AN binnen 6 Mon. nichts anderes verfügt.

c) Einstellung – Aussetzung – Einschränkung des Erwerbs zukünftiger Anwartschaften (§ 8 BPG)

Die **dauernde Einstellung** des künftigen Anwartschaftserwerbs, ist nur möglich, falls (1) ein **Widerrufsvorbehalt vereinbart** wurde und (2) die **imminente Weiterbestandsgefährdung** des Unternehmens bei Fortsetzung bestünde und (3) 3 Monate zuvor mit d. BR beraten wurde.

Auf vor Inkrafttreten des BPG vereinbarte Widerrufsklauseln sind diese Beschränkungen **nicht anwendbar**. Aber auch solche sind nach *billigem Ermessen* auszuüben.

Die **temporäre Aussetzung** oder **Einschränkung** des künftigen Anwartschaftserwerbs erfordert neben den Voraussetzungen (1) und (3) (siehe oben) lediglich **zwingende wirtschaftliche Gründe** – und keine Existenzgefährdung.

d) Aussetzen oder Einschränken von Leistungen

Die (nur *temporär* mögliche) **Aussetzung** oder **Einschränkung** des Leistungsbezugs ist nur möglich, wenn dies (1) **vereinbart** (wie auch sonst: KV/BV/Einzelvertrag) wurde, (2) **solange (!) zwingende Gründe vorliegen** und (3) der AG vom **Recht auf Einstellung/Aussetzung oder der Einschränkung** des künftigen Anwartschaftserwerbs (dh der vorige Punkt c.) Gebrauch gemacht hat. (Wertpapiere: siehe §§ 9, 11 BPG).

6. Lebensversicherungszusagen

Hat der AG einen **Lebensversicherungsvertrag** für den AN abgeschlossen, muss er regelmäßig Prämien für diesen einbezahlen. Die nachträgliche Änderung des Bezugsberechtigten der Hinterbliebenenpension ist durch den AN möglich. Alle erworbenen Anwartschaften werden **sofort unverfallbar** und bei AV-Ende vor Leistungsfalleintritt (egal aus welchem Grund!) kann der AN zwischen verschiedenen Verfügungsmöglichkeiten wählen (§ 13 BPG). Gibt er keine Erklärung ab, kommt es zur Umwandlung in eine prämiensfreie Versicherung.

Einstellung, Aussetzung oder **Einschränkung** der Prämienleistung durch den AG (= zukünftiger Anwartschaftserwerb) sind unter denselben Voraussetzungen wie für Direktzusagen (oben 5.c.) möglich. (Und: Bzgl **Abfindung** gilt das unter 3.c. Gesagte sinngemäß.)

H. Sonstige Ansprüche bei Beendigung

1. Einfaches Dienstzeugnis

Der AN hat bei AV-Beendigung Anspruch auf ein schriftliches Dienstzeugnis (auf AG-Kosten), das **Art** und **Dauer** der **Dienstleistung** – und uU eine nähere Darstellung derselben – zu enthalten hat. Anspruch auf ein **qualifiziertes DZ** (inkl. Bewertung) gibt es im dAR, im öAR nicht. Das DZ muss vollständig/richtig sein (**Wahrheitspflicht**) und darf keine für den AN nachteiligen Aussagen enthalten (**Erschwerungsverbot**).

Das **Erschwerungsverbot** gilt auch für *informelle* Auskunftserteilung, weshalb auch **nachteilige mündliche Auskünfte** verboten sind.

2. Freizeit während der Kündigungsfrist

Der AN hat während der Kündigungsfrist (und bei *nicht besonders kurzen* Befristungen zu Ende des AV) **Postensuchtage** iHv **1/5 der regelmäßigen Wochenarbeitszeit** unter **voller Entgeltfortzahlung** zu gewähren, **außer** es besteht **gesetzlicher Pensionsanspruch**. Es ist allerdings *str*, ob Inhalt dessen auch wirklich Freizeitanspruch zur Postensuche oder vielmehr ein unabhängiger Freizeitanspruch ist.

Ebenfalls *str* ist, wie die konkrete **Lage/Dauer** bestimmt wird (*Notwendigkeit einer Vereinbarung oder einseitige Konsumation nach Meldung?*).

3. Konkurrenzklausele

„**Konkurrenz- und Wettbewerbsklauseln**“, sind solche, die den AN nach dem AV bei einem bestimmten AG in seiner Erwerbstätigkeit beschränken. Für *Angestellte* sind sie in den §§ 36 ff AngG, für *Arbeiter* in § 2c AVRAG geregelt.

Voraussetzung für die Geltendmachung ist eine bestimmte AV-**Beendigungsart** (1. vom AG verschuldeter Austritt oder AN-Kündigung [!], 2. AG-Kündigung/Entlassung, wenn sie vom AN verschuldet wurde oder der AG dem AN eine *Karenzentschädigung* weiterbezahlt).

Die **Wirksamkeit einer Konkurrenzklauselevereinbarung** ist daran geknüpft, dass (1) der AN **nicht mehr minderjährig** ist, (2) sein Bruttoentgelt exkl. Sonderzahlungen im letzten Monat das 20-fache der täglichen **§ 45-ASVG-Höchstbeitragsgrundlage** (2017: 3320€) nicht übersteigt, (3) die Beschränkung nur für den **AG-Geschäftszweig** gilt, (4) sie für **höchstens 1 Jahr** vereinbart wird und (5) die Interessenabwägung nicht klar zugunsten des AN ausschlägt (zB bei unbilliger Erschwerung seines Fortkommens oder, wenn der AG keine Konkurrenzierung zu befürchten hat oder, wenn der AN seine Spezialkenntnisse brachliegen lassen müsste).

Sanktionen können je nach Vereinbarung **SE- und Unterlassungsansprüche** oder auch (dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende) **Konventionalstrafen** sein, die maximal 6 Monatsgehälter (exkl. Sonderzahlungen) umfassen dürfen.

4. Rückzahlung von Ausbildungskosten

Der **Ausbildungskostenrückerersatz** ist in § 2d AVRAG genau geregelt. Als „**Ausbildungskosten**“ sind Kosten des AG, die dieser für erfolgreich absolvierte Ausbildungen, die theoretische oder praktische Spezialkenntnisse vermitteln, bezahlt hat und **keine Einschulungskosten**. Es kann auch die Rückforderung des während der Ausbildung fortgezählten Entgelts vereinbart werden, sofern der AN freigestellt war.

Die Vereinbarung zur Rückzahlung dieser Kosten unterliegt dem **Schriftlichkeitsgebot**, nur bei **Erwachsenen** möglich (außer mit Zustimmung des gesetzl. Vertreters) und darf **maximal 4** (bis 2015: 5) **Jahre** in die Vergangenheit wirken. In bestimmten Fällen kann diese Frist **auf 8 Jahre erhöht** werden, wenn besonders erwerbssteigernde Kenntnisse die Folge sind – ein Beispiel wäre die **Pilotenausbildung**. Die Rückzahlungspflicht muss, bei sonstiger gänzlicher Unwirksamkeit, **gestaffelt** sein (sich also mit fortschreitender Dienstzeit aliquot verringern).

Voraussetzung für die Geltendmachung ist wiederum eine bestimmte AV-**Beendigungsart** (hier jedoch negativ formuliert): Das AV darf **nicht** durch die in § 2d Abs 4 genannten Arten (iW Probezeit, Befristung, vom AG zu vertretende Arten sowie AG-Kündigung, siehe S 219).

A. Europarechtliche Grundlagen

Determinierend ist in diesem Bereich die **Betriebsübergangs-RL**, die insb AN iRe Betriebs(teil)übergangs schützt. In diesem Sinne überträgt **Art 3** der RL die **Rechte und Pflichten des Veräußerers bzgl bestehender Arbeitsverträge** auf den **Erwerber**. In das österreichische Recht wurden diese Vorgaben durch Einbau in die **§§ 3 ff AVRAG** umgesetzt.

B. Der Begriff des Betriebsübergangs

Ein Betriebsübergang iSd **AVRAG/Betriebsübergangs-RL** liegt vor, wenn die **„auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt, obwohl sie auf einen neuen Inhaber übertragen wird“**.

„Wirtschaftliche Einheit“ meint eine **organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftl. Tätigkeit mit eigener Zielsetzung**. Dieser Betriebsbegriff ist **nicht** mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff (**§ 34 ArbVG**) ident, sondern bezieht sich vor allem auf die organisatorische Zusammenfassung von Betriebsmitteln und stellt insb auch auf **Dauerhaftigkeit** ab (und zB nicht die Erfüllung eines bestimmten Auftrages).

Kriterien für einen Betriebs(teil)übergang:

- | | | |
|--|---|--|
| <input type="checkbox"/> Art des Betriebs | <input type="checkbox"/> Übernahme der Hauptbelegschaft | <input type="checkbox"/> Ähnlichkeit der Tätigkeiten vorher und nachher |
| <input type="checkbox"/> Übergang mater. Betriebsmittel | <input type="checkbox"/> Wert immaterieller Aktiva zum Übergangszeitpunkt | <input type="checkbox"/> Dauer einer evtl Unterbrechung |
| <input type="checkbox"/> Übergang der Kundschaft | | |

Es handelt sich wiederum um ein **bewegliches System**, da das Vorliegen bestimmter Kriterien zwar ein Indiz, aber noch keine ausreichende Begründung für das Vorliegen eines Betriebsübergangs ist. In Branchen, die insb von menschlicher Arbeitskraft profitieren, ist bspw die der Übergang der Gesamtheit der AN bereits ein starkes Argument. Sinngemäßes gilt, wenn die Betriebsmittel im Vordergrund stehen (usw).

Die **Rechtsgrundlage der Übertragung** (Kauf, Tausch, Schenkung, usw) ist für die Beurteilung des Vorliegens eines BÜ **irrelevant**.

Konkursprivileg: Die Regel, dass der Erwerber als AG mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt (**§ 3 Abs 1 AVRAG**) wird für den Fall eines Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung oder eines Konkursverfahrens des Veräußerers ausgeschlossen (**Abs 2 leg cit**). Genaueres (insb zur EuGH-Rsp) auf S 223.

C. Automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse

Die o.g. Regel des **§ 3 Abs 1 AVRAG** bedingt eine **Eintrittsautomatik** des Inhabers in die Rechte/Pflichten aus den übergebenen AVs. Dh, dass **auch „freie“ BVs und Betriebsübungen** – als Bestandteile des Einzelarbeitsvertrags übergehen, sofern die entsprechenden Übergangsbestimmungen nichts anderes vorsehen (siehe unten). Grds erfolgt also „nur“ ein **AG-Wechsel** bei sonstiger vertraglicher Kontinuität.

§ 16 AVRAG ordnet die **Unabdingbarkeit** der AN-Rechte iRd BÜ an. Diese können durch Einzelvertrag/KV/BV nur ausgebaut werden (relativ zwingend), wobei die Art der Ermittlung (punktuelle, Gruppen- oder Gesamtvergleich?) von der Rsp uneinheitlich beantwortet wird.

Allerdings: An rechtsmissbräuchliche Vereinbarungen der AN mit dem Veräußerer (zB ungerechtfertigte Lohnerhöhung kurz vor BÜ) ist der Erwerber **nicht gebunden**.

D. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

In **2 Fällen** räumt das **AVRAG** den AN ein Widerspruchsrecht **gegen den Übergang des AV** ein. Dies ist der Fall, **wenn...**

- ① der **Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz** oder
- ② eine **einzelvertragliche Pensionszusage...**

... **nicht übernimmt**. Dies hat die Folge, dass das **AV zum Veräußerer aufrecht bleibt**.

Ad ①: Kollektivvertragliche Regelungen über den Bestandschutz (zB die Bindung an Kündigungsgründe) werden bei einem BÜ **Inhalt des Einzelvertrages**, wenn das Unternehmen des Veräußerers nicht weiterbesteht (**§ 4 Abs 2 S 2 AVRAG**). Dadurch kann der Bestandschutz allerdings auch abbedungen werden. Besteht das Unternehmen des Veräußerers allerdings weiter, kann der Erwerber die Übernahme dieser Bestimmungen **verweigern**. Diesfalls hat der AN das hier genannte Widerspruchsrecht.

Ad ②: Liegt beim BÜ **keine Gesamtrechtsnachfolge** vor, kann der Erwerber *per Vorbehalt* die Übernahme einer betrieblichen Pensionszusage **verweigern**. Der AN hat dann nur einen Anspruch (gegen den Veräußerer) auf die bereits erworbenen Anwartschaften und kann **innen 1 Monats** dem Erwerber gegenüber seinen Widerspruch erklären.

• **Allgemeines Widerspruchsrecht?** Die Frage, ob es – über diese 2 Fälle hinaus – ein **allgemeines** Widerspruchsrecht gibt, wird/wurde kontrovers diskutiert, vom OGH (1997) für BR-Mitglieder bejaht und für andere offengelassen. 2011 hat sich der OGH grds **gegen** das Vorliegen eines solchen (über **§ 3 Abs 5 AVRAG** hinaus) gestellt, es aber bei **massiver Interessenbeeinträchtigung** bejaht.

E. Begünstigtes Kündigungsrecht des Arbeitnehmers

Der Erwerber muss den AN jede aufgrund des BÜ erfolgte Arbeitsbedingungsänderung **sofort mitteilen** (**§ 3 Abs 3 S 2 AVRAG**). Führt die nunmehrige Anwendung eines **neuen KV** oder einer **neuen BV** zu einer **wesentlichen Verschlechterung**, hat der AN die Möglichkeit, das AV binnen **1 Monats** unter Einhaltung der gesetzlichen (nicht vertraglichen!) Kündigungsfristen- und termine mit der Wirkung einer **AG-Kündigung** (so gebührt dann insb Abfertigung „alt“) zu **lösen**.

Die „Wesentlichkeit“ entspricht iW dem Begriff der „wesentlichen Beeinträchtigung sozialer Interessen“ in **§ 105 ArbVG**. Zur **Feststellung**, ob eine **wesentliche** Verschlechterung vorliegt, kann binnen 1 Monats (von AN, BR und KV-fähiger IV) beim ASG eine **Feststellungsklage** einbringen.

F. Kündigungen iZm dem Betriebs(teil)übergang

Betriebsübergänge sind grds kein Grund für eine Kündigung (**Art 4 Abs 1 Betriebsübergangs-RL**). Kündigungen aufgrund eines Betriebsübergangs sind – da es in Österreich an einer ausdrücklichen Umsetzung mangelt – nach OGH-Rsp iSd **richtlinienkonformen Interpretation** gem **§ 879 ABGB** die **relative Nichtigkeit** von Kündigungen „aufgrund des Übergangs“ an, sofern dieser der tragende Grund dafür ist.

Der OGH erlaubt auch **keine vorsorglichen Rationalisierungskündigungen** des Veräußerers „für den Erwerber“. Der AN kann aber auf den **Betriebsübergangs-RL**-Schutz **verzichten** und sich statt der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung mit den **Ansprüchen aus der ungerechtfertigten Beendigung** begnügen (bei deren Bemessung das verpönte Motiv aber keine Rolle spielt).

Die **relative Nichtigkeit der betriebsübergangsbedingten Kündigung** muss im Weg einer **Feststellungsklage auf Fortbestand des Arbeitsvertrages** geltend gemacht werden – bzw. **in angemessener Zeit**, um beim Partner kein unberechtigtes Vertrauen auf die Gültigkeit der getroffenen Rechtsgestaltung zu erwecken (**Aufgriffsobliegenheit**).

Für diese Geltendmachung gilt jedoch **keine starre Frist**, da die zeitliche Nähe zum Betriebsübergang lediglich ein Indiz für die betriebsübergangsbedingte – und damit relativ nichtige – Kündigung ist.

G. Kollektivvertrag und Betriebs(teil)übergang

1. Der Erwerber unterliegt einem Kollektivvertrag

Unterliegt der Erwerber **demselben KV wie der Veräußerer**, ändert sich an seiner Geltung für die Arbeitsverhältnisse nichts und die kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen bleiben unverändert (§ 8 Z 1 ArbVG).

Unterliegt der Erwerber jedoch **einem anderen KV als der Veräußerer**, bspw. weil dieser eine **andere Gewerbeberechtigung** besitzt, erfolgt ein **KV-Wechsel** und die übernommenen AN unterliegen fortan dem KV des Erwerbers. Dabei spielen **Günstigkeitskriterien** keine Rolle und es gilt **kein Verschlechterungsverbot** – mit einer Ausnahme: das Entgelt für die NAZ darf sich nicht verringern (siehe sogleich). Dieser KV-Wechsel lässt auch **keine Restgeltung** des vorherigen KV zu – auch nicht bzgl. der Regelungen, die im Erwerber-KV ungeregt sind.

Das **kollektivvertragliche Entgelt für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit** darf durch einen KV-Wechsel iRd BÜ **nicht geschmälert** werden (§ 4 Abs 2 S 1 AVRAG). Das bisherige KV-Mindestentgelt wird beim Betriebsübergang also **eingefroren**. Hinsichtlich **zukünftiger Änderungen** unterliegt es aber dem **Schicksal des Erwerber-KV** – zB hinsichtlich Ist-Lohnerhöhungen.

Nicht eingefroren werden – aufgrund der klaren Regel, dass nur das Entgelt für die NAZ eingefroren wird – alle anderen Zahlungen. Dh, dass kollektivvertragliche Regelungen betreffend einen *erhöhten Urlaubsanspruch, Änderung von Ausmaß und Lage der Arbeitszeit oder kollektivvertragliche Pensionsansparschaften* durch den KV-Wechsel auch negativ beeinflusst werden können.

2. Der Erwerber unterliegt keinem Kollektivvertrag

Unterliegt der Erwerber des Betriebs(teils) **keinem KV**, kommen **2 unterschiedliche Normen** ins Spiel, deren Verhältnis zueinander *str* ist:

| | | |
|---|-----------------|---|
| ① | § 8 Z 2 ArbVG | Ein AG, der keinem KV kraft Mitgliedschaft angehört, unterliegt dem KV, der in dem Betrieb(steil) gilt, der auf ihn übergeht. |
| ② | § 4 Abs 1 AVRAG | Der Erwerber eines Betriebs(teils) hat die in diesem Betrieb(steil) geltenden KV-Arbeitsbedingungen bis zum Wegfall oder bis zur Anwendung eines neuen KV so zu erhalten, wie der Veräußerer-KV das vorgesehen hat. Nach 1 Jahr können die Bedingungen dann einzelvertraglich (auch zum Nachteil des AN) geändert werden. |

Nach der **Regelung ①** hat der Veräußerer-KV grundsätzlich **relativ zwingende Wirkung**.

Nach der **Regelung ②** hat der Veräußerer-KV **nur ein Jahr lang relativ zwingende**, danach jedoch **dispositive Wirkung**.

↪ Die Klärung der Frage, wie sich diese Normen zueinander verhalten, ist noch ausständig. Manche meinen, Regelung ① kläre nur die Frage der KV-Unterworfenheit, während Regelung ② die daraus abzuleitenden Rechtswirkungen determiniere. Andere behaupten, die Regelung ② sei für den Fall gedacht, dass ein Veräußerer seinerseits schon nur aufgrund der Regelung ① dem KV unterlag – und somit verhindern, dass KVs von Betriebsübergang zu Betriebsübergang „weitergereicht“ würden. (Weitere Möglichkeiten: siehe S 229)

H. Die Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Belegschaftsorgane

Um **Mitwirkungsdefiziten** iRd BÜ/Verselbständigung/etc **vorzubeugen**, treffen die §§ 62b ff ArbVG folgende Regelungen.

1. Übergang eines Betriebes auf einen neuen Inhaber

Ein bloßer Betriebsinhaberwechsel verändert die Betriebsidentität nicht. Betrieb und Betriebsrat bestehen weiter.

2. Verselbständigung von Betriebsteilen

Wenn mind. 5 AN (iSd § 36 ArbVG) im verselbständigten Betriebsteil tätig sind, bleibt der BR des Mutterbetriebs **bis zur Wahl eines neuen BR**, aber **höchstens 4 Monate** für die neuen Tochterbetriebe zuständig (§ 62b ArbVG).

3. Zusammenschluss durch Neubildung

Die Betriebsräte der zusammengeschlossenen Betriebe bleiben **bis zur Neuwahl**, aber **höchstens 12 Monate** für den verschmolzenen Betrieb **gemeinsam als einheitlicher BR** zuständig (§ 62c ArbVG). Voraussetzung ist jedoch, dass auch ein **neuer Betrieb** entsteht.

4. Aufnahme eines Betriebes/Betriebsteiles in einen bestehenden Betrieb

Entsteht kein neuer Betrieb sondern der eine nimmt den anderen auf und behält seine Betriebsidentität, dann vertritt der BR des bestehenden Betriebs auch die hinzugekommenen AN. Besteht im aufnehmenden Betrieb jedoch kein BR, ist auch die hinzukommende Belegschaft fortan BR-los, da ihr eigener BR aufgrund des Verlusts der Betriebsidentität **eingestellt** wird (§ 62 Z 1 ArbVG) und bei allen BR-Mitgliedern die Mitgliedschaft zum BR endet (§ 64 Abs 1 Z 1 ArbVG).

I. Die Auswirkungen von Umstrukturierungen auf Betriebsvereinbarungen

Eigentums- und Organisationsänderungen wirken sich auf in den Betrieben bestehende BVs wie in § 31 Abs 4 bis 7 ArbVG dargestellt aus. Dies gilt auch dann, wenn es zu keinem Inhaberwechsel im Betrieb kommt.

1. Übergang eines Betriebes auf einen anderen Inhaber

Dadurch wird die **Geltung der BV nicht berührt** (§ 31 Abs 4 ArbVG), wenn damit nicht die Änderung von Betriebsstrukturen und damit wiederum der Verlust der Betriebsidentität einhergehen. Dann käme es zum Untergang der BV.

2. Verselbständigung von Betriebsteilen

Wenn Betriebsteile eines Betriebs, in dem eine BV gilt, verselbständigt und somit selbst zu Betrieben werden, gilt die BV auch in dem neuen Betrieb weiter (§ 31 Abs 5 ArbVG).

3. Zusammenschluss durch Neubildung

Die BV eines Betriebes, der mit einem anderen zu einem neuen Betrieb zusammengeschlossen wird, bleibt für die AN dieses Betriebes weiterhin aufrecht (§ 31 Abs 6 ArbVG). Man spricht von der **personenbezogenen Restgeltung**, da neu hinzukommende AN von der Geltung der BV nicht mehr umfasst sind.

4. Aufnahme eines Betriebes/Betriebsteiles in einen bestehenden Betrieb

Wenn ein Betrieb(steil) in einen bestehenden Betrieb mit BV aufgenommen wird, gilt die BV auch für die aufgenommenen AN. Jene Bestimmungen der BV, die vorher für die AN des aufgenommenen Betriebes galt, die *nicht* in der BV des aufnehmenden Betriebes geregelt sind, gelten für diese aber weiter (§ 31 Abs 7 ArbVG, **lückenfüllende personenbezogene Restgeltung**).

J. Haftung und Betriebs(teil)übergang

1. Altschulden-Haftung

Verbindlichkeiten des Veräußerers bzgl der Arbeitsverhältnisse, die schon zum Zeitpunkt des Übergangs bestanden haben (zB noch nicht ausbezahltes Entgelt), nennt man **Altschulden**. Grds haften Veräußerer und Erwerber für diese Verpflichtungen **solidarisch** (zur ungeteilten Hand, § 6 Abs 1 AVRAG). Die Regel des § 1409 ABGB, die den Erwerber nur bis zum Wert des erworbenen Unternehmens haften lassen würde, kommt nur für Verbindlichkeiten aus Arbeitsverhältnissen zum Tragen, die schon vor BÜ nicht mehr bestanden haben (zB Pensionsansprüche). Aus bestehenden AVs geht immer die **volle Haftung** auf den Erwerber über.

2. Neuschulden-Haftung

Für **Neuschulden** – das sind solche, die beim Veräußerer entstanden sind aber erst beim Erwerber schlagend werden (zB Abfertigung „alt“ oder Urlaubersatzleistung), haftet der **Veräußerer** nur bis zu dem Betrag, die im **Übergangszeitpunkt** vorlagen (§ 6 Abs 2 S 1 AVRAG). Dasselbe gilt für **Betriebspensionen**: Hier haftet der Veräußerer in der Höhe der Pensionsanwartschaften im **Übergangszeitpunkt** (S 2).

Beide Haftungen sind **mit 5 Jahren begrenzt**. Hat der Veräußerer beim Übergang auch **Sicherungen** übertragen, haftet er nur für die **Differenz zwischen dem Wert der Sicherungen und der Höhe der Ansprüche zum Übergangszeitpunkt**.

Regress: Der Erwerber kann sich beim Veräußerer regressieren, falls er AN-Ansprüche befriedigt hat, für die der Veräußerer haftet.

A. Allgemeines

Aufgrund all der Nachteile, die eine AG-Insolvenz haben kann (sowohl für die AN als auch für die Gläubiger), wird versucht, zwischen diesen zwei Gruppen einen **Ausgleich** zu schaffen. Besonders wichtig sind dabei die **Möglichkeit der AV-Beendigung** und der **Entgeltsschutz**.

Exkurs: Insolvenz bedeutet Illiquidität. Das innerhalb von 60 Tagen zu eröffnende Insolvenzverfahren ist entweder ein Konkurs- oder ein Sanierungsverfahren.

B. Die Beendigung des Arbeitsvertrages bei AG-Insolvenz

1. Insolvenz

Ab der **Insolvenzeröffnung** werden sämtliche AG-Funktionen vom **Insolvenzverwalter** übernommen, was am Bestand der AV *per se* nichts ändert. Entweder er führt das Unternehmen fort, oder er schließt das Unternehmen (nach gerichtlicher Bewilligung).

Bei AVs, die **noch nicht angetreten wurden**, können **beide Teile** vom Vertrag **zurücktreten**.

AVs, die **vor der Insolvenzeröffnung begonnen wurden**, unterliegen modifizierten Beendigungsmöglichkeiten (§ 25 IO). Die jeweiligen zu beachtenden **Fristen** sind in **Abs 1 Z 1-3 leg cit** geregelt.

AN kann **insolvenzbedingt vorzeitig austreten**, wenn sein Unternehmen (steil) nicht fortgeführt wird. Ihm gebührt **Kündigungsschädigung** als Insolvenzforderung. **Insolvenzverwalter** kann „**außerordentlich kündigen**“. Er hat sich dabei an gesetzl./KV- oder kürzere Kündigungsfristen, nicht jedoch an Kündigungstermine zu halten. Den allg./bes. Bestandschutz hat er zu berücksichtigen. Auch das Kündigungsfrühwarnsystem bleibt unberührt.

AVs, die **nach der Insolvenzeröffnung begonnen wurden**, unterliegen keinen Sonderbestimmungen.

2. Eigenverwaltung des Schuldners

Im **Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung**, das *de facto* eine Weiterführung des Unternehmens bezweckt, wird der Bestand der AVs grds nicht berührt, allerdings hat der AG binnen Monatsfrist mit **Zustimmung des Sanierungsverwalters** (darf nur bei ökonomischer Unumgänglichkeit der Beendigung erteilt werden) dasselbe **außerordentliche Kündigungsrecht** wie der Insolvenzverwalter und der AN dasselbe **Austrittsrecht** wie im erstgenannten Fall (womit er wiederum gem **Abs 2 leg cit** SE verlangen kann).

C. Die Entgeltsicherung

1. Allgemeines – geschützter Personenkreis

Zur Entgeltsicherung im Konkursfall (bzw in gleichgestellten Fällen) besteht der **Insolvenz-Entgelt-Fonds**, der durch das **IESG** mit eigener Rechtspersönlichkeit errichtet ist und auf Basis von AG-Beiträgen an die Arbeitslosenversicherung gespeist wird. **Einen** durchsetzbaren Anspruch auf **Insolvenz-Entgelt für gesicherte Ansprüche** haben **AN/Heimarbeiter/Hinterbliebene/deren Erben**.

Keinen Anspruch haben Gesellschafter mit beherrschendem Einfluss und zur Vertretung berufene Organe. Der „**Fremdvergleich**“ (Versagung des Anspruchs an AN, die bei Entgeltrückständen trotzdem im Unternehmen bleiben) verschwindet zunehmend aus der OGH-Rsp.

2. Gesicherte Ansprüche

| | |
|----------------------------|---|
| Entgelt | Das Entgelt der letzten 6 Monate vor Insolvenzeröffnung oder der letzten 6 Monate vor AV-Ende (bei AV-Beendigung vor Insolvenzeröffnung) gebührt bis zur doppelten § 45-ASVG-Höchstbeitragsgrundlage (Genauerer siehe S 235 f bzw §§ 1 ff IESG). |
| BP aus Direktzusage | Alle anderen BP-Zusagen (Pensionsk., Lebensvers., betriebl. KollVers.) sind nicht geschützt. Anspruch iHv 12/24 Monatsbeiträgen. |
| SE-Ansprüche | SE-Ansprüche wie insb die Kündigungsschädigung sind geschützt (§ 1 Abs 2 Z 2 IESG). |
| sonstige Ansprüche | Ansprüche wie bspw Aufwandsentschädigungen oder Verzugszinsen sind geschützt. |
| notwendige Kosten | ...zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (siehe <i>demonstrative</i> Aufzählung in § 1 Abs 2 Z 4 IESG) sind geschützt. |
| Abfertigung | Abfertigung alt: Geschützt bis zur HB-Grundlage, zur Hälfte bis zur zweiten HB-Grundlage. Bei <i>Erläss aufgrund der Wirtschaftslage</i> steht dem Berechtigten eine Ersatzleistung in Form von Insolvenzentgelt auch ohne Insolvenz des AG zu (§ 1 Abs 4a IESG). Abfertigung neu: Nicht abgeführte Beiträge sind nach BMSVG gem § 13d IESG gesichert. Offene Übertragungsbeträge gem § 1b IESG. |

Kein Insolvenzentgeltanspruch besteht für einzelvertragliche Forderungen, die nach dem Antrag auf ein Insolvenzverfahren oder bis max. 6 Monate davor entstanden sind bzw abgeschlossen wurden, soweit sie über Ansprüche nach KV/BV/Gesetz oder über die betriebsübliche Entlohnung hinausgehen (und dies entweder eine Besserstellung darstellt oder nicht gerechtfertigt ist).

3. Behörden und Verfahren

Binnen 6 Monaten ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist bei der **Insolvenz-Entgelt-Fonds-Service GmbH** – uU auch beim Insolvenzgericht – ein **Antrag auf Insolvenzentgelt** einzubringen, die dann einen **Bescheid** erlässt.

Wie auch in **Leistungssachen in der Sozialversicherung** kann gegen diesen Bescheid eine **Klage beim zuständigen ASG** eingebracht werden, dessen Entscheidung den Bescheid ersetzt („**sukzessive Kompetenz**“).

Im Fall einer **stattgebenden Entscheidung** findet eine **Legalzession** statt (gesetzlich angeordneter Gläubigerwechsel **vom AN zum Insolvenz-Entgelt-Fonds**), womit der Insolvenz-Entgelt-Fonds die vorigen AN-Ansprüche gegenüber AG/Insolvenzmasse geltend machen kann.