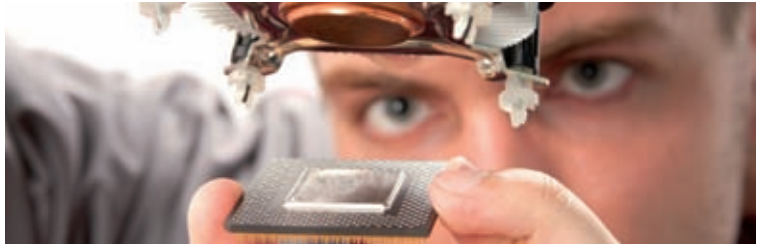


Schriftenreihe International



# Arbeitsrecht Österreich

**GESAMT****METALL**  
*Die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie*

Schriftenreihe International

# Arbeitsrecht Österreich

Stand: Dezember 2010

## Autoren

DR. RAINER THOMAS



### Ausbildung

01/2006 – 04/2008

Dr. iur. 2008; Universität Wien  
Rechtswissenschaftliche Fakultät

10/2002 – 01/2006

Mag. iur. 2006; Universität Wien  
Rechtswissenschaftliche Fakultät

### Berufserfahrung

Seit 08/2008

Wirtschaftskammer Österreich  
Abteilung für Sozialpolitik und Gesundheit

### Referent

Seit 01/2010

Mitglied der Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht

Seit 01/2010

Redakteur in der Zeitschrift taxlex  
für die fixe Rubrik „Legislative Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht“

Seit 06/2009

Stv. Vorsitzender des „Sozial- und Gesundheitsforums Österreich“

Seit 06/2009

Mitglied der Controllinggruppe  
Zuständig für das Monitoring und Controlling des Verwaltungshandelns  
der Versicherungsträger

Seit 08/2008

Ersatzmitglied des „Österreichischen Rates für Freiwilligenarbeit“  
für die Generalsekretärin der WKÖ, Frau Mag. Anna Maria Hochhauser

Seit 10/2008

Ersatzmitglied: Fachbeirat für Sozialstatistik der  
Bundesanstalt Statistik Österreich

03/2006 – 07/2008

Institut für Arbeits- und Sozialrecht der juristischen Fakultät der  
Universität Wien  
Assistent (Lehrstuhl Prof. Robert Rebhahn)

09/2006 – 10/2006

Rechtsanwaltskanzlei Dr. Ernst Gruber; 1010 Wien  
Juristischer Mitarbeiter

03/2005 – 02/2006

ECKERT & PARTNER Rechtsanwälte GmbH; 1060 Wien  
Juristischer Mitarbeiter

**MAG. MICHAEL REINER**



**Berufserfahrung**

Seit 01/2008

**Assistent in Ausbildung** am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien (Univ.-Prof. Dr. Mazal)

Seit 01/2008

**Ständiger Mitarbeiter und Redaktionsmitglied** der Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, Verlag Manz

05/2006 – 12/2007

**Projektmitarbeiter** am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien (Univ.-Prof. Dr. Rebhahn)

Projekt: „Arbeitsrecht in der EU“

11/2005 – 01/2006

**Studienassistent** am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien (Univ.-Prof. Dr. Rebhahn)

09/2004 – 01/2005

**Wirtschaftskammer Wien**  
Praktikum Mobiles Info-Service

09/2003 – 04/2004

**APS Buchführungs- und Steuerberatungs GmbH**  
Buchführung, Bilanzierung, Steuer- und Gesellschaftsrecht

**Ausbildung**

09/2003 – 08/2006

**Studium der Rechtswissenschaften**  
Universität Wien  
Sponson am 31.08.2006



<b>§ 1 Individualarbeitsrecht</b>	<b>15</b>
<b>A. Begründung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>15</b>
I. Allgemeines / Partner des Arbeitsverhältnisses	15
1. Quellen des österreichischen Arbeitsrechts	15
2. Beschäftigte	19
3. Arbeitgeber	26
4. Rechtssubjekte eines Arbeitsverhältnisses	26
5. Arbeiter und Angestellte	27
II. Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Arbeitsvertrag	29
1. Mindestvoraussetzungen eines Arbeitsvertrages	29
2. Form des Arbeitsvertrages	31
3. Ergänzende Vereinbarungen	33
III. Arbeitsverhältnis mit Auslandsbezug	36
1. Beschäftigung von Ausländern – Allgemeines	36
2. Beschäftigung von EU-Bürgern in Österreich	37
3. EU Erweiterung und Beschäftigung von Ausländern	37
4. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AuslBG	38
5. Arbeitsvertragsstatut bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen	47
IV. Arbeitskräfteüberlassung – Zeitarbeit	50
1. Allgemeines	50
2. Begriffsbestimmungen	50
3. Umgehung des AÜG? Abgrenzung Überlassungs-Werkvertrag	51
4. Vom AÜG nicht erfasste Fälle	51

5.	Konzernprivileg	52
6.	Grenzen der Arbeitskräfteüberlassung	53
7.	Die Regelungen des AÜG	54
V.	Managervertrag – Vertrag mit leitenden Angestellten	56
1.	Allgemeines	56
2.	Entstehung des Arbeitsverhältnisses bei einem Manager	57
3.	Beendigung eines Managerarbeitsverhältnisses	58
4.	Arbeitsverhältnis mit den Mitgliedern statutarischer Organe (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer)	58
<b>B.</b>	<b>Änderung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>58</b>
1.	Allgemeines	58
2.	Vereinbarung über die Änderung des Arbeitsvertrages	59
3.	Vereinbarungen über die zeitweilige Zuweisung (Zeitarbeit) – Versetzung zu einem andern Arbeitgeber	59
4.	Versetzung (Zuweisung) an eine andere Art von Arbeit	60
5.	Vergütung bei Versetzung	60
6.	Versetzung an einen anderen Dienstort	60
7.	Dienstreise	61
<b>C.</b>	<b>Inhalt des Arbeitsvertrages</b>	<b>62</b>
I.	Allgemeines	62
II.	Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien	62
1.	Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers	62
2.	Rechte und Pflichten des Arbeitgebers	65
3.	Pflichten von leitenden Angestellten	65

---

III.	Arbeitszeit / Ruhezeit / Überstunden / Nacharbeit	65
	1. Gesetzliche Arbeitszeiten	65
	2. Gesetzliche Ruhezeiten	70
IV.	Arbeitsentgelt	71
	1. Allgemeines	71
	2. Mindestentgelt	71
	3. Obligatorische Zulagen	72
	4. Sonstige Zahlungen neben dem Arbeitsentgelt („Kompensierende Zahlungen“)	72
V.	Urlaub	73
	1. Allgemeines	73
	2. Der Urlaubsanspruch	73
	3. Zusatzurlaube	74
	4. Die Realisierung des Urlaubs	75
	5. Zulässigkeit von Betriebsurlauben?	76
	6. Das Urlaubsentgelt	77
	7. Erkrankung während des Urlaubs	78
	8. Urlaub und Beendigung des Arbeitsverhältnisses	78
	9. Verjährung	79
	10. Aufzeichnungspflichten	80
	11. Pflegefreistellung	80
	12. Familienhospizkarenz	81
VI.	Arbeitsverhinderung/Krankheit	82
	1. Die allgemeine Regel der Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB	82
	2. Leistungsbereitschaft i.S.d. § 1155 ABGB	83

3.	Entgeltfortzahlung im Streik	83
4.	Entgeltfortzahlung bei wichtigen persönlichen Gründen	84
5.	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	85
VII.	Wettbewerbsverbot	87
1.	Wettbewerbsverbot während eines Arbeitsverhältnisses	87
2.	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	88
VIII.	Qualifizierung der Arbeitnehmer	89
1.	Förderungen durch das AMS	89
2.	Arbeitsstiftungen	91
3.	Lohnkostenzuschüsse	92
4.	Förderungen der Austria Wirtschaftsservice GmbH (aws)	92
<b>D.</b>	<b>Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b>	92
I.	Allgemeines	92
II.	Aufhebungsrecht	93
III.	Kündigung	93
1.	Kündigung (ordentliche Kündigung des Arbeitgebers)	93
2.	Sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses (außerordentliche Kündigung)	110
IV	Auflösung in der Probezeit	111
V.	Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses	111
VI.	Rücktritt vom Arbeitsvertrag	112

VII. Tod des Arbeitnehmers	112
VIII. Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei Auflösung des Arbeitgebers	112
IX. Sonstiges	113
1. Arbeitszeugnis, Beschäftigungsbestätigung (§ 39 AngG, § 1163 ABGB)	113
2. Freizeit für die Arbeitsplatzsuche (§ 1160 ABGB; § 22 AngG)	114
3. Abfindung	114
4. Ansprüche wegen unwirksamer Auflösung des Arbeitsverhältnisses	118
<b>E. Nebenarbeitsverhältnis und Nebentätigkeit</b>	120
<b>F. Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergang</b>	120
1. Allgemeines	120
2. Wann liegt ein Betriebs(teil)übergang vor?	121
3. Rechtsfolgen des Betriebs(teil)übergangs auf die Arbeitsverhältnisse	122
4. Beendigung und Betriebs(teil)übergang	123
5. Haftung und Betriebs(teil)übergang	124
<b>G. Haftung des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers für Schäden</b>	124
I. Allgemeine Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch	124
II. Besonderheiten im Arbeitsrecht	126
1. Allgemeines	126
2. Die Modifikationen im Arbeitsrecht	127

---

3.	Unmittelbare Schädigung des Arbeitgeber durch den Arbeitnehmer	127
4.	Schädigung Dritter – mittelbare Schädigung des Arbeitgeber	128
5.	Außergerichtliche Bereinigung	129
6.	Verjährung	129
III.	Haftung des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen und bei Berufskrankheit	129
IV.	Mankohaftung	130
V.	Schädigung des Arbeitnehmer durch Arbeitgeber oder Dritte und Risikohaftung	130
<b>H.</b>	<b>Besonderer Schutz bestimmter Arbeitnehmergruppen – Frauen Jugendliche, Behinderte</b>	132
I.	Schutz von Frauen	132
1.	Gesundheitsschutz, Verbot bestimmter Arbeiten	132
2.	Diskriminierungsverbot	132
3.	Schutz schwangerer Frauen und Mütter	133
4.	Schutz von Jugendlichen und behinderten Arbeitnehmern	135

---

<b>§ 2 Kollektivarbeitsrecht</b>	<b>138</b>
<b>A. Die Organisation der Arbeitnehmer</b>	<b>138</b>
I. Die Interessensvertretungen	138
1. Allgemeines	138
2. Freiwillige Interessensvertretung	138
3. Gesetzliche Interessensvertretung	139
4. Die Sozialpartnerschaft	141
II. Interessensvertretung der Arbeitnehmer in Betrieben, Unternehmen und Konzernen (Betriebsrat)	143
1. Allgemeines	143
2. Betrieb	143
3. Unternehmen	145
4. Konzern	145
5. Belegschaft und Betriebsinhaber	146
6. Organe der Belegschaft	147
7. Betriebsratswahl	148
8. Rechte und Pflichten der Betriebsratsmitglieder	149
<b>B. Mitbestimmung der Arbeitnehmer – Betriebsverfassungsrecht</b>	<b>150</b>
I. Mitbestimmung im Betrieb – Rechte der Gewerkschaften im Betrieb	151
1. Vertretung und Rechte der Gewerkschaften im Betrieb	151
2. Mitbestimmung im Betrieb	152
3. Sonstige Befugnisse	154

II.	Unternehmensmitbestimmung	158
	1. Vertretung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat, Wahlverfahren, Mitwirkung im Aufsichtsrat	158
	2. Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung	159
III.	Arbeitnehmermitbestimmung auf europäischer Ebene	160
	1. Allgemeines	160
	2. Verhandlungskommission	160
	3. Europäischer Betriebsrat kraft Gesetzes (§§ 191 ff. ArbVG)	161
<b>C.</b>	<b>Tarifrecht – der Kollektivvertrag</b>	161
	1. Allgemeines	161
	2. Begriff	162
	3. Kollektivvertragsfähigkeit und Kollektivvertragsunterworfenheit	163
	4. Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Kollektivvertrages	164
	5. Gesetzlich zulässiger Inhalt von Kollektivverträgen	165
	6. Verhältnis Gesetz – Kollektivvertrag – Arbeitsvertrag	166
	7. Kollektivvertragskollision	167
	8. Ende des Kollektivvertrag und Nachwirkung	167
	9. Substitutionsformen (Satzung, Mindestlohntarif, Lehrlingsentschädigung)	168
<b>D.</b>	<b>Arbeitskampfrecht</b>	169
	1. Allgemeines	169
	2. Schlichtung (Vermittlung)	170
	3. Streik	170
	4. Aussperrung	172

---

<b>§ 3 Gerichtlicher Rechtsschutz</b>	<b>173</b>
1. Zuständigkeit der Gerichte	173
2. Besonderheiten des Verfahrens in Arbeitsrechtssachen	173
3. Verbandsklagerecht	174
<b>§ 4 Sozialversicherungsrecht</b>	<b>175</b>
<b>A. Allgemeines</b>	<b>175</b>
1. Beginn und Ende des Versicherungsverhältnisses	175
2. Mehrfachversicherungen	175
3. Beitragspflicht	176
<b>B. Krankenversicherung</b>	<b>176</b>
1. Versicherungsfall Krankheit	176
2. Versicherungsfall Arbeitsunfähigkeit	176
3. Versicherungsfall Mutterschaft	177
4. Versicherungsfall Sonstige Leistungen	177
<b>C. Unfallversicherung</b>	<b>177</b>
<b>D. Pensionsversicherung</b>	<b>177</b>
<b>E. Arbeitslosenversicherung</b>	<b>178</b>
<b>§ 5 Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz     am Arbeitsplatz</b>	<b>181</b>
Literaturverzeichnis	184



# § 1 Individualarbeitsrecht

---

## § 1 Individualarbeitsrecht

Das Individualarbeitsrecht umfasst in Österreich traditionell das Arbeitsvertragsrecht und das Arbeitnehmerschutzrecht. Das Arbeitnehmerschutzrecht ist öffentlich-rechtlich geprägt und wird von Verwaltungsbehörden amtswegig durchgesetzt.

### A. Begründung des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis wird durch Abschluss des Arbeitsvertrages begründet. Manchmal bezeichnet das Gesetz mit dem Begriff des Arbeitsverhältnisses aber auch erst den Beginn des tatsächlichen Vollzugs der Vertragsbeziehung.

### I. Allgemeines / Partner des Arbeitsverhältnisses

Der Arbeitsvertrag wird abgeschlossen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Beide Parteien können sich dabei vertreten lassen.

#### 1. Quellen des österreichischen Arbeitsrechts

##### a. Begriff des Arbeitsrechts

Arbeitsrecht wird in Österreich verstanden als das Recht, das die Beziehung von Personen regelt, die aufgrund eines privat-rechtlichen Vertrags in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen arbeiten. Arbeitsrecht ist also das für das Arbeitsverhältnis maßgebende Recht. Teilweise werden aber genuin arbeitsrechtliche Regelungen auch auf Nicht-Arbeitnehmer erstreckt, so etwa auf arbeitnehmerähnliche Personen oder freie Dienstnehmer. In Österreich wird – wie in Deutschland – das Arbeitsrecht in das Individual- und Kollektivarbeitsrecht gegliedert. Anders als in Deutschland hat die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten nach wie vor relativ große Bedeutung.

##### b. Rechtsquellen

Die Rechtsquellen des Österreichischen Arbeitsrechts sind:

- das EU-Recht,
- die Verfassung,
- die Gesetze,

- Verordnungen,
- Kollektivverträge (in Deutschland als Tarifvertrag bezeichnet),
- Betriebsvereinbarungen,
- der Einzel-Arbeitsvertrag und die
- Weisung durch den Arbeitgeber.

Die Rechtsquellen stehen wie in Deutschland in einem Stufenbau, der an die Spitze das Europarecht stellt (wobei die Grundprinzipien der österreichischen Verfassung vorgehen) und auf der untersten Stufe die Weisung vorsieht. Im Arbeitsrecht stehen die meisten dieser Rechtsquellen im Günstigkeitsverhältnis: Widersprechen die Normen unterschiedlicher Ebene einander, ist die für den Arbeitnehmer günstigere Norm anzuwenden. Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung wirken normativ wie ein Gesetz. Der Kollektivvertrag kann ausnahmsweise auch zweiseitig zwingende Bestimmungen normieren, was allerdings einer besonderen Rechtfertigung bedarf (§ 3 Abs. 1 ArbVG).<sup>1</sup> Für die Betriebsvereinbarung ist eine solche Möglichkeit nicht ausdrücklich festgelegt, wird aber bei manchen Betriebsvereinbarungstatbeständen aufgrund des Zwecks des Regelungsgegenstands bejaht. Nach der Rechtsprechung können die den Kollektivvertrag abschließenden Parteien dem Kollektivvertrag auch dispositive Wirkung verleihen.<sup>2</sup>

Die meisten arbeitsrechtlichen Normen sind einseitig zwingend und können nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abbedungen werden. Meist ist dieses Verhältnis ausdrücklich angeordnet, und zwar in der Regel am Ende der jeweiligen Gesetze (vgl. § 40 AngG). Wie dieser Günstigkeitsvergleich vorzunehmen ist, wird aus § 3 Abs. 2 ArbVG geschlossen, der zwar nur für das Verhältnis des Kollektivvertrags zu nachrangigen Rechtsquellen gilt, aber auch für die Auslegung anderer Günstigkeitsvergleiche herangezogen wird. Danach dürfen nur Regelungen verglichen und damit abgetauscht werden, die denselben Regelungsgegenstand betreffen. So ist etwa der Abtausch Beschäftigungsgarantie gegen geringeres Entgelt wie auch in Deutschland unzulässig. Zulässig ist hingegen eine All-In-Vereinbarung für das Überstundenentgelt, wenn damit der Arbeitnehmer nicht weniger erhält, als er bei Einzelverrechnung bekommen hätte.

---

<sup>1</sup> Kietaiabl, Darf der Kollektivvertrag verschlechternd in bestehende Arbeitsverträge eingreifen? – Zulässigkeit und Grenzen des kollektivvertraglichen Ordnungsprinzips, Wirtschaftsrechtlich Blätter 2007, 311.

<sup>2</sup> ZB OGH 9 ObA 291/81.

Die Gesetze sind äußerst zersplittert, es existiert keine einheitliche Kodifikation. Zumindest für das Kollektive Arbeitsrecht schaffte man aber 1974 mit dem Arbeitsverfassungsgesetz eine Teilkodifikation. Der Streik ist jedoch nirgendwo ausdrücklich geregelt, sondern es sind nur punktuell Nebenfragen angesprochen. Im Individualarbeitsrecht versucht man schon länger eine Kodifikation, doch scheitert diese vor allem an den nach wie vor bestehenden Unterschieden von Arbeitern und Angestellten. Für die Angestellten finden sich viele wichtige Regelungen im Angestelltengesetz (**AngG**), für die Arbeiter finden sich die Kündigungsregelungen in der Gewerbeordnung 1859 (**GewO 1859**). Für die wenigen Arbeitnehmer die weder Angestellte noch Arbeiter sind gelten die Bestimmungen des ABGB zum Dienstvertrag (**§§ 1151 ff. ABGB**); diese Bestimmungen gelten auch, soweit die Sondergesetze keine Regelung enthalten.

Gesetze, die bestimmte Arbeitsbedingungen speziell für Arbeiter regeln sind:

- Das Entgeltfortzahlungsgesetz (**EFZG**) regelt die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall; die Entgeltfortzahlung bei Verhinderung aus wichtigem persönlichen Grund richtet sich für Arbeiter nach dem ABGB (**§ 1154b Abs. 5 ABGB**).
- Das Arbeiterabfertigungsgesetz regelt die Abfertigung alt und gilt für alle Arbeiter die vor dem 31.12.2002 einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben.

Gesetze die für Arbeiter bestimmter Berufsgruppen verschiedene Arbeitsbedingungen regeln sind:

- Das Landarbeitsgesetz (**LAG**) für Arbeiter der Land- und Fortwirtschaft
- Das Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (**BUAG**) und das Bauarbeiter-schlechtwettergesetz regeln Urlaub, Abfertigung und Entgeltfortzahlung bei Schlechtwetter für Bauarbeiter.
- Das Bäckereiarbeitergesetz (**BäckAG**) regelt vor allem die Arbeitszeit von Arbeitern in Backwarenbetrieben.

Daneben gibt es Gesetze, die bestimmte Arbeitsbedingungen berufsgruppenunabhängig regeln:

- Das Arbeitszeitgesetz (**AZG**) regelt gemeinsam mit dem Arbeitsruhegesetz (**ARG**) für die meisten Berufsgruppen das Arbeitszeitrecht. Das Nachtschwerarbeitergesetz (**NSchG**) schafft besondere Bestimmungen für die Gesundheitsvorsorge von Nachtschwerarbeitern.

- Das Urlaubsgesetz (**UrlG**) regelt den Erholungsurlaub.
- Das Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (**AVRAG**) wurde im Zusammenhang mit dem EU-Beitritt 1994 beschlossen und enthält bedeutende Regelungen wie den Betriebsübergang, das Entsendungsrecht und die Regelungen zum Ausbildungs-kostenrückerersatz.
- Das Ausländerbeschäftigungsgesetz (**AUSIBG**) regelt die Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern, wobei insbesondere Nicht-EU-Bürger eine Arbeits-erlaubnis benötigen.
- Das Betriebspensionsgesetz (**BPG**) regelt die Möglichkeiten und Grenzen für die Einräumung von Betriebspensionen, schreibt aber die Einräumung selbst nicht vor.
- Das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (**DNHG**) regelt die Haftungsmilderung des Arbeitnehmers, wenn dieser den Arbeitgeber oder Dritte bei Erbringung der Dienstleistung schädigt.
- Das Gleichbehandlungsgesetz (**GIBG**) ist das Pendant zum Allgemeinen Gleichbe-handlungsgesetz (**AGG**).
- Das Insolvenzentgeltsicherungsgesetz (**IESG**) regelt die Sicherung der Entgeltan-sprüche der Arbeitnehmer im Konkurs und Ausgleich des Arbeitgebers.
- Das Arbeitnehmerschutzgesetz (**ASchG**) regelt den technischen Arbeitneh-merschutz.
- Das Arbeitsinspektionsgesetz (**ArbIG**) regelt die Organisation und die Befugnisse des Arbeitsinspektorats. Das Arbeitsinspektorat überwacht die Einhaltung der öf-fentlich-rechtlichen Bestimmungen des Arbeitsrecht (etwa Höchstarbeitszeitgren-zen, Beschäftigungsverbote von Schwangeren) und gehört zum Ministerium für Arbeit- und Soziales. Bei Verstoß verhängt es Verwaltungsstrafen (entspricht der deutschen Ordnungswidrigkeit).
- Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (**AÜG**) regelt bestimmte Aspekte der arbeits-rechtlichen Dimension der Arbeitskräfteüberlassung.
- Das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (**ASGG**) regelt das Prozessrecht in Arbeits- und Sozialrechtssachen, dass in etlichen Punkten zu Gunsten des Arbeitnehmers vom herkömmlichen Zivilprozessrecht abweicht.

Schließlich gibt es noch Gesetze für bestimmte besonders schutzwürdige Personen:

- Das Kinder- und Jugendbeschäftigungsgesetz (**KJBG**) regelt die Zulässigkeit von Arbeit Jugendlicher insbesondere hinsichtlich Art und Ausmaß der Arbeit sowie die Altersgrenze ab der überhaupt gearbeitet werden darf.

- Das Mutterschutzgesetz (**MSchG**) regelt die Beschäftigungsbeschränkungen von Schwangeren und stillenden Müttern sowie deren Anspruch auf Karenz und/oder Teilzeitbeschäftigung sowie den damit verbundenen Bestandschutz.
- Das Väterkarenzgesetz (**VKG**) regelt den Anspruch der Väter auf Karenz und/oder Teilzeitbeschäftigung sowie den damit verbundenen Bestandschutz.
- Das Berufsausbildungsgesetz (**BAG**) regelt die Voraussetzungen und Bedingungen für die Ausbildung von Lehrlingen (der Regelungsinhalt ist vergleichbar mit dem deutschen Berufsbildungsgesetz).
- Das Behinderteneinstellungsgesetz (**BEinstG**) regelt die Einstellungspflicht bestimmter Behinderter, den besonderen Kündigungsschutz und das Gleichbehandlungsrecht für diese Personengruppe.

## 2. Beschäftigte

Arbeit kann auf Basis vieler unterschiedlicher Rechtsgrundlagen geleistet werden. In Frage kommen ein Werkvertrag, ein freier Dienstvertrag, ein Arbeitsvertrag, ein Gesellschaftsvertrag, ein Mietvertrag etc. Arbeitsrecht gilt allerdings grundsätzlich nur, wenn ein Arbeitsvertrag vorliegt. Dieser ist durch das (geringe) Ausmaß der Freiheit bei der Erbringung der Dienstleistung gekennzeichnet.

Der freie Dienstvertrag ist wie der Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis in dem bloß gattungsmäßig umschriebene Dienstleistungen geschuldet werden und in dem den Dienstleistenden bloß eine Sorgfalts- aber keine Erfolgsverbindlichkeit trifft. Die Abgrenzung erfolgt über das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit, die nur beim Arbeitsvertrag vorliegt. Der freie Dienstvertrag ist im Gesetz nicht geregelt. Einige wenige arbeitsrechtliche Normen werden aber ausdrücklich auch auf freie Dienstnehmer erstreckt, die zusätzlich arbeitnehmerähnlich sind. Dazu gehören die Dienstzettelpflicht (entspricht der deutschen Nachweispflicht, § 1164a ABGB), die Abfertigung neu (nicht vergleichbar mit einer Abfindung in Deutschland; § 1 Abs. 1a BMSVG), die Insolvenzentgeltsicherung (§ 2a IESG), die Mitgliedschaft in der Arbeiterkammerorganisation (§ 10 Abs. 1 Z 7 AKG), die sozialversicherungsrechtliche Gleichstellung mit Arbeitnehmern (§ 4 Abs. 4 ASVG) und die Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung (§ 1 Abs. 8 AIVG). Nach gefestigter Rechtsprechung sind jene arbeitsrechtlichen Normen analog anzuwenden, die nicht auf die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers reflektieren, sondern eher technische Normen zur Abwicklung von Dauerschuldverhältnissen darstellen.<sup>3</sup> So hat der OGH etwa die Kündigungsfristen des ABGB

<sup>3</sup> OGH 9 ObA 99/91.

(§ 1159 ABGB) und die Kündigungsentschädigung nach § 1162b ABGB auch auf freie Dienstverträge angewendet. Ausdrücklich verneint hat der OGH bisher etwa die Geltung des Urlaubsrechts, die Geltung von Betriebsvereinbarungen und den Anspruch auf kollektivvertragliche Entlohnung.

Beispiele für freie Dienstverträge sind etwa die Tätigkeit eines Beraters, die Tätigkeit eines Werbevermittlers, die Erteilung von Privatunterricht und die Tätigkeit eines Lektors. Mitglieder eines Vertretungsorgans einer juristischen Person (GmbH, AG), die keine Arbeitnehmer sind, sind in der Regel freie Dienstnehmer.

Der Werkvertrag ist im Gesetz ausdrücklich geregelt (§§ 1165 ff. ABGB). Anders als der Arbeitsvertrag begründet er ein Zielschuldverhältnis mit Erfolgsverbindlichkeit ohne persönliche Abhängigkeit. Für den Werkvertrag gilt kein Arbeitsrecht.

Wie in Deutschland gibt es auch in Österreich die Kategorie der arbeitnehmerähnlichen Person, allerdings mit einem wichtigen Unterschied. In Österreich ist die Kategorie der Arbeitnehmerähnlichkeit unabhängig von einem bestimmten Vertragstypus (in Deutschland etwa bei § 12a TVG auf Werkverträge und freie Dienstverträge eingegrenzt). Das heißt arbeitnehmerähnlich kann auch ein Pächter einer Tankstelle sein, der einen Pachtvertrag hat. Ansonsten sind die Voraussetzungen ähnlich wie in Deutschland. Definitionen finden sich an mehreren Stellen (z. B. § 1 Abs. 1 DNHG). Wie beim Arbeitnehmerbegriff handelt es sich um einen Typusbegriff in dessen Zentrum die wirtschaftliche Unselbständigkeit steht. Nach der Judikatur sollen folgende Untermerkmale entscheidend sein:

- Ausrichtung der Tätigkeit auf wenige Vertragspartner für die regelmäßig gearbeitet wird,
- das daraus erwirtschaftete Einkommen ist ein großer Teil des Lebensunterhalts,
- Fehlen einer eigenen Unternehmensstruktur,
- starke Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers,
- der wirtschaftliche Erfolg gebührt dem Auftraggeber.

Liegen diese Eigenschaften vor, gilt der Dienstleistende als arbeitnehmerähnliche Person, unabhängig davon, um welchen Vertragstyp es sich handelt (Franchise, Pacht, Werkvertrag, freier Dienstvertrag etc.). Die Folge ist die zwingende Anwendung etlicher arbeitsrechtlicher Gesetze: das ASGG (§ 51 Abs. 3 Z 2), das DNHG (§ 1 Abs. 1), das AÜG (§ 3 Abs. 4), das GIBG (§ 1 Abs. 3 Z 2), der Gleichbehandlungsteil des

BEinstG (§ 7a Abs. 2 Z 4), das AuslBG (§ 2 Abs. 2 lit. b) und die besonderen Beendigungsbestimmungen in Insolvenz (§§ 46 f. KO) und Ausgleich (§§ 23 f. AO). Darüber hinaus hat die Judikatur manche Bestimmungen analog auf arbeitnehmerähnliche Personen angewandt, so etwa den von der Judikatur geprägten Rechtsatz, wonach irrtümlich geleistete Zahlungen des Arbeitgebers bei gutgläubigem Verbrauch durch den Arbeitnehmer nicht zurückgefordert werden können. Die h. M. verneint die Geltung von Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen. Da der Gesetzgeber die Geltung bestimmter arbeitsrechtlicher Gesetze für arbeitnehmerähnliche Personen meist ausdrücklich anordnet, wird ein Umkehrschluss dort gezogen, wo ein solcher Anwendungsbefehl fehlt.

#### a. Arbeitnehmerbegriff

Arbeitnehmer ist wer einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Nur eine physische Person kann einen Arbeitsvertrag schließen. Nur für den Arbeitsvertrag gelten das Arbeitsrecht und die spezifischen Rechtsquellen des Arbeitsrechts wie Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen, nur Arbeitnehmer werden vom Betriebsrat vertreten. Auf der anderen Seite verschafft nur der Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber einen so starken Zugriff auf die Person des Dienstleistenden.

Der Arbeitnehmerbegriff wird im Arbeitsrecht nicht einheitlich verwendet, sondern variiert an den Randbereichen je nach Regelungsmaterie. Er ist grundsätzlich auch berufsgruppenunabhängig. Der Kern ist aber überall die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers bei der Erfüllung seiner Arbeit. Am wichtigsten ist der Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts. Er ist in § 1151 Abs. 1 ABGB legaldefiniert. In moderner Diktion ist der Arbeitsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag bei dem sich der Arbeitnehmer zur Leistung bloß gattungsmäßig umschriebener Tätigkeiten in persönlicher Abhängigkeit auf Dauer verpflichtet. Er schuldet bloß sorgfältiges Bemühen, aber keinen Erfolg, Entgeltlichkeit ist nicht erforderlich. Der Arbeitsvertrag kann grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden, allerdings bedürfen bestimmte Klauseln der Schriftform, damit sie gültig sind (so z. B. der Ausbildungskostenrückersatz, § 2d Abs. 2 AVRAG).

Für öffentlich-rechtliche Bedienstete (Beamte) gelten ebenso wie für beim Staat privatrechtlich angestellte Arbeitnehmer (sog. Vertragsbedienstete) andere Rechtsregime (die Beamtendienstgesetze bzw. die Vertragsbedienstetengesetze). Das private Arbeitsrecht ist nicht anwendbar.

Der Arbeitnehmerbegriff ist ein Typusbegriff. Im Zentrum steht die persönliche Abhängigkeit des Dienstleistenden. Sie drückt sich durch mehrere Merkmale aus. Entscheidend ist, dass die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit nach Gewicht und Bedeutung überwiegen. Wirtschaftliche Abhängigkeit genügt nicht und ist für den Arbeitsvertrag auch nicht erforderlich, kann aber zu Arbeitnehmerähnlichkeit führen.

Vorstufe der persönlichen Abhängigkeit ist die persönliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers. Besteht keine Leistungspflicht, etwa weil der Arbeitnehmer Arbeitsangebote jederzeit und sanktionslos ablehnen kann, liegt kein Arbeitsvertrag vor. Gleiches würde bei einem vollen Vertretungsrecht gelten, wenn sich der Arbeitnehmer jederzeit von einer anderen Person vertreten lassen kann, ohne Sanktionen (etwa Vertragsauflösung) befürchten zu müssen.

Die persönliche Abhängigkeit besteht nun hinsichtlich einer Bindung des Arbeitnehmers an:

- den Arbeitsort,
- die Arbeitszeit,
- den Inhalt der Arbeit,
- die Art und Weise der Arbeitserbringung,
- die Arbeitsabfolge und
- das arbeitsbezogene Verhalten.

Die Bindung des Arbeitnehmers hinsichtlich der Arbeitszeit ist mittlerweile aber etwas abgeschwächt, indem die Lage (bei Teilzeitbeschäftigten auch das Ausmaß, § 19d Abs. 2 AZG) der Arbeitszeit im Vorhinein vereinbart werden muss (§ 19c Abs. 1 AZG).

Eine einseitige Änderung dieser Parameter durch den Arbeitgeber ist zwar nach wie vor möglich, aber nur, wenn:

- ein entsprechender Änderungsvorbehalt vereinbart wird,
- der Arbeitgeber objektive Gründe für die Änderung hat,
- er die Änderung mindestens zwei Wochen im Vorhinein bekannt gibt und
- wenn berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers nicht entgegenstehen.

Die Bindung des Arbeitnehmers an diese Kriterien der persönlichen Abhängigkeit kann verschieden bewerkstelligt werden. Am bedeutsamsten und intensivsten ist das Wei-

sungsrecht des Arbeitgebers, es muss nicht ständig ausgeübt werden, sondern es reicht das Recht des Arbeitgebers, Weisungen zu erteilen (sog. stille Autorität des Arbeitgebers). Daneben kann sich eine Bindung aber auch durch Kontrolle des Arbeitnehmers, durch Berichtspflichten des Arbeitnehmers oder durch detaillierte Vorherbestimmung im Vertrag ergeben.

Lassen die Kriterien der persönlichen Abhängigkeit keine eindeutige Entscheidung zu, wird hilfsweise auf folgendes geblickt:

- Bereitstellung der Betriebsmittel durch den Arbeitgeber,
- Tragung des Unternehmerrisikos durch den Arbeitgeber,
- Bezeichnung des Vertrags als Arbeits- oder Dienstvertrag,
- steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung sowie
- Gewerbeschein des Arbeitgebers, der ihn zur gewerblichen Ausübung der Tätigkeit berechtigt.

Bestehen keine Zweifel, sind diese Kriterien für die Arbeitnehmereigenschaft unbeachtlich.

Hinsichtlich der Beweislast gilt, dass derjenige die Arbeitnehmereigenschaft darlegen und beweisen muss, der sich auf einen Arbeitsvertrag stützt. Stützt sich der Dienstleistende auf einen freien Dienstvertrag, obwohl in Wahrheit ein Arbeitsvertrag vorliegt, dürfen die Gerichte das nicht überprüfen, sondern sind an den Antrag gebunden. Die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ist nicht präjudiziell für die arbeitsrechtliche Beurteilung.

Der Arbeitnehmer kann auf seine Arbeitnehmereigenschaft nicht rechtswirksam verzichten. Anders als in Deutschland, gilt das auch dann, wenn ihm der Arbeitgeber mehrmals einen Arbeitsvertrag anbietet, der Dienstleistende aber etwa nur als freier Dienstnehmer arbeiten will; eine spätere Berufung auf die Arbeitnehmereigenschaft ist nach Ansicht des OGH nicht rechtswidrig.

## b. Leitende Angestellte

Leitende Angestellte sind grundsätzlich ebenfalls Arbeitnehmer, soweit sie persönlich abhängig sind. Allerdings gelten für sie einige arbeitsrechtliche Gesetze nicht. Dabei weist der Begriff des leitenden Angestellten beträchtliche Unterschiede auf.

- Im Sinne der Betriebsverfassung wird der leitende Angestellte definiert, als Arbeitnehmer, dem maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Betriebs zukommt. Wichtig ist dafür vor allem die Entscheidungsbefugnis in Personalangelegenheiten. Leitende Angestellte sind von der Betriebsverfassung ausgenommen (§ 36 Abs. 2 Z. 3 ArbVG), was dazu führt, dass sie vom Betriebsrat nicht vertreten werden, und dass für sie keine Betriebsvereinbarungen gelten. Der allgemeine Kündigungsschutz (betriebs- und personenbedingte Kündigung sowie Kündigung aus verpönten Motiv) gilt für sie ebenfalls nicht. Auch für Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung einer juristischen Person berufen ist, findet die Betriebsverfassung keine Anwendung.
- Leitende Angestellte und Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung einer juristischen Person berufen ist, sind nicht Mitglieder der Arbeiterkammerorganisation.
- Leitende Angestellte sind vom Arbeitszeitrecht ausgenommen (§ 1 Abs. 2 Z. 8 und § 19b Abs. 3 Z. 2 AZG, § 1 Abs. 2 Z. 5 ARG), d. h. es gelten keine Höchstarbeitszeit- und Überstundenbestimmungen.

Kollektivverträge gelten allerdings sehr wohl für leitende Angestellte; auch dort können sich Arbeitszeit- und Kündigungsschutzregelungen finden.

### c. Zeitarbeitnehmer

Die arbeitsrechtlichen Aspekte der Zeitarbeit oder Arbeitskräfteüberlassung sind im AÜG geregelt. Grundsätzlich kann ein Arbeitnehmer danach nicht ohne seine Zustimmung zur Arbeitsleistung an einen anderen überlassen werden. Die Arbeitnehmereigenschaft von Zeitarbeitnehmern ist wie bei anderen Dienstleistenden zu bestimmen, d. h. entscheidend ist die persönliche Abhängigkeit. Die Regelungen im AÜG werden durch den Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung überlagert, er erfasst allerdings nur Arbeiter, nicht aber die Angestellten. Die Regeln des AÜG gelten auch für arbeitnehmerähnliche Personen (§ 3 Abs. 4 AÜG). Durch den Einsatz von Zeitarbeitnehmern dürfen die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Stammbesellschaft nicht beeinträchtigt und deren Arbeitsplätze dürfen nicht gefährdet werden (§ 2 Abs. 3 AÜG).

Für die Beschäftigung von Zeitarbeitnehmern im Betrieb sind die darauf bezogenen Kompetenzen des Betriebsrates (BR) von großer Bedeutung. Nach § 97 Abs. 1 Z. 1a ArbVG kann der Betriebsrat vor der Schlichtungsstelle eine Betriebsvereinbarung über die „Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von

Arbeitnehmern“ erzwingen. Der Inhalt dieser Kompetenz ist heftig umstritten. Jüngst hat der OGH in einem obiter dictum folgende Gegenstände als durch Betriebsvereinbarung regelbar angesehen:

- die Bestimmung einer Höchstquote von Zeitarbeitnehmern im Verhältnis zur Stammbesellschaft,
- die Einschränkung der Zeitarbeiter auf gewisse Betriebsabteilungen oder Arbeitsplätze,
- die richtlinienartige Präzisierung des Entgeltniveaus der Zeitarbeiter im Verhältnis zu jenem der Stammarbeiter des Beschäftigungsbetriebes,
- Herstellung eines konkreten Bezugsrahmens in Ausführung des § 10 Abs. 1 AÜG,
- Regulierung der Qualität der für Zeitarbeiter maßgebenden Arbeitsbedingungen,
- die (aliquote) Beteiligung der Zeitarbeiter an betrieblichen Sozialleistungen, die im Beschäftigungsbetrieb der Stammbesellschaft gewährt werden,
- ein Kündigungsverzicht in Bezug auf Stammarbeiter während der Einsatzdauer von Zeitarbeitnehmern,
- die Festlegung eines Kontrahierungsgebots, sofern Zeitarbeiter über eine gewisse Dauer hinaus im Beschäftigungsbetrieb eingesetzt werden und Interesse an einer Daueranstellung bekunden,
- die Absicherung der wechselseitig auferlegten Pflichten durch Festlegung einer Konventionalstrafe, da „Grundsätze“ prinzipiell nicht einklagbar sind.

Es ist daher denkbar, dass der Betriebsrat zumindest einen Teil dieser Regelungsinhalte gegen den Willen des Arbeitgebers erzwingen kann.

Darüber steht dem Betriebsrat ein Informations- und Beratungsrecht zu. Nach § 99 Abs. 5 ArbVG ist er von der beabsichtigten Aufnahme der Beschäftigung von überlassenen Arbeitnehmern zu informieren; auf Verlangen ist mit ihm darüber zu beraten. Der Betriebsrat ist von der Aufnahme der Beschäftigung unverzüglich zu verständigen. Auf Verlangen ist dem Betriebsrat auch mitzuteilen, wie lange die Zeitarbeiter beschäftigt werden sollen und welche Vergütung der Betriebsinhaber dem Arbeitskräfteüberlasser bezahlt. Daneben stehen dem Betriebsrat noch seine allgemeinen Befugnisse nach §§ 89 ff. ArbVG zur Verfügung.

### 3. Arbeitgeber

Der Begriff des Arbeitgebers ist gesetzlich nicht definiert. Er ist der Vertragspartner des Arbeitnehmers und hat demgemäß Anspruch auf Erbringung der Dienstleistung, umgekehrt schuldet er das Entgelt. Arbeitgeber kann eine natürliche oder juristische Person sein. Schließt jemand für eine juristische Person einen Arbeitsvertrag ab, sollte ausdrücklich klargestellt werden, wer der Vertragspartner ist. Ein Wechsel des Arbeitgebers setzt grundsätzlich die Zustimmung des Arbeitnehmers voraus; nicht erforderlich ist eine Zustimmung insbesondere bei gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge und Betriebsübergang, bei dem – anders als in Deutschland – der Arbeitnehmer kein allgemeines Widerspruchsrecht hat.

### 4. Rechtssubjekte eines Arbeitsverhältnisses

#### a. Arbeitsrechtliche Subjektivität von natürlichen Personen

Eine geschäftsfähige natürliche Person kann Arbeitnehmer oder Arbeitgeber sein. Die arbeitsrechtliche Subjektivität des Arbeitnehmers hat mehrere Facetten: Zunächst gibt es die Regelungen zur Geschäftsfähigkeit im ABGB, dann die allgemeinen Regeln zur Kinder- und Jugendlichenbeschäftigung im KJBG und schließlich die Bestimmungen zum Lehrlingsrecht im BAG.

Die Geschäftsfähigkeit für einen Arbeitsvertrag erhalten Jugendliche mit Vollendung des 14. Lebensjahrs (§ 152 ABGB). Diesen kann der gesetzliche Vertreter (hier ist bei gemeinsamer Obsorge die Zustimmung beider Elternteile erforderlich, § 155 Abs. 2 ABGB) des Jugendlichen aber aus wichtigem Grund vorzeitig lösen. Für die Begründung eines Lehrvertrags bedürfen Jugendliche allerdings ebenfalls der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, wobei hier die Zustimmung eines der beiden Elternteile ausreicht.

Nach dem KJBG dürfen Jugendliche bis zur Vollendung des 15. Lebensjahrs oder der späteren Beendigung der Schulpflicht (in Österreich neun Jahre) grundsätzlich nicht arbeiten. Für ältere Jugendliche (bis Vollendung des 18. Lebensjahrs) existieren besondere Arbeitnehmerschutzvorschriften betreffend Arbeitszeit, Urlaub, Intensität und Inhalt der Arbeit.

## b. Arbeitsrechtliche Subjektivität von juristischen Personen

Grundsätzlich können alle juristischen Personen Arbeitgeber sein. Eine juristische Person kann aber keinen Arbeitsvertrag schließen. Der Abschluss des Arbeitsvertrages erfolgt durch die vertretungsbefugten Organe der juristischen Personen. Bei Personengesellschaften des Handelsrechts ist wie bei den Kapitalgesellschaften nur die Gesellschaft selbst Arbeitgeber, nicht aber die einzelnen Gesellschafter. Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind hingegen nur die Gesellschafter Arbeitgeber, nicht aber die Gesellschaft selbst.

## 5. Arbeiter und Angestellte

Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten hat in Österreich nach wie vor große Bedeutung, auch wenn die Unterschiede zusehends beseitigt werden. Die Unterscheidung ist vor allem für folgende Aspekte bedeutsam:

- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall: Hier führt die unterschiedliche Regelung zu einer Besserstellung der Angestellten bei kürzeren Krankenständen, zu einer Besserstellung der Arbeiter bei längeren Krankenständen und in jenem Fall, wo die Arbeitsverhinderung auf einen Arbeitsunfall zurückgeht.
- Entgeltfortzahlung bei Verhinderung aus wichtigem persönlichen Grund: Diese ist für Angestellte zwingend, für Arbeiter kollektivvertragsdispositiv, d. h. durch Kollektivvertrag kann von der gesetzlichen Regelung auch zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden.
- Kündigungsfristen: Für Arbeiter gilt eine dispositive Kündigungsfrist von 14 Tagen, für Angestellte eine längere und zwingende Frist.
- Entlassungsgründe (entspricht der außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers in Deutschland) sind für Angestellte demonstrativ aufgezählt, für Arbeiter taxativ. Das führt dazu, dass für Arbeiter weniger Entlassungsgründe zur Verfügung stehen.
- Betriebsverfassung: Umfasst jede Gruppe mindestens fünf Arbeitnehmer sind nach dem ArbVG grundsätzlich getrennte Betriebsräte für Arbeiter und Angestellte zu wählen (§ 40 Abs. 2 ArbVG); ist das nicht der Fall oder beschließen die beiden Gruppen in getrennter Abstimmung mit 2/3 Mehrheit einen einheitlichen Betriebsrat zu wählen, kann ein einheitlicher Betriebsrat für Arbeiter und Angestellte gewählt werden.

- Für Arbeiter und Angestellte gibt es unterschiedliche gewerkschaftliche Teilorganisationen die auch unterschiedliche Kollektivverträge für Arbeiter und Angestellte schließen.
- Schließlich gibt es noch Unterschiede im Sozialversicherungsrecht.

### a. Angestellte

Wer Angestellter ist, ist im Angestelltengesetz definiert. Wie in Deutschland ist die Unterscheidung zwischen eher geistiger und eher körperlicher Tätigkeit prägend. Bei der Einstufung als Angestellter kommt es darauf an, welche Arbeit der Arbeitnehmer tatsächlich verrichtet. Verrichtet der Arbeitnehmer Arbeiter- und Angestelltentätigkeiten, kommt es auf das zeitliche Überwiegen der Angestelltentätigkeit an (§ 1 Abs. 1 AngG).

Angestellte sind Personen die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns eine von folgenden Tätigkeiten verrichten: kaufmännische Dienste, höhere nicht kaufmännische Dienste und Kanzleiarbeiten (§§ 1 ff. AngG). Es gibt also zwei Tatbestandsmerkmale: die Art des Arbeitgeberunternehmens und die Art der Tätigkeit des Arbeitnehmers. Die Unternehmensart des Arbeitgebers bringt kaum eine Einschränkung, insbesondere weil alle Unternehmen erfasst sind, die der Gewerbeordnung unterliegen (das sind die meisten Unternehmen) und weil die Aktiengesellschaft und GmbH als Gesellschaftsformen erfasst sind.

Kaufmännische Dienste sind ein Ausschnitt jener Dienste, die normalerweise ein Kaufmann erbringt und eine gewisse kaufmännische Ausbildung voraussetzt. Erfasst sind etwa Arbeitnehmer im Einkauf, Verkauf, Buchhaltung, Marketing, Warenüberprüfung und EDV-Mitarbeiter.

Höhere nicht kaufmännische Dienste erfordern eine höhere Selbständigkeit und Eigenständigkeit bei der Arbeitserbringung sowie eine entsprechende fachliche Durchdringung. Eine Ersatzkraft darf die Arbeit nicht ohne weiteres leisten können. Beispiele sind: Fahrlehrer, Werkstättenleiter, Rezeptionisten und Leiter eines kleinen Gewerbebetriebs.

Kanzleiarbeiten sind Schreibarbeiten die über bloßes Abschreiben hinausgehen und vergleichbare Arbeiten. Rein mechanische Dienste sind auszuschließen. Kanzleiarbeiten werden typischerweise von Sekretariatskräften verrichtet.

## b. Arbeiter

Arbeitnehmer, die keine Angestellten sind, sind Arbeiter. Die Arbeiter bilden daher die Restgröße.

## c. Angestellte ex-contractu

Arbeiter können durch vertragliche Vereinbarung als Angestellte eingestuft werden, soweit dies für sie günstiger ist, was abgesehen von den engeren Entlassungsgründen im Arbeiterrecht grundsätzlich der Fall ist. Die vertragliche Vereinbarung führt dazu, dass die nach dem Angestelltenrecht zwingenden Normen für Angestellte ex-contractu nicht zwingend sind, sondern abbedungen werden können. So gesehen können auch nur Teile des Angestelltenrechts für anwendbar erklärt werden.

Damit auch der Angestellten-Kollektivvertrag gilt, verlangt die Rechtsprechung, dass die Geltung des Kollektivvertrags vereinbart wird und darüber hinaus auch die konkrete Einreihung in eine bestimmte Beschäftigungsgruppe des Kollektivvertrags.

Betriebsverfassungsrechtlich gelten Angestellte ex-contractu nur dann als Angestellte, wenn die Anwendbarkeit des AngG unwiderruflich vereinbart wurde sowie die Anwendbarkeit des Angestellten-Kollektivvertrags und die konkrete Einstufung in denselben (§ 41 Abs. 3 ArbVG).

# II. Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Arbeitsvertrag

## 1. Mindestvoraussetzungen eines Arbeitsvertrages

In Österreich sind die Mindestvoraussetzungen (*essentialia negotii*) für einen wirksamen Arbeitsvertragsabschluss sehr gering. Es reicht die Vereinbarung, dass der Dienstleistende Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit erbringen soll. Der Rest ergibt sich aus dem Gesetz, so dass diese rudimentäre Abrede bereits zu einem gültigen Vertrag führt. Nach § 1153 ABGB sind dann nach Art und Umfang angemessene Dienste zu verrichten und nach § 1152 ABGB steht – falls nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde – ein angemessenes Entgelt zu.

### a. Art der Leistung

Die Art der Leistung wird meist im Arbeitsvertrag gattungsmässig umschrieben und kann innerhalb dieser Grenzen durch den Arbeitgeber durch Weisung konkretisiert werden. Bei unkündbaren Arbeitnehmern lässt die Rechtsprechung ein weites Weisungsrecht zu. Wird kein Inhalt vereinbart, schuldet der Arbeitnehmer angemessene Dienste (§ 1153 ABGB).

Daneben erfährt die vertragliche Vereinbarung Konkretisierung und Begrenzung der Art der zu erbringenden Arbeiten vor allem durch folgende Quellen:

- Stellenbeschreibungen im Kollektivvertrag,
- Standes- bzw. Berufsrecht (z. B. das Standesrecht der Architekten) oder
- die Verkehrssitte der Branche und des Betriebs. Danach muss etwa ein Angestellter keine Arbeitertätigkeit verrichten, und umgekehrt.

Erfordern die Dienste weitergehende Fortbildung, muss der Arbeitgeber diese finanzieren.<sup>4</sup> Wird der Arbeitnehmer tatsächlich nur mit einem kleinen Ausschnitt seiner möglichen Tätigkeiten betraut, wird dadurch die Arbeitspflicht hinsichtlich dieser anderen Tätigkeitsbereiche im Zweifel nicht eingeschränkt.<sup>5</sup>

### b. Ort der Leistung

Der Ort der Leistung wird gewöhnlich im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart. Dies ist auch deshalb bedeutsam, weil die Zeit für die Anfahrt zum Arbeitsort nicht als Arbeitszeit zählt. Wird der Arbeitsort nicht vereinbart, ist auf den Zweck oder die Natur des Vertrags abzustellen (§ 905 ABGB), was meist zum Betriebsstandort als Arbeitsort führen wird. Zu bedenken ist, dass der Arbeitsort im Dienstzettel angegeben werden muss.

Anders als in Deutschland ist eine zu weit gehende Vereinbarung des Arbeitsorts (etwa: „Der Arbeitnehmer kann europaweit versetzt werden.“) nach der Rechtsprechung dem Grunde nach wirksam, aber es erfolgt (bloß) eine Billigkeitskontrolle bei der Ausübung des Versetzungsrechts. Es wird also nur die Rechtsausübung, nicht aber die Vereinbarung als solche, kontrolliert. In der Lehre ist das aber umstritten.

---

<sup>4</sup> OGH 4 Ob 24/78, ZAS 1979, 142 (Schön).

<sup>5</sup> OGH 9 ObA 227/97s.

Wird der Betrieb verlegt, geht der OGH allerdings von einer Folgepflicht des Arbeitnehmers im Rahmen der Zumutbarkeit an den neuen Standort aus, selbst wenn im Arbeitsvertrag der ursprüngliche Arbeitsort ausdrücklich vereinbart wurde. Diese Entscheidung hat in der Lehre sehr viel Kritik hervorgerufen, weshalb es fraglich ist, ob der OGH diese Rechtsprechung aufrecht hält.

### c. Tag des Arbeitsantritts

Der Tag des Arbeitsantritts wird gewöhnlich im Arbeitsvertrag vereinbart und muss auch im Dienstzettel angegeben werden. Bedeutsam ist der tatsächliche Arbeitsantritt etwa für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall; diese gebührt erst, wenn der Arbeitnehmer seinen Dienst angetreten hat.

## 2. Form des Arbeitsvertrages

Für den Arbeitsvertrag ist keine bestimmte Form vorgesehen, er kann auch konkludent abgeschlossen werden. Lehrverträge bedürfen allerdings der Schriftform (§ 12 Abs. 1 BAG), allerdings lässt deren Mangel die Gültigkeit des Vertrags unberührt (§ 12 Abs. 7 BAG). Daneben bedürfen manche Klauseln für ihre Wirksamkeit der Schriftform:

- die Überlassung künftiger Dienstleistungen an den Arbeitgeber (§ 7 Abs. 1 PatG),
- die Bestellung einer Kautions durch den Arbeitnehmer zur Sicherung von Schadenersatzansprüchen des Arbeitgebers (§ 1 Abs. 2 Kautionschutzgesetz),
- die Vereinbarung des Rückersatzes von Ausbildungskosten (§ 2d AVRAG).

Zu bedenken ist aber, dass die Formfreiheit des Arbeitsvertrags durch den Dienstzettel (in Deutschland der Nachweis nach dem Nachweisgesetz) eingeschränkt wird. Es handelt sich um ein Schriftstück, das bestimmte Mindestinhalte über die Arbeitsbedingungen aufweisen muss. Ändert sich eine Arbeitsbedingung ist auch der Dienstzettel entsprechend abzuändern. Neben Arbeitnehmern ist auch arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmern ein Dienstzettel auszustellen (§ 1164a ABGB). Der Arbeitgeber muss den Dienstzettel von sich aus dem Arbeitnehmer übergeben, Angestellten bei Vertragsabschluss (§ 6 Abs. 3 AngG) und Arbeitern unverzüglich nach Antritt des Dienstes (§ 2 Abs. 1 AVRAG). Der Dienstzettel hat selbst bei Unterschrift der Parteien nur deklaratorische Wirkung. Keine Dienstzettelpflicht besteht wenn:

## § 1 Individualarbeitsrecht

---

- das Arbeitsverhältnis höchstens ein Monat dauert oder
- über den Arbeitsvertrag eine schriftliche Urkunde abgeschlossen wurde, in der alle für Dienstzettel wesentlichen Informationen enthalten sind.

Die Mindestinhalte des Dienstzettels sind:

- Name und Adresse des Arbeitgebers,
- Name und Adresse des Arbeitnehmers,
- Beginn des Arbeitsverhältnisses,
- bei befristeten Arbeitsverhältnissen das Ende,
- Dauer der Kündigungsfrist\*,
- die Kündigungstermine\*,
- der gewöhnliche Arbeitsort,
- evtl. Einstufung in ein generelles Schema,
- vorgesehene Verwendung,
- Anfangsbezug, Grundentgelt, sonstige Entgeltbestandteile\*,
- Fälligkeit des Entgelts\*,
- Ausmaß des jährlichen Urlaubs\*,
- tägliche Normalarbeitszeit\*,
- wöchentliche Normalarbeitszeit\*,
- Bezeichnung des anzuwendenden Kollektivvertrags und Ort, wo dieser eingesehen werden kann,
- Bezeichnung der anzuwendenden Betriebsvereinbarungen und Ort, wo diese eingesehen werden können,
- Name und Anschrift der Mitarbeitervorsorgekasse.

Soll der Arbeitnehmer länger als ein Monat im Ausland arbeiten, sind zusätzlich folgende Inhalte aufzuzeichnen:

- voraussichtliche Dauer der Auslandstätigkeit,
- Falls das Entgelt nicht in Euro bezahlt wird, die Währung\*,
- etwaige Bedingungen für die Rückkehr nach Österreich\*,
- etwaige Zusatzvergütungen\*.

Vorstellungskosten muss grundsätzlich der Arbeitnehmer selbst tragen, eine gesetzliche Verpflichtung zur Kostentragung durch den Arbeitgeber besteht nicht. Eine Kos-

---

\* Kann auch durch Verweis auf anwendbares Gesetz, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung geschehen.

tentragungspflicht des Arbeitgebers besteht nach der Rechtsprechung nur bei ausdrücklicher oder schlüssiger Vereinbarung. Eine schlüssige Kostenübernahme liegt etwa dann vor, wenn der Arbeitgeber den Bewerber zur Bewerbung auffordert. Umgekehrt kann die Kostentragung auch ausdrücklich ausgeschlossen werden.

### 3. Ergänzende Vereinbarungen

#### a. Dauer des Arbeitsverhältnisses

Wird keine zeitliche Befristung im Vertrag vorgesehen, entsteht ein unbefristeter Vertrag, der durch Kündigung, Entlassung bzw. Austritt oder einvernehmlich beendet werden kann; der Tod des Arbeitnehmers beendet das Arbeitsverhältnis ebenso.

Bei befristeten Verträgen (§ 1158 ABGB, § 19 Abs. 2 AngG) muss das Ende auch im Dienstzettel angegeben werden; ansonsten ist aber – anders als in Deutschland – keine Schriftform erforderlich. Befristete Arbeitnehmer dürfen gegenüber unbefristeten Arbeitnehmern nicht ohne sachliche Rechtfertigung benachteiligt bzw. diskriminiert werden (§ 2b Abs. 1 AVRAG), und sie müssen vom Arbeitgeber über frei werdende unbefristete Arbeitsplätze informiert werden.

Die erstmalige Befristung bedarf in Österreich – anders als in Deutschland – grundsätzlich keiner Rechtfertigung. Anders ist dies aber bei Zeitarbeitnehmern (§ 11 Abs. 2 Z 4 AÜG). Für Lehrlinge ist der Vertrag grundsätzlich auf die Dauer der für die Ausbildung vorgesehenen Lehrzeit zu befristen. Rechtfertigungsbedürftig ist hingegen die Hintereinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen (Kettenarbeitsverträge). Eine Befristung kann entweder durch ein kalendermäßig festgelegtes Datum bestimmt werden oder durch ein mit Sicherheit eintretendes Ereignis, dessen Zeitpunkt objektiv bestimmbar ist und nicht von der Willkür des Arbeitgebers abhängt (z. B. für Holzarbeiten Beginn des Schneefalls). Manche Kollektivverträge verlangen allerdings eine kalendermäßig bestimmte Befristung.

Bei Beendigung ist keine weitere Willenserklärung des Arbeitgebers erforderlich, insbesondere braucht er den Arbeitnehmer nicht auf das Vertragsende hinweisen. Es gibt auch keinen Bestandschutz wie bei der Kündigung. Dies gilt auch für den besonderen Bestandschutz für Betriebsratmitglieder, das Arbeitsgericht muss hier der Beendigung nicht zustimmen. Bei Schwangeren allerdings wird der Ablauf der Befristung bis zum Beginn der Schutzfrist (in der Regel 8 Wochen vor der Geburt) erstreckt, wenn es keine sachliche Rechtfertigung für die Befristung gibt (§ 10a MSchG).

## § 1 Individualarbeitsrecht

---

Zu beachten ist, dass befristete Arbeitsverträge ohne eine ausdrückliche Vereinbarung grundsätzlich nicht gekündigt werden können. Wird trotzdem gekündigt, gebührt dem Arbeitnehmer Schadenersatz. Bei kurzen Befristungen (bis etwa vier Monate) ist eine Kündigungsabrede unzulässig.

### b. Probezeit

In Österreich kann für den ersten Monat des Arbeitsverhältnisses ein sog. Probemonat vereinbart werden (§ 19 Abs. 2 AngG, § 1158 Abs. 2 ABGB). In dieser Zeit kann das Arbeitsverhältnis jederzeit und grundlos von jeder Partei beendet werden. Im Lehrverhältnis gilt eine dreimonatige Probezeit ex lege. Die Auflösungserklärung ist an keine Form gebunden. Der besondere Bestandschutz des MSchG greift nicht, was dazu führt, dass der Arbeitsvertrag mit einer Schwangeren ebenso beendet werden kann, wie mit einem sonstigen Arbeitnehmer. Wird wegen der Schwangerschaft gekündigt, liegt darin freilich eine verbotene Diskriminierung, womit aber nur Diskriminierungsschutz greift, der wahlweise Anfechtung oder Schadenersatz gewährt.

### c. Teilzeit

Teilzeitarbeit liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer weniger als die gesetzliche (40 Stunden pro Woche) oder weniger als die kollektivvertragliche wöchentliche Normalarbeitszeit arbeitet. Anders als in Deutschland gibt es in Österreich keinen Rechtsanspruch auf Teilzeitarbeit. Ausnahmen gibt es nur für Eltern bis zum 7. Lebensjahr des Kindes. Teilzeitvereinbarungen (§ 19d AZG) sind aber ohne weiteres zulässig und bedürfen grundsätzlich keiner sachlichen Rechtfertigung. Ausmaß und Lage sind im Arbeitsvertrag zu vereinbaren (§ 19d Abs. 2 AZG), im Dienstzettel ist die tägliche und wöchentliche Normalarbeitszeit anzumerken. Eine Änderung des Ausmaßes der Arbeitszeit ist schriftlich zu vereinbaren. Teilzeitbeschäftigte dürfen gegenüber Vollzeitbeschäftigten nicht sachlich ungerechtfertigt benachteiligt werden (§ 19d Abs. 6 AZG). Freiwillige Sozialleistungen sind bei Teilzeitkräften nach dem Grundsatz pro rate temporis zu gewähren.

Der Arbeitgeber kann die zeitliche Lage der Teilzeitarbeit nur dann einseitig ändern, wenn ein entsprechender Vorbehalt vereinbart wurde und wenn

- dies aus objektiven, in der Art der Arbeitsleistung gelegenen Gründen sachlich gerechtfertigt ist,
- dem Arbeitnehmer die Lage der Normalarbeitszeit für die jeweilige Woche mindestens zwei Wochen im Vorhinein mitgeteilt wird,

- berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers dieser Einteilung nicht entgegenstehen und
- keine Vereinbarung entgegensteht.

Diese Einschränkungen gelten nur in unvorhersehbaren Fällen nicht, wenn dies zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils erforderlich ist und dem Arbeitgeber andere Maßnahmen unzumutbar sind (§ 19c Abs. 3 AZG).

Auch zur zeitlichen Mehrarbeit ist eine Teilzeitarbeitskraft nur dann verpflichtet, wenn das vereinbart ist sowie:

- ein erhöhter Arbeitsbedarf vorliegt und
- berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers nicht entgegenstehen.

Im österreichischen Arbeitsrecht wird zwischen Mehr- und Überstunden unterschieden. Überstunden sind jene Arbeitszeit, die über die gesetzlich vorgesehene Normalarbeitszeit von 8 Stunden pro Tag und 40 Stunden pro Woche hinaus gearbeitet wird. Für geleistete Überstunden gebührt grundsätzlich ein Überstundenzuschlag von 50 Prozent oder durch Vereinbarung kann stattdessen ein Zeitausgleich im Verhältnis von 1:1,5 gewährt werden (§ 10 AZG). Stunden die über die vereinbarte Arbeitszeit, aber weniger als die gesetzliche Arbeitszeit gearbeitet werden, sind Mehrstunden. Für sie gebührt ein Mehrarbeitszuschlag (§ 19d Abs. 3a ff. AZG) in Höhe von 25 Prozent oder – bei Vereinbarung – ein Zeitausgleich im Verhältnis 1:1,25. Kein Mehrarbeitszuschlag gebührt, wenn:

- geleistete Mehrstunden innerhalb eines Quartals durch Zeitausgleich im Verhältnis 1:1 ausgeglichen werden oder
- wenn die geleisteten Mehrstunden innerhalb eines anderen festgelegten dreimonatigen Zeitraums durch Zeitausgleich im Verhältnis 1:1 ausgeglichen werden.

Erst für Zeitguthaben die auch noch am Ende dieses dreimonatigen Durchrechnungszeitraums bestehen, gebührt der Mehrarbeitszuschlag. Wird Gleitzeit vereinbart, ist der Durchrechnungszeitraum der Gleitzeit (die Gleitzeitperiode) maßgeblich. In Kollektivverträgen kann von der gesetzlichen Regelung des Mehrarbeitszuschlags abgewichen werden.

### d. Konkurrenzklausel

In Österreich heißt das Verbot seinem Arbeitgeber Konkurrenz zu machen während aufrechten Arbeitsverhältnisses Konkurrenzverbot (für Angestellte § 7 AngG, für Arbeiter § 82 lit. e GewO 1859), nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses spricht man von Konkurrenzklausel (für Angestellte § 36 AngG, für Arbeiter § 2c AVRAG). Das Konkurrenzverbot muss nicht eigens vereinbart werden, sondern gilt ex lege. Eine Konkurrenzklausel muss hingegen eigens vereinbart werden (zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen siehe unter C. VII.)

## III. Arbeitsverhältnis mit Auslandsbezug

### 1. Beschäftigung von Ausländern – Allgemeines

Aufgrund der zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaft rücken auch Arbeitsverhältnisse mit Auslandsbezug immer stärker in den Blickpunkt. Die Beschäftigung von Ausländern im weitesten Sinn (also Personen, die keine österreichische Staatsbürgerschaft besitzen und Staatenlose) in Österreich ist im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) geregelt. Nach dem AuslBG darf ein Arbeitgeber einen Ausländer dann beschäftigen, wenn

- der Arbeitgeber eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt erhalten hat,
- eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde,
- wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis, einen Befreiungsschein, eine „Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt“, einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ oder einen Niederlassungsnachweis besitzt,
- das AuslBG gar nicht zur Anwendung kommt, weil eine der Ausnahmebestimmungen greift.

Ausländer, die nicht Staatsbürger eines Mitgliedstaates der EU sind, benötigen zusätzlich eine Aufenthaltsberechtigung. Für die Vollziehung des AuslBG ist das Arbeitsmarktservice zuständig. Als Grundregel lässt sich festhalten, dass auf alle in Österreich beschäftigten Personen auch das österreichische Arbeitsrecht zur Anwendung kommt.

## 2. Beschäftigung von EU-Bürgern in Österreich

Die größte vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommene Gruppe ist jene der Angehörigen der Mitgliedstaaten des EWR. Für Unionsbürger ergibt sich diese Ausnahme bereits unmittelbar aus Art. 45 AEUV, der die Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der EU normiert. Jeder Arbeitnehmer hat das Recht, sich auf eine tatsächlich angebotene Stelle zu bewerben, sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates frei zu bewegen und sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort eine Beschäftigung auszuüben. Ebenso ausgenommen wie EWR-Bürger sind deren Familienangehörige. Das AMS stellt darüber Bestätigungen aus, die sich der Arbeitgeber im Zweifel vorlegen lassen sollte.

## 3. EU Erweiterung und Beschäftigung von Ausländern

Grundsätzlich können EU-Bürger innerhalb der EU ohne weitere Bewilligung einer unselbständigen Beschäftigung nachgehen. Für im Zuge der EU Erweiterung 2004<sup>6</sup> und 2007<sup>7</sup> beigetretene Mitgliedstaaten wurden jedoch Übergangsregelungen von maximal sieben Jahren (2+3+2-Jahre Modell<sup>8</sup>) vorgesehen.

Österreich hat von der Möglichkeit der Beschränkung des Arbeitsmarktes Gebrauch gemacht, so dass weiterhin die nationalen und die sich aus bilateralen Abkommen ergebenden Regeln anzuwenden sind. Dasselbe gilt für die vorübergehende Beschäftigung von Arbeitskräften, die von Unternehmen mit Sitz in den neuen EU Mitgliedstaaten zur Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen nach Österreich entsandt werden.

Für alle neuen Mitgliedstaaten gilt, dass EU-Bürgern, die bereits zum Zeitpunkt des Beitritts rechtmäßig und ununterbrochen mindestens zwölf Monate zum Arbeitsmarkt in Österreich zugelassen waren, ein freier Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewähren ist. Dieser freie Zugang gilt auch für Ehegatten und Kinder der neuen EU-Bürger, sofern sie 18 Monate im Inland mit dem neuen EU-Bürger einen gemeinsamen Wohnsitz hatten. Der Ehegatte selbst muss also kein EU-Bürger sein.

<sup>6</sup> Slowakei, Ungarn, Slowenien, Tschechien, Polen, Estland, Lettland, Litauen, Malta und Zypern: bis max. 30.04.2011.

<sup>7</sup> Bulgarien und Rumänien: bis max. 01.01.2014.

<sup>8</sup> Die sieben Jahre setzen sich aus drei Phasen zusammen: die erste dauert zwei Jahre und lässt begründungslos die Beschränkung des Arbeitsmarktes zu; die dreijährige Phase der Beschränkung setzt eine Berichtspflicht voraus; für die letzten zwei Jahre besteht eine Begründungspflicht, um die Beschränkung aufrecht erhalten zu können.

### 4. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AuslBG

Ist der Ausländer aufgrund eines Werkvertrages bzw. als Unternehmer tätig, kommt das AuslBG nicht zur Anwendung. Entscheidend für diese Beurteilung sind die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse. Wird also ein Werkvertrag abgeschlossen, liegt in Wahrheit aber ein Arbeitsvertrag vor, so kommt das AuslBG zur Anwendung. Ebenso vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen sind die folgenden Gruppen, für die man daher auch keine Bewilligung nach dem AuslBG braucht, um diese in Österreich zu beschäftigen:

- Ausländer, denen der Status eines Asylberechtigten (§ 3 des Asylgesetzes 2005 – AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100/2005) oder der Status eines subsidiär Schutzberechtigten (§ 8 AsylG 2005) zuerkannt wurde,
- Ausländer hinsichtlich ihrer wissenschaftlichen, pädagogischen, kulturellen und sozialen Tätigkeiten an Unterrichtsanstalten oder an Instituten wissenschaftlichen, kulturellen oder sozialen Charakters, die auf Grund eines zwischenstaatlichen Kulturabkommens errichtet wurden,
- Ausländer hinsichtlich ihrer Tätigkeiten in diplomatischen oder berufskonsularischen Vertretungen oder in mit diplomatischen Vorrechten ausgestatteten zwischenstaatlichen Organisationen oder in ständigen Vertretungen bei solchen Organisationen oder hinsichtlich ihrer Tätigkeiten als Bedienstete solcher Ausländer,
- Ausländer hinsichtlich ihrer seelsorgerischen Tätigkeiten im Rahmen von gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften,
- Ausländer hinsichtlich ihrer Tätigkeit als Besatzungsmitglieder (§ 4 der Schiffsbesatzungsverordnung, BGBl. II Nr. 518/2004) in der grenzüberschreitenden See- und Binnenschifffahrt,
- besondere Führungskräfte (§ 2 Abs. 5a AuslBG), ihre Ehegatten und Kinder sowie ihre ausländischen Bediensteten, die seit mindestens einem Jahr in einem direkten und rechtmäßigen Arbeitsverhältnis zur besonderen Führungskraft stehen und deren Weiterbeschäftigung unter Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften zur Unterstützung der Führungskraft erforderlich ist,
- Ausländer hinsichtlich ihrer Tätigkeiten als Berichterstatter für ausländische Medien in Wort, Ton und Bild für die Dauer ihrer Akkreditierung als Auslandskorrespondenten beim Bundeskanzleramt sowie Ausländer hinsichtlich ihrer für die Erfüllung der Aufgaben dieser Berichterstatter unbedingt erforderlichen Tätigkeiten für die Dauer ihrer Notifikation beim Bundeskanzleramt,

- Ausländer in öffentlichen und privaten Einrichtungen und Unternehmen hinsichtlich ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit in der Forschung und Lehre, in der Entwicklung und der Erschließung der Künste sowie in der Lehre der Kunst und deren Ehegatten und Kinder,
- Ausländer hinsichtlich ihrer Tätigkeit im Rahmen von Aus- und Weiterbildungs- oder Forschungsprogrammen der Europäischen Union.

In der Praxis wichtige Ausnahmen stellen auch jene für Ferialpraktikanten<sup>9</sup>, Volontäre<sup>10</sup>, Au-pair-Kräfte<sup>11</sup> und die Beschäftigung von Ausländern im Rahmen von Joint Ventures<sup>12</sup>, genauso wie die Entsendung zur qualifizierten Aus- und Weiterbildung in die österreichische Konzernzentrale bis zu 50 Wochen dar.

Die Beschäftigung eines ausländischen Volontärs oder Ferial- oder Berufspraktikanten ist vom Inhaber des Betriebs, in dem der/die Ausländer/in beschäftigt wird, spätestens zwei Wochen vor Beginn der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice und der zuständigen Abgabenbehörde nach Maßgabe der Bestimmungen des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes – AVOG, BGBl. Nr. 18/1975, anzuzeigen. Die zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen eine Anzeigebestätigung auszustellen. Nach Ablauf dieser Frist darf die Beschäftigung aber auch vor Ausstellung der Anzeigebestätigung aufgenommen werden. Bei einer Ablehnung der Anzeigebestätigung nach Ablauf dieser Frist ist die bereits begonnene Beschäftigung umgehend, spätestens jedoch binnen einer Woche nach Zustellung der Ablehnung, zu beenden. Die Anzeigebestätigung ist nur auszustellen, wenn die Gewähr gegeben ist, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt der beabsichtigten Beschäftigung dem eines Volontariates oder Ferial- oder Berufspraktikums entspricht.

Eine weitere für die Praxis wichtige Ausnahme ist das Assoziationsabkommen zwischen der EWG und der Türkei vom 12.09.1963, wonach türkische Arbeitnehmer nach

---

<sup>9</sup> Als Ferial- oder Berufspraktikum im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt nur eine Tätigkeit, welche Schülern eines geregelten Lehr- oder Studienganges an einer inländischen Bildungseinrichtung mit Öffentlichkeitsrecht vorgeschrieben ist.

<sup>10</sup> Die Beschäftigung darf ausschließlich zum Zwecke der Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis ohne Arbeitspflicht und ohne Entgeltanspruch bis zu drei Monaten im Kalenderjahr erfolgen.

<sup>11</sup> Ausländer zwischen 18 und 28 Jahren für höchstens sechs Monate.

<sup>12</sup> Beschäftigung im Rahmen von betrieblichen Schulungsprogrammen, nicht länger als sechs Monate zur betrieblichen Einschulung in einen Betrieb mit Betriebsitz im Bundesgebiet.

einjähriger legaler Beschäftigung einen Anspruch auf Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung beim selben Arbeitgeber haben. Nach vierjähriger legaler Beschäftigung haben sie freien Zugang zu jeder Beschäftigung und erhalten einen Befreiungsschein. Für ihre Familienangehörigen gilt dies nach fünfjährigem legalem Aufenthalt und zwar auch dann, wenn sie älter als 21 sind.

### a. Umgehung des AuslBG

Das AuslBG findet nicht nur auf Arbeitsverträge Anwendung, sondern auch auf Beschäftigungsverhältnisse, die zwar im Rahmen eines Werkvertrages oder freien Dienstvertrages erbracht werden, aber Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegt. Arbeitnehmerähnlichkeit kann nur dann vorliegen, wenn die Elemente der persönlichen Abhängigkeit zu schwach ausgeprägt sind, um ein echtes Dienstverhältnis zu begründen, jedoch in einem gewissen Umfang gegeben sind. Merkmale dafür sind etwa das Beschränken der Entschlussfähigkeit auf ein Minimum oder die stark ausgeprägte wirtschaftliche Abhängigkeit.

### b. Beschäftigung von Ausländern aus Drittstaaten

Greift keine der Ausnahmebestimmungen, findet das AuslBG Anwendung und gibt einen (engen) Rahmen vor, in dem Ausländer in Österreich beschäftigt werden können. Die Beschäftigung von Ausländern unterliegt einem abgestuften Regime an Eingriffsintensitäten, die mit zunehmender Dauer der Beschäftigung im Inland abnimmt.

### i. Beschäftigungsbewilligung

Eine Beschäftigungsbewilligung kann von der regionalen Geschäftsstelle des AMS auf Antrag des Arbeitgebers für einen ganz konkreten Arbeitsplatz ausgestellt werden. Die Bewilligung gilt somit nur bezogen auf den konkreten Arbeitsvertrag und deckt keine sonstigen Beschäftigungen ab. Voraussetzungen für die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung finden sich in § 4 Abs. 3 AuslBG. Zusätzlich ist eine österreichweite Kontingentierung vorgesehen, wodurch die Gesamtzahl an ausländischen Arbeitskräften am österreichischen Arbeitsmarkt begrenzt ist. Darüber hinaus ist die Beschäftigungsbewilligung nach § 8 AuslBG mit der Auflage zu verbinden, dass der Ausländer nicht zu schlechteren Lohn und Arbeitsbedingungen beschäftigt wird als die Mehrzahl der bezüglich der Leistung und Qualifikation vergleichbaren inländischen Arbeitnehmer des Betriebes. Weiter ist die Auflage vorzusehen, dass im Fall der Verringerung

---

von Arbeitsplätzen jene der Ausländer vorrangig zu lösen sind. Die Beschäftigungsbewilligung ist für den Abschluss des Arbeitsvertrages sonstige Wirksamkeitsvoraussetzung. § 29 AuslBG normiert daher, dass Ausländer, die ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt werden, die gleichen Ansprüche gegen den Arbeitgeber haben, wie aufgrund eines gültigen Arbeitsvertrages. Die Beschäftigungsbewilligung darf längstens für die Dauer eines Jahres erteilt werden.

#### ii. Arbeitserlaubnis

War ein Ausländer in den letzten 14 Monaten insgesamt 52 Wochen aufgrund einer Beschäftigungsbewilligung legal beschäftigt, kann der Ausländer selbst eine Arbeitserlaubnis beantragen. Die Arbeitserlaubnis ist für höchstens zwei Jahre auszustellen und berechtigt zur Beschäftigungsaufnahme in jenem Bundesland, in dem die Arbeitserlaubnis ausgestellt wurde. Wie die Beschäftigungsbewilligung kann auch die Arbeitserlaubnis verlängert oder widerrufen werden.

#### iii. Befreiungsschein, Daueraufenthalt-EG

War ein Ausländer in den letzten acht Jahren mindestens fünf Jahre legal beschäftigt, ist ihm auf Antrag ein Befreiungsschein auszustellen. Erleichterungen sind für jüngere Ausländer der zweiten Generation vorgesehen. Der Befreiungsschein berechtigt den Ausländer für jeweils fünf Jahre zur Aufnahme jeder Beschäftigung im Bundesgebiet. Ausländer mit Befreiungsschein sind Inländern materiell gleichgestellt. Auch der Befreiungsschein kann verlängert oder widerrufen werden.

Der Daueraufenthalt-EG hat den Niederlassungsnachweis mit 01.01.2003 abgelöst. Dieser Titel berechtigt zur unbefristeten Niederlassung und zum uneingeschränkten Arbeitsmarktzugang. Dieser fremdenrechtliche Aufenthaltstitel wird an aufenthaltsverfestigte Ausländer auf Antrag von der Bezirksverwaltungsbehörde bzw. dem Magistrat ausgestellt.

#### iv. Sicherungsbescheinigung

Die Sicherungsbescheinigung dient der Anwerbung einer Arbeitskraft im Ausland und ist die Zusicherung des Arbeitsmarktservice (AMS) an den Arbeitgeber, dass er für den angeworbenen und ordnungsgemäß eingereisten Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung erhält.

Die Sicherungsbescheinigung darf vom Arbeitsmarktservice (AMS) nur ausgestellt werden, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt und wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen (Arbeitsmarktprüfung). Im Ersatzkraftverfahren hat das AMS zunächst zu versuchen, den Arbeitsplatz mit einer inländischen oder einer im Inland bereits niedergelassenen ausländischen Arbeitskraft zu besetzen.

Sobald eine Sicherungsbescheinigung erteilt wird, kann der Ausländer eine Aufenthaltsbewilligung bzw. Niederlassungsbewilligung beantragen. Der Arbeitgeber erhält in der Folge – im Wesentlichen ohne weitere Prüfung – eine Beschäftigungsbewilligung für den Ausländer.

Die Sicherungsbescheinigung hat eine maximale Geltungsdauer von 26 Wochen (bei der Festlegung der Geltungsdauer muss die Dauer der Einreise bzw. der Aufenthaltsnahme durch den Ausländer berücksichtigt werden).

### v. Schlüsselkräfte

vi. Materielle Voraussetzungen:

Seit dem 01.01.2003 versuchte man über den Titel „Niederlassungsbewilligung – Schlüsselkraft“ einen Schwerpunkt auf hoch qualifizierte Zuwanderer zu setzen. Der Titel Schlüsselkraft kann auf maximal 18 Monate ausgestellt werden und beinhaltet das Recht auf Niederlassung und das Recht auf Beschäftigung bei einem konkreten Arbeitgeber. Schlüsselkräfte müssen über eine besondere, am inländischen Arbeitsmarkt nachgefragte Ausbildung oder über spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten mit entsprechender beruflicher Erfahrung verfügen. Darüber hinaus müssen Schlüsselkräfte zumindest mit 60 Prozent der ASVG Höchstbeitragsgrundlage (2009 pro Monat 2.412,- EUR) zuzüglich Sonderzahlungen entlohnt werden.

Zusätzlich muss eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- die beabsichtigte Beschäftigung hat eine besondere, über das betriebsbezogene Interesse hinausgehende, Bedeutung für die betroffene Region oder den betroffenen Teilarbeitsmarkt oder
- die beabsichtigte Beschäftigung trägt zur Schaffung neuer Arbeitsplätze oder zur Sicherung bestehender Arbeitsplätze bei oder

- der Ausländer übt einen maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Betriebes (Führungskraft) aus oder
- die beabsichtigte Beschäftigung hat einen Transfer von Investitionskapital nach Österreich zur Folge oder
- der Ausländer verfügt über einen Abschluss einer Hochschul- oder Fachhochschulausbildung oder einer sonstigen fachliche besonders anerkannten Ausbildung.

Die Sprachkenntnisse die ein Ausländer aufgrund seiner Herkunft hat, werden typischerweise nicht als spezielle Kenntnisse angesehen.

#### vii. Verfahren:

Der Antrag auf Zulassung als Schlüsselkraft ist vom Ausländer zu stellen. Der Antrag ist aber vom Arbeitgeber für den Ausländer bei dem nach beabsichtigtem Wohnsitz des Ausländers zuständigen Landeshauptmann einzubringen. Der Antrag hat die begründete Zustimmung des Arbeitgebers zu enthalten; der Arbeitgeber hat die Kriterien für das Vorliegen der Schlüsselkrafteigenschaft nachzuweisen. Der Landeshauptmann prüft, ob gegen den Ausländer fremdenrechtliche Bedenken (Vorstrafen, etc.) bestehen, und ob ein Quotenplatz in der jährlichen Quote für Schlüsselkräfte vorhanden ist. Anschließend leitet er den Antrag an die regionale Geschäftsstelle des AMS weiter. Das AMS prüft die Voraussetzungen und stellt bei Vorliegen eine „Niederlassungsbeurteilung – Schlüsselkraft“ aus. Die Zulassung gilt nur zu Gunsten des antragstellenden Arbeitgebers für 18 Monate im gesamten Bundesgebiet.

#### c. Entsendung

Als entsandt gilt ein Arbeitnehmer dann, wenn er während eines bestimmten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als demjenigen verbringt, in dessen Hoheitsstaat er normalerweise arbeitet.

##### i. Entsendung nach Österreich

Bei einer Entsendung nach Österreich wird daher eine ausländische Arbeitskraft, die in einem Dienstverhältnis zu einem ausländischen Arbeitgeber ohne Betriebsitz in Österreich steht von ihrem Arbeitgeber zur Erfüllung einer vertraglichen Pflicht in Österreich eingesetzt. Bei der Entsendung nach Österreich muss für die Frage der Beurlaubungspflicht nach dem AuslBG auf folgende Punkte geachtet werden:

- In welchem Staat hat der ausländische Arbeitgeber seinen Betriebsitz?
- Welcher Nationalität gehört der entsandte Arbeitnehmer an?
- In welchem Wirtschaftssektor soll die entsandte Arbeitskraft eingesetzt werden?

Je nachdem wie die Fragen beantwortet werden, ergibt sich das folgende, abgestufte System:

**Keine Genehmigung:**

Hat der ausländische Arbeitgeber seinen Sitz in einem alten EU-Staat und entsendet einen alten EWR-Bürger, so ist keine arbeitsmarktbehördliche Genehmigung notwendig. Gleiches gilt für einen Arbeitgeber mit Sitz in einem neuen EU-Staat bei der Überlassung von alten EWR-Bürgern. Auch hier benötigt man keine Genehmigung.

**Entsendebestätigung:**

Für die Entsendung von neuen EU-Bürgern oder Drittstaatsangehörigen durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem alten EWR-Staat ist eine EU-Entsendebestätigung notwendig. Hat der Arbeitgeber den Sitz in einem neuen EU-Staat und entsendet neue EU-Bürger ist weiter zu differenzieren: Wird in einen Dienstleistungssektor entsandt, in dem Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht zulässig sind (liberalisierter Sektor), ist auch „nur“ eine EU-Entsendebestätigung notwendig. Eine Anzeige beim AMS ist seit 2007 nicht mehr notwendig; die Meldung hat nun vielmehr an die zentrale Koordinationsstelle im BMF zu erfolgen.

**Entsendebewilligung:**

Wird dagegen von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem neuen EU-Staat ein Arbeitnehmer aus einem neuen EU-Staat in einen Bereich entsandt, der zulässigerweise Beschränkungen unterliegt<sup>13</sup>, benötigt man eine Entsendebewilligung. Diese brauchen auch solche Arbeitgeber, die ihren Sitz außerhalb des EWR haben. Die Frage, ob man eine Entsendebewilligung oder eine Beschäftigungsbewilligung benötigt, richtet sich nach der Dauer des Auftragsprojekts und/oder der Beschäftigung des entsandten Ausländers. Dauert das Gesamtprojekt nicht länger als sechs Monate, bedürfen die Aus-

---

<sup>13</sup> Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind in den folgenden Bereichen zulässig: gärtnerische DL, Be- und Verarbeitung von Natursteinen, Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen, Baugewerbe einschließlich verwandter Wirtschaftszweige, Detekteien sowie Wach- und Sicherheitsdienste, Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln, Hauskrankenpflege und Sozialwesen.

länder eine Entsendebewilligung, die für nicht länger als vier Monate erteilt werden darf. Keine Entsendebewilligung kann für Arbeiten, die typischerweise von Betrieben der Wirtschaftsklassen Hoch- und Tiefbau, Bauinstallation und sonstiges Baugewerbe erbracht werden, erteilt werden. Hier ist eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Der Antrag auf Erteilung der Entsendebewilligung ist vom Auftraggeber/Beschäftigter (nicht vom Arbeitgeber der nach Österreich entsendet) vor Aufnahme der Tätigkeit beim AMS einzubringen.

Beschäftigungsbewilligung:

Dauert die Beschäftigung des entsandten Arbeitnehmer in Österreich länger als vier Monate oder ist das Auftragsprojekt länger als sechs Monate, ist eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Der Antrag auf Erteilung der Bewilligung ist vor Ablauf des vierten Monats nach Aufnahme der Arbeitsleistung vom Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, beim AMS einzubringen.

## ii. Das bei Entsendungen nach Österreich anwendbare Recht

Mit der Entsendung nach Österreich ist nicht zwingend verbunden, dass auch österreichisches Recht zur Anwendung kommt. Im Grundsatz wird weiterhin das Recht des Staates zur Anwendung kommen, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Dies wird in aller Regel das Recht des Heimat- bzw. Entsendestaates sein. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und die Rechte der entsandten Arbeitnehmer zu wahren, verpflichtet die europäische Entsende-RL (96/71/EG) die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die im Beschäftigterstaat normiert sind. Die Umsetzung dieser RL ist in Österreich v. a. in den § 7 ff. AVRAG erfolgt. Die Festsetzung von Mindeststandards betrifft demnach Arbeitszeit, Urlaub, Entgelt, Gleichbehandlung sowie Sicherheit und Gesundheitsschutz. Nach Österreich entsandte Arbeitnehmer haben zwingend Anspruch auf das kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgeber gebührt (§ 7 AVRAG). Hier wird nicht zwischen Arbeitgeber aus dem EWR und anderen Arbeitgeber unterschieden. Des Weiteren steht dem entsandten Arbeitnehmer ein nach österreichischem Recht errechneter (aliquoter) Urlaub zu, sind die kollektivvertraglichen Arbeitszeitregelungen einzuhalten und Aufzeichnungen über die Vertragsbedingungen zur Arbeitnehmerinformation bereitzuhalten.

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht ändert eine Entsendung, die kürzer als 24 Monate dauert, nichts an der Anwendbarkeit des ursprünglichen Sozialrechts (VO-EG 883/2004).

Für entsandte Arbeitnehmer, die bei Montage-, Inbetriebnahme oder Reparaturen im Zusammenhang mit Lieferungen von Anlagen und Maschinen für nicht länger als drei Monate beschäftigt werden, besteht keine Bindung an den Mindestentgeltanspruch (Montageprivileg). Für die Entstehung eines österreichischen Urlaubsanspruchs muss der Arbeitnehmer länger als acht Tage im Inland beschäftigt werden. Diese Ausnahmeregelungen gelten nicht für die Baubranche.

### d. Grenzüberschreitende Überlassung

Die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitnehmern ist von der Entsendung zu trennen. Bei der Entsendung setzt ein Unternehmen eigene Arbeitskräfte vorübergehend im Ausland ein, um einen Werk- oder Dienstleistungsvertrag zu erfüllen. Bei klassischen Entsendefällen ist das AÜG daher überhaupt nicht anwendbar. Bei grenzüberschreitender Überlassung liegt die Dienstleistung darin, Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Damit die Normen des AÜG nicht umgangen werden können, erfolgt die Beurteilung immer nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt, und nicht nach der äußeren Erscheinungsform des Sachverhalts (§ 4 AÜG).

Geregelt ist die grenzüberschreitende Überlassung v. a. in den §§ 16 und 16a AÜG. Für die Praxis ist vor allem die in § 16a normierte Ausnahme von Bedeutung. Danach ist die Arbeitskräfteüberlassung innerhalb des EU- und EWR-Raums von der Bewilligungspflicht des § 16 AÜG ausgenommen. Anstatt des Bewilligungsverfahrens reicht seit dem 01.01.2000 eine bloße Anzeige beim zuständigen Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (§ 17 Abs. 2 AÜG). Anzuzeigen sind vor Antritt der Arbeit:

- die Personalien des Beschäftigers,
- Name, Geburtsdatum und Sozialversicherungsnummer der überlassenen Arbeitskräfte,
- Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung beim Beschäftiger,
- Höhe des Entgelts,
- Beschäftigungsorte sowie
- Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitskräfte.

Für grenzüberschreitende Überlassungen im genannten Raum findet ansonsten das AÜG als Ganzes Anwendung (dazu unten). Die Überlassung neuer EU-Bürger aus den neuen EU-Staaten oder auch aus dem bisherigen EWR-Raum unterliegt aber den Beschränkungen des AuslBG. Der österreichische Beschäftigte muss demnach eine Berechtigung für die überlassene Arbeitskraft beantragen. Die Berechtigung ist bei der regionalen Geschäftsstelle des AMS zu beantragen. Das AMS nimmt eine strenge Arbeitsmarktprüfung vor und prüft ob:

- die Beschäftigung besonders qualifizierter Fachkräfte aus arbeitsmarktpolitischer und volkswirtschaftlicher Sicht unumgänglich notwendig ist,
- diese Arbeitskräfte ausschließlich im Wege der Überlassung aus dem Ausland verfügbar sind,
- deren Beschäftigung keine Gefährdung der Lohn- und Arbeitsbedingungen inländischer Arbeitnehmer bewirkt.

Werden Arbeitskräfte von Österreich ins EWR-Ausland überlassen, gilt § 16 Abs. 1 AÜG. Die Überlassung ist nur dann zulässig, wenn entweder eine VO nach § 15 Abs. 1 Z 3 AÜG diese für bestimmte Staaten für zulässig erklärt oder eine Bewilligung für den konkreten Einzelfall nach § 16 Abs. 2 AÜG erteilt wurde. Eine entsprechende VO gibt es bis heute nicht. Daher ist jede grenzüberschreitende Überlassung von Österreichern ins EWR-Ausland bewilligungspflichtig. Diese Bewilligung ist dann zu erteilen, wenn keine arbeitsmarktlichen, volkswirtschaftlichen oder andere wichtige Interessen dagegen sprechen und der Schutz der überlassenen Arbeitskräfte nicht gefährdet ist.

Die Überlassung von Arbeitskräften aus dem EWR-Ausland nach Österreich ist noch schwieriger. Auch hier ist eine Bewilligung notwendig, die aber nur unter den restriktiven Voraussetzungen der oben dargestellten Arbeitsmarktprüfung erteilt werden darf.

## **5. Arbeitsvertragsstatut bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen\***

Durch die Internationalisierung des Arbeitslebens steigt die Zahl der sich länderübergreifend auswirkenden Rechtsstreitigkeiten an. So rückt das Internationale Zivilprozess- und Privatrecht vermehrt in den Blickpunkt.

---

\* siehe dazu auch die Gesamtmetall-Broschüre „Die Auslandsentsendung von Mitarbeitern“, 3. Aufl. 2010.

- a. Das Verhältnis des Internationalen Zivilprozessrechts zum Internationalen Privatrecht – Allgemeines zum IZPR und zum IPR

Das Internationale Zivilprozessrecht beschäftigt sich mit der Frage, ob ein inländisches Gericht über eine Rechtssache mit Auslandsbezug entscheiden darf. Arbeitsvertragliche Streitigkeiten sind dabei im 5. Abschnitt in den Art. 18 ff. EuGVVO geregelt. Kommt man danach zum Schluss, dass ein österreichisches Gericht zuständig ist, bestimmte sich das anwendbare materielle Recht für Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen bisher nach Art. 6 EVÜ. Für alle Verträge, die nach dem 17.12.2009 abgeschlossen worden sind, gilt jetzt die neue, unmittelbar anwendbare Rom-I-VO.

- b. Auf den Arbeitsvertrag anwendbares Recht

Art. 8 Rom-I-VO (ehemals Art. 6 EVÜ) legt die Prüfreihefolge zur Bestimmung des auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Rechts fest. Das so festgelegte Arbeitsvertragsstatut beinhaltet auch Normen der kollektiven und der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtssetzung, soweit sie in den Arbeitsvertrag eingehen.

Erster Anknüpfungspunkt ist danach grundsätzlich die Frage nach einer von den Arbeitsvertragsparteien getroffenen Rechtswahl. Wurde keine gültige Rechtswahl getroffen, richtet sich das anwendbare Recht nach dem gewöhnlichen Arbeitsort. Dies ist der Ort, an dem der Arbeitnehmer die mit seinem Arbeitgeber vereinbarte Tätigkeit tatsächlich ausübt, bzw. an dem die Tätigkeit ihren zeitlichen und inhaltlichen Schwerpunkt hat. Bei ständig wechselnden Arbeitsorten soll verhindert werden, dass auch das anwendbare Recht mit dem Arbeitnehmer „mitwandert“. Es findet daher jenes Recht des Ortes Anwendung, an dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.

Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Arbeitsvertrag eine engere Anknüpfung zum Recht eines anderen Staates aufweist, als der gewöhnliche Arbeitsort oder die Niederlassung vermitteln, ist das Recht dieses Staates anwendbar. Die Ausweichklausel kommt allerdings bloß subsidiär zu den erstgenannten Anknüpfungspunkten zur Anwendung.

Wird eine Rechtswahl getroffen, darf diese nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des objektiv

anwendbaren Rechts gewährt wird. Für diesen „Günstigkeitsvergleich“ ist ein Sachgruppenvergleich vorzunehmen, bei dem die im Sachzusammenhang stehenden Normen betrachtet werden.

Nach Art. 9 Rom-I-VO kommen – unabhängig vom gesetzlichen oder vereinbarten Schuldstatut – die sog. Eingriffsnormen zur Anwendung und durchbrechen dieses. Zu den Eingriffsnormen zählen insbesondere der persönliche und technische Arbeitnehmerschutz, das Recht der Arbeitskräfteüberlassung, die Insolvenzentgeltsicherung und der Versetzungs- und Kündigungsschutz nach ArbVG. Bei Eingriffsnormen gilt das Territorialitätsprinzip; sie bestimmen sich somit nach dem faktischen Arbeitsort. Österreichische Eingriffsnormen können demnach nur dann zur Anwendung kommen, wenn das Arbeitsverhältnis zumindest einen Inlandsbezug aufweist.

### c. Internationale Zuständigkeit

Welches Gericht zuständig für grenzüberschreitende Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag ist, richtet sich nach Art. 18-21 EuGVVO.

#### i. Klagen des Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber

Klagen des Arbeitnehmers sind nach Art. 19 EuGVVO einzureichen

- am Wohnsitz des Arbeitgebers,
- am Ort der gewöhnlichen Arbeitsleistung oder
- bei wechselnden Einsatzorten am Sitz der Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.

#### ii. Gerichtsstandsvereinbarungen / Zusätzlicher Gerichtsstand bei Entsendung

Die EuGVVO lässt Gerichtsstandsvereinbarungen nur in engen Grenzen zu. Nach Art. 21 EuGVVO sind diese nur zulässig, wenn sie

- entweder nach Entstehen der Streitigkeit getroffen wurden oder
- dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumen, andere als die in der Verordnung genannten Gerichte anzurufen.

Letztere Variante gibt die Möglichkeit, zusätzlich zu den gesetzlichen Gerichtsständen weitere Gerichtsstände für Klagen des Arbeitnehmers zu vereinbaren. Die gesetzlichen Gerichtsstände können also nicht ausgeschlossen werden (keine Derogation) sondern es können nur weitere zusätzliche Gerichtsstände vereinbart werden (Prorogation).

Bei der nationalen Umsetzung der Entsende-RL wurde in § 4 Abs. 1 lit. e ASGG ein solcher zusätzlicher Gerichtsstand vorgesehen, wonach der entsandte Arbeitnehmer auch im Empfangsstaat Klage einbringen kann. Die allgemeinen Bestimmungen werden dadurch nicht verdrängt.

### iii. Klagen des Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer

Die internationale Zuständigkeit für Klagen des Arbeitgebers ist dagegen abschließend in Art. 20 EuGVVO geregelt. Danach ist für Klagen des Arbeitgebers der Staat, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat, zuständig.

## IV. Arbeitskräfteüberlassung – Zeitarbeit

### 1. Allgemeines

Die Arbeitskräfteüberlassung ist ein reglementiertes Gewerbe nach § 94 Z 72 GewO. Um Arbeitskräfte zu überlassen ist eine Gewerbeberechtigung notwendig, außer es wird innerhalb derselben Branche für weniger als sechs Monate überlassen. Im Fall der Arbeitskräfteüberlassung wird die typische zweipersonale Konstellation des Arbeitsverhältnisses um eine dritte Person erweitert. Die drei Personen werden im Folgenden als Arbeitnehmer, Überlasser (= Arbeitgeber) und Beschäftigter bezeichnet. Der Arbeitgeber überlässt seinen Arbeitnehmer an einen Dritten, den Beschäftigter. Der Arbeitnehmer steht also in Vertragsbeziehung zu seinem Arbeitgeber, erbringt seine Arbeitsleistung aber nicht für diesen, sondern für einen Dritten mit dem er in keiner Vertragsbeziehung steht. Der Beschäftigter schließt lediglich mit dem Überlasser einen Überlassungsvertrag ab. Geregelt ist die Arbeitskräfteüberlassung im AÜG.

### 2. Begriffsbestimmungen

Die Arbeitskräfteüberlassung ist das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis

zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind. Der Begriff Zurverfügungstellen wurde vom Gesetzgeber bewusst weit gefasst, um möglichst alle Formen der Überlassung zu erfassen. Entscheidend für die Überlassung ist die Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation und dass die Verfügungsmacht über die Arbeitskraft einem Dritten zukommt. Bei Vorliegen der Kriterien ist die Arbeitskräfteüberlassung auch dann gegeben, wenn es sich bloß um gelegentliche oder eine zeitlich sehr kurze Überlassung handelt. Arbeitskräfteüberlassung i. S. d. Gesetzes ist sogar typischerweise auf eine bloß temporäre Überlassung ausgerichtet. Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet. Den Überlasser trifft die Pflicht zur Entgeltzahlung an die überlassene Arbeitskraft. Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

### **3. Umgehung des AÜG? Abgrenzung Überlassung – Werkvertrag**

Ob eine Überlassung vorliegt oder nicht, richtet sich nach § 4 AÜG, der auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt des Vertragsverhältnisses abstellt. Durch diese Vorschrift soll die Umgehung des AÜG durch Werkverträge verhindert werden. Daher sind auch solche Werkverträge vom AÜG erfasst, bei denen die Arbeitskraft des Auftragnehmers des (Schein-) Werkvertrages organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingliedert ist, und der dessen Dienst- und Fachaufsicht untersteht oder die Arbeit vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkbestellers leistet.

### **4. Vom AÜG nicht erfasste Fälle**

Die Abschnitte II bis IV des AÜG gelten nicht für:

- die Überlassung von Arbeitskräften durch den Bund, ein Land, eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband,
- die Überlassung von land- und forstwirtschaftlichen Arbeitskräften,
- die Überlassung von Arbeitskräften durch Erzeuger, Verkäufer oder Vermieter von technischen Anlagen oder Maschinen, wenn
  - zur Inbetriebnahme, Wartung oder Reparatur von technischen Anlagen oder Maschinen oder
  - zur Einweisung von Arbeitnehmern des Beschäftigers die überlassenen Arbeitskräfte als Fachkräfte erforderlich sind und der Wert der Sachleistung überwiegt
- die Überlassung von Arbeitskräften innerhalb einer Arbeitsgemeinschaft oder bei der betrieblichen Zusammenarbeit

- zur Erfüllung gemeinsam übernommener Aufträge oder
  - zum Zwecke des Erfahrungsaustausches, der Forschung und Entwicklung, der Ausbildung, der Betriebsberatung oder der Überwachung oder
  - in Form einer Kanzlei- oder Praxisgemeinschaft
- die Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 15 des AktG 1965, BGBl. Nr. 98, und des § 115 GmbHG, BGBl. Nr. 58/1906, sofern der Sitz und der Betriebsstandort beider Konzernunternehmen innerhalb des EWR liegt und die Überlassung nicht zum Betriebszweck des überlassenden Unternehmens gehört,
  - die Überlassung von Arbeitskräften im Rahmen sozialer Dienste öffentlicher oder öffentlich geförderter Einrichtungen,
  - die Überlassung von Arbeitskräften bei der Entwicklungshilfe nach dem Entwicklungshilfegesetz, BGBl. Nr. 474/1974.

All diese Fälle sind nicht als Überlassung i. S. eines reglementierten Gewerbes anzusehen. Dennoch sind das Gebot der ausdrücklichen Zustimmung des Arbeitnehmer zur Überlassung (§ 2 Abs. 2 AÜG), die Regeln betreffend den Zweck des Gesetzes (§ 2 AÜG), die Begriffsbestimmungen (§ 3 AÜG) und die Umgehungsbestimmung (§ 4 AÜG) anzuwenden.

### 5. Konzernprivileg

Für die Praxis ist das Konzernprivileg besonders bedeutsam. Danach gelten die meisten Bestimmungen des AÜG nicht für Überlassung innerhalb eines Konzerns, soweit die Überlassung nicht zum Betriebszweck des überlassenden Unternehmens gehört.<sup>14</sup> In diesem Fall ist auch keine Gewerbeberechtigung erforderlich (§ 135 Abs. 1 Z 4 Gewerbeordnung 1994). Für das Konzernprivileg ist der allgemeine gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff zu Grunde zu legen. Ein Konzern ist demnach die Verbindung rechtlich selbständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung.

Liegen sowohl der Sitz des Konzernüberlasserunternehmens, als auch jener des Konzernbeschäftigterunternehmens innerhalb des EWR, so gilt das Konzernprivileg uneingeschränkt. Liegt eines der beiden Unternehmen außerhalb des EWR gelten die Regeln über die grenzüberschreitende Überlassung nach § 16 AÜG. Im Anwendungsbereich des Konzernprivilegs gelten trotzdem die Regeln des AÜG betreffend Entgelt

<sup>14</sup> OGH 9 ObA 145/09b.

(§ 10 Abs. 1 AÜG), Arbeitszeit (§ 10 Abs. 3 AÜG) und Vergleichbarkeit der Tätigkeit (§ 10 Abs. 4 AÜG) sowie betreffend Urlaubsanspruch bei grenzüberschreitender Überlassung (§ 10a AÜG), sofern die Überlassung nicht nur vorübergehend erfolgt.

## 6. Grenzen der Arbeitskräfteüberlassung

Zeitarbeiter dürfen in einem Beschäftigterbetrieb nur dann eingesetzt werden, wenn sie weder die Lohn- und Arbeitsbedingungen beeinträchtigen noch Arbeitsplätze gefährden. Der Beschäftigterbetrieb darf weder von einem Streik noch von einer Aussperrung betroffen sein (§ 9 AÜG). Die überlassene Arbeitskraft darf nur mit ihrer Zustimmung überlassen werden. Der Überlasser muss mit der Arbeitskraft einen Vertrag mit bestimmten Inhalt über die Unterlassung abschließen, wobei bestimmte Klauseln verboten sind (§ 11 AÜG). Nach § 11 Abs. 4 AÜG ist der überlassenen Arbeitskraft verpflichtend ein Dienstzettel auszustellen. Über die allgemeine Dienstzettelpflicht gemäß § 2 AVRAG hinaus muss der Dienstzettel nach AÜG auch enthalten, ob das BUAG und das BSchEG zur Anwendung gelangen.

Die Vereinbarung muss folgende Mindestinhalte umfassen und der Dienstzettel muss dies auch wieder geben:

- die Höhe des Entgeltes, die Zahlungstermine und die Urlaubsansprüche,
- ein bestimmtes zeitliches Ausmaß der Arbeitsverpflichtung und die Gründe für eine Befristung,
- die Kündigungsfristen,
- die voraussichtliche Art der Arbeitsleistung,
- die Bundesländer oder die Staaten, in denen die überlassene Arbeitskraft beschäftigt werden soll.

Wird ein derartiger Dienstzettel nicht ausgestellt, so kann die Zeitarbeitskraft die Überlassung verweigern.

Die Zeitarbeitsvereinbarung hat allerdings nicht nur bestimmte Mindestinhalte, das Gesetz regelt auch Vertragsklauselverbote. Folgende Klauseln sind danach unzulässig:

- die Beschränkung des Entgeltanspruchs auf die Dauer der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers,

- die Festsetzung der Arbeitszeit wesentlich unter dem Durchschnitt des zu erwartenden Beschäftigungsausmaßes oder die Festlegung eines geringeren Ausmaßes der Arbeitszeit für überlassungsfreie Zeiten,
- dem Arbeitgeber bei vereinbarter Teilzeitbeschäftigung das Recht zur Anordnung von regelmäßiger Mehrarbeit einzuräumen,
- Befristung des Arbeitsverhältnisses ohne sachliche Rechtfertigung,
- Verkürzung der Verfalls- oder Verjährungsvorschriften sowie
- Konkurrenzklauseln.

Darüber hinaus ist die Möglichkeit zur Vereinbarung von Konventionalstrafen und Reugeldern stark beschränkt.

### 7. Die Regelungen des AÜG

Die Rechtsstellung des Arbeitgebers wird durch den Arbeitskräfteüberlassungsvertrag hinsichtlich seiner arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Stellung nicht berührt. Der Überlasser ist damit insbesondere für die Anmeldung zur Sozialversicherung sowie Ermittlung und Abfuhr der Sozialversicherungsbeiträge verantwortlich. Eine Besonderheit findet sich diesbezüglich in § 14 AÜG, der eine Mithaftung des Beschäftigten für die Sozialversicherungsbeiträge anordnet. Den Überlasser treffen auch alle mit dem Bestand, der Änderung und der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zusammenhängende Rechte und Pflichten, so insbesondere die Pflicht zur Zahlung des Arbeitsentgelts sowie die Möglichkeit zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Durch die Eingliederung der überlassenen Arbeitskraft in den Betrieb des Beschäftigten treffen diesen gegenüber der überlassenen Arbeitskraft Pflichten, wie sie sich im Allgemeinen aus dem Arbeitsrecht ergeben. Für die Dauer der Beschäftigung ist der Beschäftigte für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften verantwortlich; auch die Fürsorgepflichten gehen für diesen Zeitraum auf ihn über. Für die überlassenen Arbeitnehmer müssen alle Vorsichtsmaßnahmen wie für die eigenen Arbeitnehmer getroffen werden. Der Überlasser hat dem Beschäftigten zur Einhaltung des persönlichen Arbeitnehmerschutzes alle maßgeblichen Informationen über die einzelnen Arbeitnehmer zu geben (z. B. Schwangerschaft). Der Beschäftigte hat die überlassene Arbeitskraft vor Aufnahme der Beschäftigung im Betrieb auf bestehende Gefahrenquellen aufmerksam zu machen und über Schutzmaßnahmen zu informieren. Erforderliche Schutzmaßnahmen wie etwa Schutzhelme, Schutzbrillen und Gehörschutz sind zur Verfügung zu stellen. Auch hat er sich über die gesundheitliche Eignung der überlassenen Arbeitskraft bezüglich der in Aussicht genommenen Tätigkeit zu über-

zeugen. Das Weisungs- und Direktionsrecht des Arbeitgebers wird in der Regel vom Beschäftigter ausgeübt. Dennoch bleiben Arbeitnehmerschutzvorschriften und Fürsorgepflichten soweit dies sinnvoll und möglich ist auch beim Überlasser. Der Überlasser hat etwa während der Überlassung die Pflicht zur Wahrung der Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften und der Regelungen über den persönlichen Schutz aus den Arbeitnehmerschutzvorschriften. Weiß der Überlasser, dass der Beschäftigter einer Aufforderung zur Einhaltung dieser Vorschriften nicht nachkommt, so hat er die Überlassung unverzüglich zu beenden (§ 6 AÜG). Daraus folgt, dass die überlassene Arbeitskraft vor ihrem berechtigten Austritt wegen der Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften ein Abhilfeersuchen an den Überlasser zu richten hat.<sup>15</sup> Man kann hier also wohl von einer Parallelität der Pflichten sprechen. Arbeitsunfälle sind vom Beschäftigter an die AUVA zu melden (§ 363 Abs. 1 ASVG).

Explizit angeordnet wird dieser Gleichlauf auch für das DNHG und das Organhaftpflichtgesetz, diese gelten sowohl zwischen Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft als auch dem Beschäftigter und der überlassenen Arbeitskraft (§ 7 Abs. 1 AÜG). Die im AÜG normierten Ansprüche des Zeitarbeiters sind gemäß § 8 Abs. 1 AÜG unabdingbar, d. h. sie können vertraglich nicht zum Nachteil der überlassenen Arbeitskraft abgeändert werden.

Die überlassene Arbeitskraft hat Anspruch auf ein angemessenes und ortsübliches Entgelt. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren Arbeitskräften für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlenden kollektivvertragliche bzw. gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen (Beschäftigungslohn) (§ 10 Abs. 1 AÜG). Das Entgelt ist monatlich mindestens einmal auszuzahlen und schriftlich abzurechnen. Werden Angestellte überlassen, unterliegen diese grundsätzlich dem Kollektivvertrag für die Angestellten im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting. Für Arbeiter wurde ein eigener Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung abgeschlossen. Die in diesen Kollektivverträgen vorgesehenen Mindestlöhne dürfen in keinem Fall unterschritten werden und sind auch für jene Zeiten zu gewähren, in denen die Arbeitskraft nicht überlassen werden kann („Stehzeiten“). Für die Zeit der Überlassung steht auch zumindest dieses Entgelt, ansonsten aber der Beschäftigungslohn zu. Dieser richtet sich nach den auf den Beschäftigterbetrieb anwendbaren Kollektivvertrag. Geringer als der Grundlohn darf der Beschäftigungslohn jedoch nicht sein.

---

<sup>15</sup> OGH 22.12.2004, 8 ObA 46/04d, DRdA 2005/27.

Ist die Arbeitskraft zur Arbeitsleistung bereit, wird aber vom Überlasser gar nicht oder unter dem zeitlich vereinbarten Ausmaß beschäftigt, gebührt das Entgelt auf Grundlage der vereinbarten Arbeitszeit. Karenzierungs- und Aussetzungsvereinbarungen zwischen Überlasser und Arbeitskraft sind grundsätzlich zulässig.<sup>16</sup>

Während der Überlassung gelten die arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen des im Beschäftigterbetriebes auf vergleichbare Arbeitnehmer anzuwendenden Kollektivvertrags oder gesetzliche Regelungen. Während der Zeit der Überlassung sind die Zeitarbeiter als Arbeitnehmer des Beschäftigterbetriebes i. S. d. § 36 ArbVG anzusehen, sind aktiv wahlberechtigt zu Betriebsratswahlen und ab dem sechsten Monat der Überlassung auch passiv wahlberechtigt.

Der Arbeitsvertrag zwischen Überlasser und Arbeitskraft soll nach den Vorstellungen des AÜG vorrangig unbefristet abgeschlossen werden. Befristungen sind nur dann zulässig, wenn es für diese eine sachliche Rechtfertigung gibt. Die Sachlichkeit ist nach der Judikatur zu Kettenarbeitsverträgen bei mehrmaliger Befristung zu beurteilen. Erlaubte Befristungsgründe sind demnach persönliche oder familiäre Situation der Arbeitskraft, Saisonarbeit, kurzfristige Personalengpässe.

Aufzeichnungen sind vom Überlasser über Arbeitskräfte, Beschäftigter und deren gesetzliche Interessenvertretung (im Regelfall die Wirtschaftskammer des jeweiligen Bundeslandes und die zuständige Fachgruppe) sowie die einzelnen Überlassungen (Beginn und Ende jeder Überlassung) zu führen.

Besonderheiten sieht der Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung auch bei der Kündigung von überlassenen Arbeitern vor. Im Fall des Auftragsverlustes des Überlassers darf das Arbeitsverhältnis wegen des Endes der Überlassung frühestens am fünften Arbeitstag nach Ende der Überlassung gekündigt werden.

## V. Managervertrag – Vertrag mit leitenden Angestellten

### 1. Allgemeines

Der Begriff des Managers kommt in der österreichischen Arbeitsrechtsordnung nicht vor.<sup>17</sup> Ob Manager Arbeitnehmer sind, richtet sich nach den allgemeinen Kriterien. Ist

---

<sup>16</sup> OGH 9 ObA 60/93.

<sup>17</sup> Allgemein zur Beschäftigung von Managern Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge (3. Auflage 2006).

ein Manager danach kein Arbeitnehmer, kann für ihn trotzdem die Geltung von Arbeitsrecht vereinbart werden. Die österreichische Arbeitsrechtsordnung kennt aber die Kategorie des leitenden Angestellten, für den bestimmte Rechtsvorschriften nicht gelten:

- Das Betriebsverfassungsrecht gilt – anders als das Kollektivvertragsrecht – nicht für leitende Angestellte (§ 36 Abs. 2 Z. 3 ArbVG). Damit werden sie nicht vom Betriebsrat vertreten, Betriebsvereinbarungen gelten für sie nicht. Die Verankerung des allgemeinen Bestandschutzes in der Betriebsvereinbarung führt deshalb dazu, dass leitende Angestellte nicht bestandsgeschützt sind, außer sie genießen einen besonderen Bestandschutz.
- Leitende Angestellte sind nicht Mitglieder der Arbeiterkammerorganisation.
- Leitende Angestellte sind vom Arbeitszeitrecht ausgenommen (§ 1 Abs. 2 Z. 8 und § 19b Abs. 3 Z. 2 AZG, § 1 Abs. 2 Z. 5 ARG), d. h. es gelten keine Höchstarbeitszeit- und Überstundenbestimmungen.

Zu beachten ist, dass der Begriff des leitenden Angestellten nicht in jeder Rechtsmaterie gleich ist. Für das Betriebsverfassungsrecht und die Mitgliedschaft in der Arbeiterkammerorganisation wird der leitende Angestellte definiert als Arbeitnehmer, dem maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Betriebs zukommt. Wesentlich ist die Entscheidungsbefugnis in Personalangelegenheiten. Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans einer juristischen Person, sind ebenfalls ausgenommen.

Für das Arbeitszeitrecht kommt es darauf an, ob dem Arbeitnehmer maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind. Diese Begriffsdefinition ist deutlich weiter, als beim Betriebs- und Arbeiterkammerorganisationsrecht. Die Rechtsprechung stellt insbesondere darauf ab, ob sich diese Arbeitnehmer die Arbeitszeit weitgehend selbst einteilen können und ob sie ein überdurchschnittliches Entgelt beziehen.<sup>18</sup>

## 2. Entstehung des Arbeitsverhältnisses bei einem Manager

Die Entstehung des Vertragsverhältnisses folgt den allgemeinen Grundsätzen, wie oben für Arbeitnehmer dargestellt. Soll er zusätzlich eine Organfunktion ausüben,

---

<sup>18</sup> OGH 9 ObA 146/93.

muss er vom zuständigen Organ noch bestellt und ins Firmenbuch eingetragen werden. Dieser gesellschaftsrechtliche Beststellungsakt ist aber vom Arbeitsvertrag rechtlich getrennt.

### 3. Beendigung eines Managerarbeitsverhältnisses

Ist der Manager Arbeitnehmer, folgt auch die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses den allgemeinen Regeln, die auch für alle anderen Arbeitnehmern gelten. Ist der Manager leitender Angestellter im Sinne des Betriebsverfassungsrechts, gilt für ihn kein allgemeiner Bestandschutz.

### 4. Arbeitsverhältnis mit den Mitgliedern statutarischer Organe (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer)

Vorstände einer Aktiengesellschaft (§§ 70 ff. AktG) oder einer Sparkasse (§§ 14 ff. SpG) sind ex lege keine Arbeitnehmer, weil sie gesetzlich weisungsfrei gestellt sind. Man kann mit ihnen aber die Geltung des Arbeitsrechts vereinbaren. Weisungsbindung kann aber nur in sehr engen Grenzen vereinbart werden.<sup>19</sup> Bei GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft oder einer Privatstiftung richtet sich die Arbeitnehmereigenschaft nach den allgemeinen Kriterien. Bei GmbH-Geschäftsführern ist zu bedenken, dass sie der Generalversammlung gegenüber weisungsgebunden sind. Ob das für die persönliche Abhängigkeit ausreicht, ist nicht geklärt, wohl aber zu bejahen. GmbH-Geschäftsführer sind dann keine Arbeitnehmer, wenn sie gleichzeitig auch Gesellschafter sind und eine Sperrminorität halten (25 Prozent).

Der gesellschaftsrechtliche Beststellungsakt ist vom Arbeitsvertragsabschluss zu trennen. Die Niederlegung der Organfunktion führt nicht automatisch zur Beendigung des Arbeitsvertrags.

## B. Änderung des Arbeitsverhältnisses

### 1. Allgemeines

Eine Vertragsänderung kann regelmäßig nur einvernehmlich herbeigeführt werden. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Arbeitgeber ein einseitiges Gestaltungs-

---

<sup>19</sup> OGH 9 ObA 28/07v.

recht zur Vertragsänderung vorbehalten hat. Ansonsten sind Modifikationen der Leistung des Arbeitgebers nur in den Grenzen des herkömmlichen Weisungsrechts möglich.

## 2. Vereinbarung über die Änderung des Arbeitsvertrages

Änderungen des Arbeitsvertrages bedürfen grundsätzlich der Zustimmung des Arbeitnehmers. Es ist aber denkbar, dass dem Arbeitgeber eine einseitige Änderungsbefugnis eingeräumt wurde. Diese wird als solche nicht kontrolliert, sondern nur die Ausübung des Rechts. Maßstab dafür ist die Billigkeit; bei einem Unverbindlichkeitsvorbehalt, erfolgt nach der Rechtsprechung hingegen überhaupt keine Kontrolle (weder Einräumungs- noch Ausübungskontrolle).<sup>20</sup>

Stellt die Änderung auch eine Versetzung im Sinne des Betriebsverfassungsrechts dar (§ 101 ArbVG), stehen dem Betriebsrat Mitwirkungsrechte zu. Versetzung ist jede Einreihung des Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz; bloße Änderungen des Entgelts stellen nach der Rechtsprechung keine Versetzung dar. Wird der Arbeitnehmer für länger als 13 Wochen versetzt, muss der Betriebsrat unverzüglich informiert werden und auf Verlangen ist mit ihm darüber zu beraten. Bringt die Versetzung eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen und erfolgt die Versetzung für länger als 13 Wochen, ist die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich; ohne Zustimmung des Betriebsrats ist die Versetzung unwirksam. Der Arbeitgeber kann gegen den Betriebsrat allerdings auf Zustimmung klagen, wenn die Versetzung sachlich gerechtfertigt ist.

Auch wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen keine Versetzung darstellt, ist der Betriebsrat zu informieren, wenn es sich um eine Beförderung handelt (§ 104a ArbVG). Beförderung ist nach dem Gesetz jede Anhebung der Verwendung im Betrieb, die mit einer Höherreihung im Entlohnungsschema oder ansonsten mit einer Erhöhung des Entgelts verbunden ist (§ 104a Abs. 1 ArbVG).

## 3. Vereinbarungen über die zeitweilige Zuweisung (Zeitarbeit) – Versetzung zu einem andern Arbeitgeber

Die Überlassung des Arbeitnehmers erfordert seine Zustimmung. Ein einseitiges Versetzungsrecht kann aber vereinbart werden, die konkrete Versetzung muss dann der

---

<sup>20</sup> OGH 9 ObA 113/08w.

Billigkeit entsprechen. Zu beachten ist die Geltung des AÜG; handelt es sich um eine Überlassung innerhalb des Konzerns, ist das AÜG nur teilweise anwendbar (§ 1 Abs. 2 Z. 5 AÜG). Da es sich bei dieser Abrede wohl um eine Versetzung im Sinne des § 101 ArbVG handelt, ist der Betriebsrat unverzüglich zu informieren, es ist mit ihm zu beraten; bei Verschlechterung ist seine Zustimmung erforderlich. Beides gilt nur dann, wenn die Überlassung länger als 13 Wochen dauert.

### 4. Versetzung (Zuweisung) an eine andere Art von Arbeit

Ist die Zuweisung einer anderen Arbeit vertraglich nicht geregelt, geht sie über die vom Arbeitnehmer geschuldete Leistung hinaus. Der Arbeitgeber braucht daher die Zustimmung des Arbeitnehmers. Nach der Rechtsprechung wird aber eine rechtswidrige (weil zu weit gehende) Weisung auch als Angebot zur Vertragsänderung gesehen, dass vom Arbeitnehmer schlüssig angenommen werden kann.<sup>21</sup> Ein einseitiges Recht des Arbeitgebers, eine andere Arbeit zuzuweisen kann aber vereinbart werden. Die konkrete Zuweisung muss dann der Billigkeit entsprechen. Dabei ist etwa auf den Grad der Ausbildung und die Belastbarkeit des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Da es sich bei der Zuweisung einer anderen als der vertraglich geschuldeten Tätigkeit um eine Versetzung im Sinne des § 101 ArbVG handelt, ist der Betriebsrat unverzüglich zu informieren und auf sein Verlangen ist mit ihm zu beraten; bei Verschlechterung ist seine Zustimmung erforderlich. Beides gilt nur dann, wenn die Überlassung länger als 13 Wochen dauert.

### 5. Vergütung bei Versetzung

Ist dem Arbeitgeber ein Versetzungsrecht eingeräumt, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob er damit auch die Entgeltbedingungen ändern darf, was in der Regel nicht der Fall sein wird. Ändert sich mit der Versetzung aber das Entgelt zum Nachteil des Arbeitnehmers, ist die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich, wenn die Versetzung länger als 13 Wochen dauert.

### 6. Versetzung an einen anderen Dienstort

Im Dienstzettel muss der gewöhnliche Arbeitsort angegeben werden. Allerdings kann sich der Arbeitgeber auch ein weitergehendes Versetzungsrecht ausbedingen. Kon-

---

<sup>21</sup> OGH 9 ObA 147/89.

trolliert wird bloß die konkrete Ausübung des Versetzungsrechts im Einzelfall, nicht aber die Klausel als solche. Eine Änderung des Arbeitsorts muss in der Regel einvernehmlich vereinbart werden. Bei Betriebsverlegungen nimmt der OGH aber eine Folgepflicht des Arbeitnehmers an, selbst wenn im Arbeitsvertrag ausdrücklich ein bestimmter Dienort vereinbart wurde. Diese Folgepflicht und die Folgepflicht bei ausdrücklicher Versetzungsvereinbarung erfolgt wie gesagt im Rahmen der Billigkeit. Kriterien dafür sind nach der Rechtsprechung<sup>22</sup>:

- Entfernung des Wohnorts von Dienort vor und nach der Versetzung,
- Fahrzeit vor und nach der Versetzung,
- Fahrtkosten vor und nach der Versetzung,
- besondere Umstände wie regelmäßige Verkehrsstaus,
- Verhältnis der Fahrzeit zur durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit,
- etwaige Abgeltungen der Mehraufwendungen durch den Arbeitgeber,
- sonstige Vergünstigungen durch den Arbeitgeber wegen der Betriebsverlegung,
- Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich des Arbeitnehmers wie Betreuungspflichten gegenüber Kindern.

Die Versetzung an einen andern Dienort ist auch eine Versetzung im Sinne des § 101 ArbVG und löst die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus, soweit es sich nicht um eine minimale Versetzung handelt (z. B. innerhalb desselben Hauses).

## 7. Dienstreise

Eine Verpflichtung zu Dienstreisen kann verschiedene Grundlagen haben. Mit der Tätigkeit verbundene Reisen (Architekt besichtigt Baustelle) sind in der Regel nach dem Vertrag geschuldet.

Die für eine Dienstreise aufgewendeten Reisezeiten zählen als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes (§ 20b AZG), werden also auf die Höchstarbeitszeitgrenzen angerechnet. Reisezeit im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer im Auftrag des Arbeitgebers vorübergehend seinen gewöhnlichen Dienort verlässt, um an einem anderen Ort seine Arbeit zu verrichten, und sofern er während der Reise keine Arbeitsleistung zu erbringen hat (sog. passive Reisezeit). Als Arbeitszeit zählt aber bereits das Lenken eines Autos, wenn diese im Auftrag des Arbeitgebers ge-

---

<sup>22</sup> OGH 9 ObA 48/00z.

schieht. Handelt es sich tatsächlich um Reisezeiten, gelten Ausnahmen von den Höchstarbeitszeitgrenzen und von der Wochenend- und Feiertagsruhe. Bestehen während der Reisezeit ausreichende Erholungsmöglichkeiten (z. B. Schlafwagen im Zug), kann auch die tägliche Ruhezeit unterschritten werden. An der Überstundenentlohnung ändern diese Modifikationen der Höchstarbeitszeit aber nichts; diese gebührt auch hier bei Überschreitung der Normalarbeitszeit. Mangels anderer Vereinbarung sind auch Reisezeiten wie sonstige Arbeitszeiten zu entgelten; passive Reisezeiten dürfen aber unter dem kollektivvertraglichen Mindestentgelt entgolten werden, was einzelvertraglich zu vereinbaren ist.

Tätigt der Arbeitnehmer auf der Dienstreise Aufwendungen im Interesse des Arbeitgebers, sind ihm diese Aufwendungen zu ersetzen.

### C. Inhalt des Arbeitsvertrages

#### I. Allgemeines

Der Arbeitsvertrag besteht im Austausch persönlich abhängiger Arbeitsleistung gegen Entgelt. Die beiden Pflichten sind grundsätzlich synallagmatisch verknüpft, allerdings ist das Synallagma durch mehrere Entgeltfortzahlungstatbestände zu Gunsten des Arbeitnehmers durchbrochen. Beide Parteien treffen Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten. Die Nebenpflicht des Arbeitnehmers wird Treuepflicht genannt, die Nebenpflicht des Arbeitgebers Fürsorgepflicht. Diese Nebenpflichten sind gesetzlich nur ansatzweise geregelt, spielen aber eine wichtige Rolle. Dort wo eine Regelung fehlt, wird mit ergänzender Vertragsauslegung gearbeitet.

#### II. Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien

##### 1. Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers

###### a. Hauptleistungspflicht

Die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers besteht darin, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Er muss die Arbeit mangels abweichender Vereinbarung persönlich erbringen und darf sich nicht vertreten lassen. Den Arbeitnehmer trifft die Arbeitspflicht nur gegenüber dem Arbeitgeber; eine Überlassung an andere Arbeitgeber ohne Zustimmung des Arbeitnehmers ist unzulässig. Nimmt der Arbeit-

geber die Arbeitsleistung nicht an, muss er nach § 1155 ABGB trotzdem das Entgelt zahlen. Den Arbeitnehmer trifft keine Erfolgsverbindlichkeit, sondern bloß eine Pflicht sich um diesen Erfolg zu bemühen (Sorgfaltsverbindlichkeit). Damit scheidet zivilrechtliche Gewährleistungsansprüche bei mangelhafter Dienstleistung aus.

Wie in Deutschland ist die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers nach herrschender Meinung nicht durchsetzbar; die (schuldhafte) Verletzung kann aber folgende Konsequenzen haben:

- Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers,
- sie kann einen Entlassungsgrund darstellen,
- sie kann ein Rechtfertigungsgrund für eine personenbedingte Kündigung sein,
- sie kann unter Umständen die Einstellung der Entgeltzahlungen rechtfertigen (z. B. fehlt der Arbeitnehmer unentschuldigt).

Dem Arbeitnehmer steht grundsätzlich kein Recht auf Beschäftigung zu. Eine gesetzliche Ausnahme besteht etwa bei Lehrlingen (§§ 9, 18 BAG). Die Rechtsprechung macht darüber hinaus dann eine Ausnahme, wenn die Nichtbeschäftigung zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung der Fertigkeiten führt und damit einen unwiederbringlichen Schaden darstellt (z. B. bei einem Chirurg).

#### b. Nebenpflichten (Treuepflicht)

Die Treuepflicht verpflichtet den Arbeitnehmer zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers. Je höher die Position des Arbeitnehmers, umso intensiver ist seine Treuepflicht. Die Treuepflicht wird üblicherweise aufgespalten in:

- Handlungspflichten,
- Anzeigepflichten,
- Meldepflichten,
- Unterlassungspflichten.

Die Handlungspflicht gebietet eine Notarbeitspflicht, d. h. der Arbeitnehmer muss in Notsituationen des Arbeitgebers entweder mehr oder andere Arbeit verrichten.

Anzeigepflichten treffen den Arbeitnehmer bei einem drohenden Schaden, so etwa, wenn der Arbeitnehmer von Diebstählen eines Kollegen weiß. Diese arbeitsrechtliche

Anzeigepflicht besteht allerdings nur gegenüber dem Arbeitgeber, nicht gegenüber Behörden. Ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht kann zur Entlassung berechtigen (§ 27 Z 1 AngG).

Meldepflichten bestehen insbesondere in folgenden Situationen: Ist der Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung verhindert, muss er das unverzüglich melden; gleiches gilt für den Eintritt der Schwangerschaft, den Zugang eines Einberufungsbefehls zu Zivil- oder Wehrdienst sowie die Aufnahme in den Kreis der begünstigten Behinderten.

Die Unterlassungspflicht verpflichtet den Arbeitnehmer zunächst zur Verschwiegenheit, er muss Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bewahren. Für Betriebsräte besteht eine besondere Verschwiegenheitspflicht (§ 115 Abs. 4 ArbVG), die mit Verwaltungsstrafe bewehrt ist (§ 160 ArbVG). Anzeigen gegen den Arbeitgeber vor Behörden sind dann zulässig, wenn die angezeigten Tatsachen wahr sind und die Anzeige dem öffentlichen Interesse dient. Manche Berufsrechte kennen allerdings besondere Verschwiegenheitspflichten, die eine Anzeige jedenfalls unzulässig machen (z. B. Klientendaten bei Steuerberatern). Mit Kriminalstrafe bedroht ist das Auskundschaften eines Geschäfts oder Betriebsgeheimnisses mit dem Vorsatz es zu verwerfen (§§ 123 f StGB) und die unbefugte Mitteilung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen zu Wettbewerbszwecken (§ 11 UWG). Die Verschwiegenheitspflicht endet grundsätzlich mit Vertragsende; eine nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht kann aber vereinbart werden, und zwar über die Grenzen der Konkurrenzklausele (§ 36 AngG, § 2c AVRAG) hinaus.

Eine weitere Ausprägung der Unterlassungspflicht ist das Verbot einer abträglichen Nebenbeschäftigung und das Verbot abträglichen Privatlebens. Das Verbot ist dann aktualisiert, wenn die Arbeitskraft des Arbeitnehmers beeinträchtigt wird oder das Ansehen des Betriebs beschädigt wird. Insbesondere bei leitenden Angestellten reicht diese Pflicht weiter als bei sonstigen Arbeitnehmern. Der Arbeitgeber kann Unterlassung des abträglichen Verhaltens verlangen, unter Umständen kommt auch eine Entlassung in Frage.

Arbeitnehmer dürfen keine Geschenke oder sonstige Belohnungen annehmen (§ 13 Abs. 1 AngG, § 27 Z 1 AngG). Bereits die Forderung oder die Entgegennahme eines Geschenkversprechens bedeutet ein Pflichtverstoß; eine tatsächliche Schädigung des Arbeitgebers ist nicht erforderlich. Teilweise ist die Geschenkkannahme auch mit Kriminalstrafe bedroht (§ 10 UWG, § 153 StGB). Die Geschenkkannahme berechtigt

auch zur Entlassung besonders bestandgeschützter Arbeitnehmer (§ 122 Abs. 1 Z. 3 ArbVG; § 15 Z. 3 APStG; § 12 Abs. 2 Z. 2 MSchG). Ausgenommen vom Geschenkannahmeverbot sind allerdings übliche Gelegenheitsgeschenke (z. B. Kalender).

Schließlich verbietet die Unterlassungspflicht eine Konkurrenzierung des Arbeitgebers (§ 7 AngG).

## **2. Rechte und Pflichten des Arbeitgebers**

Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers ist die Bezahlung des Entgelts. Nebenleistungspflicht ist die Fürsorgepflicht, die den Arbeitgeber verpflichtet Persönlichkeit, Vermögen, Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen (§ 1157 ABGB, § 18 AngG). Die Fürsorgepflicht wird insbesondere durch die öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften konkretisiert, die aber auch zivilrechtlich im Arbeitsverhältnis wirken und so etwa das Weisungsrecht des Arbeitgebers beschränken.

## **3. Pflichten von leitenden Angestellten**

Grundsätzlich treffen leitende Angestellte die gleichen Pflichten wie Arbeitnehmer, allerdings trifft sie eine – abhängig von der Höhe der Position in der Betriebshierarchie – verstärkte Treuepflicht. Das führt etwa dazu, dass den leitenden Angestellten eine weitergehende Pflicht im Privatleben trifft, das Ansehen des Betriebs nicht zu schädigen.

## **III. Arbeitszeit / Ruhezeit / Überstunden / Nachtarbeit**

### **1. Gesetzliche Arbeitszeiten**

#### **a. Allgemeines**

Die wichtigsten gesetzlichen Rechtsquellen des Arbeitszeitrechts sind das Arbeitszeitgesetz (AZG) und das Arbeitsruhegesetz (ARG). Beide Gesetze müssen im Betrieb in hard-copy oder elektronisch aufliegen. Die Einhaltung des AZG und ARG werden durch das Arbeitsinspektorat kontrolliert und ihre Verletzung durch Verwaltungsstrafen geahndet. Das AZG und ARG gelten nicht für leitende Angestellte. Nur das AZG gilt weiters nicht für Arbeitnehmer von Gebietskörperschaften und von diesen verwalteten Fonds, Anstalten und Stiftung, außer für Arbeitnehmer in der Privatwirtschaftsverwaltung, wenn für diese ein Kollektivvertrag abgeschlossen wurde.

Für Nachtschwerarbeiter ist zusätzlich das NSchG zu beachten. Für bestimmte Berufsgruppen gibt es Sonderregeln, so etwa das BäckAG für Arbeitnehmer in Backwarenbetrieb, das Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz (KA-AZG) für Arbeitnehmer in Krankenanstalten und für Lenker die Verordnungen der EU. Daneben finden sich Sonderregeln für bestimmte Arbeitnehmergruppen, so etwa für Jugendliche im KJBG und für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im MSchG. Diese Gesetze haben bei ihrer nationalen Umsetzung die vielfältigen europäischen Vorgaben zu beachten.

Arbeitszeit ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen (§ 2 AZG). Wegezeiten zwischen Wohnung und Arbeitsplatz zählen nicht zur Arbeitszeit. Die Tagesarbeitszeit ist die durchgehende Arbeitszeit innerhalb von 24 Stunden. Wochenarbeitszeit ist die Arbeitszeit zwischen Montag 00:00 Uhr und Sonntag 24:00 Uhr. Arbeitsbereitschaft (§§ 5 f AZG) und Reisezeit (§ 20b AZG) zählt zur Arbeitszeit, erlauben aber eine Verlängerung der Normal- und Höchstarbeitszeit. Rufbereitschaft zählt nicht zur Arbeitszeit, unterliegt aber ebenfalls Beschränkungen (§ 20a AZG; § 6a ARG).

Normalarbeitszeit – Die gesetzliche Normalarbeitszeit beträgt acht Stunden pro Tag und 40 Stunden pro Woche (§ 3 AZG). Zu dieser Grundregel gibt es viele Ausnahmen, die durch Kollektivvertrag und subsidiär durch Betriebsvereinbarung normiert werden können. Dadurch wird die Grenze, ab der Überstundenarbeit vorliegt hinausgeschoben. Möglich ist das etwa:

- bei überwiegender Arbeitsbereitschaft (§§ 5 f AZG: 12 Stunden/Tag, 60 Stunden/Woche),
- bei Wochendurchrechnung; „Freitag-Frühschluss“: die Arbeitszeit wird an einzelnen Tagen gekürzt, und diese Zeit auf die übrigen Tage verteilt; die tägliche Normalarbeitszeit darf nicht mehr als neun Stunden betragen (§ 4 Abs. 1 AZG),
- beim „Einarbeiten von Fenstertagen“: wenn an Fenstertagen nicht gearbeitet wird, muss die ausgefallene Arbeitszeit innerhalb von sieben Wochen eingearbeitet werden; die tägliche Normalarbeitszeit darf zehn Stunden nicht überschreiten (§ 4 Abs. 2 AZG),
- bei einer „Viertagewoche“: die Wochenarbeitszeit wird auf vier Tage zusammengelegt, die tägliche Normalarbeitszeit darf zehn Stunden betragen (§ 4 Abs. 7 AZG),
- bei mehrwöchiger Durchrechnung der Normalarbeitszeit (§ 4 Abs. 6 AZG). Zeitguthaben können in den nächsten Durchrechnungszeitraum übertragen werden, wenn der Kollektivvertrag dies vorsieht (§ 4 Abs. 7 AZG). Zum Abbau/Abgeltung von Zeitguthaben vgl. §§ 19e f AZG,

- bei Vor- und Abschlussarbeiten: eine halbe Stunde täglich zusätzlich; max. bis zu zehn Stunden/Tag (§ 8 AZG).

Innerhalb der gesetzlichen Grenzen kann die Dauer der Arbeitszeit im Kollektiv- oder Einzelarbeitsvertrag festgelegt werden. Durch Betriebsvereinbarung kann die Arbeitszeit nur vorübergehend verkürzt oder verlängert werden (§ 91 Abs. 1 Z 13 ArbVG). Die Lage der Normalarbeitszeit ist durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung (§ 97 Abs. 1 Z 2 ArbVG) festzulegen, subsidiär im Arbeitsvertrag (§ 19c AZG; § 19d Abs. 2 AZG). Der Arbeitgeber kann die Lage nur einseitig ändern, wenn (1) dies sachlich gerechtfertigt ist, (2) er dies dem Arbeitnehmer zwei Wochen vorher mitteilt, (3) keine berücksichtigungswürdigen Interessen des Arbeitnehmer entgegenstehen und (4) keine anderslautende Vereinbarung existiert.

Höchst Arbeitszeit – Die gesetzliche Höchst Arbeitszeit beträgt zehn Stunden pro Tag und 50 Stunden pro Woche (§ 9 AZG). Dazu gibt es beschränkende und erweiternde Ausnahmen. Die durchschnittliche Wochenarbeitszeit darf innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von 17 Wochen 48 Stunden nicht übersteigen; der Kollektivvertrag kann den Durchrechnungszeitraum auf 52 Wochen erweitern (§ 9 Abs. 4 AZG). Gemäß § 9 Abs. 2 AZG kann die tägliche Höchst Arbeitszeit erhöht werden, z. B. bei Arbeitsbereitschaft, besonderer Erholungsmöglichkeit oder erhöhtem Arbeitsbedarf. Aus den gleichen Gründen kann auch die wöchentliche Höchst Arbeitszeit erhöht werden (§ 9 Abs. 3 AZG).

Teilzeitarbeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer im Durchschnitt weniger als die gesetzlich oder kollektivvertraglich festgelegte Normalarbeitszeit arbeitet (§ 19d AZG). Für Überstunden gelten dieselben Grenzen (Normalarbeitszeit) wie für Vollzeitbeschäftigte. Arbeit über die vereinbarte Teilzeit hinaus, aber noch innerhalb der Normalarbeitszeit, ist keine besonders zu vergütende Mehrarbeit. Zu Mehrarbeit sind solche Arbeitnehmer nur verpflichtet, wenn (1) eine gesetzliche, kollektive oder einzelvertragliche Regelung dies vorsieht, (2) ein erhöhter Arbeitsbedarf vorliegt und (3) der Arbeitnehmer keine berücksichtigungswürdigen entgegenstehenden Interessen hat.

In Notfällen (Gefahrenabwehr) sind die Arbeitszeitbegrenzungen suspendiert, wenn die Arbeiten bloß vorübergehend und unaufschiebbar sind (§ 20 AZG, § 11 ARG).

### b. Gleitarbeitszeit<sup>23</sup>

Gleitende Arbeitszeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines vereinbarten zeitlichen Rahmens Beginn und Ende seiner täglichen Normalarbeitszeit selbst bestimmen kann (§ 4b AZG). Zur Einführung von Gleitarbeitszeit ist grundsätzlich eine Betriebsvereinbarung erforderlich, die vom Arbeitgeber vor der Schlichtungsstelle erzwungen werden kann. Dort wo kein Betriebsrat errichtet ist, müssen entsprechende Einzelvereinbarungen in Schriftform abgeschlossen werden. Die Gleitzeitvereinbarung muss folgende Eckpunkte enthalten:

- die Dauer der Gleitzeitperiode,
- den Gleitzeitrahmen,
- das Höchstmaß allfälliger Übertragungsmöglichkeiten von Zeitguthaben und Zeitschulden in die nächste Gleitzeitperiode,
- Dauer und Lage der fiktiven Normalarbeitszeit.

Wird Gleitzeit eingeführt, darf die tägliche Normalarbeitszeit max. zehn Stunden betragen, die max. wöchentliche Normalarbeitszeit darf im Durchschnitt der Gleitzeitperiode 40 Stunden betragen. Bestehen zum Ende der Gleitzeitperiode Zeitguthaben und ist eine Übertragung nicht vorgesehen, sind diese Stunden Überstunden.

### c. Überstunden

Überstunden entstehen, wenn ein Arbeitnehmer mehr als die tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit arbeitet (diese ergibt sich aus der Verteilung und wenn Zeitguthaben bei Gleitzeit oder Durchrechnungszeiträumen nicht mehr in die nächste Periode übertragen werden können, § 6 AZG). Die arbeitszeitrechtliche Höchstgrenze setzt § 9 AZG. Das AZG erlaubt Überstundenarbeit bei erhöhtem Arbeitsbedarf (§ 7 AZG), Vor- und Abschlussarbeiten (§ 8 AZG) und in außergewöhnlichen Fällen (§ 20 AZG). Bei vorübergehendem erhöhtem Arbeitsbedarf und wenn keine berücksichtigungswürdigen Interessen des Arbeitnehmer entgegenstehen, dürfen fünf Überstunden pro Woche und zusätzlich 60 Überstunden pro Kalenderjahr gearbeitet werden, max. jedoch zehn Überstunden pro Woche bei max. zehn Stunden Tagesarbeitszeit. Die Überstundenkontingente können durch Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung erweitert und modifiziert werden.

---

<sup>23</sup> Risak/Jöst/Patka, Praxishandbuch Gleitzeit (2008).

Eine andere Frage ist, ob der Arbeitnehmer Überstunden leisten muss. Eine solche Verpflichtung kann sich aus Gesetz, Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag ergeben. Einseitig kann der Arbeitgeber Überstunden nur im Rahmen der Treuepflicht des Arbeitnehmers anordnen, wenn die Dringlichkeit der Überstundenarbeit die entgegenstehenden Interessen des Arbeitnehmers überwiegt. Überstunden sind entweder 50 Prozent höher zu entlohnen oder es ist ein Zeitausgleich im Verhältnis 1:1,5 zu gewähren (§ 10 AZG). Mangels Vereinbarung sind die Überstunden in Geld abzugelten. Werden Überstunden pauschal abgegolten (All-In-Klauseln), muss im Jahresdurchschnitt zumindest die zwingend zustehende Überstundenvergütung bezahlt werden. Leistet der Arbeitnehmer mehr Überstunden als mit der Pauschale abgegolten, hat er einen Anspruch auf die Differenz, leistet er weniger, ist die Pauschale trotzdem zu bezahlen.

Schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen dürfen keine Überstunden leisten; keinesfalls darf ihre tägliche Arbeitszeit neun Stunden überschreiten, die wöchentliche Arbeitszeit ist mit 40 Stunden begrenzt (§ 8 MSchG).

#### d. Nachtarbeit

Nachtarbeit wird grundsätzlich als Arbeitszeit zwischen 22:00 und 5:00 Uhr definiert. Ist ein Arbeitnehmer regelmäßig oder mindestens in 48 Nächten in diesem Zeitraum für mindestens drei Stunden beschäftigt, gilt er als Nachtarbeitnehmer. Schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen dürfen grundsätzlich nicht zwischen 20:00 und 6:00 Uhr beschäftigt werden; in einem Mehrschichtbetrieb dürfen sie bis 22:00 Uhr arbeiten, wenn die nachfolgende Ruhezeit mindestens elf Stunden beträgt (§ 6 MSchG).

Gilt ein Arbeitnehmer als Nachtarbeitnehmer, hat das folgende rechtliche Konsequenzen:

- Dem Arbeitnehmer gebühren zusätzlich Ruhezeiten (§ 12a Abs. 4 bis 6 AZG).
- Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf unentgeltliche Gesundheitsuntersuchungen; der Arbeitgeber kann die Kosten von der Unfallversicherung unter Umständen rückerstattet bekommen.

- Der Arbeitgeber muss die Information der Nachtarbeitnehmer über sie berührende Ereignisse sicherstellen.
- Der Arbeitnehmer hat auf Verlangen Anspruch auf Versetzung auf einen geeigneten Tagesarbeitsplatz (§ 12c AZG) entsprechend den betrieblichen Möglichkeiten, wenn
  - die weitere Verrichtung von Nachtarbeit die Gesundheit nachweislich gefährdet oder
  - die Bedachtnahme auf unbedingt notwendige Betreuungspflichten gegenüber Kindern bis zu zwölf Jahren dies erfordert, für die Dauer der Betreuungspflicht.

Handelt es sich bei der Nachtarbeit um Nachtschwerarbeit, sind zusätzliche Beschränkungen, insbesondere Ruhepausen zu beachten. Nachtschwerarbeit liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer zwischen 22:00 und 6:00 Uhr mindestens sechs Stunden unter einer der folgenden im Nachtschwerarbeitsgesetz (NSchG) aufgeführten Bedingungen arbeitet:

- Arbeiten bei besonders belastender Hitze,
- Arbeiten in begehbaren Kühlräumen,
- Arbeiten bei dauernd starkem Lärm,
- Arbeiten unter Einwirkung von Erschütterungen,
- Arbeiten an Bildschirmarbeitsplätzen (unter gewissen Voraussetzungen).

## 2. Gesetzliche Ruhezeiten

Das ARG regelt die Wochenendruhe, Wochenruhe, Ersatzruhe und Feiertagsruhe. Die tägliche Ruhezeit (§ 12) und Ruhepausen (§ 11) regelt das AZG. Nach sechs Stunden Arbeit ist ein halbe Stunde Ruhepause vorgeschrieben. Durch Betriebsvereinbarung kann diese Pause aufgeteilt werden, muss aber mindestens zehn Minuten betragen. Die tägliche Ruhezeit beträgt elf Stunden. Durch Kollektivvertrag kann die Ruhezeit auf acht Stunden verkürzt werden, wenn innerhalb von zehn Tagen eine andere tägliche oder wöchentliche Ruhezeit verlängert wird. Die wöchentliche Ruhezeit muss 36 Stunden betragen. Dieser Ruhezeit kann als Wochenendruhe (§ 3 ARG) oder Wochenruhe (§ 4 ARG) gewährt werden. Wird der Arbeitnehmer während der wöchentlichen Ruhezeit beschäftigt, hat er in der Folgewoche einen Anspruch auf Ersatzruhe (§ 6 ARG).

## IV. Arbeitsentgelt

### 1. Allgemeines

Das Arbeitsverhältnis ist – anders als der Werkvertrag – in Österreich nicht zwingend entgeltlich. Ob im Anwendungsbereich eines Kollektivvertrages, der Mindestentgelte vorsieht ebenfalls Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann, ist strittig. Höchstgerichtliche Judikatur zu dieser Frage fehlt.

Der Begriff des Entgelts ist gesetzlich nicht definiert. Der arbeitsrechtliche Entgeltbegriff ist nach der Rechtsprechung aber sehr weit und umfasst alles, was der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft bezahlt, unabhängig davon ob die Höhe fest oder variabel ist, ob die Leistung regelmäßig oder bloß fallweise anfällt und unabhängig davon ob die Leistung in Geld oder sonstigen Vorteilen besteht. Die Rechtsprechung geht auch davon aus, dass Arbeitgeberleistungen grundsätzlich keine Geschenke sind. Das hat vor allem für die Berechnung anderer Ansprüche Bedeutung (Entgeltfortzahlung, Kündigungsentschädigung etc.).

Bedeutsam für die Entgeltgestaltung ist, dass der Betriebsrat kein Mitwirkungsrecht bei der Gestaltung des regelmäßigen Einkommens hat; eine dazu abgeschlossene Betriebsvereinbarung ist nichtig. Umgekehrt hat der Betriebsrat ein sehr starkes Mitwirkungsrecht bei der Festsetzung kollektiver Leistungsentgeltsysteme. Der Arbeitgeber benötigt für die Einführung eines solchen Systems die nicht ersetzbare Zustimmung des Betriebsrats (§ 96 Abs. 1 Z. 4 ArbVG).

### 2. Mindestentgelt

In Österreich gibt es kein gesetzliches Mindestentgelt, allerdings normieren die Kollektivverträge Mindestentgelte. Da die Kollektivverträge für die meisten Arbeitnehmer gelten, ist ihre Wirkung aber ähnlich. 2009 haben sich die Sozialpartner auf einen branchenübergreifenden Mindestlohn von 1.000,- EUR verständigt; nur Lehrlinge und Praktikanten sind davon ausgenommen. Ist kein Kollektivvertrag anwendbar und wird im Arbeitsvertrag kein Entgelt vereinbart, schuldet der Arbeitgeber ein angemessenes Entgelt, soweit nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist (§ 1152 ABGB).

### a. Fälligkeit des Entgelts

Für Angestellte ist das Entgelt in zwei gleich großen Raten am 15. und am Letzten des Monats zu leisten; es kann allerdings vereinbart werden, dass der gesamte Betrag erst am Ende des Monats zu leisten ist (§ 15 AngG). Für Arbeiter ist ebenfalls die Vereinbarung der Fälligkeit am Monatsende möglich; ohne Vereinbarung stellt die Rechtsordnung unbrauchbar-komplizierte Regelungen zur Verfügung, die sich nur historisch erklären lassen (§ 1154 ABGB; § 77 GewO 1859). In beiden Fällen (Arbeiter und Angestellte) kann auch eine Regelung durch erzwingbare Betriebsvereinbarung getroffen werden (§ 97 Abs. 1 Z. 3 ArbVG).

### b. Entgeltauszahlung

Grundsätzlich muss der Arbeitgeber das Entgelt in bar im Betrieb ausbezahlen. Davon kann aber vertraglich oder durch erzwingbare Betriebsvereinbarung (§ 97 Abs. 1 Z. 3 ArbVG) abgewichen werden.

## 3. Obligatorische Zulagen

Der einzige Zuschlag, der gesetzlich vorgesehen ist, gebührt für Überstunden- oder Mehrarbeit. Dort wird ein prozentualer Zuschlag vorgesehen, der an das Grundentgelt anknüpft. Überstunden sind mit 50 Prozent zu entgelten (§ 10 AZG), Mehrarbeit mit 25 Prozent (§ 19d AZG). Für Arbeitsbereitschaft kann im Kollektivvertrag ein geringes Entgelt als für sonstige Arbeitszeit festgelegt sein; ist das nicht der Fall, kann durch Einzelvertrag kein geringeres Entgelt vereinbart werden. Allerdings normieren viele Kollektivverträge verschiedene Zuschläge wie Nachtarbeitszulage, Erschwerniszulage, Schmutzzulage, Trennungsgeld, etc.

## 4. Sonstige Zahlungen neben dem Arbeitsentgelt („Kompensierende Zahlungen“)

Das österreichische Arbeitsrecht unterscheidet zwischen Entgelt und Aufwandsersatz. Entgelt ist alles, was der Arbeitgeber für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft leistet. Dient die Leistung des Arbeitgebers nicht diesem Zweck, handelt es sich um Aufwandsersatz (*tertium non datur*).<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Fritz-Schmied/Naderhirm/Resch, Handbuch Aufwandsersatz (2007).

## V. Urlaub

### 1. Allgemeines

Urlaub steht in einem synallagmatischen Verhältnis zur Arbeitsleistung. Der Arbeitnehmer hat daher auch einen (zwingenden) Anspruch auf Urlaub. Der Erholungsurlaub im Sinne des UrlG ist von anderen Formen der Dienstfreistellung (z. B. Karenzurlaub, Bildungsfreistellung, etc.) zu unterscheiden. Erholungsurlaub bezeichnet die bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht auf bestimmte Zeit. Der Anspruch ist höchstpersönlich und kann nicht übertragen werden. Die sich aus dem UrlG ergebenden Rechte sind gemäß § 12 UrlG unabdingbar. Sie können durch Arbeitsvertrag, Arbeits (Dienst-)ordnung oder, soweit im UrlG nichts anderes bestimmt ist, durch Kollektivvertrag oder BV zum Nachteil der Arbeitnehmer weder aufgehoben noch beschränkt werden. Nach § 7 UrlG besteht auch ein Urlaubsablöseverbot. Demnach sind Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die für den Nichtverbrauch des Urlaubs Geld oder vermögenswerte Leistungen vorsehen, unwirksam. Der Arbeitnehmer kann innerhalb der Verjährungsfrist den Urlaub verlangen, muss sich allerdings die Ablöse auf das Urlaubsentgelt anrechnen lassen.

### 2. Der Urlaubsanspruch

Der Anspruch auf Urlaub gründet sich auf das UrlG und besteht gleichermaßen für Arbeiter und Angestellte, sowie für Lehrlinge. Ausgenommen sind lediglich Personen, für die Sondervorschriften bestehen (Bauarbeiter, deren Urlaub im BUAG geregelt wird), oder Personen, deren Arbeitsverhältnis nicht in die Zuständigkeit des Bundes fällt, z. B. Landes- und Gemeindebedienstete, § 1 Abs. 2 UrlG).

Die gesetzliche Mindestdauer desurlaubes beträgt pro Urlaubsjahr/Arbeitsjahr 30 Werktage. Nach Vollendung des 25. Dienstjahres erhöht sich der Urlaubsanspruch auf 36 Werktage (§ 2 Abs. 1 UrlG). Mutterschafts- und Präsenzdienstzeiten verkürzen den Urlaubsanspruch in aliquoter Weise. Werktage sind die Wochentage von Montag bis Samstag mit Ausnahme der Feiertage. Daran ändert sich auch nichts, wenn an einem dieser Tage keine Arbeitspflicht besteht (z. B. Samstag bei der Fünftagewoche). Werden Urlaubsteile tageweise genommen hat die Berechnung des Urlaubsausmaßes nicht nach Werktagen, sondern nach Arbeitstagen zu erfolgen. Dabei sind jeweils fünf Arbeitstage als sechs Werktage gerechnet. Insgesamt hat man nach dieser Zählweise also einen Anspruch auf 25 Arbeitstage Urlaub, der sich nach 25 Dienstjahren auf

30 Arbeitstage erhöht. Alle Dienstzeiten (Arbeits- und Lehrverhältnisse), die der Arbeitnehmer beim selben Arbeitgeber zurückgelegt hat, sind bei der Erfüllung der Wartezeit und bei der Bemessung des Urlaubsausmaßes und des Urlaubsjahres zu berücksichtigen. Auch solche Dienstzeiten sind zu berücksichtigen, die keine längere Unterbrechung als drei Monate aufweisen. Anders nur, wenn der Arbeitnehmer selbst gekündigt oder die vorzeitige Lösung verschuldet hat (§ 3 Abs. 1 UrlG). Dazu treten sehr komplizierte Anrechnungsregeln von Schulzeiten, inländischen (fremden) Vordienstzeiten, Zeiten selbständiger Tätigkeit u. Ä. bis zu einem bestimmten Höchstausmaß (§ 3 Abs. 2 UrlG).

Bei Teilzeitbeschäftigten müssen die Werktage auf tatsächlich geleistete Arbeitstage umgerechnet werden. Der Urlaubsanspruch steht im Verhältnis zur jährlich geleisteten Arbeit. Wer monatlich nur zwei Wochen zu je fünf Arbeitstagen arbeitet, dem stehen 12,5 Arbeitstage Urlaub pro Jahr zu.

Der Urlaubsanspruch entsteht ohne Wartezeit. Im ersten Urlaubsjahr entsteht er in den ersten sechs Monaten aliquot zur zurückgelegten Dienstzeit, nach sechs Monaten hat der Arbeitnehmer dann Anspruch auf den gesamten Jahresurlaub. Ab dem zweiten Arbeitsjahr entsteht der gesamte Urlaubsanspruch in vollem Umfang mit Beginn des Urlaubsjahres. Das Urlaubsjahr deckt sich mit dem Arbeitsjahr und beginnt grundsätzlich mit dem Eintrittstag. Wird der Dienst also am 01.03.2010 angetreten, so beginnt das Urlaubsjahr auch mit diesem Datum. In der Praxis wird das Urlaubsjahr einzelvertraglich oft auf das Kalenderjahr umgestellt. Bei der Behandlung des Rumpffjahres, darf diese Umstellung aber nie zum Nachteil des Arbeitnehmers erfolgen. Es sind nur solche Vereinbarungen zulässig, die zu Gunsten des Arbeitnehmers erfolgen (also insbesondere die Vorverlegung des Urlaubsjahres, wodurch schneller ein neuer, voller Urlaubsanspruch entsteht). Nur durch Kollektivvertrag oder BV ist eine Umstellung in den Grenzen des § 2 Abs. 4 UrlG auch zu Lasten des Arbeitnehmers möglich; für die Umstellungsphase können nach § 2 Abs. 4 UrlG auch Teilurlaube vorgesehen werden.

### 3. Zusatzurlaube

Nachtschwerarbeiter erhalten einen Zusatzurlaub, sofern im Jahr 50 Schwerarbeitsnächte liegen (grundsätzlich 2 Tage; nach 5 Jahren → 4 Tage; nach 15 Jahren → 6 Tage). Ein weiterer zusätzlicher Urlaubstag wird bei insgesamt 100 Schwerarbeitsnächten gewährt. Bei lang andauernder Nachtschicht-Schwerarbeit verlängert sich der Anspruch auf Zusatzurlaub auf bis zu 6 Tage.

## 4. Die Realisierung des Urlaubes

### a. Grundsätzliches

§ 4 UrlG ordnet zwingend an, dass der Zeitpunkt des Urlaubsantritts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebes einerseits und die Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmer andererseits zu vereinbaren ist (Ausnahmen: §§ 4 Abs. 4 UrlG und 16 Abs. 3 UrlG). Wird der Arbeitnehmer allerdings einseitig in den Urlaub geschickt und tritt er ihn auch tatsächlich an, so kann dies als schlüssige Urlaubsvereinbarung angesehen werden.<sup>25</sup>

Der Urlaub soll in einem oder in zwei Teilen konsumiert werden, von denen einer mindestens sechs Werktage betragen muss (§ 4 Abs. 3 UrlG). Er soll möglichst bis zum Ende des Urlaubsjahres verbraucht werden, in dem er entstanden ist. Eine Verlagerung ins nächste Jahr ist also im Einzelfall möglich. In der Praxis wird Urlaub oft tageweise vereinbart. Dies wird immer dann als zulässig angesehen, wenn die tageweise Urlaubsvereinbarung im Interesse der Arbeitnehmer gelegen und auf deren Wunsch zustande gekommen ist.

Von einer einmal getroffenen Urlaubsvereinbarung (die formfrei zustande kommen kann) kann weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer einseitig wieder abweichen. Wichtige Gründe (etwa eine schwerwiegende, nicht vorhersehbare betriebliche Angelegenheit) rechtfertigen jedoch den Rücktritt von der Urlaubsvereinbarung genauso wie die Rückberufung des Arbeitnehmers aus dem Urlaub.

Weitere Konkretisierung zu Urlaubsvereinbarungen können Betriebsvereinbarungen nach § 97 Abs. 1 Z. 10 ArbVG enthalten. Zulässig sind Richtlinien zu allgemeinen urlaubsrechtlichen Formalitäten im Betrieb. Eine derartige Betriebsvereinbarung kann dagegen nicht einen Betriebsurlaub festlegen oder individuelle Urlaubstermine bzw. Urlaubstage bestimmen. Beispiele für solche Richtlinien sind Verfahren für die jährliche Inanspruchnahme des Urlaubs (Urlaubslisten), die Einräumung eines Vorrangs von Eltern mit schulpflichtigen Kindern, etc.

### b. Streitigkeiten über den Zeitpunkt

Bei Streitigkeiten kann weder der Arbeitgeber, noch der Arbeitnehmer einseitig den Zeitpunkt des Urlaubs bestimmen. Die einzige gesetzliche Ausnahme regelt

<sup>25</sup> OLG Innsbruck 5 Ra 1/95; OLG Wien 34 Ra 79/87 Arb 8.488, 10.196.

§ 16 Abs. 3 UrlG. Reicht die dort normierte Freistellung zur Pflege eines Kindes nicht aus, kann der Arbeitnehmer einseitig Urlaub antreten. Abgesehen von diesem Sonderrecht stehen zwei verschiedene gerichtliche Verfahren zur Verfügung, den Urlaubszeitpunkt festzulegen.

In der ersten Variante können Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen eine Leistungsklage erheben, die auf Zustimmung zur Urlaubsvereinbarung gerichtet ist. Das Gericht hat bei seiner Entscheidung eine Interessensabwägung vorzunehmen, wie sie das Urlaubsrecht bei jeder Urlaubsvereinbarung vorsieht. Auf Arbeitgeberseite zu berücksichtigen sind dabei insbesondere saisonale Auftragsschwankungen, der Ausfall bestimmter Arbeitnehmer oder die ausreichende Besetzung bestimmter Abteilungen. Auf Arbeitnehmerseite findet v. a. sein Gesundheitszustand, die Notwendigkeit rechtzeitiger Buchung, familiäre Verpflichtungen u. Ä. Berücksichtigung.

Die zweite Variante steht nur Arbeitnehmern in Betrieben mit Betriebsrat zur Verfügung (§ 4 Abs. 4 UrlG). Der Arbeitnehmer muss hier ein Begehren auf Festlegung des Urlaubs in der Länge von mindestens zwölf Werktagen zumindest drei Monate vor dem gewünschten Termin dem Arbeitgeber zu Kenntnis bringen. Ist der Arbeitgeber nicht einverstanden, muss er den Betriebsrat zu den Verhandlungen beiziehen. Kommt auch so keine Einigung zustande, darf der Arbeitnehmer den Urlaub zum gewünschten Termin antreten. Es sei denn, der Arbeitgeber erhebt eine negative Feststellungsklage frühestens acht und spätestens sechs Wochen vor dem beabsichtigten Termin beim zuständigen Arbeitsgericht.

In beiden Varianten wird das Gerichtsurteil typischerweise zu spät erfolgen, um vor dem Urlaubstermin Rechtsklarheit zu schaffen. In beiden Fällen darf der Arbeitnehmer den Urlaub aber (auf eigenes Risiko) antreten. Verliert er jedoch den Prozess, stellt sich sein Handeln nachträglich als eigenmächtig und vertragswidrig dar. Diese Vertragsverletzung kann bis zur Entlassung führen.

### 5. Zulässigkeit von Betriebsurlauben?

Gerade während der Sommermonate oder über Weihnachten schließen viele Betriebe; es wird eine Betriebssperre vorgenommen. Wie bereits erläutert ist es aber grundsätzlich nicht möglich einseitig Urlaub anzuordnen. Auch Betriebsvereinbarungen, die Urlaubszeiträume definieren sind unzulässig. Hier kann also allenfalls eine schlüssige Urlaubsvereinbarung angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer das „jedes Jahr zur gleichen Zeit in den Urlaub schicken“ akzeptiert.

Zumindest für einen Teil des Jahresurlaubs kann die Zustimmung der Arbeitnehmer aber auch im Vorhinein (z. B. beim Arbeitsvertragsabschluss) gegeben werden. Dem Arbeitnehmer muss allerdings ein ausreichend langer Teil Urlaub zu seiner freien Verfügung bleiben.<sup>26</sup> Stimmt der Arbeitnehmer einer Urlaubsvereinbarung zum Zeitpunkt der Betriebssperre nicht zu und erklärt sich arbeitsbereit, so kann er gemäß § 1155 ABGB Entgeltfortzahlung für die Zeit der Betriebssperre vom Arbeitgeber fordern und verbraucht weder Urlaub noch erbringt er Arbeitsleistung. Der Arbeitnehmer muss sich einzig anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat (z. B. Fahrtkosten).

## 6. Das Urlaubsentgelt

### a. Allgemeines

Nach § 6 UrlG hat der Arbeitnehmer für die Zeit des Urlaubs einen unabdingbaren Anspruch auf Urlaubsentgelt nach dem Entgeltausfallprinzip. Dieses ist grundsätzlich zu Beginn des Urlaubs für die gesamte Urlaubsdauer im Voraus zu zahlen, wodurch sich die normale Fälligkeit ändert. Nimmt der Arbeitnehmer nur einen Teil des Urlaubs, steht dem Arbeitnehmer auch nur anteilig Urlaubsentgelt zu. Nach dem Entgeltausfallprinzip ist dem Arbeitnehmer jenes Entgelt zu zahlen, dass ihm gebührt hätte, wenn der Urlaub nicht angetreten worden wäre. So sind etwa Überstunden, die auf Grund der Arbeitszeiteinteilung zu erbringen gewesen wären, beim Urlaubsentgelt zu berücksichtigen. Bei Leistungslöhnen ist das Urlaubsentgelt nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen zu berechnen. Der Arbeitnehmer soll durch den Urlaub also keinen Entgeltnachteil, aber auch keinen Vorteil erfahren.

### b. Austriacum: Urlaubs- und Weihnachtsgeld

Zu unterscheiden vom normalen Urlaubsentgelt im Sinne des § 6 UrlG sind die in der Praxis überaus häufigen Sonderzahlungen (Remunerationen; Urlaubs- und Weihnachtsgeld; 13. und 14. Monatsbezug). Diese sind gesetzlich nicht vorgesehen, finden sich aber in allen Kollektivverträgen und werden üblicherweise außerhalb des Geltungsbereiches von Kollektivverträgen in den Einzelarbeitsverträgen vereinbart. Die

<sup>26</sup> OGH, RdW 1988, 230, wo der OGH davon ausging, dass eine Vorauszustimmung über zwei Wochen Urlaub zulässig ist.

Fälligkeit der Sonderzahlungen variiert allerdings; oft werden die Sonderzahlungen aliquot vierteljährlich ausbezahlt, so dass der Arbeitnehmer alle drei Monate einen 1,5-fachen Monatsbezug erhält.

### 7. Erkrankung während des Urlaubs

Erkrankt ein Arbeitnehmer während seines Urlaubs, so unterbricht die Erkrankung unter bestimmten Umständen für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit seinen Urlaub (§ 5 UrlG), wenn

- der Arbeitnehmer die Erkrankung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat und
- diese länger als drei Kalendertage gedauert hat.

Diese Unterbrechung tritt nicht ein, wenn die Krankheit Folge einer dem Erholungszweck widersprechenden Erwerbstätigkeit ist (§ 5 Abs. 2 UrlG). Wird der Arbeitnehmer während seines Urlaubs wieder gesund, so wird sein Urlaub nicht automatisch um die Zeit der Erkrankung verlängert. Der Verbrauch des Resturlaubs bedarf einer neuerlichen Vereinbarung. Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber nach dreitägiger Krankheitsdauer die Erkrankung unverzüglich mitzuteilen und bei Wiederantritt des Dienstes ohne schuldhaftes Verzug ein ärztliches Zeugnis oder eine Bestätigung des KV-Trägers über Beginn, die Dauer und die Ursache der Arbeitsunfähigkeit vorzulegen. Bei einer Erkrankung im Ausland ist dem ärztlichen Zeugnis, sofern die Behandlung nicht in einer Krankenanstalt durchgeführt wurde, eine behördliche Bestätigung beizulegen, dass der ausstellende Arzt auch ein zugelassener Arzt ist. Diese Bestätigung kann etwa von einer ausländischen Botschaft in Österreich oder von einer österreichischen Behörde in diesem Staat (Österreichisches Konsulat, bzw. Botschaft) ausgestellt werden. Kommt man diesen Pflichten nicht nach, gilt der Urlaub als nicht unterbrochen, sondern konsumiert.

### 8. Urlaub und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Grundsätzlich soll der Urlaub in natura verbraucht werden. Ist das Arbeitsverhältnis aber beendet, besteht diese Möglichkeit nicht mehr, der Urlaub kann nun nur noch in Geld vergütet werden. Ist zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Urlaubsjahr noch nicht abgelaufen und hat der Arbeitnehmer seinen Urlaub aus diesem noch nicht (voll) verbraucht, gebührt dem Arbeitnehmer eine aliquote Ersatzleistung. Diese entfällt jedoch bei ungerechtfertigtem Austritt.

Beispiel: Das Urlaubsjahr entspricht dem Kalenderjahr. Das Arbeitsverhältnis endet am 31.08. Der Arbeitnehmer hat 2/3 des Urlaubsjahres gearbeitet und fünf Tage Urlaub verbraucht. Vom aliquoten Urlaubsanspruch in Höhe von 20 Werktagen sind also fünf Werktage abzuziehen. Für den verbleibenden Rest von 15 Werktagen gebührt eine Ersatzleistung im Ausmaß des bei Naturalverbrauch zu leistenden Urlaubsgeldes.

Hat der Arbeitnehmer im Beendigungsjahr mehr Urlaub verbraucht als er gehabt hätte (in unserem Beispiel z. B. 24 Werktage), so muss der Arbeitnehmer das zuviel bezogene Urlaubsentgelt nur zurückzahlen, wenn das Arbeitsverhältnis durch ungerechtfertigten Austritt oder verschuldete Entlassung geendet hat. Bei Kündigung und einvernehmlicher Lösung besteht keine Rückzahlungsverpflichtung.

Bei Resturlauben aus früheren Jahren, steht dem Arbeitnehmer die Ersatzleistung in voller Höhe zu, soweit der Urlaub noch nicht verjährt ist. Eine Aliquotierung findet nicht statt; diese bezieht sich nur auf das Jahr in dem das Arbeitsverhältnis endet.

Außer im Fall des Rechtsmissbrauchs besteht keine Obliegenheit des Arbeitnehmers Urlaub innerhalb der Kündigungsfrist zu verbrauchen. Auch ein zumutbarer Nichtverbrauch hat keine Auswirkungen auf die Urlaubersatzleistung. Die Urlaubersatzleistung geht bei Tod des Arbeitnehmers auf dessen Erben über.

## 9. Verjährung

Der Urlaub soll grundsätzlich in dem Jahr in dem er entsteht verbraucht werden. Ist dies nicht möglich, so verfällt er nicht sofort, sondern wird ins nächste Jahr mitgenommen. Wird er allerdings nicht innerhalb von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem der Urlaub entstanden ist verbraucht, so verjährt er (§ 4 Abs. 5 UrlG). Urlaub eines Arbeitnehmers, dessen Urlaubsjahr am 01.01.2004 begonnen hat, verjährt also erst, wenn der Urlaub aus 2004 nicht bis zum 31.12.2006 verbraucht wird. Der im neuen Urlaubsjahr angetretene Urlaub ist zuerst auf den Anspruch des Vorjahres anzurechnen. Verjähren kann Urlaub allerdings nur dann, wenn sein Verbrauch auch objektiv möglich war.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> OGH 8 Obs178/99f; etwa aufgrund einer Krankheit.

### 10. Aufzeichnungspflichten

Der Arbeitgeber muss gemäß § 8 UrlG folgendes aufzeichnen:

- den Zeitpunkt des Dienstantrittes des Arbeitnehmers, die angerechneten Dienstzeiten und die Dauer des dem Arbeitnehmer zustehenden Urlaubes,
- die Zeit, in welcher der Arbeitnehmer Urlaub genommen hat,
- das Urlaubsentgelt und der Zeitpunkt der Auszahlung,
- wenn das Urlaubsjahr nicht nach dem Arbeitsjahr berechnet wird, den Zeitpunkt, ab dem die Umstellung gilt, und die Norm durch die umgestellt wurde sowie das Ausmaß der dem Arbeitnehmer für den Umstellungszeitraum gebührenden Urlaubsansprüche und der Zeitraum, in dem dieser Urlaub verbraucht wurde.

Die Einhaltung der Urlaubsbestimmungen soll durch diese Aufzeichnungspflichten leichter kontrolliert werden können. Verstöße sind sanktionsbewährt (§ 13 UrlG).

### 11. Pflegefreistellung

§ 16 Abs. 1 UrlG räumt unabhängig von sonstigen Bestimmungen einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zum Höchstausmaß von einer Woche pro Arbeitsjahr ein, wenn ein Arbeitnehmer nach Antritt des Arbeitsverhältnisses an der Arbeitsleistung

- wegen der notwendigen Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten nahen Angehörigen (insbesondere Ehepartner, Lebensgefährtin, Kind) oder
- wegen der notwendigen Betreuung seines Kindes (Wahl- oder Pflegekind) infolge Ausfalls einer Person, die das Kind ständig betreut hat aus den Gründen des § 15d Abs. 2 Z. 1-4 MSchG (Tod, Aufenthalt in einer Heil- und Pflegeanstalt, Verbüßung einer Freiheitsstrafe sowie bei einer anderweitigen auf behördliche Anordnung beruhenden Anhaltung, schwere Erkrankung – „Betreuungsfreistellung“)

nachweislich verhindert ist.

§ 16 Abs. 2 UrlG sieht den Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung unter Entgeltfortzahlung für eine weitere Woche pro Arbeitsjahr vor, wenn der Anspruch nach Abs. 1 verbraucht ist. Dieser Anspruch besteht allerdings nur bei einer neuer-

lichen notwendigen Pflege seines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten Kindes, das das 12. Lebensjahr noch nicht überschritten hat. Der Anspruch nach Abs. 2 darf also nicht unmittelbar an die Pflegefreistellung nach Abs. 1 angrenzen.

Sind beide Ansprüche erschöpft, kann der Arbeitnehmer zur notwendigen Pflege seines im gemeinsamen Haushalt lebenden maximal 12-jährigen erkrankten Kindes Urlaub ohne vorherige Vereinbarung mit dem Arbeitgeber antreten. Hier wird der Grundsatz, dass Urlaub zwingend einer Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bedarf, durchbrochen.

Die Bedeutung des § 16 UrlG und seiner einzelnen Absätze ist für Arbeiter und Angestellte unterschiedlich. Die Generalklausel des § 8 Abs. 3 AngG (Entgeltfortzahlungen aus sonstigen wichtigen Gründen) ist für Angestellte zwingend und umfasst auch die Fälle der Pflegefreistellung mit. Weder § 16 Abs. 1 noch Abs. 2 UrlG sind für Angestellte von direkter arbeitsrechtlicher Relevanz. Eine Aneinanderreihung von § 8 Abs. 3 AngG und § 16 UrlG ist ausgeschlossen. § 16 UrlG hat für Angestellte primär nur eine die Rechtsdurchsetzung erleichternde Bedeutung.

Für Arbeiter sieht § 1154b Abs. 5 ABGB eine nahezu mit § 8 Abs. 3 AngG wortgleiche Entgeltfortzahlungsbestimmung aus sonstigen wichtigen Gründen vor. § 1154b Abs. 5 ABGB ist allerdings kollektivvertragsdispositiv. Wo dies – z. B. über eine taxative Aufzählung von Dienstverhinderungsgründen – geschehen ist, erlangt § 16 UrlG eine wesentliche Bedeutung.

§ 16 Abs. 3 UrlG hat sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte eine eigenständige Bedeutung. Dauert die Pflegebedürftigkeit länger an, als § 8 Abs. 3 AngG und § 1154b Abs. 5 ABGB Anspruch auf Freistellung unter Entgeltfortzahlung einräumen, können beide nach § 16 Abs. 3 UrlG einseitig Urlaub antreten.

## **12. Familienhospizkarenz**

§§ 14a, 14b, 15a AVRAG sehen für Arbeitnehmer eine Familienhospizkarenz vor, d. h. die Möglichkeit der Karenzierung zur Sterbebegleitung und zur Begleitung schwersterkrankter Kinder vor. Anstelle einer vollen Karenzierung (d. h. volle Freistellung von der Arbeitspflicht unter Entfall des Entgelts) kann der Arbeitnehmer auch eine Herabsetzung seiner Arbeitszeit oder eine andere Verteilung der Arbeitszeit verlangen.

Anspruchsberechtigt sind Ehe- oder Lebenspartner, Verwandte in gerader Linie, Wahl- oder Pflegekinder, Schwiegereltern und Schwiegerkinder. Ein gemeinsamer Haushalt ist nicht erforderlich. Der Anspruch besteht grundsätzlich bis zur Dauer von drei Monaten, für schwersterkrankte Kinder bis zu fünf Monaten. Der Arbeitnehmer kann eine Ausdehnung bis zu sechs Monaten verlangen. Die Einwilligung des Arbeitgebers ist nicht erforderlich, muss vom Arbeitnehmer jedoch rechtzeitig schriftlich beantragt werden. Das heißt der Arbeitnehmer muss die Karenz zumindest fünf Tage vor Antritt bekannt geben. Ist der Arbeitgeber nicht einverstanden, kann er dagegen Klage erheben, für die Zeit des Prozesses darf der Arbeitnehmer jedoch die Karenz in Anspruch nehmen.

## VI. Arbeitsverhinderung/Krankheit

### 1. Die allgemeine Regel der Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB

Grundsätzlich gilt: „Ohne Arbeit kein Entgelt“. § 1155 ABGB durchbricht diesen Grundsatz und sieht vor, dass der Arbeitnehmer für nicht zustande gekommene Dienstleistungen einen zeitlich unbegrenzten Anspruch auf Entgelt hat. Der Arbeitnehmer muss dazu zur Leistung bereit gewesen sein, und die Erbringung seiner Dienstleistung war durch Umstände verhindert, die auf Seiten des Dienstgebers liegen. Das Paradebeispiel ist der Ausfall von Maschinen. § 1155 ABGB ist allerdings eine dispositive Regelung; abweichende Regelungen sind bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit zulässig. Der Arbeitnehmer muss sich jedoch alles anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

Fallen die Gründe aus denen die Arbeitsleistung unterbleibt in die Sphäre des Arbeitnehmers, hat dieser keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Diese Grundregel wird vielfach durchbrochen und zumeist eine zeitlich befristete Entgeltfortzahlung vorgesehen, z. B. bei Krankheit, Pflege naher Angehöriger, sonstigen wichtigen persönlichen Gründen.

Schwierigkeiten bereitet die Zuordnung bei Gründen, die weder dem Arbeitgeber noch dem Arbeitnehmer sondern eher der Allgemeinheit zuzurechnen sind (z. B. Bürgerkrieg, Seuchen). Man spricht hier von der neutralen Sphäre. Fällt ein Ereignis in die neutrale Sphäre besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Der OGH neigt aber dazu, Naturereignisse wie z. B. Schneefall, der Arbeitgeber-Sphäre zuzuordnen und

dem Arbeitnehmer so einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu gewähren. Nur Naturereignisse, die die Allgemeinheit treffen, sollen nicht in die Arbeitgeber-Sphäre fallen.

## **2. Leistungsbereitschaft im Sinne des § 1155 ABGB**

Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht nur dann, wenn der Arbeitnehmer subjektiv und objektiv leistungsbereit war. Er muss also jedenfalls leistungsfähig sein. Ist er arbeitsunfähig kann § 1155 ABGB nicht zur Anwendung kommen, wohl aber unter bestimmten Voraussetzungen die Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Darüber hinaus muss der Arbeitnehmer seine Leistung auch tatsächlich anbieten und leistungswillig sein. Beweispflichtig für die Leistungs(un)willigkeit ist der Arbeitgeber. Nicht erforderlich ist das Anbieten der Leistung Tag für Tag aufs Neue. Steht von vornherein fest, für wie lange der Arbeitgeber auf die Leistung des Arbeitnehmers verzichten will, ist es ausreichend, wenn der Arbeitnehmer am ersten Tag dieser Dauer seine Leistung anbietet.

Im Rahmen eines Prozesses anlässlich der Beendigung des Dienstverhältnisses, wird die Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers durch die Prozessführung fingiert. Obsiegt der Arbeitnehmer also im Kündigungsanfechtungsverfahren, so steht ihm nach § 1155 ABGB das Entgelt für die Zeit des Prozesses zu.

## **3. Entgeltfortzahlung im Streik**

Streikende Arbeitnehmer haben mangels Arbeitsbereitschaft keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegen den Arbeitgeber und verletzen ihre Arbeitspflicht auch dann, wenn der Streik als kollektive Maßnahme an sich rechtmäßig war. Unabhängig davon werden in Österreich die meisten Streiks gewerkschaftlich organisiert. Der ÖGB übernimmt in diesen Fällen regelmäßig die Entgeltfortzahlung.

Bei einem Teilstreik, bei dem sich einzelne Arbeitnehmer arbeitsbereit erklären, der Arbeitgeber sie aber aufgrund des Streiks nicht einsetzen kann, ist die vom Arbeitnehmer behauptete Arbeitsbereitschaft streng zu prüfen. Wird der Arbeitskampf auch im (objektiven) Interesse der Arbeitswilligen geführt, so haben sie trotz Arbeitsbereitschaft keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Ansonsten würde der Streik teilweise durch den Arbeitgeber finanziert werden, was nicht im Interesse einer sich neutral verhaltenden Rechtsordnung liegen kann.

### 4. Entgeltfortzahlung bei wichtigen persönlichen Gründen

Ist ein Arbeitnehmer aus Gründen, die nichts mit einer Erkrankung zu tun haben verhindert und liegen die Umstände aus denen die Arbeit entfällt in seiner Sphäre und/oder ist der Arbeitnehmer nicht arbeitsbereit, so hat er unter bestimmten Voraussetzungen dennoch einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Für Arbeiter ergibt sich dieser aus § 1154b ABGB, für Angestellte aus § 8 Abs. 3 AngG. Dieser Entgeltfortzahlungsanspruch setzt voraus, dass der Arbeitnehmer durch wichtige Gründe an der Dienstleistung gehindert ist, die seine Person betreffen. Als wichtige Hinderungsgründe kommen in Betracht: Gründe tatsächlicher Natur (Störung öffentlicher Verkehrsmittel, Elementarereignisse), Gründe rechtlicher Natur (behördliche Ladungen, Ausübung des Wahlrechts, Impfpflicht, nicht jedoch Präsenzdienst, Betriebsversammlungen) oder Gründe, die sich aus Sitte und Herkommen ableiten (Pflege, Beerdigung, Hochzeitsfeiern). Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht allerdings nur für den Fall, dass der in der Person des Arbeitnehmers liegende Hinderungsgrund notwendig in die Arbeitszeit fällt.

#### Beispiel:

Arzttermine – Hier besteht zwar in der Regel ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, doch sind Arzttermine nach Möglichkeit außerhalb oder am Rande der Arbeitszeit zu konsumieren.

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht grundsätzlich für die Dauer der tatsächlichen Verhinderung, jedenfalls aber nur für verhältnismäßig kurze Zeit (in der Regel maximal eine Woche). Bei einem Arzttermin um 9 Uhr ist daher nach diesem Termin die Arbeit wieder aufzunehmen. Jedes Verschulden schließt den Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus persönlichem, wichtigen Grund aus. Auf Verlangen des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer den Hinderungsgrund nachweisen. Der Hinderungsgrund ist dem Arbeitgeber aufgrund der Treupflicht des Arbeitnehmers rechtzeitig anzuzeigen. Unterlässt der Arbeitnehmer dies, so kann der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schadenersatzpflichtig werden. Angestellte können den Anspruch nach § 8 Abs. 8 AngG verlieren. Das ABGB sieht für Arbeiter keine nachteiligen Säumnisfolgen vor. Der Anspruch nach § 8 AngG ist unabdingbar, jener nach § 1154b Abs. 5 ABGB dagegen ist kollektivvertragsdispositiv. Viele Kollektivverträge enthalten Listen mit Hinderungsgründen und einer Zeitangabe für die Entgeltfortzahlung. Bei Arbeitern ist diese Aufzählung abschließend, während sie das bei Angestellten nicht sein kann.

## 5. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

### a. Allgemeines

Auch im Krankheitsfall ist der Grundsatz „ohne Arbeit kein Entgelt“ aus sozialpolitischen Gründen durchbrochen. Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist ein zwingender Anspruch und kann nicht abbedungen werden. Voraussetzung für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist, dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist. Er ist aus gesundheitlichen Gründen an der Dienstleistungsbereitstellung verhindert, bzw. nur unter der Gefahr einer weiteren Beeinträchtigung seiner Gesundheit in der Lage, seiner Arbeitspflicht nachzukommen. Ist die Arbeitsunfähigkeit grob fahrlässig oder gar vorsätzlich herbeigeführt, besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. In der regelkonformen Sportausübung (z. B. Fußball, aber auch Kampfsport) kann kein großes Verschulden gesehen werden.

Das Gesetz spricht hinsichtlich der Arbeitsverhinderung von Krankheit und Unglücksfall (gemeint: Unfall). Sind diese sozialversicherungsrechtlich als Berufskrankheit oder Arbeitsunfall einzuordnen, entstehen höhere Entgeltfortzahlungsansprüche. Die Arbeitsunfähigkeit muss immer bezüglich der konkreten Arbeitspflicht bestehen. Ist eine reine Schreibkraft z. B. heiser, wird man nicht davon ausgehen können, dass diese arbeitsunfähig ist. Anders würde diese Beurteilung bei einem Opernsänger ausfallen.

Die Arbeitsunfähigkeit ist im Streitfall vom Arbeitnehmer zu beweisen. Um Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu haben, ist die Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitgeber unverzüglich bekanntzugeben. Der Arbeitgeber kann zusätzlich verlangen, dass der Arbeitnehmer ein ärztliches Zeugnis zum Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit vorlegt. Es steht dem Arbeitgeber frei, dies bereits am ersten Tag der Erkrankung zu verlangen. Kommt der Arbeitnehmer seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, verliert er den Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer der Säumnis und macht sich u. U. schadenersatzpflichtig. Eine Entlassung wird nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

Die Entgeltfortzahlung erfolgt nach dem Entgeltausfallprinzip. Endet das Arbeitsverhältnis während eines Zeitraums der Entgeltfortzahlung, so endet grundsätzlich auch der Anspruch auf Entgeltfortzahlung mit diesem Zeitpunkt. Wird der Arbeitnehmer allerdings während der Erkrankung gekündigt, ohne Grund entlassen oder tritt der Arbeitnehmer berechtigt aus, so hat der Arbeitgeber ausnahmsweise die Pflicht der Entgeltfortzahlung bis über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus.

Hat ein Dritter die Arbeitsunfähigkeit verschuldet, geht der Schadenersatzanspruch des verletzten Arbeitnehmers (Verdienstentgang) im Wege der Legalzession mit der Lohnfortzahlung auf den Arbeitgeber über.

Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erfolgt nur für einen bestimmten Zeitraum durch den Arbeitgeber, im Anschluss greift typischerweise die Krankenversicherung ein. Die Entgeltfortzahlung ist für Angestellte und Arbeiter z. T. unterschiedlich geregelt, eine Wartezeit ist weder für Angestellte noch für Arbeiter vorgesehen. Grundsätzlich besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung in voller Höhe für die Dauer von sechs Wochen. Der Anspruch erhöht sich, wenn das Dienstverhältnis nicht unterbrochen wurde, nach

- 5 Dienstjahren auf 8 Wochen,
- 15 Dienstjahren auf 10 Wochen,
- 25 Dienstjahren auf 12 Wochen.

Für jeweils weitere vier Wochen haben Angestellte und Arbeiter einen Anspruch auf Fortzahlung des halben Entgelts.

### b. Angestellte

Bei Angestellten ist zwischen einer Erst- und einer Folgeerkrankung zu unterscheiden. Bei einer Ersterkrankung hat der Angestellte einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen (§ 8 Abs. 1 AngG). Im Falle eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit erhöht sich der Anspruch auf acht Wochen. Dauert die Erkrankung länger als sechs Wochen, hat der Angestellte Anspruch auf halbe Entgeltfortzahlung für die Dauer von weiteren vier Wochen. Ist der Angestellte dann noch immer nicht arbeitsfähig, entfällt die Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers. Im Anschluss greift typischerweise die Krankenversicherung ein.

Unter einer Folgeerkrankung versteht man jede Arbeitsunfähigkeit, die innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach Wiederantritt des Dienstes auftritt. Erkrankt der Angestellte mehrmals innerhalb dieses Sechs-Monats-Zeitraums, handelt es sich um mehrere Folgeerkrankungen, sofern der Angestellte dazwischen seine Arbeit wieder angetreten hat. Bei einer Folgeerkrankung kann der Angestellte zunächst einen etwaigen Restanspruch für die Ersterkrankung aus dem ersten Anspruch („Topf“) der vollen Entgeltfortzahlung ausschöpfen. Für jede Folgeerkrankung hat der Angestellte aber noch einen zusätzlichen Entgeltfortzahlungsanspruch in gleicher Dauer wie bei der Ersterkrankung, aber in halber Höhe (also sechs Wochen halbe Entgeltfortzahlung,

vier Wochen viertel Entgeltfortzahlung). Der Anspruch des Angestellten darf allerdings auch bei der Folgeerkrankung nicht länger bestehen als bei der Ersterkrankung (in der Regel also zehn Wochen), auch wenn dies mathematisch leicht möglich wäre. Der Angestellte darf schließlich zunächst noch den Restanspruch verbrauchen und hat dann erst den Anspruch aus dem „Topf“ Folgeerkrankung. Pro Erkrankungsfall kann daher die Entgeltfortzahlung höchstens so lang wie im Falle einer Ersterkrankung gewährt werden.

Beispiel:

Angestellter im 1. Dienstjahr → 6 Wochen voll, 4 Wochen halb

Ersterkrankung: 3 Wochen → 3 Wochen aus „Topf Ersterkrankung“

⇒ wieder gesund! 1 Woche in der Arbeit

Folgeerkrankung (innerhalb von 6 Monaten nach Dienstwiederantritt): 13 Wochen

⇒ 3 Wochen voll aus „Resttopf Ersterkrankung“, 4 Wochen halb aus „Topf Ersterkrankung“, zusätzlich 3 Wochen halb aus „Topf Wiedererkrankung“

⇒ aber: maximale Dauer der Entgeltfortzahlung = 10 Wochen

⇒ für die verbleibenden 3 Wochen kein Anspruch gegen den Arbeitgeber!

### c. Arbeiter

Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für Arbeiter ist im EFZG geregelt. Die Dauer entspricht der der Angestellten, allerdings bezieht sich der Anspruch auf das Arbeitsjahr. Bei Angestellten bezieht sich der Anspruch auf Entgeltfortzahlung auf die Dauer von sechs Monaten. Erst eine neuerliche Erkrankung, die zwölf Monate nach Wiederantritt der Arbeit auftritt, löst bei Arbeitern einen neuen, vollen Anspruch aus.

Ist die Arbeitsunfähigkeit dagegen Folge einer Berufskrankheit oder eines Arbeitsunfalls, kann der Arbeiter Entgeltfortzahlung für die Dauer von acht Wochen verlangen. Dieser Anspruch besteht losgelöst vom allgemeinen Jahresanspruch auf Entgeltfortzahlung. Er stellt nicht auf das Arbeitsjahr, sondern vielmehr auf das Unfallereignis ab.

## VII. Wettbewerbsverbot

### 1. Wettbewerbsverbot während eines Arbeitsverhältnisses

#### a. Angestellte

Für Angestellte ist das Wettbewerbsverbot im aufrechten Arbeitsverhältnis in § 7 AngG geregelt; für Angestellte bei Wirtschaftstreuhändern und Ziviltechnikern gilt ein noch

weiterreichendes Wettbewerbsverbot. Allgemein dürfen Angestellte ohne Einwilligung des Arbeitgebers

- kein selbständiges kaufmännisches Unternehmen betreiben,
- keine Handelsgeschäfte im Geschäftszweig des Arbeitgebers abschließen, weder auf eigene, noch auf fremde Rechnung.

Ein Verstoß stellt nach § 27 Z. 3 AngG einen Entlassungsgrund dar. Der Arbeitgeber kann aber auch den verursachten Schaden ersetzt verlangen (§ 7 Abs. 2 AngG), oder dass die für Rechnung des Angestellten gemachten Geschäfte auf ihn umgeschrieben werden. Er kann das Entgelt verlangen, dass der Arbeitnehmer für die Geschäftsführung bekommen hat. Diese Ansprüche des Arbeitgebers erlöschen in drei Monaten ab dem Zeitpunkt, an dem er vom Wettbewerbsverstoß des Arbeitnehmers Kenntnis erlangt hat.

### b. Arbeiter

Für Arbeiter ist neben der Treuepflicht vor allem § 82 lit. e GewO 1859 relevant. Danach kann ein Arbeitnehmer entlassen werden, wenn er ohne Einwilligung des Arbeitgebers ein für seine Verwendung abträgliches Nebengeschäft betreibt.

## 2. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ist inhaltsgleich in §§ 36 ff. AngG für Angestellte und in § 2c AVRAG für Arbeiter geregelt.

### a. Voraussetzungen

- Der Arbeitnehmer muss zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung volljährig sein (d. h. er muss das 18. Lebensjahr vollendet haben).
- Die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Geschäftszweig des Arbeitgebers beschränken.
- Sie darf nicht länger als ein Jahr nach Vertragsende dauern.
- Die Beschränkung darf nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zum geschäftlichen Interesse des Arbeitgebers eine unbillige Erschwernis des Fortkommens des Arbeitnehmers darstellen.
- Der Arbeitnehmer muss im letzten Monat des Arbeitsverhältnisses mehr als das 17fache der Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG verdienen (für das Jahr 2010 sind das 2.329,- EUR).

## b. Rücktrittsrecht, Kündigung

Der Arbeitgeber kann sich dann nicht auf das Wettbewerbsverbot berufen, wenn

- der Arbeitgeber durch schuldhaftes Verhalten dem Arbeitnehmer Anlass zum Austritt oder zur Kündigung gibt.
- der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis löst, außer der Arbeitnehmer hat die Lösung schuldhaft verursacht.

Für den Fall der Zuwiderhandlung des Arbeitnehmers kann eine Konventionalstrafe vereinbart werden, die allerdings durch den Richter gemäßigt werden kann. Untergrenze für die Mäßigung ist der tatsächlich entstandene Schaden, den der Arbeitgeber beweisen muss.

## VIII. Qualifizierung der Arbeitnehmer

Für die Arbeitgeber bestehen zur Qualifizierung ihrer Arbeitnehmer verschieden öffentliche Fördermöglichkeiten, die die Finanzierung der Maßnahmen für die Unternehmen erleichtern.

### 1. Förderungen durch das Arbeitsmarktservice (AMS)

#### a. Allgemeines

AMS-Förderungen können im Detail je nach Bundesland unterschiedlich geregelt sein. Grundsätzlich besteht auf Förderungen des AMS kein Rechtsanspruch. Sind die Mittel ausgeschöpft, so kann die Förderung vom AMS gestoppt werden, ohne dass das AMS dabei gleichheitswidrig vorgeht. Ansprechpartner für Förderungen des AMS ist die örtlich zuständige regionale Geschäftsstelle.

#### b. Beratung durch das AMS

Um auf bestimmte Entwicklungen im Unternehmen reagieren zu können, bietet das AMS Unternehmern zwei Formen kostenloser Beratung an:

- Flexibilisierungsberatung und
- Qualifizierungsberatung.

### i. Flexibilisierungsberatung

Die Flexibilisierungsberatung unterstützt Betriebe mit bis zu 50 Arbeitnehmern im Zuge von Umstrukturierungen. Ziel ist es, Betriebe bei Kapazitätsschwankungen und in Fragen des Personalmanagements zu unterstützen. Durch veränderte Organisation, flexiblere Arbeitszeitmodelle, mehr inner- und überbetriebliche Mobilität und die richtige Aus- und Weiterbildungsaktivität soll es den Betrieben möglich werden, den Beschäftigungsstand zu halten. Auch Fragen des altersgerechten Arbeitens spielen in der Beratung eine Rolle.

### ii. Qualifizierungsberatung

Die Qualifizierungsberatung unterstützt Betriebe mit bis zu 50 Arbeitnehmern und ist wie die Flexibilisierungsberatung kostenlos. Ziel der Beratung ist es, KMUs verstärkt in Weiterbildungsaktivitäten einzubeziehen, vor allem jene Personengruppen unter den Beschäftigten, die derzeit in der betrieblichen Weiterbildung unterrepräsentiert sind. Zu diesem Zweck wird ein Bildungsplan erarbeitet. Kann über die kurzfristige Qualifizierung keine Lösung in den Personalfragen gefunden werden, so erstreckt sich die Beratung auch auf Themen wie Personalmanagement, Arbeitsorganisation, Mobilität, Arbeitszeit und altersgerechtes Arbeiten.

### c. Förderung der betrieblichen Weiterbildung

#### i. Qualifizierungsförderung für Beschäftigte

Ziel ist, v. a. jene Personengruppen, die bei betrieblichen Weiterbildungskursen unterrepräsentiert sind, in das lebenslange Lernen einzubinden. Bei Vorlage eines Bildungsplans werden in der Regel Weiterbildungsmaßnahmen folgender Arbeitnehmer gefördert, sofern sie in einem vollversicherten Arbeitsverhältnis stehen:

- Arbeitnehmer ab 45 Jahren,
- Frauen mit höchstens Lehrausbildung oder mittlerer Schule,
- Wiedereinsteiger,
- Personen in Elternkarenz.

Gefördert werden grundsätzlich zwei Drittel der Ausbildungskosten, bei Frauen ab 45 sowie Förderfällen im Burgenland sogar drei Viertel der Kosten. Förderfähig ist nur eine Ausbildung, die zumindest 16 Stunden umfasst.

## ii. Weiterbildung bei Kurzarbeit

Seit März 2009 besteht die Möglichkeit Kurzarbeit mit einer Qualifizierung zu kombinieren. Der Unternehmer erhält dabei eine Förderung von 60 Prozent (im Burgenland 75 Prozent) der dabei anfallenden Ausbildungskosten zusätzlich zur normalen Kurzarbeitsbeihilfe.

## iii. Qualifizierungsverbünde

Mehrere Unternehmen können gemeinsam die Weiterbildungsmaßnahmen planen und durchführen. Das AMS fördert den Aufbau von Qualifizierungsverbänden, sofern sich mindestens drei Betriebe zusammenschließen und mindestens die Hälfte der Betriebe KMUs sind.

## iv. Bildungskarenz

Nach einer Wartezeit von sechs Monaten können Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine Bildungskarenz gegen Entfall des Entgelts für die Dauer von mindestens zwei Monaten bis zu einem Jahr vereinbaren. Während der Dauer der Bildungskarenz gebührt dem Arbeitnehmer das Weiterbildungsgeld gemäß § 26 ALVG, dessen Höhe jener des Arbeitslosengeldes entspricht.

## v. Bildungskarenz plus

Unternehmer, die die Weiterbildungskosten für ihre Mitarbeiter während einer Bildungskarenz übernehmen, können in Höhe von 25 bis zu 50 Prozent gefördert werden.

## 2. Arbeitsstiftungen

Arbeitsstiftungen werden von den Sozialpartnern eingerichtet und müssen durch öffentlichen Bescheid anerkannt werden. Es gibt zwei verschiedenen Grundmodelle:

- Stiftungen für Phasen des Personalabbaus (Outplacement Stiftungen) und
- Stiftungen für Phasen des Fachkräftemangels (Implacement Stiftungen).

Durch umfangreiche Ausbildungen sollen die Qualifikationen der Stiftungsteilnehmer verbessert werden, um den fortschreitenden Strukturwandel besser zu bewältigen. In den Stiftungen sollen Arbeitnehmer besonders praxisnah qualifiziert werden.

Die Stiftungen werden von den Unternehmen selbst finanziert, das Land und das AMS leisten in der Regel einen Zuschuss. Die Finanzierung erfolgt über einen monatlichen Betrag, den das Unternehmen an den Stiftungsträger bezahlt und über ein Stipendium, das direkt an den Stiftungsteilnehmer bezahlt wird. Der Stiftungsteilnehmer erhält vom AMS Stiftungsarbeitslosengeld und das Stipendium.

### 3. Lohnkostenzuschüsse

Lohnkostenzuschüsse bekommen Unternehmen, die arbeitslose Personen einer bestimmten Zielgruppe einstellen. Arbeitsmarktpolitisch gewünschte Neu-/Ersatzeinstellungen sollen so gefördert werden. Lohnkostenzuschüsse existieren in Form von Eingliederungsbeihilfen, Lehrstellenförderung, Förderung im Rahmen der Elternteilzeit oder bei gemeinnütziger Arbeitskräfteüberlassung.

### 4. Förderungen der Austria Wirtschaftsservice GmbH (aws)

Die aws bietet als staatliche Förderbank gezielte Wirtschaftsförderungen an. Über die aws werden Zuschüsse und Kredite für Projekte, Investitionsmaßnahmen sowie arbeitsplatzschaffende und –sichernde Investitionen vergeben und Haftungen für Bankkredite übernommen. Eine vollständige Auflistung aller Förderungen der aws ist auf der Homepage des aws ([www.awsg.at](http://www.awsg.at)) unter „Downloadcenter“ zu finden.

## D. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### I. Allgemeines

Das Arbeitsverhältnis kann durch folgende Auslösungsakte beendet werden:

- Einvernehmliche Auflösung (Aufhebungsvertrag),
- Kündigung des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers,
- Entlassung des Arbeitnehmers (entspricht der deutschen außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber),
- Austritt des Arbeitnehmers (entspricht der deutschen außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitnehmer),

- Beendigung durch Fristablauf,
- Beendigung durch Eintritt einer Resolutivbedingung,
- Tod des Arbeitnehmers,
- Beendigung im Probearbeitsverhältnis.

## II. Aufhebungsrecht

Grundsätzlich ist eine einvernehmliche Beendigung jederzeit möglich und bedarf keiner bestimmten Form. Anders für bestandgeschützte Arbeitnehmer:

- Für bestandgeschützte Mütter und Väter nach dem MSchG bzw. dem VKG ist die Schriftform erforderlich; Minderjährige sind hier zusätzlich von einem Arbeits- und Sozialgericht oder der Arbeiterkammer über den bestehenden Kündigungsschutz zu belehren.
- Bei nach dem APSG besonders geschützten Präsenz- und Zivildienern ist ebenfalls die Schriftform erforderlich und auch bei Volljährigen zusätzlich eine Belehrung über den Kündigungsschutz.
- Bei Lehrlingen ist ebenfalls die Schriftform erforderlich; sind sie minderjährig, ist zusätzlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

Bei einer einvernehmlichen Beendigung entfällt die Abfertigung alt; ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot kann aber geltend gemacht werden.

Zu beachten ist das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nach § 104a ArbVG: Verlangt der Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgeber eine Beratung mit dem Betriebsrat, kann eine wirksame einvernehmliche Lösung erst mindestens zwei Tage nach diesem Verlangen vereinbart werden. Wird die Zweitagesfrist nicht eingehalten, muss der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit innerhalb einer Woche schriftlich geltend machen und innerhalb von drei Monaten Klage einbringen.

## III. Kündigung

### 1. Kündigung (ordentliche Kündigung des Arbeitgebers)

In Österreich versteht man unter Kündigung nur die ordentliche Kündigung. Die außerordentliche oder fristlose Kündigung wird als Entlassung bezeichnet, wenn sie der Arbeitgeber ausspricht, Austritt, wenn sie der Arbeitnehmer ausspricht.

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Zukunft gerichtet ist. Ist die Kündigung zugegangen, kann sie nicht mehr widerrufen werden. Die Kündigungserklärung ist an keine Form gebunden. Bei befristeten Verträgen muss eine Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich vereinbart werden. Ohne Kündigungsvereinbarung beendet eine ausgesprochene Kündigung trotzdem wirksam das befristete Arbeitsverhältnis, der Arbeitgeber muss dann aber Schadenersatz für den Rest der Vertragslaufzeit leisten.<sup>28</sup> Zu beachten ist, dass eine Kündigungsvereinbarung bei sehr kurzen Befristungen unzulässig ist, wobei die Judikatur bereits bei einer viermonatigen Befristung eine Kündigungsmöglichkeit zugelassen hat.<sup>29</sup>

Eine Kündigung während des Urlaubs des Arbeitnehmers ist grundsätzlich möglich. Sie ist aber dann unzulässig, wenn die Kündigung mit kurzer Kündigungsfrist den Erholungszweck des Urlaubs zerstört.<sup>30</sup> Bei einer sechswöchigen Kündigungsfrist hat der OGH die Kündigung für zulässig erachtet.<sup>31</sup> Kennt der Arbeitgeber die Urlaubsadresse nicht und schickt das Kündigungsschreiben an die Wohnadresse, wird nur dann der Zugang fingiert, wenn der Arbeitnehmer mit einer Kündigung rechnen musste, und so die Nichtbekanntgabe der Urlaubsadresse eine treuwidrige Vereitelung des Zugangs bedeutet.

Eine Kündigung im Krankenstand ist ohne weiteres möglich, allerdings bleibt der Entgeltfortzahlungsanspruch für die konkrete Krankheit davon unberührt (§ 9 Abs. 1 AngG, § 5 EFZG).

### a. Kündigungsgründe

Grundsätzlich kann man grundlos kündigen, insbesondere muss bei Ausspruch der Kündigung kein Kündigungsgrund angegeben werden. Allerdings kann es dazu kommen, dass der Arbeitgeber im Rahmen des allgemeinen Kündigungs- (§§ 105 ff. ArbVG) oder des Diskriminierungsschutzes (GlBG) die Kündigung rechtfertigen muss, und zwar entweder durch betriebliche Gründe, oder durch Gründe in der Person des Arbeitnehmers, die die betrieblichen Interessen nachteilig berühren.

---

<sup>28</sup> OGH 9 ObA 49/05d.

<sup>29</sup> OGH 8 ObA 2202/96m.

<sup>30</sup> OGH 4 Ob 6/52.

<sup>31</sup> OGH 4 Ob 82/63.

## b. Kündigungsfristen

Kündigungsfrist ist in Österreich der Zeitraum zwischen dem Zugang der Kündigungserklärung und dem vorgesehenen Endtermin des Arbeitsverhältnisses. Die Kündigungsfrist ist vom Gesetz in der Regel als Mindestfrist konzipiert. Mit dem Kündigungstermin wird üblicherweise der Endtermin bezeichnet. Bei Fristen und Terminen ist zwischen Arbeitern und Angestellten zu unterscheiden.

### i. Angestellte

Im Angestelltenrecht gilt für die Kündigung durch den Arbeitgeber folgendes: Kündigungstermin ist nach dem Gesetz (§ 20 Abs. 2 AngG) des Quartalsende, d. h. der 31.03., 31.06., 31.09. und 31.12. Vertraglich kann allerdings auch der Monatsletzte und der 15. jedes Monats vereinbart werden, so dass im Ergebnis 24 Kündigungstermine wirksam vereinbart werden können.<sup>32</sup>

Die Kündigungsfristen (§ 20 Abs. 2 AngG) hängen von den zurückgelegten Dienstjahren ab, wobei nach dem Gesetz keine Vordienstzeiten anzurechnen sind. Die Fristen betragen:

- bis zum vollendeten 2. Dienstjahr sechs Wochen;
- nach dem vollendeten 2. Dienstjahr zwei Monate;
- nach dem vollendeten 5. Dienstjahr drei Monate;
- nach dem vollendeten 15. Dienstjahr vier Monate und
- nach dem vollendeten 25. Dienstjahr fünf Monate.

Für die Kündigung durch den Arbeitnehmer gilt folgendes: Kündigungstermin ist jeweils der Monatsletzte. Die Kündigungsfrist beträgt ein Monat, unabhängig von den Dienstjahren.

### ii. Arbeiter

Für die Kündigung des Arbeitgebers gilt folgendes (§ 77 GewO 1859):

- Es gibt keinen Kündigungstermin, d. h. der Endtermin ist beliebig,

---

<sup>32</sup> OGH 9 ObA 116/07k.

## § 1 Individualarbeitsrecht

---

- Die Kündigungsfrist beträgt 14 Tage, was aber einzelvertraglich auch zu Lasten des Arbeitnehmers abbedungen werden kann.

Für die Kündigung des Arbeitnehmers gilt das gleiche wie für die Kündigung des Arbeitgebers.

Zu beachten ist aber, dass die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber nicht kürzer sein darf als für den Arbeitnehmer (§ 1159c ABGB); umgekehrt darf die Frist für die Arbeitnehmerkündigung aber kürzer sein als für die Arbeitgeberkündigung.

### c. Besonderer Kündigungsschutz

Bestimmte Arbeitnehmergruppen genießen einen besonderen Kündigungsschutz; ihre Kündigung ist nur nach Zustimmung eines Gerichts möglich, dass bei Vorliegen meist taxativ aufgezählter Gründe die Zustimmung erteilen muss.

#### i. Belegschaftsfunktionäre (§§ 120 ff. ArbVG)

Der besondere Kündigungsschutz für Belegschaftsfunktionäre beginnt mit der Annahme der Wahl zum Betriebsratsmitglied und endet drei Monate nach dem Ausscheiden aus dem Betriebsrat. Ferner sind erfasst:

- Ersatzmitglieder des Betriebsrats, wenn sie mindestens zwei zusammenhängende Wochen vertreten und dem Arbeitgeber Beginn und Ende der Vertretung unverzüglich mitgeteilt haben.
- Wahlwerber nach Bestellung des Wahlvorstands und dem Offenkundigwerden ihrer Bewerbung.
- Wahlvorstände von der Bestellung bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist.

Für die Kündigung ist die Zustimmung des Gerichts erforderlich, diese muss zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorliegen. Das Gericht darf einer Kündigung nur aus folgenden Gründen zustimmen:

- wenn der Arbeitgeber im Falle einer dauernde Einstellung oder Schließung des Betriebs oder der Stilllegung einzelner Betriebsabteilungen nachweist, dass er den Betriebsrat trotz dessen Verlangens nicht ohne erheblichen Schaden an einem anderen Arbeitsplatz im Unternehmen weiterbeschäftigen kann,

- wenn das Betriebsratsmitglied arbeitsunfähig wird und die Wiedererlangung der Arbeitskraft nicht in absehbarer Zeit zu erwarten ist und dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung am selben oder einem andern Arbeitsplatz unzumutbar ist,
- wenn das Betriebsratsmitglied seine Pflichten beharrlich verletzt und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung unzumutbar ist.

## ii. Eltern (MSchG und VKG)

Für Frauen beginnt der besondere Bestandschutz mit dem Beginn der Schwangerschaft, die dem Arbeitgeber auch mitgeteilt werden muss. Die Unterlassung der Mitteilung führt nicht zum Verlust des besonderen Bestandschutzes. Die Kündigung ist jedoch zunächst wirksam. Die Arbeitnehmerin kann jedoch innerhalb von fünf Tagen nach Zugang der Kündigung die Schwangerschaft bekanntgeben und gleichzeitig eine ärztliche Bestätigung vorlegen, womit die Kündigung rückwirkend unwirksam wird. Das Verstreichen der Fünf-Tages-Frist führt nur dann nicht zum endgültigen Verlust des besonderen Kündigungsschutzes, wenn die Arbeitnehmerin ohne Verschulden an der Mitteilung gehindert war, was insbesondere auch bei schuldloser Unwissenheit über die Schwangerschaft gilt.

Der Schutz aufgrund der Schwangerschaft endet frühestens vier Monate nach der Geburt. Wird eine Karenz in Anspruch genommen (das ist bis zum 2. Lebensjahr des Kindes möglich), endet der Schutz vier Wochen nach der Karenz. Geht die Frau nach der Geburt in Teilzeit (möglich innerhalb des Zeitraums nach der 8. Woche nach der Geburt bis zur Vollendung des 7. Lebensjahr des Kindes), beginnt der Schutz mit der Bekanntgabe, Teilzeit arbeiten zu wollen, frühestens aber vier Monate vor dem Beginn der Teilzeitarbeit. Der Schutz bei Teilzeitarbeit endet grundsätzlich vier Wochen nach der Beendigung der Teilzeitarbeit, spätestens jedoch vier Wochen nach Vollendung des 4. Lebensjahrs des Kindes.

Der besondere Kündigungsschutz für Väter beginnt mit der Bekanntgabe der Karenz oder Teilzeitbeschäftigung, frühestens jedoch vier Monate vor dem Antritt. Vor Ausspruch der Kündigung muss eine positive Entscheidung des Gerichts vorliegen. Gleichzeitig mit der Anrufung des Gerichts ist der Betriebsrat zu verständigen. Die taxativ aufgezählten Kündigungsgründe, bei deren Vorliegen des Arbeitsgerichts der Kündigung zustimmen muss, sind abgestuft nach dem Lebensalter des Kindes (vgl. dazu § 7 Abs.3 VKG).

### iii. Ausbildungs-, Präsenz- und Zivildienstler (§§ 12 ff. APStG)

Der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber eine Zuweisung zu einem Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienst mitteilen. Der besondere Kündigungsschutz beginnt dann mit der Mitteilung über die Erlassung des Einberufungsbefehls, der Bekanntmachung der Einberufung oder mit Zustellung des Zuweisungsbescheids. Kommt der Arbeitnehmer seiner Mitteilungspflicht nicht nach, gilt für eine Kündigung folgendes: Spricht der Arbeitgeber die Kündigung innerhalb von 14 Tagen nach der Zuweisung aus, ist die Kündigung rückwirkend rechtsunwirksam, wenn der Arbeitnehmer innerhalb von drei Arbeitstagen die Mitteilung macht (§ 12 Abs. 2 APStG). Verhinderungsgründe verlängern diese Frist. Spricht der Arbeitgeber die Kündigung später aus, ist sie wirksam. Der Schutz endet grundsätzlich ein Monat nach Ende des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes.

Will der Arbeitgeber einen geschützten Arbeitnehmer kündigen, braucht er vorher die Zustimmung des Gerichts. Gleichzeitig mit der Klageeinbringung ist der Betriebsrat zu informieren. Die gerichtliche Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn der Betrieb stillgelegt wurde, und eine Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb des Unternehmens nicht möglich ist. Hier handelt es sich um einen jenen seltenen Fälle, in denen die soziale Gestaltungspflicht (Suche nach zumutbaren Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer) des Arbeitgebers bei betriebsbedingter Kündigung über die Betriebsgrenzen reicht. Eine ohne Zustimmung ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam; der Arbeitnehmer kann dann entweder auf Feststellung des aufrechten Arbeitsverhältnisses klagen, oder Kündigungsschadenersatz (Schadenersatz) geltend machen.

Erteilt das Gericht die Zustimmung zur Kündigung, muss der Arbeitgeber die Kündigung unverzüglich aussprechen. Wartet er zu lange, braucht er nochmals die gerichtliche Zustimmung.

Bei folgenden Kündigungsgründen muss das Gericht die Zustimmung zur Kündigung erteilen, wenn eine Weiterbeschäftigung im Betrieb oder einem anderen Betrieb des Unternehmens nicht ohne erheblichen Schaden möglich ist:

- wegen der bevorstehenden Stilllegung des Betriebs,
- wegen der bevorstehenden oder schon durchgeführten Einschränkung des Betriebs oder

- wegen der bevorstehenden oder schon durchgeführten Stilllegung einer Betriebsabteilung.

Weitere Kündigungsgründe:

- der Arbeitnehmer ist wegen einer Erkrankung oder eines Unglücksfalls unfähig die vereinbarte Arbeit zu leisten, die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit ist nicht zu erwarten und dem Arbeitgeber kann die Weiterbeschäftigung oder die Erbringung einer anderen Arbeitsleistung durch den, zu deren Verrichtung sich dieser bereit erklärt hat, nicht zugemutet werden oder
- der Arbeitnehmer erklärt sich vor Gericht mit der Kündigung einverstanden.

#### iv. Begünstigte Behinderte

Nicht alle behinderten Arbeitnehmer genießen besonderen Bestandschutz. Als Nachweis der Qualifikation als begünstigter Behinderter dient ein Bescheid, der eine Behinderung von mindestens 50 Prozent feststellt (zum Behindertenbegriff § 3 BEinstG). Ist das der Fall, muss der Arbeitgeber vor einer Kündigung zunächst den Betriebsrat anhören und dann die Zustimmung des Behindertenausschusses einholen (§ 8 Abs. 3 BEinstG). Dieser ist bei jeder Landesstelle des Bundessozialamtes eingerichtet. Die Entscheidung des Behindertenausschusses ist eine Ermessensentscheidung, in der er die Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers gegeneinander abzuwägen hat. Das Gesetz nennt demonstrativ folgende drei Fälle, in denen die Abwägung zu Gunsten des Arbeitgebers ausschlägt (§ 8 Abs. 4 BEinstG):

- wenn der Tätigkeitsbereich des begünstigten Behinderten wegfällt und der Arbeitnehmer nicht ohne erheblichen Schaden für den Betrieb weiterbeschäftigt werden kann;
- wenn der begünstigte Behinderte arbeitsunfähig wird, sofern eine Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zu erwarten ist und der Arbeitnehmer nicht ohne erheblichen Schaden für den Betrieb weiterbeschäftigt werden kann;
- wenn der begünstigte Behinderte seine Arbeitspflicht beharrlich verletzt und eine Weiterbeschäftigung aus Gründen der Arbeitsdisziplin ausscheidet.

#### v. Familienhospizkarenz

Nimmt ein Arbeitnehmer Familienhospizkarenz in Anspruch (Sterbebegleitung naher Angehöriger nach § 14a AVRAG oder Begleitung schwerstkranker Kinder nach

§ 14b AVRAG), muss der Arbeitgeber vor der Kündigung die Zustimmung des Gerichts einholen (§ 14a AVRAG). Das Gericht hat unter Abwägung der Interessen des Arbeitnehmer und des Arbeitgebers zu entscheiden.

### d. Allgemeiner Kündigungsschutz (§ 105 ff. ArbVG)

Der allgemeine Kündigungsschutz ist in Österreich formal als ein Mitwirkungsrecht der Belegschaft konzipiert und daher kollektivarbeitsrechtlich geregelt. Der Arbeitnehmer wird dabei einerseits vor bestimmten verpönten Kündigungsmotiven geschützt (Anfechtung wegen Motivwidrigkeit), andererseits vor Kündigungen, die ihn sozial stark beeinträchtigen (Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit). Eine erfolgreiche Anfechtung führt zur ex-tunc Unwirksamkeit der Kündigung. Der Arbeitnehmer kann für die Zeit, während der er nicht gearbeitet hat Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB verlangen. Er muss sich allerdings in der Zwischenzeit erworbene Einkünfte und absichtlich zu erwerben Versäumtes anrechnen lassen. Der Arbeitnehmer muss dafür aber arbeitsbereit gewesen sein.

Der allgemeine Kündigungsschutz gilt zunächst nur in betriebsratspflichtigen Betrieben (der Betriebsbegriff in § 34 ArbVG entspricht im Wesentlichen dem deutschen Betriebsbegriff). Das sind Betriebe, in denen mindestens dauernd fünf zum Betriebsrat wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind. Wie in Deutschland sind aber insbesondere leitende Angestellte und Mitglieder des Vertretungsorgans juristischer Personen von der Betriebsverfassung und damit auch vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommen. Ebenso gilt der allgemeine Kündigungsschutz nicht für arbeitnehmerähnliche Personen.

### i. Das betriebliche Vorverfahren

Der allgemeine Kündigungsschutz zerfällt in ein betriebliches Vorverfahren, in dem der Arbeitgeber den Betriebsrat informieren muss und in das Anfechtungsverfahren vor Gericht. Im Vorverfahren muss der Arbeitgeber den Betriebsrat von seiner Absicht informieren, einen bestimmten Arbeitnehmer kündigen zu wollen. Er muss dies dem Betriebsratsvorsitzenden, bei dessen Verhinderung dessen Stellvertreter mitteilen. Die Mitteilung kann formfrei erfolgen. Der Betriebsrat hat nun fünf Tage Zeit, zur Kündigung Stellung zu nehmen (ebenfalls formfrei). Aus Beweisgründen ist freilich Schriftlichkeit zu empfehlen. Innerhalb der fünf Tage kann die Kündigung nicht rechtswirksam ausgesprochen werden. Als Tag in diesem Sinn zählt jeder Tag, an dem

nach der betrieblichen Arbeitszeiteinteilung die Mehrzahl der Arbeitnehmer arbeitet, unabhängig davon, ob es sich um einen Werk-, Sonn- oder Feiertag handelt. Auf Verlangen muss der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat über die Kündigung beraten. Nach Verstreichen der Fünf-Tages-Frist kann der Arbeitgeber die Kündigung rechtswirksam aussprechen. Falls der Betriebsrat bereits vor Ablauf der Frist Stellung nimmt, kann auch der Arbeitgeber die Kündigung früher aussprechen. Der Arbeitgeber darf jedenfalls nicht zu lange mit dem Ausspruch der Kündigungsfrist warten, ansonsten muss er neuerlich das Vorverfahren einhalten. In der Regel muss der Arbeitgeber die Kündigung zum nächstmöglichen Kündigungstermin aussprechen. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat vom Ausspruch der Kündigung jedenfalls unterrichten, was für die Anfechtungsfrist relevant ist.

Die Anfechtungsmöglichkeit des Arbeitnehmers hängen von der Art der Stellungnahme des Betriebsrats ab. Der Betriebsrat hat drei Möglichkeiten Stellung zu nehmen:

- er kann der Kündigung zustimmen,
- er kann der Kündigung widersprechen oder
- er kann Schweigen.

Widerspricht der Betriebsrat der Kündigung, kann der Arbeitnehmer diese nur noch wegen Motivwidrigkeit anfechten; eine Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit scheidet aus (sog. Sperrrecht des Betriebsrats).

Schweigt der Betriebsrat, kann der Arbeitnehmer zwar auch wegen Sozialwidrigkeit anfechten; ein Sozialvergleich (Berufung des Arbeitnehmers darauf, dass ein anderer Arbeitnehmer gekündigt werden könnte, den die Kündigung weniger hart treffen würde) ist jedoch nicht möglich.

#### ii. Anfechtung wegen Motivwidrigkeit (§ 106 Abs. 3 Z 1 lit. a bis j ArbVG)

Eine Kündigung kann angefochten werden, wenn sie aus einem der folgenden Motive erfolgt:

- Beitritt zu oder Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in einer Gewerkschaft,
- Gewerkschaftstätigkeit,
- Einberufung einer Betriebsversammlung durch den Arbeitnehmer,

- Tätigkeit als Mitglied des Wahlvorstands, einer Wahlkommission oder als Wahlzeuge,
- Bewerbung um eine Mitgliedschaft zum Betriebsrat oder wegen einer früheren Tätigkeit als Betriebsrat,
- Tätigkeit als Mitglied der Schlichtungsstelle,
- Tätigkeit als Sicherheitsvertrauensperson, Sicherheitsfachkraft oder Arbeitsmediziner,
- Bevorstehende Einberufung des Arbeitnehmers zum Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zuweisung zum Zivildienst,
- Offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer,
- Tätigkeit als Sprecher des besonderen Verhandlungsgremiums des EBR,
- Bewerbung oder Tätigkeit als Jugendvertrauensrat.

Der Arbeitnehmer muss diese Motive des Arbeitgebers bloß glaubhaft machen, womit das Beweismaß herabgesetzt ist. Gelingt das dem Arbeitnehmer, muss der Arbeitgeber ein anderes Motiv glaubhafter machen. Sind beide Motive gleich glaubhaft, dringt der Arbeitnehmer durch.<sup>33</sup> Dabei muss das verpönte Motiv nicht der einzige Grund für die Kündigung gewesen sein, es reicht, wenn es für die Kündigung wesentlich war. Wer berechtigt ist zur Anfechtung und innerhalb welcher Frist, hängt vom Verhalten des Betriebsrats im betrieblichen Vorverfahren ab:

- Widerspricht der Betriebsrat der Kündigung, kann er selbst innerhalb einer Woche ab Verständigung vom Ausspruch der Kündigung anfechten, wenn das der Arbeitnehmer verlangt.
- Kommt der Betriebsrat dem Verlangen des Arbeitnehmers nicht nach, kann der Arbeitnehmer selbst innerhalb einer weiteren Woche anfechten.
- Schweigt der Betriebsrat oder stimmt der Kündigung zu, kann der Arbeitnehmer innerhalb einer Woche ab Zugang der Kündigung selbst anfechten. Zur Wahrung der Anfechtungsfrist reicht es, wenn der Arbeitnehmer die Klage innerhalb der Frist zur Post bringt.

### iii. Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit (§ 105 Abs. 3 Z 2 ArbVG)

Grob gesprochen funktioniert die Anfechtung so, dass zunächst der Arbeitnehmer seine soziale Schutzwürdigkeit dartun muss, dann kann der Arbeitgeber Rechtferti-

---

<sup>33</sup> OGH 29.8.2002, 8 ObA 180/02g.

gungsgründe vortragen (betriebs- oder personenbedingte Kündigung) und darlegen, dass für den Arbeitnehmer kein anderer Arbeitsplatz im Betrieb frei ist (soziale Gestaltungspflicht). Abschließend muss das Gericht eine Interessenabwägung vornehmen, wobei die Rechtfertigungsgründe umso stärker sein müssen, je stärker der Arbeitnehmer von der Kündigung sozial betroffen ist.

Voraussetzung für die Anfechtung der Sozialwidrigkeit ist, dass

- der Arbeitnehmer bereits mindestens sechs Monate im Betrieb beschäftigt ist,
- der Betriebsrat der Kündigung nicht widersprochen hat und
- die Kündigung wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt.

Für die Prüfung der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung sind sämtliche Lebensverhältnisse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Ob auch immaterielle Interessen zu berücksichtigen sind, ist strittig. Es sind die Ausgaben und Einnahmen des Arbeitnehmers gegenüberzustellen. Bei den Einnahmen sind etwa zu berücksichtigen:

- Einkommen des Ehegatten, des Arbeitnehmers aus selbständiger Tätigkeit, Vermögen und aus anderen Arbeitsverhältnissen,
- Pensionsleistungen und Leistungen aus einer Lebensversicherung,
- Voraussichtliche Einkommen (hinsichtlich der Arbeitsplatzchancen kann diese von einem Sachverständigen der Berufskunde festgestellt werden).

Bei den Ausgaben sind nur die wesentlichen Lebenserhaltungskosten zu berücksichtigen, nicht aber Luxusausgaben, wobei der OGH etwa Ausgaben für einen Zweitwohnsitz nicht als Luxusausgabe eingestuft hat. Bei älteren Arbeitnehmern sind eine langjährige Beschäftigung und Wiedereingliederungsprobleme besonders zu berücksichtigen.

Eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung liegt dann vor, wenn die Einkommensminderung aufgrund des Arbeitsplatzwegfalls eine fühlbare, ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers bewirkt, ohne dass aber eine soziale Notlage oder eine Existenzgefährdung eintreten müsste. Der OGH bejaht eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung bei einer (zu erwartenden) Einkommensminderung von etwa 20 Prozent.

Dem Arbeitgeber stehen zwei Rechtfertigungsgründe zur Verfügung: Er kann Gründe in der Person des Arbeitnehmers (personenbedingte Kündigung oder subjektiv betriebsbedingte Kündigung) oder betriebliche Gründe für die Kündigung vorbringen (betriebsbedingte Kündigung oder objektiv betriebsbedingte Kündigung).

### iv. Personenbedingte Kündigung (§ 105 Abs. 3 Z 2 lit. a ArbVG)

Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers rechtfertigen dann eine Kündigung, wenn sie die betrieblichen Interessen nachteilig berühren. Es ist zu fragen, ob ein verständiger Arbeitgeber die Kündigung ausgesprochen hätte und ob die Kündigung als adäquate Maßnahme erscheint. Ein Verschulden des Arbeitnehmers ist nicht erforderlich. Der Arbeitgeber muss die Kündigung unverzüglich nach Vorliegen des Grundes aussprechen. Drei Fallgruppen sind bedeutsam:

- Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers,
- lange oder häufige Krankenstände,
- Minderleistungen.

Als Pflichtverletzungen kommen etwa oftmalige Unpünktlichkeit, unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit, Unverträglichkeit gegenüber Arbeitskollegen, unfreundliches Verhalten gegenüber Kunden und Konkurrenzierung des Arbeitgebers in Frage.

Krankenstände rechtfertigen eine Kündigung wenn sie ungewöhnlich häufig auftreten oder ungewöhnlich lange dauern. Es kommt auf eine Prognose an, nicht auf bereits angefallene Krankenstände. Als ausreichend wurden bisher etwa Krankenstände im Ausmaß von etwa 27 Prozent der Arbeitszeit, 126 Tagen, 282 Tagen innerhalb von fünf Jahren mit steigender Tendenz anerkannt. Dabei wird berücksichtigt welcher Zusatzaufwand beim Arbeitgeber anfällt, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens und die Belastung des Betriebsklimas durch die Mehrarbeit der Arbeitskollegen, die den Ausfall ausgleichen müssen.

Minderleistungen können ebenfalls eine Kündigung rechtfertigen. Ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer abmahnen muss, ist unklar, aber jedenfalls zu empfehlen. Ist der Arbeitnehmer für eine bestimmte Arbeit ungeeignet, muss der Arbeitgeber versuchen, ihm einen geeigneten Arbeitsplatz anzubieten. Umstände in der Person des Arbeitnehmers die ihre Ursache in langjähriger Arbeit als Nachtschwerarbeiter haben, rechtfertigen eine Kündigung nicht, wenn der Arbeitnehmer ohne erheblichen Schaden weiterbeschäftigt werden kann.

## v. Betriebsbedingte Kündigung

Der OGH hat bisher etwa folgende betriebliche Gründe anerkannt, soweit sie einer Weiterbeschäftigung im Betrieb entgegenstehen:

- Mangelnde Aufträge,
- Absatzrückgänge,
- Wettbewerbsdruck,
- Geringe Ertragslage,
- Veraltete Betriebsanlagen,
- Mängel in der Rohstoff- und Materialablieferung,
- Kreditschwierigkeiten,
- Maschinenausfall.

Dem Unternehmer steht das freie Entscheidungsrecht über die Betriebsorganisation zu. Die Gerichte sind daher grundsätzlich nicht befugt, die wirtschaftliche oder technische Sinnhaftigkeit der Maßnahme zu hinterfragen. Es wird lediglich geprüft, ob die unternehmerische Maßnahme die Kündigung zur Folge hat. Der Unternehmer muss die wirtschaftlichen Gründe für die Kündigung nachvollziehbar vortragen. Der OGH hat aber ausdrücklich anerkannt, dass auch bei sehr rentablen Unternehmen Rationalisierungen insofern gerechtfertigt sind, als sie Kündigungen rechtfertigen können.

Da die betriebsbedingte Kündigung zum Wegfall des Arbeitsplatzes führt, muss der Unternehmer vor der Kündigung versuchen, einen anderen Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer zu finden. In Österreich nennt man das meist soziale Gestaltungspflicht, die im Grunde dem deutschen ultima-ratio-Prinzip entspricht. So kann der Arbeitgeber gehalten sein vor der Kündigung dem Arbeitnehmer einen freien Arbeitsplatz anzubieten, den Arbeitnehmer im zumutbaren Maße dafür umzuschulen, eine Änderungskündigung statt einer Beendigungskündigung auszusprechen oder vor der Kündigung zunächst Überstunden abzubauen. Inwieweit der Arbeitgeber Kurzarbeit einführen muss, bevor er Kündigungen ausspricht, ist ungeklärt; der OGH hat sich dazu noch nicht geäußert. Unmittelbar aus dem Gesetz lässt sich eine derartige Pflicht zur Einführung von Kurzarbeit jedenfalls nicht ableiten. Grenzen für diese Pflicht sind die rechtliche Möglichkeit und Zulässigkeit der Maßnahme, die Eignung der Maßnahme zum Arbeitsplatzerhalt, die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer und die Organisationsseinheit des Betriebs, was dazu führt, dass der Arbeitgeber nach herrschender Meinung grundsätzlich nur innerhalb des Betriebs nach anderweitigen Beschäftigungs-

möglichkeiten suchen muss.<sup>34</sup> Eine Ausnahme besteht hier dann, wenn das Arbeitsverhältnis einen Unternehmens- oder Konzernbezug aufweist, etwa durch ein konzernweites Versetzungsrecht des Arbeitgebers oder durch tatsächliche Tätigkeit in verschiedenen Betrieben desselben Unternehmens. Wie ein konzernweiter Kündigungsschutz durchsetzbar ist, ist allerdings offen und bisher wenig diskutiert. Die Zumutbarkeit wird durch die soziale Beeinträchtigung des Arbeitnehmers im Verhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens konkretisiert. Verletzt der Arbeitgeber seine soziale Gestaltungspflicht, ist die Kündigung ex-tunc für unwirksam zu erklären; gleiches gilt, wenn die betrieblichen Gründe nicht zur Rechtfertigung hinreichen. Insgesamt dürften die Anforderungen an die Rechtfertigung der Kündigung aber deutlich niedriger sein als in Deutschland.

Ein Sozialvergleich kommt nur bei einer betriebsbedingten Kündigung in Frage, der der Betriebsrat widersprochen hat. In einem betriebsratslosen Betrieb scheidet ein Sozialvergleich damit von vornherein aus. In Betrieben mit Betriebsrat muss der Arbeitnehmer den Sozialvergleich beantragen. Beim Sozialvergleich wird geprüft, ob ein Vergleich sozialer Gesichtspunkte für den Gekündigten eine größere soziale Härte als für andere Arbeitnehmer des gleichen Betriebs oder derselben Tätigkeitssparte ergibt, deren Arbeit der Gekündigte zu leisten fähig und willens ist. Bedeutsam ist, dass nach der Judikatur der Arbeitnehmer die vermeintlich sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer namentlich nennen muss. Besonders bestandgeschützte Arbeitnehmer können nach herrschender Lehre jedoch nicht in den Sozialvergleich einbezogen werden.

### e. Massenentlassung/Besonderheiten bei Massenkündigungen

Das Massenentlassungsverfahren ist in § 45a AMFG (Arbeitsmarktförderungsgesetz) und § 109 ArbVG geregelt. § 45a AMFG regelt die Verständigung des AMS (Arbeitsmarktservice, entspricht der Bundesagentur für Arbeit), § 109 ArbVG regelt die Informationspflichten gegenüber der Belegschaft und den Sozialplan. Für den allgemeinen Kündigungsschutz ergeben sich keine Besonderheiten.

Folgende Schwellenwerte müssen für eine Massenentlassung erreicht sein:

- in Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern mindestens fünf Arbeitnehmer,

---

<sup>34</sup> OGH 29.6.2009, 9 ObA 34/08b.

- in Betrieben mit 100 bis 600 Arbeitnehmern mindestens fünf Prozent der Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit mehr als 600 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer,
- unabhängig von der Betriebsgröße mindestens fünf Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr vollendet haben.

Der jeweils relevante Zeitraum beträgt 30 Tage. Als Auflösungsart ist neben der Arbeitgeberkündigung auch die vom Arbeitgeber veranlasste einvernehmliche Auflösung erfasst.

#### i. Informations- und Erörterungspflicht

Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat ehestmöglich von einer Betriebsänderung unterrichten. Die Unterrichtung muss jedenfalls so rechtzeitig vor der Betriebsänderung erfolgen, dass eine Beratung über deren Gestaltung durchgeführt werden kann. Der Betriebsrat kann Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung etwaiger nachteiliger Folgen für die Arbeitnehmer vorschlagen. Dabei hat der Betriebsrat auf die Notwendigkeiten des Betriebs Rücksicht zu nehmen. Die Information muss schriftlich erfolgen und hat jedenfalls folgende Inhalte zu umfassen:

- die Gründe für die Maßnahme,
- die Zahl und die Verwendung der voraussichtlich betroffenen Arbeitnehmer, deren Qualifikation und Beschäftigungsdauer sowie die Kriterien für die Auswahl dieser Arbeitnehmer,
- die Zahl und die Verwendung der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer,
- den Zeitraum, in dem die geplante Maßnahme verwirklicht werden soll,
- allfällige zur Vermeidung nachteiliger Folgen für die Betroffenen geplanten Begleitmaßnahmen.

Diese Informationspflicht trifft den Betriebsinhaber auch dann, wenn die geplante Maßnahme von einem herrschenden Unternehmen veranlasst wird. Der Betriebsrat darf zur Beratung auch Sachverständige beiziehen.

Kommt es dazu, dass der Betriebsrat einen Sozialplan vor der Schlichtungsstelle (entspricht etwa der Einigungsstelle in Deutschland) erzwingt, hat die Schlichtungsstelle Nachteile, die aufgrund einer verspäteten Information entstehen, bei der Bemessung des Sozialplans zusätzlich zu berücksichtigen.

### ii. Information des zuständigen Arbeitsamtes

Der Arbeitgeber hat die nach dem Standort des Betriebs zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice durch schriftliche Anzeige zu verständigen, wenn er beabsichtigt, Arbeitsverhältnisse im Ausmaß der oben angegebenen Schwellen zu beenden. Die Anzeige ist mindestens 30 Tage vor der ersten Erklärung der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zu erstatten. Diese Frist kann durch Kollektivvertrag verlängert werden. Die Verpflichtung zur Anzeige besteht auch bei Insolvenz und ist im Falle des Konkurses vom Masseverwalter zu erfüllen, wenn die Anzeige nicht bereits vor Konkurseröffnung erstattet wurde. Die Anzeige hat zu enthalten:

- die Gründe für die beabsichtigte Auflösung der Arbeitsverhältnisse,
- den Zeitraum, in dem diese vorgenommen werden soll,
- die Zahl und die Verwendung der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer,
- die Zahl und die Verwendung der von der beabsichtigten Auflösung der Arbeitsverhältnisse voraussichtlich betroffenen Arbeitnehmer,
- das Alter, das Geschlecht, die Qualifikationen und die Beschäftigungsdauer der voraussichtlich betroffenen Arbeitnehmer,
- weitere für die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer maßgebliche Kriterien und
- die flankierenden sozialen Maßnahmen.

Gleichzeitig ist die Konsultation des Betriebsrates nachzuweisen. Eine Durchschrift der Anzeige ist vom Arbeitgeber gleichzeitig dem Betriebsrat zu übermitteln. Besteht kein Betriebsrat, ist die Durchschrift der Anzeige gleichzeitig den voraussichtlich betroffenen Arbeitnehmern zu übermitteln.

Wird die Kündigung vor Ablauf der 30-Tagesfrist ausgesprochen, ist sie rechtsunwirksam. Relevant ist also der Zeitpunkt des Ausspruchs, nicht der Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Das Arbeitsmarktservice hat innerhalb der 30-Tagesfrist alle im Zusammenhang mit der beabsichtigten Auflösung von Arbeitsverhältnissen notwendigen Beratungen durchzuführen, denen insbesondere der Arbeitgeber, der Betriebsrat und die für den jeweiligen Wirtschaftszweig in Betracht kommenden gesetzlichen Interessenvertretungen und kollektivvertragsfähigen freiwilligen Berufsvereinigungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer beizuziehen sind.

Die Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice kann nach Anhörung des Landesdirektoriums die Zustimmung zum Ausspruch der Kündigung vor Ablauf der 30-Tagesfrist erteilen, wenn hierfür vom Arbeitgeber wichtige wirtschaftliche Gründe, wie zum Beispiel der Abschluss eines Sozialplans, nachgewiesen werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob dem Arbeitgeber die fristgerechte Anzeige der beabsichtigten Kündigung möglich oder zumutbar war.

#### f. Besonderer Entlassungsschutz

Entlassung bezeichnet in Österreich die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund durch den Arbeitgeber. Grundsätzlich muss in den Fällen des besonderen Bestandsschutzes der Arbeitgeber die Zustimmung des Gerichts vor Ausspruch der Entlassung einholen, bei manchen Entlassungsgründen reicht aber auch die nachträgliche Zustimmung. Für folgende Arbeitnehmergruppen besteht besonderer Entlassungsschutz: Belegschaftsfunktionäre (§ 122 ArbVG), Eltern (§ 12 MSchG) sowie Präsenzdienler und Gleichgestellte (§ 15 APSG).

#### g. Allgemeiner Entlassungsschutz (§ 106 ArbVG)

In Österreich sind grundsätzlich auch rechtswidrige Entlassungen wirksam. Dadurch droht eine Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes. Aus diesem Grund wurde ebenfalls ein allgemeiner Entlassungsschutz normiert. Anders als beim allgemeinen Kündigungsschutz gibt es kein betriebliches Vorverfahren. Der Arbeitgeber muss aber den Betriebsrat unverzüglich vom Ausspruch der Entlassung verständigen und innerhalb von drei Arbeitstagen mit dem Betriebsrat beraten, falls dieser das wünscht. Die Möglichkeiten zur Stellungnahme des Betriebsrats (Widerspruch, Zustimmung und Schweigen) sowie deren Folgen (primäre Anfechtungsberechtigung und Sozialvergleich bei Widerspruch; keine Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit wenn der Betriebsrat zustimmt) entsprechen denen beim allgemeinen Kündigungsschutz. Im Anfechtungsverfahren muss der Arbeitnehmer zuerst behaupten und beweisen, dass die Entlassung ungerechtfertigt war. Gelingt ihm das, verläuft der Prozess nun wie beim allgemeinen Kündigungsschutz. Der Arbeitnehmer muss nun behaupten und beweisen, dass die Entlassung entweder motivwidrig oder sozialwidrig war. Gelingt ihm das, ist die Entlassung ex-tunc unwirksam.

### 2. Sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses (außerordentliche Kündigung)

In Österreich gibt es für Arbeiter und Angestellten unterschiedliche Regelungen. Der wichtigste Unterschied ist, dass die Beendigungsgründe für die Arbeiter taxativ aufgezählt sind und für die Angestellten demonstrativ. Für Arbeitnehmer, die weder Angestellte noch Arbeiter sind, gilt das ABGB, das für die sofortige Beendigung aus wichtigem Grund bloß eine Generalklausel enthält (§ 1162 ABGB).

#### a. Auflösungsgründe des Arbeitgebers (Entlassung)

##### i. Entlassungsgründe für Angestellte (§ 27 AngG)

§ 27 AngG enthält eine demonstrative Aufzählung der Entlassungsgründe, wobei aber nach der Generalklausel des § 25 AngG jeder wichtige Grund zur sofortigen Beendigung berechtigt.

##### ii. Entlassungsgründe für Arbeiter (§ 82 GewO 1859)

§ 82 GewO 1859 enthält eine taxative Aufzählung der Entlassungsgründe für Arbeiter. Da die Bestimmung aus dem Jahr 1859 stammt, ist die sprachliche Fassung einigermaßen antiquiert.

#### b. Auflösungsgründe des Arbeitnehmers (Austritt)

##### i. Austrittsgründe für Angestellte

§ 26 AngG enthält eine demonstrative Aufzählung der Austrittsgründe, wobei aber nach der Generalklausel des § 25 AngG jeder wichtige Grund zum sofortigen Austritt berechtigt.

##### ii. Austrittsgründe für Arbeiter

§ 82a GeWO 1859 enthält eine taxative Aufzählung der Austrittsgründe für Arbeiter.

#### c. Allgemeine Voraussetzungen

Gemeinsam ist allen Beendigungsgründen, dass sie die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Vertragspartner unzumutbar machen müssen. Auf die Dauer der

Kündigungsfrist kommt es nicht an. Die Auflösung muss unverzüglich vorgenommen werden, andernfalls erlischt das Beendigungsrecht. Dabei kommt es grundsätzlich darauf an, wann der Arbeitgeber vom wichtigen Grund Kenntnis erlangt hat. Dem Arbeitgeber ist es aber etwa erlaubt, eine Rechtsauskunft einzuholen, was aber auch nicht mehrere Tage dauern darf. Bei komplexen Unternehmensorganisationen werden auch längere Entscheidungswege berücksichtigt. Die Beendigung unterliegt keiner Form und kann auch schlüssig erfolgen. Der Beendigungsgrund muss dabei nicht genannt werden. In einem späteren Prozess können auch noch erst nachträglich bekannt gewordene Beendigungsgründe vorgebracht werden.

#### **IV. Auflösung in der Probezeit**

In Österreich kann für den ersten Monat des Arbeitsverhältnisses (also am Beginn), ein sog. Probemonat vereinbart werden (§ 19 Abs. 2 AngG, § 1158 Abs. 2 ABGB). Eine solche Vereinbarung ist auch bei einem befristeten Arbeitsverhältnis und bei einem Zeitarbeiter zulässig. Kommt es zu einer solchen Vereinbarung, kann das Arbeitsverhältnis im ersten Monat jederzeit und grundlos von beiden Parteien beendet werden. Die Auflösungserklärung ist an keine Form gebunden. Der besondere Bestandschutz des MSchG greift nicht, was dazu führt, dass der Arbeitsvertrag mit einer Schwangeren ebenso beendet werden kann, wie mit einem sonstigen Arbeitnehmer, aber freilich nicht deshalb, weil sie schwanger ist. Im Lehrverhältnis ist eine dreimonatige Probefrist schon gesetzlich vorgesehen (§ 15 Abs. 1 BAG).

#### **V. Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses**

Anders als in Deutschland bedarf die Befristungsabrede nicht der Schriftform; sie ist formfrei wirksam. Allerdings muss das Ende im Dienstzettel angegeben werden. Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet zu dem im Vertrag vereinbarten Termin oder Ereignis. Der Arbeitgeber muss weder den Arbeitnehmer, noch den Betriebsrat über das bevorstehende Ende des Arbeitsvertrages informieren. Werden mehrere befristete Arbeitsverträge ohne sachliche Rechtfertigung hintereinander geschaltet, liegt ein unzulässiger Kettenarbeitsvertrag vor. Dieser ist wie ein unbefristeter Arbeitsvertrag zu behandeln. Anders als in Deutschland ist aber erst die zweite Befristung rechtfertigungsbedürftig.

### VI. Rücktritt vom Arbeitsvertrag

Ein Rücktritt vom Arbeitsvertrag ist im österreichischen Arbeitsrecht nur für die Phase zwischen Abschluss des Arbeitsvertrags und Antritt vorgesehen. In dieser Phase gelten die Regeln für Zielschuldverhältnisse. Der Arbeitgeber kann etwa zurücktreten, wenn der Arbeitnehmer unter der ausdrücklichen Bedingung aufgenommen wurde, an einem bestimmten Tag seine Arbeit aufzunehmen, aber an diesem Tag nicht erscheint (§ 30 Abs. 1 AngG). Weiters kann der Arbeitgeber zurücktreten, wenn der Arbeitnehmer, ohne durch ein unabwendbares Hindernis gehindert zu sein, den Dienst an dem vereinbarten Tage nicht antritt oder wenn sich infolge eines unabwendbaren Hindernisses der Dienstantritt um mehr als 14 Tage verzögert. Das gleiche gilt, wenn ein Grund vorliegt, der den Dienstgeber zur vorzeitigen Entlassung des Angestellten berechtigt.

Der Angestellte kann vor Antritt des Dienstes zurücktreten, wenn ein Grund vorliegt, der ihn zum vorzeitigen Austritt aus dem Dienstverhältnis berechtigt. Das gleiche gilt, wenn sich der Dienstantritt infolge Verschuldens des Arbeitgebers oder infolge eines diesen treffenden Zufalles um mehr als 14 Tage verzögert; tritt der Angestellte in diesem Fall ungeachtet der Verzögerung den Dienst an, so gebührt ihm das Entgelt von dem Tage an, an dem der Dienst hätte angetreten werden sollen.

Wird vor Arbeitsantritt über das Vermögen des Arbeitgebers der Konkurs eröffnet, so kann sowohl der Masseverwalter als auch der Angestellte vom Vertrag zurücktreten.

### VII. Tod des Arbeitnehmers

Der Tod des Arbeitnehmers beendet das Arbeitsverhältnis sofort.

### VIII. Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei Auflösung des Arbeitgebers

Bei Tod des Arbeitgebers, treten die Erben in den Arbeitsvertrag ein, außer der Vertrag wurde auf Lebenszeit des Arbeitgebers geschlossen (z. B. Privatsekretärin). Die Betriebsstilllegung führt nur bei Arbeitern i. S. d. § 73 GewO 1859 (Hilfsarbeiter) automatisch zur Beendigung, allerdings muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die

Betriebseinstellung informieren. Sind im anwendbaren Kollektivvertrag aber Kündigungsbestimmungen enthalten, wird der gesetzlich vorgesehene Erlöschensgrund bei Betriebsstilllegung verdrängt.

## IX. Sonstiges

### 1. Arbeitszeugnis, Beschäftigungsbestätigung (§ 39 AngG, § 1163 ABGB)

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers ein schriftliches Zeugnis über die Dauer und die Art der Dienstleistung auszustellen. Der Arbeitgeber ist also nur verpflichtet ein einfaches Dienstzeugnis auszustellen. Anspruch auf ein qualifiziertes Dienstzeugnis mit einer Bewertung besteht nicht. Das Zeugnis darf keine Anmerkungen enthalten, die das Fortkommen des Arbeitnehmers erschweren.

Beispiel aus der Personalpraxis:

Die drei folgenden Bewertungen sind beim Zeugnis zu unterscheiden: Der Arbeitnehmer hat zu unserer Zufriedenheit gearbeitet, zu unserer vollen Zufriedenheit oder zu unserer vollsten Zufriedenheit. Jüngst hat der OGH ein Dienstzeugnis für unzulässig erachtet, in dem die Formulierung „zur vollen Zufriedenheit“ stand, weil es das Fortkommen des Arbeitnehmers erschweren könne.<sup>35</sup> Das Fehlen jeglicher Bewertung wird aber in der Praxis erst recht als schlechte Bewertung aufgefasst. Teilweise wird daher vertreten, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Ausstellung eines Zeugnisses mit der Bewertung „zur vollsten Zufriedenheit“ habe, soweit dem nicht die Wahrheitspflicht entgegensteht.

Der Arbeitnehmer hat auch im aufrechten Arbeitsverhältnis einen Anspruch auf Zeugnisausstellung, allerdings muss er dann die Kosten dafür tragen. Besitzt der Arbeitgeber Zeugnisse über den Arbeitnehmer, muss er diese auf Verlangen des Arbeitnehmers jederzeit ausfolgen.

Grenzen gibt es auch für mündliche Auskünfte des ehemaligen Arbeitgebers an einen potentiell neuen Arbeitgeber. Der OGH wendet hier die Regeln zum Dienstzeugnis nicht unmittelbar an, sondern sieht als Grenze die Fürsorgepflicht.<sup>36</sup> Damit sind also

<sup>35</sup> OGH 9 ObA 164/08w.

<sup>36</sup> OGH 9 ObA 104/07w.

die Interessen des ehemaligen Arbeitgebers mit den Interessen des Arbeitnehmers abzuwägen. In der Regel wird der Arbeitgeber aber nur selten ein berechtigtes Interesse haben, das Fortkommen des Arbeitnehmers durch mündliche Auskünfte zu erschweren.

### 2. Freizeit für die Arbeitsplatzsuche (§ 1160 ABGB; § 22 AngG)

In Österreich wird diese Freizeit als Postensuchtage bezeichnet. Danach hat der Arbeitnehmer im Falle einer Arbeitgeberkündigung während der Kündigungsfrist einen Anspruch auf Dienstfreistellung. Offen ist, inwieweit der Anspruch analog auch bei einvernehmlicher Auflösung auf Initiative oder im Interesse des Arbeitgebers gebührt.<sup>37</sup> Der Arbeitnehmer muss diese Dienstfreistellung ausdrücklich verlangen. Während der Freistellung muss der Arbeitgeber das Entgelt fortzahlen. Das Ausmaß des Freistellungsanspruchs beträgt ein Fünftel der wöchentlichen Normalarbeitszeit. Der Zeitpunkt der Inanspruchnahme muss zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden; dabei sind die beiderseitigen Interessen zu berücksichtigen. Hat der Arbeitnehmer bereits Anspruch auf eine Pension aus der staatlichen Pensionsversicherung, hat er keinen Anspruch auf Postensuchtage. Der Arbeitnehmer kann auch nicht auf die Postensuchtage verzichten und stattdessen das Entgelt verlangen. Der Kollektivvertrag kann die Postensuchtage abweichend regeln, was teilweise geschehen ist, in dem Postensuchtage auch bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer gewährt werden und bei einvernehmlicher Auflösung unabhängig davon, auf wessen Initiative sie erfolgt.

### 3. Abfindung

Abfindungen werden in Österreich als Abfertigungen bezeichnet. Für Arbeitsverhältnisse die bis zum 31.12.2002 begründet wurden, ist nach drei ununterbrochenen Dienstjahren eine Abfertigung gesetzlich zwingend vorgesehen (sog. Abfertigung Alt). Dies gilt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis durch Arbeitnehmerkündigung, berechtigte und verschuldete Entlassung oder unberechtigten Austritt endet. Für Arbeitsverhältnisse, die ab dem 01.01.2003 geschlossen worden sind, gelten die Regelungen der sog. Abfertigung Neu.

Für Bauarbeiter besteht eine eigene Regelung, die ähnlich wie die Abfertigung Neu funktioniert, aber auch schon für Arbeitsverhältnisse anwendbar ist, die vor dem

---

<sup>37</sup> OGH 9 ObA 148/07s.

01.01.2003 geschlossen wurden (geregelt im BUAG). Neben diesen gesetzlichen Modellen, die zwingende Abfertigungsansprüche vorsehen, gibt es weitere Regelungen in Kollektivverträgen und Einzelarbeitsverträgen. Eine normative Regelung durch Betriebsvereinbarung ist jedoch nicht möglich, weil dafür ein Kompetenztatbestand fehlt.

#### a. Abfertigung Alt

Für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis bis zum 31.12.2002 begonnen hat, gilt die sog. Abfertigung Alt. Für Angestellte ist diese in § 23 f. AngG geregelt, für Arbeiter im Arbeiterabfertigungsgesetz, wobei dieses im Wesentlichen auf das AngG verweist. In beiden Fällen ist der Anspruch einseitig zwingend, d. h. es kann nur wirksam zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

Voraussetzung für den Anspruch ist ein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis von mindestens drei Jahren. Unterbrochen ist ein Arbeitsverhältnis nur bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses; eine bloße Karenzierung führt zu keiner Unterbrechung. Auch kurzfristige Unterbrechungen sind unbeachtlich.<sup>38</sup>

Der Höhe des Abfertigungsanspruchs wird in einer Anzahl des letzten Monatsentgelts gemessen. Vorteile aus Unternehmensbeteiligungen und Stock Options sind bei der Bemessung nicht zu berücksichtigen (§ 2a AVRAG). Die Anzahl der gebührenden Monatsentgelte hängt von der Dienstzeit ab:

- nach 3 Dienstjahren 2 Monatsentgelte,
- nach 5 Dienstjahren 3 Monatsentgelte,
- nach 10 Dienstjahren 4 Monatsentgelte,
- nach 15 Dienstjahren 6 Monatsentgelte,
- nach 20 Dienstjahren 9 Monatsentgelte,
- nach 25 Dienstjahren 12 Monatsentgelte.

Der Abfertigungsanspruch Alt entsteht zum Beendigungszeitpunkt. Die Abfertigung wird, soweit sie den Betrag des Dreifachen des Monatsentgeltes nicht übersteigt, mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses fällig; der Rest kann vom vierten Monat an in monatlichen im Voraus zahlbaren Teilbeträgen gezahlt werden.

<sup>38</sup> So hat der OGH 19 Tage als unschädlich betrachtet (OGH 9 ObA 268/00); 25 Tage hingegen zählten schon als schädliche Unterbrechung (OGH 9 ObA 21/03h).

## § 1 Individualarbeitsrecht

---

Bei folgenden Beendigungsarten schuldet der Arbeitgeber keine Abfertigung:

- Arbeitnehmerkündigung,
- berechnete und verschuldete Entlassung,
- unberechtigter Austritt (§ 23 Abs. 7 AngG).

Bei Arbeitnehmerkündigung gibt es zwei Fälle, in denen dem Arbeitnehmer trotzdem eine Abfertigung zusteht:

- Hat das Arbeitsverhältnis ununterbrochen fünf Jahre gedauert besteht ein halber Abfertigungsanspruch, wenn das Arbeitsverhältnis endet:
  - innerhalb der Schutzfrist (acht Wochen) vor oder nach der Geburt;
  - während einer Karenz bis zu drei Monaten vor deren Ende.
- Hat der Arbeitnehmer mindestens zehn Jahre ununterbrochen gearbeitet, steht ihm der volle Anspruch zu, wenn er bei Erreichen des Regelpensionsalters (Männer: Vollendung 65. Lebensjahr; Frauen: Vollendung 60. Lebensjahr) kündigt; eine Abfertigung nach den herkömmlichen Regelungen (erforderliche Dienstzeit drei Jahre statt zehn Jahre) gebührt bei Kündigung des Arbeitnehmers bei Pension wegen geminderter Erwerbsfähigkeit.

Umgekehrt gibt es auch bei Arbeitgeberkündigung zwei Fälle, in denen der Arbeitgeber nicht zu Zahlung einer Abfertigung verpflichtet ist:

- Wird ein Unternehmen übertragen, so besteht kein Anspruch auf Abfertigung, wenn der Angestellte die Fortsetzung des Dienstverhältnisses ablehnt, obwohl ihm der Erwerber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unter den bisherigen Bedingungen angeboten und sich verpflichtet hat, die bei seinem Vorgänger geleistete Dienstzeit als bei ihm selbst verbracht zu betrachten (§ 23 Abs. 3 AngG).
- Im Falle der Auflösung eines Unternehmens entfällt die Verpflichtung zur Gewährung einer Abfertigung ganz oder teilweise, wenn sich die persönliche Wirtschaftslage des Arbeitgebers derart verschlechtert hat, dass ihm die Erfüllung dieser Verpflichtung zum Teil oder zur Gänze billigerweise nicht zugemutet werden kann (§ 23 Abs. 2 AngG).

Bei Tod des Arbeitnehmers gebührt jenen Erben, denen gegenüber der Arbeitnehmer unterhaltspflichtig war, der halbe Abfertigungsanspruch (§ 23 Abs. 6 AngG).

## b. Abfertigung Neu

Die Abfertigung Neu ist im Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG) geregelt. Sie gilt für alle Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse ab dem 01.01.2003 begründet wurden. Der Arbeitgeber muss danach 1,53 Prozent des sozialversicherungspflichtigen Entgelts (definiert nach § 49 ASVG, allerdings ohne Berücksichtigung der sozialrechtlichen Geringfügigkeitsgrenze und der Höchstbeitragsgrundlage; § 6 Abs. 5 BMSVG) für seine Arbeitnehmer in eine Mitarbeitervorsorgekasse einzahlen. Der Zahlung wird mit den sonstigen Sozialversicherungsbeiträgen an den zuständigen Krankenversicherungsträger abgeführt. Für den ersten Arbeitsmonat ist kein Beitrag zu entrichten. Der Krankenversicherungsträger leitet das Geld an die gewählte Betriebliche Vorsorgekasse weiter, die die Gelder veranlagt. Der Abfertigungsanspruch des Arbeitnehmers richtet sich dann direkt gegen die Betriebliche Vorsorgekasse. Anders als bei der Abfertigung Alt, verliert der Arbeitnehmer die Abfertigung nicht bei bestimmten Beendigungsarten. Bei Arbeitnehmerkündigung, ungerechtfertigtem Austritt, gerechtfertigter und verschuldeter Entlassung hat der Arbeitnehmer aber keinen Anspruch über seine Abfertigung zu verfügen. Weitere Voraussetzung für einen Verfügungsanspruch ist, dass der Arbeitnehmer mindestens 36 Monate Beiträge geleistet hat (Beachte: Im ersten Monat des Arbeitsverhältnisses sind keine Beiträge zu entrichten). Die 36-Monatsfrist ist etwa dann unbeachtlich, wenn der Arbeitnehmer stirbt oder das Pensionsalter erreicht hat.

Bei bestehendem Verfügungsanspruch hat der Arbeitnehmer ein Wahlrecht. Er kann:

- die Auszahlung als Kapitalbetrag verlangen,
- den Betrag in die Betriebliche Vorsorgekasse eines neuen Arbeitgebers übertragen,
- den Betrag zur Verrentung an eine Pensionskasse oder Versicherung überweisen lassen oder
- das Geld bis zum Pensionsantritt in der Betrieblichen Vorsorgekasse belassen.

Für jeden Betrieb muss eine Betriebliche Vorsorgekasse ausgewählt werden. Die Vorsorgekassen trifft ein Kontrahierungszwang, zu den üblichen Bedingungen abzuschließen. Wie die Auswahl geschieht hängt davon ab, ob ein Betriebsrat errichtet ist. Ist ein Betriebsrat errichtet, muss die Auswahl durch eine Betriebsvereinbarung erfolgen (§ 9 Abs. 1 BMSVG und § 97 Abs. 1 Z. 1b ArbVG), die vor der Schlichtungsstelle von beiden Parteien (Arbeitgeber und Betriebsrat) erzwungen werden kann. Ob bis zum Abschluss dieser Betriebsvereinbarung ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers besteht ist strittig. Auf Belegschaftsseite ist der Zentralbetriebsrat zuständig, wenn ein

solcher zu errichten ist. Besteht trotz des Gebots der Errichtung eines Zentralbetriebsrats kein solcher, kann nach h. M. keine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden. Der Arbeitgeber kann hier allein die Kasse auswählen (§ 9 Abs. 2 BMSVG).

In Betrieben ohne Betriebsrat darf und muss der Arbeitgeber allein eine Betriebliche Vorsorgekasse auswählen (§ 9 Abs. 2 BMSVG). Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Kasse auszuwählen, muss er alle Arbeitnehmer binnen einer Woche schriftlich informieren. Erheben mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer binnen zwei Wochen Einspruch, muss der Arbeitgeber eine andere Vorsorgekasse vorschlagen. Die Arbeitnehmer können zur Beratung darüber Gewerkschaftsvertreter beiziehen. Wird innerhalb von zwei Wochen keine Einigung erzielt, können beide Teile die Schlichtungsstelle anrufen, die eine verbindliche Entscheidung zu treffen hat.

### 4. Ansprüche wegen unwirksamer Auflösung des Arbeitsverhältnisses

In Österreich führt eine rechtswidrige Beendigung (Verstoß gegen Gesetz, Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag) grundsätzlich zur wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses; in diesen Fällen gebührt den Parteien Schadenersatz (sog. Schadenersatztheorie). Für die Arbeitnehmer besteht eine Art Mindestschadenersatz, der Kündigungentschädigung genannt wird.

Folgende rechtswidrige Beendigungsakte führen zur rechtswirksamen Beendigung:

- fristwidrige Kündigung,
- terminwidrige Kündigung,
- unbegründete Entlassung,
- unbegründeter Austritt.

Anders als in Deutschland (§ 140 BGB) erfolgt grundsätzlich keine Umdeutung einer rechtswidrigen Kündigungserklärung in eine rechtskonforme Erklärung. Auch im Bereich der Auslegung ist der OGH sehr restriktiv, in dem er eine formal rechtswidrige Kündigungserklärung nur selten aufgrund der Auslegung als rechtskonforme Erklärung ansieht (maßgeblich ist hier, was der Arbeitnehmer verstehen durfte).<sup>39</sup> Das ist ein wesentlicher Unterschied des Kündigungsrechts, der für den Arbeitgeber zu höheren Kosten führt, weil die Rechtsprechung Fehler nicht verzeiht.

---

<sup>39</sup> OGH 9 ObA 1/10b.

Bei einer unwirksamen Auflösung bleibt das Arbeitsverhältnis weiterhin aufrecht. Allerdings kann auch ein nach diesen Fällen unwirksam gekündigter Arbeitnehmer die Beendigung wählen und Schadenersatz geltend machen; das hat der OGH jedenfalls zum besonderen Bestandschutz entschieden. Schwierig ist hier zum Teil die Bemessung der Kündigungsentschädigung, weil unklar sein kann, wie lange der besondere Bestandschutz bestanden hätte.

Unwirksam ist eine Auflösung in folgenden Fällen:

- der Arbeitnehmer genießt einen besonderen Bestandschutz,
- dem Arbeitnehmer wurde Unkündbarkeit zugesagt,
- die Kündigung ist sittenwidrig (§ 879 ABGB) und daher nichtig.

a. Rechtswidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitgebers

i. Rechtswidrige Kündigung

Eine rechtswidrige Kündigung löst Schadenersatzansprüche aus. Wird in der Kündigungserklärung eine zu kurze Frist oder ein zu früher Termin angegeben, endet das Arbeitsverhältnis zum angegebenen Zeitpunkt. Der Schadenersatz beträgt das Entgelt, das der Arbeitnehmer bis zum nächstmöglich rechtmäßigen Kündigungszeitpunkt verdient hätte. Der Arbeitnehmer muss sich jedoch anrechnen lassen, was er in dieser Zeit anderweitig verdient hat, oder absichtlich zu erwerben versäumt hat oder sich sonst aufgrund des Unterbleibens der Dienstleistung erspart hat. Für die ersten drei Monate findet jedoch keine Anrechnung statt (§ 29 AngG). Ist der Schaden höher, gebühren dem Arbeitnehmer weitere Schadenersatzansprüche.

ii. Rechtswidrige Entlassung

Spricht der Arbeitgeber eine Entlassung aus, obwohl kein wichtiger Grund vorliegt, ist die Entlassung trotzdem wirksam. Dem Arbeitnehmer stehen Schadenersatzansprüche zu, wie im Fall eines vom Arbeitgeber verschuldeten begründeten Austritts. Dem Arbeitnehmer gebührt also das Entgelt, das er bis zum nächstmöglich rechtmäßigen Kündigungszeitpunkt verdient hätte. Der Arbeitnehmer muss sich jedoch anrechnen lassen, was er in dieser Zeit anderweitig verdient hat, oder absichtlich zu erwerben versäumt hat (s. o.).

### b. Rechtswidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitnehmers

Kündigt der Arbeitnehmer frist- oder terminwidrig, wird das Arbeitsverhältnis trotzdem wirksam beendet. Gleiches gilt im Fall eines unberechtigten Austritts. In beiden Fällen stehen dem Arbeitgeber Schadenersatzansprüche zu.

### c. Gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses

Wie erläutert, sind auch grundsätzlich rechtswidrige Auflösungen wirksam. Ausnahmen bestehen nur bei sittenwidriger Kündigung (§ 879 ABGB), beim besonderen Bestandschutz und bei Zusage der Unkündbarkeit. Bei entsprechendem rechtlichen Interesse kann der Arbeitnehmer eine Feststellungsklage einbringen (§ 228 ZPO), die darauf abzielt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis weiterhin aufrecht ist. Die Klage auf Fortzahlung des Entgelts nach § 1155 ABGB ist als Leistungsklage geltend zu machen. Die ansonsten zu beachtende Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage wird bei Dauerschuldverhältnissen nicht angenommen.

## E. Nebenarbeitsverhältnis und Nebentätigkeit

Eine Tätigkeit neben dem Arbeitsverhältnis kann gegen ein Wettbewerbsverbot verstoßen. Jedenfalls darf diese Tätigkeit nicht die Leistungserbringung im Arbeitsverhältnis beeinträchtigen. Eine solche Tätigkeit kann einen Entlassungsgrund darstellen (§ 82 lit. e GewO 1859).

## F. Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergang

### 1. Allgemeines

Die Regelungen über den Betriebsübergang finden sich v. a. in den §§ 3 ff. AVRAG. Diese haben ihre Grundlage in der EU-Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergangsrichtlinie). Im Interesse des Arbeitnehmerschutzes sollen die Bestimmungen die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleisten. Zu diesem Zweck ordnet die Richtlinie an, dass die Rechte und Pflichten des Veräußerers im Falle eines Betriebsübergangs auf den Erwerber übergehen.

## 2. Wann liegt ein Betriebs(teil)übergang vor?

Die Judikatur hat herausgearbeitet, dass ein Betriebs(teil)übergang typischerweise dann anzunehmen ist, wenn eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt, obwohl sie auf einen neuen Inhaber übertragen wird.<sup>40</sup> Unter einer wirtschaftlichen Einheit wiederum versteht man eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Die wirtschaftliche Einheit darf nicht bloß auf ein bestimmtes Vorhaben beschränkt sein, sondern muss vielmehr auf Dauer angelegt sein. Wesentliche Kriterien für einen Betriebs(teil)übergang sind insbesondere:

- Übergang von materiellen Aktiva (Gebäude, bewegliche Güter),
- Übernahme von Kundschaft,
- die Art der Tätigkeit vor und nach der Übernahme,
- Übernahme der Hauptbelegschaft,
- der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt der Übergabe,
- die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten.

All diese Tatbestandsmerkmale sind jedoch im Rahmen eines beweglichen Systems und somit in einer wertenden Gesamtbetrachtung zu beurteilen. Aus dem Umstand, dass die vom Veräußerer und Erwerber erbrachten Dienstleistungen ähnlich sind, kann für sich allein genommen noch nicht der Schluss auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit gezogen werden. Interessant ist, dass die Übernahme der Hauptbelegschaft zeitgleich ein Tatbestandsmerkmal und die Rechtsfolge eines Betriebsübergangs ist.

Nicht entscheidend ist die Rechtsgrundlage für die Übertragung der wirtschaftlichen Einheit auf den neuen Betriebsinhaber. Entscheidend ist nur, dass die faktische Verfügungsgewalt auf einen neuen Inhaber übergeht. Erfasst sind somit alle Übertragungsvorgänge (z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Verschmelzung, Pacht, Miete, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, Subventionen). Eine Rechtsbeziehung zwischen Veräußerer und Erwerber ist nicht zwingend notwendig. Bei einer Pacht kann es dazu kommen, dass ein Betriebsübergang vorliegt, obwohl zwischen Altpächter und Neupächter keinerlei direkter Kontakt besteht.

<sup>40</sup> Zur Judikatur siehe etwa Binder, AVRAG (2001) § 3 AVRAG Rz. 5 mwN.

Gemäß § 3 Abs. 2 AVRAG i. d. F. IRÄG 2010 sollen die Regeln über den Betriebsübergang dann nicht zur Anwendung kommen, wenn ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung oder eines Konkursverfahrens des Veräußerers vorliegt.

### 3. Rechtsfolgen des Betriebs(teil)übergangs auf die Arbeitsverhältnisse

Geht eine wirtschaftliche Einheit auf einen anderen Inhaber über, so tritt der Übernehmer ex lege mit allen Rechten und Pflichten in die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein (§ 3 Abs. 1 AVRAG). Freie Betriebsvereinbarungen und Betriebsübungen gehen, da sie ebenfalls Bestandteil des Arbeitsvertrages sind auf den Erwerber über. Die Arbeitsbedingungen bleiben aufrecht, es sei denn aus den Bestimmungen über den Wechsel der KV-Angehörigkeit (§ 4 AVRAG), die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5 AVRAG) und die Weitergeltung von BVs (§§ 32, 33 ArbVG) ergibt sich etwas anderes (§ 3 Abs. 3 ArbVG).

Es ändert sich somit nur die Person des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis wird durch den Betriebsübergang an sich nicht berührt. Rechte des Arbeitnehmer dürfen im Falle eines Betriebsübergangs weder durch Arbeitsvertrag noch durch Kollektivvertrag aufgehoben oder beschränkt werden (§ 16 AVRAG). Nur günstigere oder gleichwertige Vereinbarungen sind zulässig. Der Erwerber ist allerdings nicht an rechtsmissbräuchliche Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Veräußerer gebunden. Wird etwa knapp vor Betriebsübergang eine sachlich nicht gerechtfertigte Lohnerhöhung zwischen Veräußerer und Arbeitnehmer vereinbart, so ist der Erwerber an diese nicht gebunden. Derartige Vereinbarungen wirken nur im Verhältnis Veräußerer und Arbeitnehmer.<sup>41</sup>

Das Gesetz nennt ausdrücklich zwei Fälle, in denen der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen kann:

- der Erwerber übernimmt den kollektivvertraglichen Bestandschutz nicht,
- der Erwerber übernimmt eine einzelvertragliche Pensionszusage nicht.

Macht der Arbeitnehmer vom Widerspruchsrecht Gebrauch, so bleibt sein Arbeitsverhältnis zum Veräußerer aufrecht. Der Arbeitnehmer kann allerdings nur dann von seinem Widerspruchsrecht wegen nicht Übernahme des kollektiven Bestandschutzes

---

<sup>41</sup> OGH ZAS 2000, 122 (Vanik).

Gebrauch machen, wenn das Veräußerer Unternehmen fortbesteht. Ansonsten wird der kollektive Bestandschutz Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen Erwerber und Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 2 Satz 2 AVRAG).

Der Arbeitnehmer hat einen Monat ab Übernahme Zeit seinen Widerspruch zu erklären. Ob ein allgemeines, über die im AVRAG genannten Gründe, hinausgehendes Widerspruchsrecht besteht ist strittig. In Deutschland wird ein allgemeines Widerspruchsrecht von der Judikatur trotz Fehlens einer gesetzlichen Grundlage angenommen. In Österreich erkennt der OGH zumindest für Betriebsratsmitglieder ein Widerspruchsrecht ausdrücklich an. Für sonstige Arbeitnehmer hat der OGH dies noch nie direkt zuerkannt. Aufgrund der ausdrücklichen Regelung in § 3 Abs. 4 AVRAG ist ein allgemeines Widerspruchsrecht abzulehnen.

#### **4. Beendigung und Betriebs(teil)übergang**

Unabhängig vom Widerspruchsrecht kommt dem Arbeitnehmer u. U. ein begünstigtes Kündigungsrecht zu. Der Erwerber muss dem Arbeitnehmer jede aufgrund des Betriebsübergangs erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitteilen. Führt ein neu anzuwendender Kollektivvertrag oder neue Betriebsvereinbarungen zu wesentlichen Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen, so steht dem Arbeitnehmer das Recht zu, binnen einen Monat ab dem Zeitpunkt zu dem er die Verschlechterung erkannte oder erkennen musste, unter Einhaltung der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Fristen und Termine zu kündigen. Diese Kündigung hat die Wirkung einer Arbeitgeberkündigung. Dem Arbeitnehmer gebührt daher insbesondere die Abfertigung Alt.

Im Unterschied zum Arbeitnehmer hat weder der Veräußerer noch der Erwerber die Möglichkeit anlässlich des Betriebsübergangs Arbeitsverträge aufzukündigen. Eine Kündigung aufgrund des Betriebsübergangs ist unzulässig, da durch eine solche Kündigung die Rechtsfolgen des AVRAG umgangen würden. Kündigungen aufgrund des Betriebsübergangs sind daher sittenwidrig und nichtig nach § 879 ABGB. Es ist davon auszugehen, dass eine Kündigung auf Grund des Übergangs erfolgt, wenn der Übergang nicht nur der äußere Anlass, sondern der tragende Grund für die Kündigung ist. Als Indiz dafür wird der enge zeitliche Zusammenhang gesehen. Unbenommen bleibt allerdings das Recht Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen und organisatorischen Gründen auszusprechen.

Der Arbeitnehmer kann allerdings auf seinen Bestandschutz verzichten und anstelle der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung anlässlich des Betriebsübergangs Ansprüche aus ungerechtfertigter Beendigung seines Arbeitsverhältnisses geltend machen. Möchte der Arbeitnehmer dagegen die Nichtigkeit der Kündigung geltend machen, so muss er sich auf diese berufen und auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses klagen.

### 5. Haftung und Betriebs(teil)übergang

Sofern andere gesetzliche Bestimmungen nichts Günstigeres vorsehen, haften für Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis zum Veräußerer, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs begründet wurden (z. B. nicht ausbezahltes Entgelt), der Veräußerer und der Erwerber solidarisch (§ 6 Abs. 1 AVRAG). Bei Verpflichtungen aus im Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht mehr bestehenden Arbeitsverträgen ist die Haftung des Erwerbers auf den Wert des Unternehmens begrenzt (§ 1409 ABGB).

Für Ansprüche des Arbeitnehmers, für die die Anwartschaft zumindest teilweise beim Veräußerer entstanden ist, die aber erst nach dem Betriebsübergang beim Erwerber fällig werden (z. B. Abfertigung Alt), haftet der Veräußerer pro rata temporis, also nur mit jenem Betrag, der dem fiktiven Anspruch im Zeitpunkt des Übergangs entspricht (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AVRAG). Die Haftung ist mit fünf Jahren begrenzt. Wertpapierdeckungen oder gleichwertige Sicherungsmittel die mitübertragen wurden, mindern die Haftung des Veräußerers entsprechend. Hat der Erwerber Ansprüche befriedigt, für die die Anwartschaft beim Veräußerer entstanden ist, so hat der Erwerber einen aliquoten Regressanspruch gegen den Veräußerer.

## G. Haftung des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers für Schäden

### I. Allgemeine Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch

Ein Anspruch auf Schadenersatz besteht grundsätzlich immer dann, wenn

- ein Schaden
- rechtswidrig und
- schuldhaft
- verursacht worden ist.

Zunächst ist daher immer zu fragen, ob und wenn in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist und von wem dieser verursacht wurde (Kausalität). Die Prüfung der Kausalität erfolgt anhand der *conditio sine qua non*: Gefragt wird, ob der Schaden entfiel, wenn man sich das schädigende Ereignis wegdenkt. Entfällt der Schaden, ist das Ereignis kausal. Zugerechnet werden allerdings nur solche Ereignisse, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch geeignet sind eben jenen Schaden zu verursachen.

Rechtswidrig ist ein Verhalten immer dann, wenn es gegen ein Gesetz, die guten Sitten, absolut geschützte Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum) oder gegen Vertrag verstößt. Der Schaden muss innerhalb des Schutzzweckes der verletzten Verhaltensanordnung stehen und es dürfen keine Rechtfertigungsgründe (Notwehr, Notstand) vorliegen.

Letzte Voraussetzung, um einen Schadenersatzanspruch bejahen zu können ist das Verschulden. Verschulden meint persönliche Vorwerfbarkeit, wobei hier insbesondere die persönlichen Verhältnisse des Schädigers (Anlagen, Fähigkeiten, Ausbildung usw.) zu berücksichtigen sind. Schuldhaft ist ein Verhalten demnach dann, wenn der Schädiger es aufgrund seiner Einsichtsfähigkeit und seiner persönlichen Verhältnisse hätte vermeiden können. Das Verschulden untergliedert sich in Vorsatz und Fahrlässigkeit, die Fahrlässigkeit weiter in grobe und leichte Fahrlässigkeit. Vorsätzlich handelt, wer den schädigenden Erfolg voraussieht und sich damit abfindet. Fahrlässig handelt, wer die gebotene Sorgfalt außer Acht lässt. Leicht fahrlässig, wer einen Fehler begeht, der gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterlaufen kann; grob fahrlässig handelt jemand, der einen Fehler begeht, der einem ordentlichen Menschen keinesfalls passieren kann.

Bei Vertragsverletzungen kommt dem Geschädigten § 1298 ABGB zu Gute: hinsichtlich des Verschuldens muss der vertragsbrüchige Teil beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist auch für fremdes Verschulden einzustehen. Im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ist besonders auf die Gehilfenhaftung hinzuweisen. Zu unterscheiden ist zwischen Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen. Eines Erfüllungsgehilfen bedient sich der Geschäftsherr zur Erfüllung bestehender Schuldverhältnisse (Verträge).

Beispiel: Ein Installateur schickt seinen Mitarbeiter zur Reparatur eines Abflusses. Die Besonderheit ist, dass der Geschäftsherr (also der Arbeitgeber), für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen (des Mitarbeiters) wie für sein eigenes einzustehen hat (§ 1313a ABGB).

Gegenüber Personen, zu denen der Geschäftsherr nicht in einer Vertragsbeziehung steht, haftet er für seine Mitarbeiter nur im Rahmen der Besorgungsgeliefenhaftung. Er muss also nur dann für seine Mitarbeiter einstehen, wenn ihm ein Verschulden bei der Auswahl des Gehilfen anzulasten ist. Er haftet nur für eine

- untüchtige oder
- wissentlich gefährliche Person.

Untüchtig ist, wer für die jeweilige Tätigkeit nicht geeignet ist (z. B. Kraftfahrer ohne Führerschein). Die wissentliche Gefährlichkeit bezieht sich auf die allgemeinen Eigenschaften einer Person, von der der Arbeitgeber wissen muss (z. B. Pyromanie).

## II. Besonderheiten im Arbeitsrecht

### 1. Allgemeines

Die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen gelten grundsätzlich auch für das Arbeitsrecht. Dies gilt nicht nur für Schäden, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zufügt, sondern auch für Schäden die der Arbeitnehmer einem Dritten zufügte (insbesondere Kunden). Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schädigt.

Für Schäden, die der Arbeitnehmer bei Erbringung der Dienstleistung seinem Arbeitgeber zufügt, sieht das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DNHG) jedoch Besonderheiten vor. Eine unbegrenzte Verpflichtung zum Schadenersatz würde oftmals zu unbilligen Ergebnissen führen. Die dem Arbeitnehmer anvertrauten Gegenstände stehen oft in keinem Verhältnis zum Entgelt; manche Tätigkeiten sind besonders schadensgeneigt; der Arbeitgeber hat die Möglichkeit sich gegen bestimmte Schäden zu versichern. Das Schadenersatzrecht unterliegt im Bereich des Arbeitsrechts daher gewissen Modifikationen.

## 2. Die Modifikationen im Arbeitsrecht

Die Modifikationen des DNHG gelten nur für Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Grundvoraussetzung ist, dass ein Schaden „bei Erbringung der Dienstleistung“ entstanden ist. Werden Dienste also überhaupt nicht erbracht (z. B. Arbeitnehmer erscheint nicht zum Dienst) greifen die Besonderheiten des DNHG nicht, das allgemeine Schadenersatzrecht gilt in vollem Umfang. Sonst wird der Zusammenhang des Schadens mit der Arbeit von der Judikatur allerdings eher weit gesehen. Entscheidend soll sein, dass der Arbeitnehmer die Tätigkeit objektiv im Rahmen der Vertragsverwirklichung erbracht hat. In den Anwendungsbereich des DNHG fallen jene Handlungen, die unter der Leitung und Verfügung des Arbeitgeber gesetzt wurden, den vom Arbeitgeber durch Abschluss des Arbeitsvertrages angestrebten Erfolg bewirken sollen und somit fremdnützig erbracht werden.

Sollte der Arbeitnehmer mit einem Dritten zusammenwirken, nützt es dem Arbeitgeber nicht, wenn er (aufgrund der Solidarhaftung des Dritten nach § 1302 ABGB) nur diesen in Anspruch nimmt. Der interne Schadensausgleich zwischen dem Dritten und dem Arbeitnehmer erfolgt zwar ohne die Modifikationen des DNHG, doch steht dem Arbeitnehmer ein daraus abgeleiteter Entlastungsanspruch gegen den Arbeitgeber zu.

Die dem Arbeitnehmer durch das DNHG eingeräumten Begünstigungen sind durch Arbeitsvertrag oder Betriebsvereinbarung unabdingbar, gegenüber dem Kollektivvertrag jedoch dispositiv (§ 5 DNHG).

## 3. Unmittelbare Schädigung des Arbeitgeber durch den Arbeitnehmer

Schädigt der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber unmittelbar bei Erbringung der Dienstleistung ist nach dem Verschuldensgrad zu differenzieren.

Entschuldbare Fehlleistung:

Ist die schädigende Handlung als entschuldbare Fehlleistung zu qualifizieren, so haftet der Arbeitnehmer überhaupt nicht. Darunter versteht man jenen Grad des Verschuldens, der als geringfügigstes Versehen anzusehen ist, das sich bei Berücksichtigung der gesamten Arbeitslast im Drange des Geschäfts und mit Rücksicht auf die Art und Schwierigkeit der Tätigkeit ohne weiters ergeben und nur bei Anwendung außerordentlicher Aufmerksamkeit abgewendet werden kann. Die entschuldbare Fehlleistung ist der leichteste Grad der Fahrlässigkeit.

Leichte und grobe Fahrlässigkeit:

In beiden Fällen kann der Schadenersatzbetrag vom Richter gemäßigt werden; bei leichter Fahrlässigkeit ist eine Mäßigung bis auf Null möglich. Die Mäßigungskriterien nach § 2 Abs. 2 DNHG sind:

- Ausmaß der mit der Tätigkeit verbundenen Verantwortung,
- Bedachtnahme auf das Verhältnis von Entgelthöhe und Gefahreneigtheit der Tätigkeit,
- konkreten Arbeitsbedingungen,
- Schadenswahrscheinlichkeit,
- Grad der Ausbildung.

Vorsatz:

Keine Privilegierung nach DNHG. Der Arbeitnehmer haftet nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regeln.

### 4. Schädigung Dritter – mittelbare Schädigung des Arbeitgeber

Das DNHG erfasst auch Fälle, in denen der Arbeitnehmer nicht unmittelbar seinen Arbeitgeber, sondern einen Dritten schädigt (z. B. Kunden). Haftet der Arbeitgeber für seinen Arbeitnehmer als Erfüllungs- oder Besorgungshelfer, so erleidet er mittelbar einen Schaden. Macht der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer von seinem internen Regressrecht aus der Arbeitsvertragsbeziehung Gebrauch, so greift diesbezüglich das Mäßigungsrecht des DNHG ein. Dies gilt auch umgekehrt: greift der Dritte auf den Arbeitnehmer aus deliktischer Schädigung zu, kann sich der Arbeitnehmer bei seinem Arbeitgeber entsprechend dem Mäßigungskonzept des DNHG entlasten.

Wird der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer vom Dritten in Anspruch genommen, so hat er jeweils dem anderen den Streit zu verkünden. Sollte dies unterbleiben, können die gegenüber dem Dritten unausgeführt gebliebenen Einwendungen im Rahmen des internen Regressrechts entgegengehalten werden. Ersetzt der in Anspruch genommene dem Dritten den Schaden ohne Zustimmung seines Vertragspartners und ohne dazu rechtskräftig verurteilt zu sein, verliert er nach der Judikatur seinen Rückgriffsanspruch gegenüber seinem Vertragspartner zur Gänze.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> OGH, Arb 10.015/1981.

Sollte eine vom Arbeitgeber geschlossene Versicherung den Schaden decken, kann der Versicherer beim Arbeitnehmer nur regressieren, soweit der Arbeitnehmer nicht in den Versicherungsschutz miteinbezogen ist. Doch kommen dann auch die Mäßigungskriterien des DNHG zum Tragen.

## **5. Außergerichtliche Bereinigung**

§ 7 DNHG gestattet die Aufrechnung der Ansprüche des Arbeitgeber nach dem DNHG mit dem Entgeltanspruch seines Arbeitnehmers, sofern die allgemeinen Aufrechnungsvoraussetzungen gegeben sind und der Arbeitnehmer der Aufrechnung nicht innerhalb von 14 Tagen ab Zugang der Aufrechnungserklärung widerspricht. Aus der Zulässigkeit der Aufrechnung wird gefolgert, dass auch Vergleiche oder konstitutive Anerkenntnisse über Ansprüche aus dem DNHG zulässig sind.

## **6. Verjährung**

Im allgemeinen Schadenersatzrecht verjähren Ansprüche nach drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Die sich aus dem DNHG ergebenden Ansprüche bei leichter Fahrlässigkeit verjähren, wenn sie nicht binnen sechs Monaten nach Kenntnis von Schaden und Schädiger gerichtlich geltend gemacht wurden. Bei Drittschädigung läuft die Frist ab Ersatzleistung an den Dritten. Bei grober Fahrlässigkeit gilt die allgemeine Frist von drei Jahren.

## **III. Haftung des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen und bei Berufskrankheit**

Hat der Arbeitgeber einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit seines Arbeitnehmers verschuldet, so haftet er diesem für den entstandenen Sachschaden voll, für Schäden an der Person jedoch nur bei Vorsatz. Die Haftungsbefreiung des Arbeitgebers begründet sich damit, dass der Arbeitgeber die Beiträge zur Unfallversicherung alleine trägt. Im Falle grober Fahrlässigkeit und bei Vorsatz hat jedoch der leistungspflichtige Sozialversicherungsträger einen Anspruch auf Ersatz der ihm entstandenen Kosten gegen den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer kann nur den Sozialversicherungsträger etwa auf Heilbehandlung, Versehrtenrente und Integritätsabgeltung in Anspruch nehmen.

Bei fahrlässiger Schädigung haftet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für Personenschäden ausnahmsweise nur dann, wenn dieser durch ein Verkehrsmittel entstanden ist, für dessen Betrieb eine erhöhte Haftpflicht besteht. Die Haftung des Arbeitgebers

ist hierbei mit der aus der Pflichtversicherung zur Verfügung stehenden Versicherungssumme begrenzt. Für den Schaden soll nur die Haftpflichtversicherung eintreten. Besteht für das Verkehrsmittel ausnahmsweise keine Versicherungspflicht, entfällt die Haftung des Arbeitgebers.

Die haftungsrechtliche Privilegierung bei Personenschäden kommt auch einem gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreter des Arbeitgebers, sowie jedem zu, der im Unfallzeitpunkt als Aufseher im Betrieb anzusehen war. War der Arbeitnehmer, der einen Arbeitsunfall (eine Berufskrankheit) verursacht hat nicht Aufseher im Betrieb, bleibt er gegenüber dem Geschädigten voll schadenersatzpflichtig. Erfolgt die Verletzung aber nur leicht fahrlässig, darf sich der leistungsverpflichtete Sozialversicherungsträger nicht beim schädigenden Arbeitnehmer regressieren. Der Arbeitnehmer wird in diesem Fall von seiner Ersatzpflicht befreit.

### IV. Mankohaftung

Schwierig zu beurteilen sind Fälle der Mankohaftung, wonach dem Arbeitnehmer – ohne Prüfung des Verschuldens – Fehlbestände an anvertrautem Geld oder Waren angelastet werden. In manchen Fällen erhält der Arbeitnehmer dafür eine Mankoprämie. Der OGH sieht eine Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Mankohaftung für unzulässig an, wobei er sich auf das Gute-Sitten-Gebot des § 879 ABGB stützt.

### V. Schädigung des Arbeitnehmer durch Arbeitgeber oder Dritte und Risikohaftung

Es gilt das allgemeine Schadenersatzrecht. Dieses kann zum tragen kommen, wenn der Arbeitgeber seine Pflichten zur Entgeltzahlung oder zur Fürsorge verletzt und der Arbeitnehmer dadurch einen Vermögens-, Sach- oder Personenschaden erleidet. Auf die Besonderheiten des Personenschadens und das Haftungsprivileg des Arbeitgebers wurde bereits oben eingegangen.

Schuldhafter Entgeltverzug des Arbeitgebers kann der Arbeitnehmer durch die Aufnahme eines Zwischenkredits überbrücken und die Darlehenskosten dem Arbeitgeber auflasten. Bei fehlendem Verschulden des Arbeitgebers steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Verzugszinsen nach § 1333 ABGB zu. Kommen Sachen des Arbeitnehmers abhanden, weil der Arbeitgeber keine geeigneten Aufbewahrungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt hat, haftet der Arbeitgeber ebenso (§ 27 Abs. 4 ASchG).

Wird der Arbeitnehmer durch einen Dritten geschädigt, ist typischerweise auch dieser nach allgemeinen Regeln zum Schadenersatz verpflichtet. Es gibt jedoch Fälle, in denen auch der Arbeitgeber zum Nachteilsausgleich kraft Arbeitsvertrag verpflichtet sein kann. Wird eine Erkrankung oder ein Unfall durch einen Dritten verursacht, so trifft den Arbeitgeber trotzdem die Pflicht zur Entgeltfortzahlung unter den oben beschriebenen Voraussetzungen. Aufgrund der Legalzession des § 1358 ABGB analog kann der Arbeitgeber aber die dem Arbeitnehmer zustehenden Ersatzansprüche gegenüber dem schädigenden Dritten geltend machen.

Grundsätzlich sind die beiden folgenden Konstellationen nicht vom DNHG erfasst:

- Der Arbeitnehmer schädigt einen Dritten, der den Schaden mangels Erfüllungs- und Besorgungsgehilfenhaftung nicht beim Arbeitgeber geltend machen kann, weil diesen keine Haftung dem Dritten gegenüber trifft. Der Arbeitnehmer bliebe daher prima facie uneingeschränkt schadenersatzpflichtig.
- Der Arbeitnehmer setzt sein Privateigentum bei der Erbringung der Arbeitsleistung ein und dieses wird beschädigt. Er müsste den Schaden prima facie selbst tragen.

In beiden Fällen wendet jedoch die Judikatur § 1014 ABGB analog an. Demnach besteht eine umfassende Ersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer für von letzterem getätigte nützliche und notwendige Aufwendungen bei der Auftragerfüllung. Diese Wertungen werden auf das faktische Tätigwerden im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses übertragen. Im Ergebnis kann der Arbeitnehmer, sofern der Schaden im Unternehmensinteresse entstanden ist und der Arbeitnehmer seine Sachen „aufgeopfert“ hat, von seinem Arbeitgeber Ersatz entweder für den dem Dritten geleisteten Schadenersatz oder für die Beschädigung eigener Sachen verlangen. Im Innenverhältnis Arbeitnehmer-Arbeitgeber kommen allerdings wiederum die Wertungen des DNHG zum Tragen, so dass es zu einem abgestuften Ausgleich kommt. Der Arbeitnehmer muss allerdings in beiden Fällen im Interesse und zum Nutzen des Arbeitgebers gehandelt haben und es muss sich ein spezifisches Risiko der Diensttätigkeit verwirklicht haben (arbeitsadäquater Schaden).

# H. Besonderer Schutz bestimmter Arbeitnehmergruppen – Frauen, Jugendliche, Behinderte

## I. Schutz von Frauen

### 1. Gesundheitsschutz, Verbot bestimmter Arbeiten

Grundsätzlich dürfen Frauen die gleichen Arbeiten wie Männer ausführen. Konkrete Beschäftigungsbeschränkungen gibt es aber für Schwangere und stillende Mütter. Es gilt die generalklauselartige Beschränkung des § 6 Abs. 4 ArbeitnehmerInnen-schutzgesetz. Zu beachten ist auch die Evaluierungspflicht des Arbeitgebers nach § 2a MSchG, die schon vor einer Schwangerschaft besteht (dazu näher unter 3.).

### 2. Diskriminierungsverbot

Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) setzt die Europäischen Vorgaben um. Vieles wurde wortwörtlich aus den Richtlinien-texten übernommen.<sup>43</sup> Art. 157 Abs. 1 AEUV (Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen) ist unmittelbar anwendbar.

Die §§ 1 bis 15 GIBG befassen sich mit der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung ist hinsichtlich sämtlicher Arbeitsbedingungen verboten (§ 3 GIBG), wobei auch die Stellenausschreibung (§ 9 GIBG) und die Bewerbung erfasst sind. Der Diskriminierung werden sexuelle Belästigung (§ 6 GIBG) und Belästigung (§ 7 GIBG; hier geht es um geschlechtsbezogene Verhaltensweisen, die die Würde einer Person beeinträchtigen) gleich gestellt. Positive Förderungsmaßnahmen zur faktischen Gleichstellung von Mann und Frau sind vom Diskriminierungsverbot ausgenommen (§ 8 GIBG). Beschwerzt sich eine Arbeitnehmerin über eine Diskriminierung, darf sie deshalb nicht benachteiligt werden (§ 13 GIBG). Klagt sie wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, muss sie die Diskriminierung nur glaubhaft machen; dem Arbeitgeber obliegt es dann ein anderes Motiv für die Ungleichbehandlung vorzutragen, das wahrscheinlicher erscheint als das von der Arbeitnehmerin vorgetragene Motiv oder die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Die Rechtsfolgen der Verletzung differieren danach, bei welcher Arbeitsbedingung die Arbeitnehmerin diskriminiert wurde (siehe § 12 GIBG).

<sup>43</sup> Zur Umsetzung der Richtlinien in Österreich Rebhahn, Das neue Antidiskriminierungsrecht – Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347.

### 3. Schutz schwangerer Frauen und Mütter

#### a. Vor der Geburt

Der Schutz von schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen ist im Mutterschutzgesetz normiert. Die Arbeitnehmerin hat nach dem MSchG eine Reihe von Meldepflichten. Sie muss ihre Schwangerschaft melden und den voraussichtlichen Geburtstermin mitteilen. Das Unterlassen der Mitteilung über die Schwangerschaft ist jedoch grundsätzlich sanktionslos. Wird die Arbeitnehmerin dann in Unkenntnis der Schwangerschaft jedoch für Tätigkeiten eingesetzt, die bei Schwangerschaft verboten wären, so ist der Arbeitgeber weder straf- noch haftbar. Endet die Schwangerschaft vorzeitig (Fehlgeburt), so muss dies die Arbeitnehmerin ebenfalls mitteilen. Vier Wochen vor Beginn des absoluten Beschäftigungsverbots (dieses beginnt acht Wochen vor der Geburt) muss die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber auf den Beginn dieser Schutzfrist aufmerksam machen. Auch muss die Arbeitnehmerin mitteilen, wenn sie das Kind stillt und abstillt. Beim Vorstellungsgespräch darf sie aber eine Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft wahrheitswidrig beantworten.

Den Arbeitgeber treffen im Falle der Schwangerschaft Mitteilungspflichten gegenüber dem Arbeitsinspektorat: Er muss die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin schriftlich und unverzüglich melden. Die Meldung hat zu enthalten: Name, Alter, Tätigkeit, Arbeitsplatz der schwangeren Arbeitnehmerin sowie den voraussichtlichen Geburtstermin.

Unabhängig von einer konkret bestehenden Schwangerschaft muss der Arbeitgeber die mit Frauen besetzten Arbeitsplätze hinsichtlich Gefahren für die Sicherheit und Gesundheit von schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen evaluieren (§ 2a MSchG). Zu berücksichtigen sind vor allem Einwirkungen durch Stöße, Erschütterungen und Bewegungen, durch das Bewegen schwerer Lasten, durch Lärm, extreme Hitze und Kälte, sowie durch gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe. Die Ergebnisse der Evaluation sind schriftlich festzuhalten und dem Betriebsrat und den Sicherheitsvertrauenspersonen mitzuteilen. Stellt sich heraus, dass ein Arbeitsplatz gefährlich ist, sind entsprechende Maßnahmen festzulegen, die geeignet sind die Gefährdung auszuschließen. Wird die Arbeitnehmerin schwanger, muss der Arbeitgeber diese Maßnahmen ergreifen. Können die Arbeitsbedingungen nicht geändert werden, muss geprüft werden, ob die Gefahren durch einen Arbeitsplatzwechsel beseitigt werden können. Ist auch ein Arbeitsplatzwechsel nicht möglich, muss die Arbeitnehmerin freigestellt werden und das Entgelt ist fortzuzahlen.

Der Arbeitgeber hat etliche Beschäftigungsbeschränkungen zu beachten (§§ 3, 4 MSchG). In den letzten acht Wochen vor der Geburt darf die Arbeitnehmerin nicht arbeiten, gleich welche Tätigkeit sie erbringt (absolutes Beschäftigungsverbot). In dieser Zeit beziehen krankenversicherte Arbeitnehmerinnen Wochengeld aus der Krankenversicherung. Vor Beginn der Achtwochenfrist ist eine Arbeit untersagt, wenn durch die Arbeit die Gesundheit der Frau oder die des ungeborenen Kindes gefährdet wäre (individuelles Beschäftigungsverbot). Der Arbeitgeber kann der Arbeitnehmerin aber eine andere ungefährliche Tätigkeit zuweisen.

Werdende Mütter dürfen nicht mit Arbeiten beschäftigt werden, bei denen sie mit Rücksicht auf ihre Schwangerschaft besonderen Unfallgefahren ausgesetzt sind. Manche Tätigkeiten sind während der Schwangerschaft auch unabhängig davon verboten, ob sie konkret gefährlich sind oder nicht. Im Zweifelsfall entscheidet das Arbeitsinspektorat, ob eine Arbeit unter ein Verbot gemäß § 4 MSchG fällt.

### b. Nach der Geburt

Auch für die Zeit nach der Entbindung und auch für stillende Mütter gelten zahlreiche Beschäftigungsverbote (§§ 4a, 5 MSchG). In den ersten acht Wochen nach der Geburt besteht ein absolutes Beschäftigungsverbot; krankenversicherte Arbeitnehmerinnen haben Anspruch auf Wochengeld aus der Krankenversicherung; bei Früh-, Mehrlings- oder Kaiserschnittgeburten beträgt die Frist zwölf Wochen. Die Frist verlängert sich, wenn das Kind vor dem errechneten Geburtstermin zur Welt kommt und sich deshalb die absolute Schutzfrist vor der Geburt verkürzt. Hier verlängert sich die Frist um die Verkürzung der Schutzfrist vor der Geburt, max. jedoch auf 16 Wochen.

Bis zu zwölf Wochen nach der Geburt (§ 5 Abs. 3 MSchG) oder von stillenden Müttern (§ 4a MSchG) dürfen bestimmte Tätigkeiten nicht durchgeführt werden, unabhängig davon, ob sie gefährlich sind oder nicht.

Die arbeitszeitrechtlichen Beschränkungen sind im Kapitel über die Arbeitszeit dargestellt.

## 4. Schutz von Jugendlichen und behinderten Arbeitnehmern

### a. Schutz von Jugendlichen

Die Beschränkungen für die Arbeit von Kindern und Jugendlichen sind im KJBG geregelt. Kinder sind nach diesem Gesetz Personen, die das 15. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Sie dürfen grundsätzlich nicht beschäftigt werden. Jugendliche sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Die Schutzvorschriften für Jugendliche finden sich in den §§ 10 ff. KJBG.

Jugendliche, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder in einem Lehr- oder sonstigen, mindestens einjährigen Ausbildungsverhältnis stehen, dürfen nicht zu Akkordarbeiten oder akkordähnlichen Arbeiten, usw. herangezogen werden (§ 21 KJBG).

Der Arbeitgeber hat vor Beginn der Beschäftigung und bei jeder bedeutenden Änderung der Arbeitsbedingungen die für die Sicherheit und Gesundheit des Jugendlichen sowie für die Sittlichkeit bestehenden Gefahren zu ermitteln (§ 23 KJBG).

Der Arbeitgeber hat die Jugendlichen über die Durchführung von Jugendlichenuntersuchungen gemäß § 132a ASVG rechtzeitig zu informieren, sie über den Sinn dieser Untersuchungen zu belehren und sie zur Teilnahme anzuhalten. Den Jugendlichen ist die für die Durchführung der Jugendlichenuntersuchungen erforderliche Freizeit unter Fortzahlung des Entgelts zu gewähren (§ 25 KJBG).

In jedem Betrieb, in dem Jugendliche beschäftigt werden, ist ein Verzeichnis der Jugendlichen zu führen (§ 26 KJBG). Das Verzeichnis hat zu enthalten: Familiennamen und Vornamen sowie Wohnort der Jugendlichen, Tag und Jahr der Geburt, Tag des Eintrittes in den Betrieb, Art der Beschäftigung, Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden und deren Entlohnung sowie Namen und Wohnort der gesetzlichen Vertreter der Jugendlichen.

Urlaubsrechtlich besteht die Besonderheit, dass mit Jugendlichen auf deren Wunsch ein Urlaub von mindestens zwölf Werktagen in der Zeit zwischen 14. Juni und 15. September zu vereinbaren ist (§ 32 KJBG).

### i. Entstehung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Siehe dazu das Kapitel „Arbeitsrechtliche Subjektivität natürlicher Personen“.

### ii. Verbot sonstiger Arbeiten, Ruhepausen, Überstunden, Nacharbeit

Das KJBG beinhaltet die Arbeitszeitregelung für Arbeitnehmer bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, die in einem Dienstverhältnis, einem Lehrverhältnis oder einem sonstigen Ausbildungsverhältnis stehen. An Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen dürfen Jugendliche grundsätzlich nicht beschäftigt werden. Ausnahmen gelten für das Gastgewerbe. Jugendlichen dürfen ebenfalls nicht in der Zeit zwischen 20:00 bis 6:00 Uhr beschäftigt werden; Ausnahmen bestehen etwa bei Mehrschicht-Betrieben: hier dürfen sie bis 22:00 Uhr arbeiten, der Beginn ist um 5:00 Uhr möglich, wenn später der Betrieb nicht mehr sinnvoll erreichbar ist.

Die gesetzlich zulässige Tagesarbeitszeit beträgt acht Stunden, die Wochenarbeitszeit 40 Stunden. Diese zeitlichen Grenzen dürfen von Jugendlichen (abgesehen von ganz wenigen Ausnahmen) grundsätzlich nicht überschritten werden.

Beträgt die Gesamtdauer der Tagesarbeitszeit mehr als 4,5 Stunden, so ist die Arbeitszeit durch eine Ruhepause von mindestens einer halben Stunde zu unterbrechen. Die Ruhepause ist spätestens nach sechs Stunden zu gewähren. Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit ist Personen unter 15 Jahren eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 14 Stunden zu gewähren. Den Jugendlichen ist eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens zwölf Stunden zu gewähren.

Lehrlinge sind zum Besuch der Berufsschule gesetzlich verpflichtet. Die Unterrichtszeit in der Berufsschule ist auf die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit anzurechnen, die Lehrlingsentschädigung ist für diese Unterrichtszeit weiterzuzahlen.

Den Jugendlichen ist wöchentlich eine ununterbrochene Freizeit von zwei Kalendertagen, in die der Sonntag zu fallen hat, zu gewähren. Diese Wochenfreizeit hat spätestens um 13 Uhr am Samstag zu beginnen.

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit kann zur Erreichung einer längeren Freizeit, die mit der Wochenfreizeit zusammenhängen muss, aber abweichend von der täglichen Höchstarbeitszeit verteilt werden. Ein Kollektivvertrag kann zulassen, dass die wöchentliche Höchstarbeitszeit auf die Werkzeuge abweichend von der täglichen Höchstarbeitszeit aufgeteilt wird. Die Arbeitszeit kann in den einzelnen Wochen eines

mehrwöchigen Durchrechnungszeitraumes ausgedehnt werden, wenn innerhalb dieses Durchrechnungszeitraumes die Wochenarbeitszeit im Durchschnitt 40 Stunden nicht übersteigt und

- der Kollektivvertrag dies zulässt,
- für vergleichbare erwachsene Arbeitnehmer des Betriebes eine solche Arbeitszeiteinteilung besteht und
- eine abweichende Arbeitszeiteinteilung für Jugendliche dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann.

Bei einer solchen Verteilung der Arbeitszeit darf die Tagesarbeitszeit neun Stunden und die Arbeitszeit in den einzelnen Wochen des Durchrechnungs- bzw. Einarbeitungszeitraumes 45 Stunden nicht überschreiten.

#### b. Beschäftigung von behinderten Personen

Regeln zur Beschäftigung von behinderten Personen finden sich im BEinstG. Zum besonderen Bestandschutz begünstigter Behinderter siehe das Kapitel zum Kündigungsrecht. Behinderte Arbeitnehmer dürfen wegen der Behinderung weder mittelbar noch unmittelbar diskriminiert und auch nicht belästigt werden (§ 7a ff. BEinstG). Arbeitgeber haben bei der Beschäftigung auf die Behinderung nach den betrieblichen Möglichkeiten Rücksicht zu nehmen.

Arbeitgeber sind gesetzlich verpflichtet auf 25 Arbeitnehmern einen begünstigten Behinderten (Grad der Behinderung von mindestens 50 Prozent) einzustellen. Die Nichteinhaltung der Beschäftigungspflicht ist mit der Zahlung einer Ausgleichstaxe (§ 9 BEinstG) an den Ausgleichstaxenfonds sanktioniert, der beim Arbeitsministerium eingerichtet ist. Die Ausgleichstaxe beträgt für jede nicht eingestellte aber einzustellende Person zurzeit etwa 220,- EUR und wird jährlich angepasst. Umgekehrt erhält der Arbeitgeber für jeden beschäftigten Behinderten eine Prämie.

Sind in einem Betrieb mindestens fünf Begünstigte beschäftigt, können diese Arbeitnehmer eine Behindertenvertrauensperson wählen, die bestimmte Anhörungs-, Beratungs- und Informationsrechte hat (§ 22a BEinstG).

### § 2 Kollektivarbeitsrecht

#### A. Die Organisation der Arbeitnehmer

##### I. Die Interessensvertretungen

###### 1. Allgemeines

Charakteristisch für Österreich ist das Nebeneinander von freiwilligen und gesetzlichen Interessensverbänden. Diese Interessensverbände sind überbetrieblich organisiert. Ihre Tätigkeit hat zwar Bedeutung für die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, allerdings gibt es keine Verbände auf Betriebs- oder Unternehmensebene. Das betriebliche Vertretungsorgan der Arbeitnehmer ist der Betriebsrat, der rechtlich von den Gewerkschaften getrennt ist.

###### 2. Freiwillige Interessensvertretung

###### a. Der Österreichische Gewerkschaftsbund (ÖGB)

Der ÖGB wurde im April 1945 gegründet und ist die einzige umfassende Gewerkschaftsorganisation in Österreich. Dem ÖGB kommt im Rahmen der Sozialpartnerschaft maßgebliche Bedeutung zu. Er ist als Verein i. S. d. Vereinsgesetzes organisiert und setzt sich aus sieben Fachgewerkschaften zusammen, die Organe des ÖGB. Mitglieder werden zwar in den Fachgewerkschaften aufgenommen, ein Mitgliedschaftsverhältnis wird jedoch nur zum ÖGB begründet. Der Organisationsaufbau erfolgt von oben nach unten und ist zentralistisch. In der Praxis haben die Fachgewerkschaften jedoch weitgehend freie Hand.

Der ÖGB vertritt laut Selbstverständnis die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Interessen von Arbeitern, Angestellten und öffentlichen Bediensteten. Realpolitisch spielt der ÖGB über seine Abgeordneten in den Bundes- und Landesparlamenten, über die Arbeiterkammer an der Bestellung der Laienrichter bei den Arbeits- und Sozialgerichten sowie den Versicherungsvertretern in den Sozialversicherungsträgern und in vielen Beiräten im Bereich der Verwaltung eine maßgebliche Rolle.

## b. Freiwillige Arbeitgebervereinigungen

Auf Unternehmenseite gibt es eine große Zurückhaltung was die Bildung von freien Verbänden betrifft. Die Interessenvertretung der Arbeitgeber wird der Bundeswirtschaftskammer (WKÖ) als gesetzlich eingerichtete Interessensvertretung überlassen. Die größte Bedeutung bei den freien Verbänden hat die Industriellenvereinigung erreicht. Diese ist grundsätzlich kollektivvertragsfähig, hat davon allerdings noch nie Gebrauch gemacht. Die Industriellenvereinigung beschränkt sich wie die meisten freiwilligen Arbeitgeberverbände auf die Wahrnehmung von wirtschaftlichen Fragen und Aktivitäten auf dem Gebiet der Arbeitsbeziehungen.

## 3. Gesetzliche Interessensvertretung

In den Art. 120a bis 120c B-VG wird dem einfachen Gesetzgeber gestattet, durch Gesetz Interessenvertretungen als Selbstverwaltungskörper einzurichten. Diese können ihre Aufgaben frei von Weisungen verrichten; der Staat hat nur ein Aufsichtsrecht über die Gesetzmäßigkeit und eingeschränkt auch über die Zweckmäßigkeit der Verwaltungsführung. Gesetzliche Interessensverbände sind juristische Personen öffentlichen Rechts mit Pflichtmitgliedschaft und Umlagenhoheit.

### a. Die Wirtschaftskammern

Die Wirtschaftskammerorganisation setzt sich aus der Bundeswirtschaftskammer (WKÖ) und neun Landeskammern in den Bundesländern zusammen. Sowohl die WKÖ als auch die Wirtschaftskammern in den Ländern gliedern sich in sieben Sparten:

- Gewerbe und Handwerk,
- Industrie,
- Handel,
- Bank und Versicherung,
- Transport und Verkehr,
- Tourismus und Freizeitwirtschaft,
- Information und Consulting.

In der WKÖ gibt es zusätzlich zu diesen Sparten 23 Abteilungen, die politische, organisatorische und serviceorientierte Aufgaben erfüllen. Die Mitgliedschaft zur Wirt-

schaftskammer wird automatisch mit der Berechtigung zum selbständigen Betrieb eines Unternehmens der gewerblichen Wirtschaft erworben (Gewerbeschein) und endet mit dem Verlust dieser Berechtigung.

Die Wirtschaftskammern sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, sie können nur durch ihre Organe rechtsverbindliche Handlungen vornehmen. In der Kammerorganisation werden Funktionäre aus den Reihen der Mitglieder gewählt und dann als Organe tätig. Die (nebenberuflichen) Funktionäre werden von hauptberuflichen Mitarbeitern unterstützt.

Die Aufgaben der Wirtschaftskammerorganisation sind insbesondere die arbeitsrechtlichen Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen und zu vertreten sowie auf die Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens hinzuwirken. Teil der Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens ist der Abschluss von Kollektivverträgen. Die Wirtschaftskammer nominiert darüber hinaus Laienrichter am ASG und bei Schlichtungsstellen und vertritt ihre Mitglieder auch in Verfahren vor diesen Behörden. Die Kammern haben das Recht Gesetze zu begutachten, die die Interessen ihrer Mitglieder berühren. Zu ihren Aufgaben zählt es auch, aktiv Vorschläge für neue Gesetze oder gesetzliche Veränderung zu unterbreiten. Darüber hinaus wurden der Wirtschaftskammer auch bestimmte staatliche Aufgaben übertragen. Dazu zählen die Führung der Meisterprüfungsstellen, die Mitwirkung im Bereich des Lehrlingswesens oder die Ausstellung von Ursprungszeugnissen.

### b. Die Bundesarbeitskammer (BAK)

Die BAK ist korrespondierend zur Wirtschaftskammer die gesetzliche Interessensvertretung der Arbeitnehmerseite. War die BAK früher v. a. als Koordinierungsorgan der verschiedenen Gewerkschaftsbewegungen gedacht, so ist sie heute aus Arbeitnehmersicht ein Hilfsorgan des ÖGB. Sie soll vor allem die Grundlagenarbeit und die sonstigen kostenintensiven Tätigkeiten besorgen. Der politische Kurs hingegen wird weitgehend von der Gewerkschaft bestimmt. Das schon erwähnte Abhängigkeitsverhältnis der BAK vom ÖGB funktioniert über Personalunion (der ÖGB stellt die BAK-Funktionäre) und sichert so eine koordinierte Vorgehensweise zwischen BAK und ÖGB.

Die Rechte der BAK entsprechen jenen der Wirtschaftskammer. Zu den Aufgaben der BAK zählen insbesondere die Mitwirkung bei allen Maßnahmen und Einrichtungen, die das Dienstverhältnis oder die wirtschaftliche und soziale Lage der Arbeiter und An-

gestellte, arbeitsloser ehemaliger Arbeitnehmer und Pensionisten berühren, die Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Lage der Arbeitnehmer, die Förderung der Bildung und Ausbildung der Arbeitnehmer, die Überwachung arbeitsrechtlicher Vorschriften, die Beratung und Unterstützung der Betriebsräte sowie Gewährung von Rechtsschutz in arbeits- und sozialrechtlichen Angelegenheiten an ihre Mitglieder.

Mitglieder sind grundsätzlich alle Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer, Arbeitslose sowie Beamte in Betrieben oder Anstalten des Staates. Nicht arbeiterkammerzugehörig sind jene leitenden Angestellten, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Unternehmens zusteht.

#### 4. Die Sozialpartnerschaft ([www.sozialpartner.at](http://www.sozialpartner.at))

Österreich verfügt über ein besonders ausgeprägtes System der Zusammenarbeit der großen wirtschaftlichen Interessenverbände untereinander und mit der Regierung. Diese Zusammenarbeit war eine Grundvoraussetzung für den Wiederaufbau nach dem Zweiten Weltkrieg. Dieses System der Wirtschafts- und Sozialpartnerschaft, zu meist kurz als „Sozialpartnerschaft“ bezeichnet, beruht auf dem Prinzip der Freiwilligkeit: das historisch gewachsene Zusammenwirken der Interessenverbände ist weitestgehend informell und nicht durch Gesetze geregelt. Die Sozialpartnerschaft beschränkt sich aber nicht auf die Regulierung von Arbeitsbeziehungen. Nach Schätzungen sind 90 bis 95 Prozent der in der Privatwirtschaft beschäftigten Arbeitnehmer von einem Kollektivvertrag erfasst. Die österreichische Besonderheit liegt darin, dass sich die Sozialpartnerschaft darüber hinaus auf praktisch alle Gebiete der Wirtschafts- und Sozialpolitik erstreckt. Deshalb gilt Österreich auch als Musterbeispiel des Korporatismus, also der umfassenden und koordinierten Interessenvertretung.

Die vier großen Interessenverbände Österreichischer Gewerkschaftsbund (ÖGB), Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ), Bundesarbeitskammer (BAK) und Landwirtschaftskammer Österreich (LK) sind nicht bloß Interessenvertretungen im engeren Sinne, also Tarifpartner und Lobbyorganisationen mit Serviceleistungen für ihre Mitglieder, sondern sie sind darüber hinaus in vielfältiger Weise im politischen System Österreichs verankert:

Gesetzgebung:

Die Verbände haben u. a. das Recht auf Begutachtung von Gesetzesvorlagen, zur Einbringung von Vorschlägen in gesetzgebenden Körperschaften, zur Formulierung von

Gesetzesentwürfen im zentralen Interessenbereich der Sozialpartner (Sozial- und Arbeitsrecht, etc.).

Verwaltung:

Die Sozialpartner wirken in zahlreichen Kommissionen, Beiräten und Ausschüssen mit, etwa im Lehrlingswesen, bei der Kontrolle von Arbeitsbedingungen, bei der Ausstellung von Ursprungszeugnissen, in Wettbewerbspolitik und Kartellwesen, Arbeitsmarktpolitik, Konsumentenpolitik und in Förderungseinrichtungen.

Gerichtsbarkeit:

Die Sozialpartner erbringen Vorschläge für die Ernennung von Laienrichtern bei Arbeits- und Sozialgerichten, und sie stellen Beisitzer im Kartellgericht.

Sozialpolitik:

In der Sozialpolitik (Sozialversicherung) besteht ein wichtiger Tätigkeitsbereich der Verbände in der Entsendung von Vertretern in die Pensions-, Kranken- und Unfallversicherungen, die als öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften organisiert sind.

Zu den Aufgaben der Sozialpartnerschaft zählt auch die informelle Verhandlungsführung und Problemlösungskompetenz in Bereichen, in welchen die Interessenverbände über besondere Expertise verfügen, wie etwa in Angelegenheiten des Arbeitsrechts, des Sozialrechts, aber auch des Gewerbe- und Familienrechts, wo eine Einigung auf Sozialpartnerebene vielfach eine notwendige Vorleistung für eine sachgerechte Lösung auf politischer Ebene ist.

Das Wesen der Sozialpartnerschaft besteht darin, dass sich diese vier großen Interessenorganisationen zu gemeinsamen längerfristigen Zielen der Wirtschafts- und Sozialpolitik bekennen und die Überzeugung teilen, dass diese Ziele durch Zusammenarbeit und durch koordiniertes Handeln der großen gesellschaftlichen Gruppen auf dem Dialogweg besser erreicht werden können als durch offene Austragung von Konflikten. Die Ziele der Zusammenarbeit der Sozialpartner sind in mehreren Abkommen festgelegt. Die derzeitige Zusammenarbeit ist im Sozialpartner-Abkommen vom 23.11.1992 umschrieben.

## II. Interessensvertretung der Arbeitnehmer in Betrieben, Unternehmen und Konzernen (Betriebsrat)

### 1. Allgemeines

Das Betriebsverfassungsrecht regelt die Interessenvertretung der Arbeitnehmer auf Betriebs-, Unternehmens- und Konzernebene, einschließlich der Europäischen Betriebsverfassung. Über die im ArbVG normierten Regeln soll ein Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und der Belegschaft erzielt werden. Die einschlägigen Rechtsgrundlagen des Betriebsverfassungsrechts finden sich in Österreich im II. Teil des ArbVG (§§ 33 ff. ArbVG); jene über die europäische Betriebsverfassung in den §§ 171 ff. ArbVG; in den §§ 208 ff. ArbVG finden sich Sonderregelungen hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in der europäischen Gesellschaft (Societas Europaea). Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften finden sich in den §§ 258 ff. ArbVG.

### 2. Betrieb

Ein zentraler Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist die Struktur der jeweiligen Unternehmung und hierbei insbesondere der Betrieb, das Unternehmen und der Konzern. Bezugspunkt ist dabei in erster Linie der Betrieb. Erst wenn auf betrieblicher Ebene Belegschaftsorgane errichtet wurden, stellt sich die Frage, ob u. U. auf übergeordneter Ebene weitere Organe zu errichten sind.

Als Betrieb definiert § 34 Abs. 1 ArbVG „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.“ Daraus werden für den Betriebsbegriff drei wesentliche Elemente abgeleitet:

- die Einheit des Betriebsinhabers,
- die Einheit des Betriebszwecks,
- die Einheit der Organisation.

Die dem Betriebsinhaber zugeordnete Arbeitsstätte, die ihm zugeordneten Betriebsmittel und die ihm zugeordneten Arbeitnehmer stecken den äußersten Rahmen des

Betriebes ab. Hat eine Arbeitsstätte mehrere Inhaber, kann ein Betrieb nur dann angenommen werden, wenn sich diese zu einer Einheit zusammengeschlossen haben (Einheit des Betriebsinhabers).

Einheit des Betriebszwecks meint, dass die in Betracht kommende Arbeitsstätte einen einheitlichen Zweck verfolgen muss. Unter Zweck ist ein unmittelbarer, v. a. technischer Zweck gemeint, der in der Erzielung eines Arbeitsergebnisses münden soll (z. B. Warenproduktion, Handel, Dienstleistungserbringung).

Wesentlich für die Abgrenzung zum unselbständigen Betriebsteil ist die Einheit der Organisation, die darin zum Ausdruck kommt, dass die in Betracht kommenden Arbeitseinheit ein gewisses Maß an Selbständigkeit im Hinblick auf die Erreichung des Betriebszwecks eingeräumt wurde. Die Abgrenzung eines selbständigen Betriebes von anderen Arbeitsstätten innerhalb eines Unternehmens bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Sie ist jedoch entscheidend, da nur in selbständigen Betrieben eigene Belegschaftsorgane errichtet werden dürfen.

Selbständigkeit liegt bei weitgehend autonomen Entscheidungsbefugnissen der Führungskräfte des Betriebes hinsichtlich der gewöhnlichen Betriebsabläufe insbesondere in produktionstechnischen und personellen Fragen vor (z. B. Koordination der Arbeitnehmer, Anordnung von Überstunden, Einteilung der Dienste und Urlaube). Dabei schadet es nicht, wenn administrative, kaufmännische oder wirtschaftliche Agenden in einer Zentrale für mehrere Betriebe geführt werden (z. B. Einstellung von Arbeitnehmern, Beendigung von Dienstverhältnissen, Lohn- und Gehaltsabrechnung).

Eigenständigkeit ist ein weiteres Indiz für die Betriebseigenschaft. Dafür muss das Arbeitsergebnis eine, wenn auch beschränkte, Abgeschlossenheit und Unabhängigkeit von anderen Betriebsvorgängen aufweisen.

Im Zweifel kann auch die große räumliche Entfernung einer Arbeitsstätte vom Hauptbetrieb des Unternehmens für die Selbständigkeit sprechen. Ein Betrieb muss rechtlich allerdings nicht selbständig sein. Der hinter ihm stehende Rechtsträger ist in der Regel ein Unternehmen. Kleinere Unternehmen verfügen häufig nur über einen Betrieb, so dass eine Trennung zwischen Betrieb und Unternehmen nicht möglich ist. Besteht ein Unternehmen dagegen aus mehreren Betrieben, spricht man von einem gegliederten Unternehmen.

### 3. Unternehmen

Im Unterschied zum Betrieb wird das Unternehmen im ArbVG nicht definiert. Das Unternehmen ist aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht nur dann von Bedeutung, wenn mehrere Betriebe in einem Unternehmen zusammengefasst sind. Für solche gegliederten Unternehmen sieht § 40 Abs. 4 ArbVG vor, dass wenn diese Betriebe eine wirtschaftliche Einheit bilden und vom Unternehmen zentral verwaltet werden, zusätzliche Organe der Arbeitnehmer (v. a. ein Zentralbetriebsrat) einzurichten sind. Im Gegensatz zum Betrieb ist ein Unternehmen nicht auf einen arbeitstechnischen Zweck ausgerichtet, sondern vielmehr auf einen kaufmännischen-wirtschaftlichen Zweck (wirtschaftliche Einheit). Zusätzlich muss das Unternehmen eine rechtliche Einheit auch im Sinne des Unternehmensrechts bilden. Das Unternehmen muss schließlich mit der Außenwelt in Kontakt treten können und daher eine rechtliche Handlungsfähigkeit haben.

### 4. Konzern

Unter dem Konzernbegriff versteht man eine aus rechtlich selbständig bleibenden Unternehmen zusammengesetzte Wirtschaftseinheit, die kein eigener Rechtsträger, insbesondere keine juristische Person ist. § 40 Abs. 4a ArbVG meint mit Konzern, rechtlich selbständige Unternehmen, die zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind (Gleichordnungskonzern). Von einem Konzern spricht man auch, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens steht (z. B. durch Beteiligungen). Das herrschende und das abhängige Unternehmen bilden zusammen den Konzern, einzeln sind sie Konzernunternehmen (Unterordnungskonzern).

Bei internationalen Sachverhalten sind betriebsverfassungsrechtliche Besonderheiten zu beachten, wenn inländische Betriebe bzw. Unternehmen in multinationale Unternehmen bzw. Konzerne eingebunden sind, die in mehreren europäischen Staaten tätig sind (§§ 171 ff. ArbVG). Für diese Fälle ist die Möglichkeit eines Europäischen Betriebsrats vorgesehen, durch den eine Mitwirkung der Arbeitnehmer bei länderübergreifenden Unternehmensstrukturen geschaffen wurde. Die europäische Betriebsverfassung im ArbVG gilt aber grundsätzlich nur für Unternehmen und Konzerne, deren zentrale Leitung im Inland liegt und die mindestens 1000 Arbeitnehmer in den Mitgliedstaaten der EU bzw. des EWR und jeweils mindestens 150 Arbeitnehmer davon in wenigstens zwei Mitgliedstaaten beschäftigen.

Sonderregelungen gelten auch hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Societas Europaea, die ihren Sitz im Inland haben (§§ 208 ff. ArbVG).

### 5. Belegschaft und Betriebsinhaber

Der persönliche Geltungsbereich des Betriebsverfassungsrechts wird durch den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff vorgegeben. Nur diese Personen können an der Betriebsratswahl mitwirken, werden vom Betriebsrat vertreten und unterliegen Betriebsvereinbarungen. Arbeitnehmer i. S. d. § 36 ArbVG sind demnach alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigte Personen einschließlich der Lehrlinge und der Heimarbeiter ohne Unterschied des Alters. Es kommt somit auf

- die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit und
- die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb an.

Nicht entscheidend ist dagegen die rechtliche Grundlage. Ein Arbeitsvertrag ist insbesondere nicht notwendig. So sind z. B. auch illegal beschäftigte Ausländer (kein gültiger Arbeitsvertrag) sowie Zeitarbeitnehmer (kein Arbeitsvertrag zum beschäftigenden Betriebsinhaber) in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht als Arbeitnehmer anzusehen. Auf der anderen Seite sind gewisse Personen, obwohl sie u. U. aufgrund eines Arbeitsvertrages im Betrieb beschäftigt sind, vom Geltungsbereich der Betriebsverfassung ausgenommen. Diese Ausnahme erfolgt insbesondere deshalb, da bei diesen eine unterschiedliche Interessenausrichtung als beim Rest der Belegschaft besteht. Ausgenommen sind:

- Mitglieder jenes Organs, das zur gesetzlichen Vertretung einer juristischen Person berufen ist (insbesondere Geschäftsführer einer GmbH),
- leitende Angestellte, denen maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht sowie
- Personen, die zu Schulungs- und Ausbildungszwecken kurzfristig beschäftigt werden (z. B. Volontäre).

Diesen Personen kommen nicht die aus dem ArbVG ableitbaren Rechte zu (Mitbestimmung, allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz). Führungskräfte nehmen im Verhältnis zu den anderen Arbeitnehmern Arbeitgeberfunktionen wahr und sollen nicht in die Betriebsverfassung miteinbezogen werden, um eine Verwischung der Fronten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu vermeiden. Wird eine Person von

vornherein nicht vom ArbVG erfasst, fällt diese ebenfalls nicht unter das ArbVG und zählt bei der Erreichung von im ArbVG festgesetzten Kopffzahlen nicht mit (Schwellenwerte wie fünf Arbeitnehmer für die Errichtung eines Betriebsrats).

Die Gesamtheit aller Arbeitnehmer i. S. d. ArbVG in einem Betrieb/Unternehmen/Konzern wird als Belegschaft bezeichnet. Da sich der arbeitsvertragliche und betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nicht gänzlich decken, verwendet das ArbVG als Gegenüber der Belegschaft auch nicht den Ausdruck Arbeitgeber, sondern Betriebsinhaber. Der Betriebsinhaber ist jene Person/Personengruppe, auf dessen Rechnung und Gefahr der Betrieb geführt wird, also der Unternehmer.

## 6. Organe der Belegschaft

Die Belegschaft wird durch die Bestimmungen des ArbVG organisiert und mit Rechten und Pflichten ausgestattet. Die Belegschaft wird als juristische Teilperson angesehen; sie besitzt also nicht die volle Rechtsfähigkeit. Insbesondere ist die Belegschaft nicht vermögensfähig. Dafür hat der Gesetzgeber den Betriebsratsfonds eingerichtet. Dieser Fonds ist eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Vermögensmasse, die Kraft Gesetz entsteht, wenn Arbeitnehmer Mittel zur Deckung der Kosten des Betriebsrats, zur Errichtung und Verwaltung von Wohlfahrtseinrichtungen oder zur Durchführung von Wohlfahrtsmaßnahmen zugewendet werden. Die Haupteinnahmequelle des Betriebsratsfonds ist die Betriebsratumlage (max. 0,5 Prozent des Bruttoarbeitsentgelts) und Zuwendungen durch den Arbeitgeber.

Um Rechte und Pflichten zu begründen (Handlungsfähigkeit), braucht die Belegschaft Organe. In jedem Betrieb in dem dauernd mindestens fünf stimmberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind, besteht die Pflicht einen Betriebsrat zu bilden. Zu dieser Pflicht besteht allerdings keine korrespondierende Sanktion. Insbesondere ist der Betriebsinhaber nicht dazu verpflichtet, für die Organisation der Belegschaft zu sorgen. Es liegt in der freien Entscheidung der Arbeitnehmer, ob sie sich zu einem Betriebsrat organisieren wollen. Ist kein Betriebsrat errichtet, findet die betriebliche Mitbestimmung nicht statt.

Auf Belegschaftsebene sind zwei Organe vorgesehen, Betriebsversammlung und Betriebsrat. Die Betriebsversammlung ist ein Organ mit breiter Mitgliedschaft, das die Bereitstellung des geschäftsführenden Organs vorbereitet, dieses kontrolliert und die Umlagenhoheit besitzt. Der Betriebsrat ist dagegen das geschäftsführende und die

Belegschaft nach außen vertretende Organ. Grundsätzlich ist die Belegschaftsvertretung nach Arbeitern und Angestellten unterteilt. Besteht jede Gruppe aus zumindest fünf Arbeitnehmern, so ist für jede eine eigene Interessensvertretung einzurichten. Die Gruppen können aber auch beschließen, einen gemeinsamen Betriebsrat zu errichten. Bei getrennten Betriebsräten ist zur Wahrung der gemeinsamen Interessen ein Betriebsausschuss zu bilden.

Alle Arbeitnehmer können an der Betriebsversammlung teilnehmen. Stimmberechtigt sind aber nur Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Auf die Staatsbürgerschaft kommt es dagegen nicht an. Die Teilnahme an der Betriebsversammlung begründet einen Anspruch auf Arbeitsfreistellung für die Dauer der Versammlung. Einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung allerdings nur, wenn der Kollektivvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder der Arbeitsvertrag dies vorsehen.

Der Betriebsrat muss mindestens aus einem Mitglied bestehen, seine Größe nimmt mit der Belegschaftsstärke zu (§ 50 Abs. 1 ArbVG). Wahlberechtigt sind alle in- wie ausländischen Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und am Tag der Betriebsversammlung, sowie am Wahltag im Betrieb beschäftigt sind. Passiv wahlberechtigt sind alle Arbeitnehmer, die das 19. Lebensjahr vollendet haben und seit mindestens sechs Monaten im Betrieb beschäftigt sind. In größeren Betrieben (mindestens 150 Arbeitnehmer) können auch Funktionäre der Arbeiterkammern und Gewerkschaften in den Betriebsrat gewählt werden.

### 7. Betriebsratswahl

Durch die Betriebsversammlung wird ein Wahlvorstand gewählt. Dieser hat die Wahlkundmachung auszuschreiben, eine Wählerliste aufzulegen und Wahlvorschläge entgegenzunehmen. Die Wahl selbst ist eine gleiche, unmittelbare, geheime und persönliche Wahl. Das Wahlergebnis ist im Betrieb kundzumachen und dem Betriebsinhaber, dem Arbeitsinspektorat sowie den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressenvertretungen mitzuteilen. Spätestens sechs Wochen nach der Wahl hat die Konstituierung des Betriebsrats (d. h. die Wahl des Vorsitzenden und der sonstigen Funktionäre) zu erfolgen.

Ist eine Wahl fehlerhaft, kann das unterschiedliche Folgen haben. Bei der Verletzung von elementaren Wahlgrundsätzen ist die Wahl nichtig (z. B. telefonische Befragung, Wahl in einem Betrieb mit weniger als fünf Arbeitnehmern). Die Feststellung der Nichtigkeit kann jederzeit begehrt werden bzw. ist von Amts wegen von jeder Behörde

wahrzunehmen und hat ex tunc Wirkung. Alle Rechtshandlungen des nichtig gewählten Betriebsrates sind unwirksam. Bei weniger gravierenden Mängeln ist die Wahl anfechtbar. Erfolgt die Anfechtung nicht binnen Monatsfrist ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses, ist der Wahlmangel geheilt. Bei einer unzulässigen Wahl, d. h. wenn die Wahl ihrer Art (z. B. gemeinsamer anstatt getrennter Gruppenbetriebsrat) oder ihres Umfangs nach (zu viele oder zu wenige Betriebsratsmitglieder) oder mangels Vorliegens eines Betriebes nicht durchzuführen gewesen wäre, kann jeder Wahlberechtigte bzw. jede wahlwerbende Gruppe und auch der Betriebsinhaber die Wahl anfechten. Die Anfechtung hat allerdings nur ex nunc Wirkung.

Die Tätigkeitsdauer des Betriebsrates endet:

- mit Ablauf der Funktionsperiode (vier Jahre ab Konstituierung),
- bei dauernder Betriebseinstellung,
- dauernder Funktionsunfähigkeit (Mitglieder sinken unter die Hälfte der zu wählenden),
- bei Enthebung durch die Betriebsversammlung,
- durch Rücktritt,
- durch erfolgreiche Wahlanfechtung,
- durch dauerndes Absinken der Belegschaft unter fünf Arbeitnehmer sowie
- je bei Beendigung der Gleichstellung einer Betriebsstätte mit einem Betrieb.

## **8. Rechte und Pflichten der Betriebsratsmitglieder**

Die Betriebsratstätigkeit ist grundsätzlich ein Ehrenamt, d. h. sie erfolgt unentgeltlich. Barauslagen sind durch den Betriebsratsfonds zu tragen. Sachmittel, die der Betriebsrat für seine Aufgabe benötigt, hat allerdings der Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen. Betriebsratsmitglieder sollen aus ihrer Tätigkeit keinen Vorteil ziehen, allerdings auch nicht benachteiligt werden. Sie besitzen einen besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz um sicherzustellen, dass sie ihre Aufgabe wahrnehmen können, ohne Vergeltungsmaßnahmen des Arbeitgebers fürchten zu müssen. Die Betriebsratstätigkeit hat grundsätzlich außerhalb der Arbeitszeit zu erfolgen. Ist dies nicht möglich, so hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf Freistellung unter Entgeltfortzahlung (ad-hoc Freistellung gemäß § 116 ArbVG). Ab einer bestimmten Belegschaftsstärke (mindestens 151 Arbeitnehmer) hat der Arbeitgeber auf Antrag des Betriebsrates ein oder mehrere Mitglieder dauernd von der Arbeitsleistung unter Entgeltfortzahlung freizu-

stellen (§ 117 ArbVG). Außerdem ist gemäß § 118 ArbVG zur Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen eine Bildungsfreistellung bis zu drei Wochen innerhalb einer Funktionsperiode unter Entgeltfortzahlung vorgesehen.

Die Betriebsratmitglieder sind zur Verschwiegenheit über die ihnen in Ausübung ihres Amtes bekannt gewordenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie über persönliche Verhältnisse der Arbeitnehmer verpflichtet.

### **B. Mitbestimmung der Arbeitnehmer – Betriebsverfassungsrecht**

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist im Arbeitsverfassungsgesetz geregelt. Hier insbesondere im II. Teil. Das ArbVG sieht grundsätzlich Mitwirkungsrechte in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten vor (§§ 94–112 ArbVG). Das Betriebsverfassungsrecht wird als absolut zwingendes Recht angesehen; Abänderungen der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsbefugnisse durch Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag sind grundsätzlich ausgeschlossen. Abgesehen von den Mitwirkungsrechten im Einzelfall ist die Betriebsvereinbarung zentrales Instrument der generellen Mitwirkung (§§ 29 ff. ArbVG). Betriebsvereinbarungen sind schriftliche Vereinbarungen, die vom Betriebsinhaber einerseits und dem Betriebsrat (Betriebsausschuss, Zentralbetriebsrat, Konzernvertretung) andererseits in Angelegenheiten abgeschlossen werden, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist. Sie wirkt wie in Deutschland normativ und einseitig zwingend, von ihr kann nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden. Sie ist nach h. M. mittelbar an die Grundrechte gebunden. Ein wesentlicher und bedeutsamer Unterschied zur deutschen Rechtslage liegt in der abschließenden Aufzählung von Regelungsgegenständen (Kompetenzen), über die eine Betriebsvereinbarung wirksam abgeschlossen werden kann (anders eben § 88 BetrVG). Ohne Kompetenzgrundlage ist die Betriebsvereinbarung nichtig (sog. freie Betriebsvereinbarung), selbst wenn sie für die Arbeitnehmer nur vorteilhaft ist. Rechtliche Wirkungen können allenfalls dadurch entstehen, dass die Betriebsvereinbarung trotzdem vollzogen wird und das Verhalten nach zivilrechtlichen Grundsätzen folgendermaßen gedeutet werden kann: Der Arbeitgeber macht durch den Vollzug ein Angebot zu einem Vertragsabschluss und der Arbeitnehmer nimmt dieses durch Entgegennahme der Leistung schlüssig an. Die Folge ist, dass der Arbeitnehmer einen einzelvertraglichen Anspruch hat. Will der Arbeitgeber einen solchen Anspruch verhindern, muss er gleichzeitig erklären, dass er für die Zukunft nicht gebunden sein will. Bei Betriebsvereinbarungen,

die die Arbeitnehmer begünstigen sind die Gerichte bei der Annahme eines Vertragsabschlusses sehr großzügig. Bei Betriebsvereinbarungen, die die Arbeitnehmer auch belasten, sind die Gerichte restriktiv. Weniger restriktiv ist dafür das Verhältnis von Kollektivvertrag zur Betriebsvereinbarung; der Kollektivvertrag verdrängt die Betriebsvereinbarung in Österreich weit weniger als in Deutschland. Eine § 77 Abs. 3 BetrVG vergleichbare Vorschrift besteht nicht. Vielmehr sind Betriebsvereinbarungen nur in einigen wenigen – wenngleich bedeutsamen – Fällen deshalb unzulässig, weil ein Kollektivvertrag besteht. Solche Kollektivvertragsvorbehalte für Betriebsvereinbarungen finden sich in den §§ 96 Abs. 1 Z 4, 97 Abs. 1 Z 1 bis 6a ArbVG.

## **I. Mitbestimmung im Betrieb – Rechte der Gewerkschaften im Betrieb**

Grundsätzlich sind die Rechte der Gewerkschaften im Betrieb deutlich geringer als in Deutschland. Anders als in Deutschland haben in Österreich aber auch die Arbeiterkammern bestimmte Rechte im Betrieb, die allerdings in der Regel weniger weit reichen als die Rechte der Gewerkschaften.

### **1. Vertretung und Rechte der Gewerkschaften im Betrieb**

Gewerkschaften haben keinen Anspruch auf einen Repräsentanten im Betrieb. Faktisch sind allerdings viele Betriebsräte auch Gewerkschaftsmitglied. Formell besteht aber eine strikte Trennung. Durch das Recht sind folgende Berührungspunkte und Rechte der Gewerkschaft vorgezeichnet:

- Die Organe der Arbeitnehmerschaft des Betriebes sollen bei Verwirklichung ihrer Interessenvertretungsaufgabe im Einvernehmen mit den zuständigen Interessenvertretungen der Arbeitnehmer vorgehen (§ 39 Abs. 2 ArbVG).
- Die Organe der Arbeitnehmerschaft können zu ihrer Beratung in allen Angelegenheiten die zuständige Gewerkschaft oder Arbeiterkammer beiziehen. Den Vertretern der zuständigen Gewerkschaft und der Arbeiterkammer ist in diesen Fällen, oder soweit dies zur Ausübung der ihnen eingeräumten Befugnisse sonst erforderlich ist, nach Unterrichtung des Betriebsinhabers oder seines Vertreters Zugang zum Betrieb zu gewähren (§ 39 Abs. 4 ArbVG).
- Zur Frage, ob eine Arbeitsstätte ein Betrieb i. S. d. Betriebsverfassungsrechts ist, sind zur Feststellungsklage auch die zuständige Gewerkschaft und die Arbeiterkammer berechtigt (§ 34 ArbVG).
- Das Gericht hat auf Grund einer Klage eine Arbeitsstätte, in der dauernd mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigt sind und die nicht alle Merkmale eines Betriebes auf-

- weist, einem selbständigen Betrieb gleichzustellen, wenn sie räumlich vom Hauptbetrieb weit entfernt ist und hinsichtlich Aufgabenbereich und Organisation eine Eigenständigkeit besitzt, die der eines Betriebes nahekommt. Diese Klage kann die Gewerkschaft und die Arbeiterkammer anstrengen (§ 35 ArbVG).
- Voraussetzung für die Betriebsratswahl ist die Einberufung einer Betriebsversammlung. In Betrieben, in denen dauernd mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind, kann die Versammlung auch von der zuständigen Gewerkschaft oder der Arbeiterkammer erfolgen, wenn die sonst zur Einberufung Berechtigten (mangels Bestehens eines Betriebsrats sind das entweder der älteste Arbeitnehmer oder so viele Arbeitnehmer als Betriebsräte zu wählen wären) trotz Aufforderung die Einberufung innerhalb von zwei Wochen nicht vornehmen (§ 45 ArbVG).
  - Sind mindestens vier Betriebsratsmitglieder zu wählen, sind auch Vorstandsmitglieder und Angestellte der zuständigen Gewerkschaft der Arbeitnehmer wählbar. Mindestens drei Viertel der Betriebsratsmitglieder müssen Arbeitnehmer des Betriebes sein.

### 2. Mitbestimmung im Betrieb

Bei der generellen Mitbestimmung (also nicht Anhörungs-, Informations- und Konsultationsrechte) durch Betriebsvereinbarung sind vier Formen zu unterscheiden, die in Kombination auftreten:

- Notwendige Mitbestimmung: Hier braucht der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats um eine Maßnahme wirksam umsetzen zu dürfen.
- Nicht notwendige Mitbestimmung: Hier kann der Arbeitgeber auch ohne Beteiligung des Betriebsrats vorgehen (durch Weisung oder Individualvereinbarung).
- Erzwingbare Mitbestimmung: Hier kann eine der beiden Parteien bei Zustimmungsverweigerung der anderen Partei die Schlichtungsstelle anrufen, die entscheiden muss. Die Schlichtungsstelle muss dabei die Interessen der Parteien abwägen.
- Nicht erzwingbare Mitbestimmung: Verweigert sich eine Partei, kann dieses Verhalten nicht kontrolliert und die Zustimmung nicht durch eine andere Stelle ersetzt werden.

#### a. Notwendige und nicht erzwingbare Mitwirkung (§ 96 ArbVG)

Manche Maßnahmen kann der Arbeitgeber nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats umsetzen; verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit die Verweigerung des Betriebsrats überprüfen zu lassen. Die Vereinbarung zwi-

schen Arbeitgeber und Betriebsrat hat in Form einer Betriebsvereinbarung zu erfolgen. § 96 ArbVG zählt hierzu u. a. die Einführung einer betrieblichen Disziplinarordnung oder die Einführung von Personalfragebögen.

b. Notwendige und erzwingbare Mitbestimmung (§ 96a ArbVG)

Manche Maßnahmen kann der Arbeitgeber nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats umsetzen; verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, kann der Arbeitgeber jedoch die Schlichtungsstelle anrufen, die dann entscheiden muss. § 96a ArbVG zählt zu den Fällen der ersetzbaren Zustimmung u. a. die Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers oder die Einführung von Systemen zur Beurteilung von Arbeitnehmern des Betriebes, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind.

c. Nicht notwendige und erzwingbare Mitbestimmung (§ 97 Abs. 1 Z 1 bis 6a ArbVG)

Manche Maßnahmen können auch ohne Beteiligung des Betriebsrats umgesetzt werden (etwa durch Weisung oder Einzelvereinbarung), der Betriebsrat kann jedoch eine Mitbestimmung erzwingen. § 97 Abs. 1 Z 1 bis 6a ArbVG zählt hierzu u. a. allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln oder Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von Arbeitnehmern, die im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind. Hierzu hat der OGH<sup>44</sup> jüngst in einem obiter dictum folgende Regelungsinhalte für möglich erachtet: die Bestimmung einer Höchstquote von Zeitarbeitnehmern im Verhältnis zur Stammebelegschaft, die Einschränkung der Zeitarbeitnehmer auf gewisse Betriebsabteilungen oder Arbeitsplätze, die richtlinienartige Präzisierung des Entgeltniveaus der Zeitarbeitnehmer im Verhältnis zu jenem der Stammarbeiter des Beschäftigungsbetriebes und die Herstellung eines konkreten Bezugsrahmens in Ausführung des § 10 Abs. 1 AÜG, die Regulierung der Qualität der für Zeitarbeitnehmer maßgebenden Arbeitsbedingungen, die (aliquote) Beteiligung der Zeitarbeitnehmer an betrieblichen Sozialleistungen, die im Beschäftigterbetrieb der Stammebelegschaft gewährt werden, ein Kündigungsverzicht in Bezug auf Stammarbeitnehmer während der Einsatzdauer von Zeitarbeitnehmern und die Festlegung eines Kontrahierungsgebots, sofern Zeitarbeitnehmer über eine gewisse Dauer hinaus

<sup>44</sup> OGH 8 ObA 108/06z.

im Beschäftigertbetrieb eingesetzt werden und Interesse an einer Daueranstellung bekunden sowie schließlich die Absicherung der wechselseitig auferlegten Pflichten durch Festlegung einer Konventionalstrafe.

- d. Nicht notwendige und nicht erzwingbare Mitbestimmung  
(§ 97 Abs. 1 Z. 7 bis 26 ArbVG)

Manche Maßnahmen kann der Arbeitgeber ohne Beteiligung des Betriebsrats umsetzen, er kann aber den Betriebsrat beteiligen, wenn er das wünscht. Hierzu zählt § 97 Abs. 1 Z. 7 bis 26 ArbVG u. a. Richtlinien für die Vergabe von Werkwohnungen oder Maßnahmen und Einrichtungen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten sowie Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer.

### 3. Sonstige Befugnisse

#### a. Überwachungsrechte

Der Betriebsrat hat das Recht, die Einhaltung der die Arbeitnehmer des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen. Nach § 89 ArbVG kann er u. a. in die vom Betrieb geführten Aufzeichnungen über die Bezüge der Arbeitnehmer und die zur Berechnung dieser Bezüge erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen. Der Betriebsrat hat ebenfalls die Einhaltung der für den Betrieb geltenden Kollektivverträge, der Betriebsvereinbarungen und sonstiger arbeitsrechtlicher Vereinbarungen zu überwachen.

#### b. Interventionsrechte

Der Betriebsrat hat das Recht, in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer berühren, beim Betriebsinhaber und erforderlichenfalls bei den zuständigen Stellen (ausgenommen sind aber insbesondere Gerichte, erfasst ist aber etwa das Arbeitsinspektorat<sup>45</sup>) außerhalb des Betriebes entsprechende Maßnahmen zu beantragen und die Beseitigung von Mängeln zu verlangen. Insbesondere ist der Betriebsrat gemäß § 90 Abs. 1 ArbVG berechtigt:

- Maßnahmen zur Einhaltung und Durchführung der die Arbeitnehmer des Betriebes betreffenden Rechtsvorschriften zu beantragen,

---

<sup>45</sup> OGH 9 ObA 112/09z.

- Vorschläge zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen, der betrieblichen Ausbildung, zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten sowie zur menschengerechten Arbeitsgestaltung zu erstatten sowie
- sonstige Maßnahmen zugunsten der Arbeitnehmer des Betriebes zu beantragen.

#### c. Anhörungsrechte

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Betriebsrat auf dessen Verlangen in allen Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berühren, anzuhören (§ 90 Abs. 2 ArbVG). Insbesondere ist der Betriebsrat im Voraus anzuhören über Auflagen, Vorschriften, Bewilligungen und behördliche Informationen auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes zu informieren und zu den Informationen, die sich aus den Schutzmaßnahmen und Maßnahmen zur Gefahrenverhütung ergeben. Er ist weiters anzuhören im Voraus über Informationen über die Gefahren für Sicherheit und Gesundheit sowie über Schutzmaßnahmen und Maßnahmen zur Gefahrenverhütung im Allgemeinen und für die einzelnen Arten von Arbeitsplätzen bzw. Aufgabenbereichen. Auch ist er im Voraus anzuhören zur Information der Arbeitgeber von betriebsfremden Arbeitnehmern über die in § 92a Abs. 2 Z 7 ArbVG genannten Punkte sowie über die für Erste Hilfe, Brandbekämpfung und Evakuierung gesetzten Maßnahmen.

#### d. Informationsrechte

Der Betriebsinhaber muss dem Betriebsrat nach § 91 Abs. 2 ArbVG mitteilen, welche Arten von personenbezogenen Arbeitnehmerdaten er automationsunterstützt aufzeichnet und welche Verarbeitungen und Übermittlungen er vorsieht. § 92a Abs. 2 ArbVG sieht weiter Informationspflichten des Arbeitgebers im Bereich des Arbeits- und Gesundheitsschutzes vor. So muss der Arbeitgeber etwa dem Betriebsrat die Unterlagen zur Arbeitsgestaltung oder die Aufzeichnungen zu Arbeitsstoffen und Lärm zur Verfügung stellen.

#### e. Auskunftsrechte

Der Betriebsinhaber ist verpflichtet, dem Betriebsrat über alle Angelegenheiten, welche die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen oder kulturellen Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berühren, Auskunft zu erteilen (§ 91 Abs. 1 ArbVG). Werden im Betrieb Personalakten geführt, so ist dem Betriebsrat bei Einverständnis des Arbeit-

nehmers Einsicht in dessen Personalakten zu gewähren. Dem Betriebsrat ist Zugang zu den Sicherheits- und Gesundheitsschutzdokumenten sowie zu den Aufzeichnungen und Berichten über Arbeitsunfälle zu gewähren.

### f. Beratungsrechte

Gemäß § 92 Abs. 1 ArbVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, mit dem Betriebsrat mindestens vierteljährlich und auf Verlangen des Betriebsrates monatlich gemeinsame Beratungen über laufende Angelegenheiten, allgemeine Grundsätze der Betriebsführung in sozialer, personeller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht sowie über die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen abzuhalten und ihn dabei über wichtige Angelegenheiten zu informieren. Dem Betriebsrat sind auf Verlangen die zur Beratung erforderlichen Unterlagen auszuhändigen.

Der Betriebsinhaber hat mit dem Betriebsrat im Rahmen der Beratung nach § 92 ArbVG auch Maßnahmen der betrieblichen Frauenförderung bzw. der Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf zu beraten. Solche Maßnahmen betreffen insbesondere die Einstellungspraxis, Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und den beruflichen Aufstieg, die auf den Abbau einer bestehenden Unterrepräsentation der Frauen an der Gesamtzahl der Beschäftigten bzw. an bestimmten Funktionen oder auf den Abbau einer sonst bestehenden Benachteiligung abzielen, sowie Maßnahmen, die auf eine bessere Vereinbarkeit der beruflichen Tätigkeit mit Familien- und sonstigen Betreuungspflichten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abzielen. Der Betriebsrat hat das Recht, Vorschläge in Angelegenheiten der betrieblichen Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu erstatten und Maßnahmen zu beantragen. Der Betriebsinhaber ist verpflichtet, mit dem Betriebsrat über dessen Vorschläge und Anträge zu beraten. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat ebenfalls in allen Angelegenheiten der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes rechtzeitig anzuhören und mit ihm darüber zu beraten.

### g. Sonstige Rechte betreffend wirtschaftliche Angelegenheiten und Betriebsänderungen

§ 108 ArbVG regelt die wirtschaftlichen Informations-, Interventions- und Beratungsrechte des Betriebsrats. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat z. B. über die wirtschaftliche Lage einschließlich der finanziellen Lage des Betriebes sowie über deren voraussichtlicher Entwicklung, über die Art und den Umfang der Erzeugung, den Auf-

tragsstand, den mengen- und wertmäßigen Absatz, die Investitionsvorhaben sowie über sonstige geplante Maßnahmen zur Hebung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes zu informieren.

Die Informations- und Beratungspflicht des Betriebsinhabers gemäß § 108 Abs. 1 und 2 ArbVG gilt insbesondere auch für die Fälle des Überganges, der rechtlichen Verselbständigung, des Zusammenschlusses oder der Aufnahme von Betrieben oder Betriebsteilen. Die Information hat rechtzeitig und im Vorhinein zu erfolgen und insbesondere zu umfassen:

- den Grund für diese Maßnahme,
- die sich daraus ergebenden rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Arbeitnehmer,
- die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

§ 109 ArbVG normiert die Mitwirkung des Betriebsrats bei Betriebsänderungen. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Betriebsrat von geplanten Betriebsänderungen ehestmöglich, jedenfalls aber so rechtzeitig vor der Betriebsänderung in Kenntnis zu setzen, dass eine Beratung über deren Gestaltung noch durchgeführt werden kann.

Als Betriebsänderungen nach § 109 Abs. 1 ArbVG gelten insbesondere:

- die Einschränkung oder Stilllegung des ganzen Betriebes oder von Betriebsteilen,
- die Auflösung von Arbeitsverhältnissen, die eine Meldepflicht nach § 45a Abs. 1 Z 1 bis 3 Arbeitsmarktförderungsgesetz auslöst (Massenentlassung; siehe das diesbezügliche Kapitel),
- die Verlegung des ganzen Betriebes oder von Betriebsteilen,
- der Zusammenschluss mit anderen Betrieben,
- Änderungen des Betriebszwecks, der Betriebsanlagen, der Arbeits- und Betriebsorganisation sowie der Filialorganisation,
- die Einführung neuer Arbeitsmethoden,
- die Einführung von Rationalisierungs- und Automatisierungsmaßnahmen von erheblicher Bedeutung,
- Änderungen der Rechtsform oder der Eigentumsverhältnisse an dem Betrieb.

Die Information hat schriftlich zu erfolgen und nach § 109 Abs. 1a ArbVG jedenfalls zu enthalten:

- die Gründe für die Maßnahme,
- die Zahl und die Verwendung der voraussichtlich betroffenen Arbeitnehmer, deren Qualifikation und Beschäftigungsdauer sowie die Kriterien für die Auswahl dieser Arbeitnehmer,
- die Zahl und die Verwendung der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer,
- den Zeitraum, in dem die geplante Maßnahme verwirklicht werden soll,
- allfällige zur Vermeidung nachteiliger Folgen für die betroffenen Arbeitnehmer geplante Begleitmaßnahmen.

Der Betriebsrat kann daraufhin Vorschläge zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung von für die Arbeitnehmer nachteiligen Folgen von Maßnahmen erstatten; hierbei hat der Betriebsrat auch auf die wirtschaftlichen Notwendigkeiten des Betriebes Bedacht zu nehmen.

### II. Unternehmensmitbestimmung

Wie in Deutschland kann neben dem Betriebsrat auch ein Zentralbetriebsrat (Unternehmensebene) und ein Konzernbetriebsrat (Konzernvertretung genannt) gebildet werden. Die Mitwirkungsrechte werden dann zwischen den Organen aufgeteilt (§§ 113 f. ArbVG); die Zuständigkeit richtet sich im Wesentlichen danach, ob eine mitwirkungsunterworfenen Maßnahme nur einen Betrieb berührt, mehrere Betriebe desselben Unternehmens oder mehrere Unternehmen desselben Konzerns.

#### 1. Vertretung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat, Wahlverfahren, Mitwirkung im Aufsichtsrat<sup>46</sup>

In Unternehmen, die in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft geführt werden, entsendet der Zentralbetriebsrat oder, sofern nur ein Betrieb besteht, der Betriebsrat aus dem Kreise der Betriebsratsmitglieder, denen das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat zusteht, für je zwei bestellte Aufsichtsratsmitglieder einen Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat. Ist die Zahl der Eigentümervertreter ungerade, ist ein weiterer Arbeitnehmervertreter zu entsenden. Ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder sind daher Arbeitnehmervertreter. Die Entsendung von Arbeitnehmervertretern bewirkt daher eine Aufstockung des Aufsichtsrats. Die Regeln unterscheiden nicht zwischen verschiedenen Wirtschaftsbranchen, wie das in Deutschland durch das Montan-Mitbestim-

---

<sup>46</sup> Dazu insb. Löschnigg, Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat (1985); Marhold, Aufsichtsratsstätigkeit und Belegschaftsvertretung (1985).

mungsgesetz der Fall ist. Die Mitwirkung der Betriebsräte im Aufsichtsrat findet insbesondere bei folgenden Gesellschaftsformen statt: Aktiengesellschaften, GmbHs, Genossenschaften (soweit sie mehr als 40 Arbeitnehmer beschäftigen), Privatstiftungen, Vereinen (sofern durchschnittlich mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigt sind) und GmbH & Co. KGs. Für die Mitwirkung bei der Konzernmutter gelten Sonderregeln. Grundsätzlich haben die Arbeitnehmervertreter die gleichen Rechte und Pflichten wie die Eigentümervertreter. Folgende Modifikationen sind bedeutsam:

- Die Arbeitnehmervertreter haben keinen Anspruch auf eine Aufsichtsratsvergütung, sie arbeiten ehrenamtlich.
- Bei der Bestellung oder Abberufung von Vorstandsmitgliedern sowie bei der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden gilt bei der Abstimmung ein doppeltes Mehrheitsfordernis: Die Mehrheit im gesamten Aufsichtsrat und die Mehrheit der Kapitalvertreter (sog. Aktionärsschutzklausel).
- Werden im Aufsichtsrat Ausschüsse gebildet und diesen Entscheidungsbefugnisse übertragen, sind die Arbeitnehmervertreter grundsätzlich im selben Verhältnis wie im Gesamtgremium zu beteiligen (Drittelbeteiligung). Das gilt jedoch nicht für Ausschüsse, die die vertraglichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den Vorständen behandeln.

Zur Mitwirkung im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens (Holding) im Konzern gilt folgendes: Die Arbeitnehmervertreter werden sowohl vom Zentralbetriebsrat des herrschenden Unternehmens entsandt, als auch die Gesamtheit der in den beherrschten Unternehmen bestellten Betriebsratsmitgliedern. Die jeweiligen Betriebsräte entsenden Vertreter in Abhängigkeit der in diesen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer, der Zentralbetriebsrat des Unternehmens entsendet zumindest einen Vertreter. Ist im Konzern eine Konzernvertretung errichtet, entsendet dieser die Vertreter.

## 2. Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung

Anders als in Deutschland (2.000 Arbeitnehmer) gibt es grundsätzlich keine Mindestanzahl an erforderlichen Arbeitnehmern, ab der eine Mitwirkung im Aufsichtsrat stattfindet. Insofern ist die Mitbestimmung weiter als in Deutschland. Dafür ist aber etwa kein Arbeitsdirektor in den Vorstand zu bestellen und die Bestellung des Vorstands durch den Aufsichtsrat kann durch die Arbeitnehmervertreter nicht blockiert werden, jedenfalls soweit sich die Eigentümervertreter einig sind.

### III. Arbeitnehmermitbestimmung auf europäischer Ebene

#### 1. Allgemeines

Grundsätzlich gilt für die österreichische Betriebsverfassung das Territorialitätsprinzip. Die Arbeitnehmermitbestimmung auf europäischer Ebene ist geregelt in den §§ 171 ff. ArbVG. Die Bestimmungen gelten für Unternehmen und Unternehmensgruppen, deren zentrale Leitung in Österreich liegt und die mindestens 1.000 Arbeitnehmer in der EU beschäftigen, wobei mindestens 150 Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sein müssen. Für Unternehmen, die bereits vor dem 22.09.1996 eine Vereinbarung über einen Europäischen Betriebsrat abgeschlossen haben, sind die Bestimmungen nicht anzuwenden (§ 206 ArbVG). Am 05.06.2009 ist die revidierte EBR-Richtlinie (2009/38/EG) in Kraft getreten. Österreich hat bereits ein Umsetzungsgesetz beschlossen, um die Vorgaben der Richtlinie in das nationale Recht umzusetzen. Dieses wird am 05.06.2011 in Kraft treten und die §§ 171 ff. ArbVG entsprechend anpassen. Die wichtigsten Neuerungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: die Begriffe Unterrichtung und Anhörung werden in wörtlicher Übernahme des Richtlinientextes näher definiert (zukünftig § 173 Abs. 2 bis 5 ArbVG), die Informationspflichten der örtlichen Unternehmensleitung und der zentralen Leitung werden präzisiert, in dem eine demonstrative Aufzählung erfolgt (zukünftig § 174 Abs. 2 ArbVG), die Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums und des EBR kraft Gesetzes werden Art. 5 Abs. 2 lit. b und Anhang I Abs. 1 lit. c der EBR-Richtlinie 2009/38/EG angepasst (zukünftig § 178 ArbVG), ist im österreichischen Betrieb kein Betriebsrat errichtet, soll subsidiär ein Mitarbeiter der österreichischen Arbeiterkammer entsendet werden (zukünftig § 180 Abs. 3a ArbVG, in Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 lit. b EBR-RL 2009/38/EG) und schließlich wird die Verwaltungsstrafe für die Verletzung einiger Vorschriften der Europäischen Betriebsverfassung (z. B. Informationspflichten der zentralen Leitung) drastisch erhöht (von 2.180,- EUR auf bis zu 20.000,- EUR und im Wiederholungsfall auf bis zu 40.000,- EUR, zukünftig § 207 ArbVG).

#### 2. Verhandlungskommission

Im ArbVG wird die Verhandlungskommission als besonderes Verhandlungsgremium bezeichnet (§§ 177 ff. ArbVG). Die Initiative zur Errichtung können entweder die Arbeitnehmer (erforderlich ist ein schriftlicher Antrag von mindestens 100 Arbeitnehmern oder deren Vertretern aus mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten) oder die zentrale Unternehmensleitung ergreifen. Jedem Mitgliedstaat, in dem das Unter-

nehmen vertreten ist, kommt mindestens ein Sitz im besonderen Verhandlungsgremium zu (§ 178 ArbVG). Die genaue Auswahl der Mitglieder des Gremiums normieren die §§ 179 f. ArbVG: Es findet keine Direktwahl durch die Belegschaft statt, sondern die nationalen Arbeitnehmervertretungen entsenden die Mitglieder. Allerdings können auch Funktionäre oder Arbeitnehmer der Gewerkschaft oder der Arbeitskammer entsandt werden. Aufgabe des Gremiums ist es mit der zentralen Leitung eine schriftliche Vereinbarung zu schließen entweder über die Errichtung eines Europäischen Betriebsrats oder über ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer.

### **3. Europäischer Betriebsrat kraft Gesetzes (§§ 191 ff. ArbVG)**

Die Errichtung eines Europäischen Betriebsrats kraft Gesetzes greift, wenn:

- sich das Gremium mit der zentralen Leitung darauf verständigt,
- die zentrale Leitung die Verhandlungen verweigert oder innerhalb von sechs Monaten keine Verhandlungen aufnimmt,
- innerhalb von drei Verhandlungsjahren keine Vereinbarung zustande kommt.

Der EBR hat mindestens drei und max. 30 Mitglieder; aus jedem Mitgliedstaat ist mindestens ein Arbeitnehmer zu entsenden. Die Kompetenzen beschränken sich auf ein Unterrichtungs- und Anhörungsrecht bei grenzüberschreitenden Angelegenheiten, die die Arbeitnehmerinteressen berühren. Einmal im Jahr muss die zentrale Leitung einen Bericht über die geschäftliche Entwicklung und Perspektiven des Unternehmens vorlegen und dazu den EBR anhören.

## **C. Tarifrecht – Der Kollektivvertrag**

### **1. Allgemeines**

Das Kollektivvertragsrecht spielt in der österreichischen Arbeitsrechtsrealität eine entscheidende Rolle. Das ArbVG normiert in diesem Zusammenhang, wer zum Abschluss von Kollektivverträgen befugt ist, welchen Inhalt Kollektivverträge haben dürfen, für wen ein bestimmter Kollektivvertrag gilt und welche Rechtswirkungen dieser entfaltet (§§ 2 bis 17 ArbVG). Ihre Bedeutung haben Kollektivverträge v. a. in der Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen. So werden etwa Mindestlöhne sowie wesentliche Aspekte der sonstigen Arbeitsbedingungen (etwa Arbeitszeitregelungen, Urlaubsver-

brauch, Beendigungsfristen) festgesetzt. In Österreich erfassen die Kollektivverträge etwa 95 Prozent aller Arbeitsverhältnisse; derzeit stehen mehrere Hundert unterschiedliche Kollektivverträge in Geltung.

Der Gesetzgeber hat den Kollektivvertragsparteien viele Angelegenheiten autonom zur Regelung überlassen, weil diese die jeweiligen Marktverhältnisse und Bedürfnisse der Betroffenen bzw. der Branche gut kennen. Durch das Aushandeln von Kollektivverträgen durch annähernd gleich starke Verhandlungspartner auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite wird typischerweise ein angemessener Interessenausgleich hergestellt. Nicht zu unterschätzen ist die damit verbunden Friedensfunktion: im Kollektivvertrag ausgehandelte Arbeitsbedingungen stehen außer Streit und dürfen nicht Gegenstand einer organisierten Arbeitskampfmaßnahme sein.

### 2. Begriff

Kollektivverträge sind schriftliche Vereinbarungen zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften auf Arbeitgeberseite einerseits und Arbeitnehmerseite andererseits, die regelmäßig das Ergebnis von Verhandlungen sind. Es handelt sich um Vereinbarungen, die einem Gesetz ähnliche Normwirkung entfalten, d. h. Personen binden, die am Vertragsabschluss nicht beteiligt waren. Ein Kollektivvertrag wirkt von außen auf den Arbeitsvertrag ein, ohne dessen Bestandteil zu werden. Jeder Kollektivvertrag besteht aus zwei Teilen:

- einem schuldrechtlichen Teil (dieser regelt die Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien) und
- einem normativen Teil (dieser wirkt unmittelbar auf die Arbeitsbeziehungen der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die vom Geltungsbereich des Kollektivvertrags erfasst sind ein).

Je nach Geltungsbereich und Inhalt sind in Österreich folgenden Typen von Kollektivverträgen gängig:

- Rahmenkollektivvertrag: Gilt meist für Wirtschaftszweige, die aus mehreren Branchen bestehen, die einander ähnlich sind. Rahmenkollektivverträge definieren einen gemeinsamen Grundstandard. Durch Zusatzkollektivverträge können in weiterer Folge Regelungen für einzelne Branchen getroffen werden.

- Branchenkollektivvertrag: Regelt die Arbeitsbeziehungen innerhalb einer bestimmten Branche. Der Großteil aller Kollektivverträge in Österreich sind Branchenkollektivverträge.
- Zusatzkollektivvertrag: Ergänzt einen Rahmen- oder Branchenkollektivvertrag; regelt bestimmte Details oder spezielle Belange einer Branche.
- Landeskollektivvertrag: Gilt nur für ein oder mehrere Bundesländer, nicht aber national für ganz Österreich.
- Generalkollektivvertrag (auch Spitzenkollektivvertrag genannt): Wird zwischen ÖGB und WKÖ abgeschlossen. Diese Kollektivverträge beschränken sich auf die Regelung einzelner Arbeitsbedingungen, erstrecken ihren fachlichen Wirkungsbereich auf die überwiegende Zahl der Wirtschaftsbereiche und gelten räumlich für das gesamte Bundesgebiet.
- Firmenkollektivvertrag (echte und unechte): Echte Firmenkollektivverträge, die also nur für ein Unternehmen abgeschlossen werden, sind in Österreich in der Regel unzulässig. Ausnahmen sind in einigen Ausgliederungsgesetzen vorgesehen, die einigen aus der Staatsverwaltung ausgegliederten Unternehmen Kollektivvertragsfähigkeit zugesprochen haben. Auch in Österreich ist es allerdings möglich, dass der Geltungsbereich eines Kollektivvertrags soweit eingeschränkt ist, dass er faktisch nur für ein Unternehmen zur Anwendung kommt (unechter Firmenkollektivvertrag).

### 3. Kollektivvertragsfähigkeit und Kollektivvertragsunterworfenheit

Damit ein Kollektivvertrag die ihm innewohnende besondere Normwirkung entfalten kann, bedarf es einer besonderen Rechtsfähigkeit der abschließenden Parteien, der Kollektivvertragsfähigkeit. Der Gesetzgeber hat folgende Rechtssubjekte mit der Befugnis ausgestattet Kollektivverträge abzuschließen:

- gesetzliche und freiwillige Interessensvertretungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer,
- juristische Personen des öffentlichen Rechts,
- einige aus der Staatsverwaltung ausgegliederte Unternehmen.

Die angeführten Einrichtungen bzw. Verbände müssen von ihrem sozialen Gegner unabhängig sein und es muss ihnen mittelbar oder unmittelbar die Aufgabe obliegen, auf die Regelung der Arbeitsbedingungen hinzuwirken. Freiwilligen Interessensvertretungen muss die Kollektivvertragsfähigkeit durch einen behördlichen Akt zuerkannt werden.

Die Bindung der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber an den für sie einschlägigen Kollektivvertrag nennt man Kollektivvertragsunterworfenheit. Sie steckt die Reichweite der normativen Wirkung der Kollektivverträge ab. Unterschieden wird zwischen der Kollektivvertragsangehörigkeit und der Außenseiterwirkung.

- Kollektivvertragsangehörigkeit gemäß § 8 Z 1 ArbVG (kraft Mitgliedschaft) bedeutet, dass grundsätzlich die Mitglieder einer der Abschlussparteien dem Kollektivvertrag angehören, den diese Partei abgeschlossen hat. Kollektivvertragsangehörig sind danach z. B. ein Arbeitgeber bei einer abschließenden Fachgruppe der Wirtschaftskammer oder ein Arbeitnehmer beim ÖGB, der durch eine Fachgewerkschaft abschließt.
- Kollektivvertragsangehörigkeit gemäß § 8 Z 2 ArbVG (kraft Betriebsübergang) bedeutet, dass ein Arbeitgeber dem Kollektivvertrag angehörig ist, der auf den auf ihn überangenen Betrieb gemäß § 8 Z 1 anwendbar war.
- Nach § 2 Abs. 13 GewO gilt ein Kollektivvertrag auch dann, wenn der Arbeitgeber eine Tätigkeit, die unter diesen Kollektivvertrag fallen würde ausübt, ohne die entsprechende Gewerbeberechtigung zu haben und somit nicht Mitglied einer Kollektivvertragskörperschaft ist (Kollektivvertragsangehörigkeit kraft unbefugter Gewerbsausübung für Pfuscher).
- Auf Arbeitnehmerseite sind nicht nur die Mitglieder des abschließenden Verbandes (in der Regel der ÖGB) dem Kollektivvertrag unterworfen, sondern auch Außenseiter. Für diese Außenseiter genügt es, dass ihr Arbeitgeber kollektivvertragsangehörig ist (§ 12 ArbVG; Außenseiterwirkung).

Hinsichtlich des Geltungsbereichs eines Kollektivvertrags ist zwischen einem

- zeitlichen (Beginn, Ende),
- räumlichen (Österreich, ein Bundesland etc.),
- persönlichen (Arbeiter, Angestellte, Lehrlinge etc.) und
- fachlichen Geltungsbereich (bestimmte Berufsgruppen)

zu unterscheiden.

#### 4. Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Kollektivvertrages

Ein Kollektivvertrag kommt nur dann rechtswirksam zustande, wenn auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite mindestens eine kollektivvertragsfähige Abschlusspartei ist.

Beachte: Freiwillige Berufsvereinigungen genießen gegenüber den gesetzlichen Vorrang. Die gesetzliche Berufsvereinigung verliert insoweit ihre Kollektivvertragsfähigkeit. Aus diesem Grund kann auch die Arbeiterkammer faktisch keine Kollektivverträge abschließen, da der ÖGB als freiwillige Interessensvertretung nahezu in allen Bereichen Kollektivverträge abgeschlossen hat.

Kollektivverträge müssen zwingend schriftlich abgeschlossen, beim Bundesminister für Arbeit hinterlegt, sowie im Amtsblatt der Wiener Zeitung auf Veranlassung des Ministeriums kundgemacht werden. Auch der Arbeitgeber ist verpflichtet, einen Kollektivvertragstext in seinem Betrieb auszulegen und im Dienstzettel bzw. Arbeitsvertrag anzuführen, welcher Kollektivvertrag auf das Arbeitsverhältnis anwendbar ist.

## 5. Gesetzlich zulässiger Inhalt von Kollektivverträgen

### a. Schuldrechtlicher Teil

Der schuldrechtliche Teil begründet wie jeder andere Vertrag, zivilrechtliche Verpflichtungen zwischen den Kollektivvertragsparteien (z. B. Kündigungsfristen des Kollektivvertrages). Inhaltlich ist alles zulässig, was nach dem ABGB möglich ist. Die Kollektivvertragsparteien trifft auch eine Durchführungs- und Einwirkungspflicht; sie müssen sich um die Realisierung des Inhalts des normativen Teils bemühen.

### b. Normativer Teil

Im normativen Teil des Kollektivvertrages dürfen nur jene Angelegenheiten geregelt werden, die durch Gesetz dem Kollektivvertrag zugestanden wurden, anderenfalls sind sie nichtig. Jedenfalls unzulässig ist die dynamische Verweisung von Normen auf die Regelung eines anderen Normgebers (z. B. „auf die jeweils geltende Fassung...“). Zulässige Regelungsinhalte sind:

- Inhaltsnormen: Typischerweise sind dies jene Regelungsgegenstände, die üblicherweise im Arbeitsvertrag festgehalten werden (v. a. Entgelt, Arbeitszeit, Urlaubsfragen, Beendigungsfragen etc.). Der OGH versteht unter dem Begriff Inhaltsnorm alles, was typisch oder regelmäßig wiederkehrender Inhalt eines Arbeitsverhältnisses ist.

- Kollektivvertragsbestimmungen für ausgeschiedene Arbeitnehmer: Verändert werden können nur solche Ansprüche der Arbeitnehmer, die aus dem Kollektivvertrag entsprungen sind. Die Begründung neuer Ansprüche ist grundsätzlich nicht möglich. Die Kollektivvertragsparteien sollen das, was sie einmal gegeben haben, in den Grenzen der guten Sitten, auch wieder nehmen können.
- Sozialplannormen: Sozialpläne treffen Regelungen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung der Folgen einer tief greifenden Betriebsänderung, sofern diese für alle oder erhebliche Teile der Belegschaft wesentliche Nachteile bringen. Sozialpläne können sowohl im Kollektivvertrag als auch in Betriebsvereinbarungen geregelt werden. In Sozialplänen kann ausnahmsweise auch die Rechte und Pflichten bereits ausgeschiedener Arbeitnehmer begründet werden.
- Betriebsverfassungsrechtliche Normen: Durch Kollektivvertrag können lediglich Art und Umfang der Mitwirkungsbefugnisse der Belegschaft bei Durchführung von Sozialplanmaßnahmen und von Maßnahmen zur menschengerechten Arbeitsgestaltung geregelt werden. Ansonsten ist das Betriebsverfassungsrecht zweiseitig zwingend und kann daher nicht erweitert werden.
- Gemeinsame Einrichtungen der Kollektivvertragsparteien: Durch Kollektivvertrag können gemeinsame Einrichtungen der Kollektivvertragsparteien mit normativer Wirkung vorgesehen werden (z. B. Einrichtung einer Pensionskasse).

### 6. Verhältnis Gesetz – Kollektivvertrag – Arbeitsvertrag

Im Stufenbau der Rechtsordnung steht der normative Teil des Kollektivvertrages unterhalb von Verfassungs- und Europarecht, zwingendem Gesetz und ebenfalls anwendbaren Verordnungen, aber über Betriebsvereinbarungen, dem dispositiven Gesetzesrecht und dem Arbeitsvertrag. Der Kollektivvertrag darf daher die ihm übergeordneten Vorschriften nicht verletzen. Die Parteien der Betriebsvereinbarungen und des Einzelarbeitsvertrages sind allerdings an ihn gebunden. Die Bestimmungen des Kollektivvertrages sind relativ zwingend. Bestimmungen in Betriebsvereinbarungen oder in Einzelarbeitsverträgen dürfen nur soweit von Kollektivverträgen abweichen, als sie für den Arbeitnehmer Günstigeres vorsehen. Bei der Günstigkeitsprüfung sind jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen (Gruppenvergleich).

## 7. Kollektivvertragskollision

In der Praxis kommt es regelmäßig vor, dass ein Arbeitgeber verschiedene Tätigkeiten ausübt, daher über mehrere Gewerbeberechtigungen verfügt und somit auch mehrfach kollektivvertragsangehörig ist. Welcher Kollektivvertrag nun im konkreten Fall anzuwenden ist, regeln die §§ 9 und 10 ArbVG:

- Verfügt ein Arbeitgeber über zwei oder mehrere Betriebe, über einen Haupt- und Nebenbetrieb oder über organisatorisch und fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen, so kommt im jeweiligen Betrieb oder in der jeweiligen Abteilung jener Kollektivvertrag zur Anwendung, der der jeweils ausgeübten Tätigkeit im Betrieb bzw. der Betriebsabteilung entspricht.
- Liegt eine organisatorische Trennung in unterschiedliche Betriebe oder Betriebsabteilungen nicht vor (Mischbetrieb), so findet jener Kollektivvertrag Anwendung, welcher für den fachlichen Wirtschaftsbereich gilt, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat. Welcher fachliche Wirtschaftsbereich die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat, kann durch Betriebsvereinbarung festgestellt werden.
- Ist die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung in einem Mischbetrieb nicht feststellbar, kommt der Kollektivvertrag jenes Wirtschaftsbereiches zur Anwendung, dessen Geltungsbereich die größere Anzahl an Arbeitnehmer erfasst.
- Wird ein Arbeitnehmer bei einem Arbeitgeber beschäftigt, in dessen Betrieben oder Betriebsabteilungen unterschiedliche Kollektivverträge gelten und wechselt der Arbeitnehmer zwischen den Betrieben und Betriebsabteilungen, ist grundsätzlich jener Kollektivvertrag auf den Arbeitnehmer anzuwenden, der seiner zeitlich überwiegend ausgeübten Tätigkeit entspricht. Liegt keine überwiegende Beschäftigung vor, gilt jener Kollektivvertrag, der unbeschadet der Verhältnisse im Betrieb die größere Anzahl an Arbeitnehmern des fachlichen Wirtschaftsbereichs erfasst.

## 8. Ende des Kollektivvertrages und Nachwirkung

Enthält der Kollektivvertrag selbst keine Bestimmungen über seine Geltungsdauer, so kann er erst nach Ablauf eines Jahres unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum letzten eines Monats gekündigt werden. Die Kündigung hat zwingend schriftlich durch eine der Kollektivvertragsparteien, mittels eingeschriebenem Brief zu erfolgen. Im Kollektivvertrag selbst kann anderes geregelt werden. Neben der Kündi-

gung kann der Kollektivvertrag auch einvernehmlich aufgelöst oder einseitig aus wichtigem Grund ohne Einhaltung von Fristen beendet werden. Verliert einer der abschließenden Parteien die Kollektivvertragsfähigkeit, führt dies ebenso zu seinem Ende. Die normativen Rechtswirkungen des Kollektivvertrages bleiben nach seinem Erlöschen für Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar vor seinem Erlöschen durch ihn erfasst wurden, so lange aufrecht, bis für diese Arbeitsverhältnisse ein neuer Kollektivvertrag wirksam oder mit dem betroffenen Arbeitnehmer eine neue Einzelvereinbarung abgeschlossen wird (§ 13 ArbVG). Der Sinn dieser Nachwirkung liegt darin, eine kollektivvertragsfreie Phase zu überbrücken. Neu eintretende Arbeitnehmer werden nicht von der Nachwirkung erfasst. Die Nachwirkung kann durch neue (auch ungünstigere) Betriebs- oder Einzelvereinbarungen abbedungen werden. Die Nachwirkung endet, wenn ein neuer Kollektivvertrag in Kraft tritt.

### 9. Substitutionsformen (Satzung, Mindestlohntarif, Lehrlingsentschädigung)

Wie bereits erwähnt sind in Österreich 98 Prozent aller Arbeitsverhältnisse von einem Kollektivvertrag erfasst. Sollte dennoch ein Bereich nicht erfasst sein, so kennt das Gesetz drei Substitutionsformen, die eingreifen können:

- **Satzung:** Durch das Bundeseinigungsamt kann dem normativen Teil eines Kollektivvertrages oder einzelnen Bestimmungen außerhalb seines Geltungsbereiches rechtsverbindliche Wirkung zuerkannt werden. Der Kollektivvertrag wird durch die Satzungserklärung außerhalb seines räumlichen, persönlichen und fachlichen Geltungsbereichs rechtsverbindlich.
- **Mindestlohntarif:** Das Bundeseinigungsamt kann Mindestlohntarife erlassen, die zwingend Mindestentgelte und Mindestbeträge für Auslagenersätze festsetzen. Mindestlohntarife dürfen nur für Arbeitnehmer festgesetzt werden, für die ein Kollektivvertrag mangels Vorliegens einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft auf Arbeitgeberseite nicht abgeschlossen werden kann.
- **Lehrlingsentschädigung:** Durch das Bundeseinigungsamt kann auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft eine Lehrlingsentschädigung festgesetzt werden, wenn für den betreffenden Wirtschaftszweig kein Kollektivvertrag existiert.

## D. Arbeitskampfrecht

### 1. Allgemeines

#### a. Rechtsgrundlagen

Gesetzliche Regelungen zum Arbeitskampfrecht existieren nicht. Anders als in Deutschland gibt es aber auch kaum Richterrecht, weil es sehr wenige Arbeitskämpfe gibt und sich die Sozialpartner meist vor einem Streikausbruch einigen. Das Arbeitskampfrecht ist daher vorwiegend Gelehrtenrecht. Nach h. M. gibt es in Österreich keine verfassungsrechtliche Absicherung des Arbeitskampfs, jedenfalls soweit es um die nationalen Rechtsquellen geht (Art. 12 StGG; Art. 16 Abs. 5 B-VG). Umgekehrt wird aus der Eigentums- und Erwerbsfreiheit (Art. 5 und 6 StGG) auch kein Streikverbot gefolgert. Da die EMRK aber in Österreich unmittelbar anwendbar ist und im Verfassungsrang steht, könnte aufgrund der neuen Urteile des EGMR doch ein verfassungsrechtlich abgesichertes Streikrecht bestehen.<sup>47</sup> Zu Art. 6 Abs. 4 ESC hat Österreich einen Vorbehalt erklärt.

Folgende einfachgesetzliche Regelungen sind im Zusammenhang mit Arbeitskampfmaßnahmen und dem staatlichen Neutralitätsgebot bedeutsam:

- Arbeitnehmer bekommen kein Arbeitslosengeld, wenn sie infolge Streiks oder eine Defensivaussperrung arbeitslos sind (§ 13 AIVG).
- In von Streik oder Aussperrung betroffene Betriebe dürfen keine Arbeitnehmer vermittelt werden (§ 3 Z. 10 AMFG).
- Von Streik oder Aussperrung betroffene Betriebe bekommen keine Beschäftigungsbewilligung.
- Zeitarbeiter dürfen nicht in Betrieb überlassen werden, die von Streik oder Aussperrung betroffen sind.

#### b. Beispiele aus der Praxis

In Österreich finden kaum Arbeitskämpfe statt. Die Zahlen der letzten zehn Jahre belegen dies eindrucksvoll. Die einzige Ausnahme mit einem wohl einmaligen Ausreißer

<sup>47</sup> EGMR vom 21.04.2009, 68959/01; EGMR 12.11.2008, 34503/97.

nach oben stellt das Jahr 2003 dar. Diese Streiks richteten sich gegen die politischen Reformen der ÖVP-FPÖ-Regierung, insbesondere gegen die tiefgreifende Pensionsreform.

<b>Jahr</b>	<b>Anzahl der beteiligten Arbeitnehmer</b>	<b>Streiktage</b>	<b>Streikminuten je Arbeitnehmer</b>
1999	0	0	0
2000	19.439	2.947	0,5
2001	0	0	0
2002	6.305	9.306	1,4
2003	779.182	1.305.466	196,5
2004	30	178	0
2005 – 2009	0	0	0

Quelle: BAK und ÖGB.

### 2. Schlichtung (Vermittlung)

Es gibt keine Zwangsschlichtung, allerdings gibt es einen Einlassungszwang, wenn eine Partei Schlichtungsverhandlungen wünscht. Neben der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Schlichtungsinstanz, können die Parteien durch Kollektivvertrag auch eine eigene Schlichtungsstelle einrichten (§ 2 Abs. 2 Z. 6 ArbVG). Die staatlich zuständige Stelle ist das Bundeseinigungsamt (§§ 152 ff. ArbVG). Bei Streitigkeiten über den Abschluss oder die Änderung eines Kollektivvertrages hat das Bundeseinigungsamt auf Antrag einer der am Streit beteiligten Parteien Einigungsverhandlungen einzuleiten. Das Bundeseinigungsamt hat zwischen den Streitteilen zu vermitteln und auf eine Vereinbarung der Streitteile zwecks Beilegung der Streitigkeit hinzuwirken. Das Bundeseinigungsamt kann zur Beilegung von Streitigkeiten einen Schiedsspruch nur fällen, wenn die Streitteile vorher eine schriftliche Erklärung abgeben, dass sie sich dem Schiedsspruch unterwerfen. Schiedssprüche gelten als Kollektivverträge.

### 3. Streik

Anders als in Deutschland (Einheitsthese), wird in Österreich nach h. M. zwischen der Beurteilung der Gesamttaktion und der Beurteilung der Kampfteilnahme des einzelnen Arbeitnehmers unterschieden (Trennungsthese). Die Beurteilung kann daher

auseinanderfallen. Besonders bedeutsam ist, dass in Österreich kein Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb anerkannt wird und ein Streik nicht die Organisation durch eine Gewerkschaft voraussetzt.

#### a. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

##### i. Zur Gesamttaktion

Die Rechtswidrigkeit der Gesamttaktion kann sich vor allem aus folgenden Gründen ergeben:

- Verstoß gegen die betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht: Um eine Erweiterung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse oder um den Abschluss von Betriebsvereinbarungen dürfen keine Arbeitskämpfe geführt werden; auch dürfen Arbeitskämpfe nicht vom Betriebsrat organisiert werden.
- Verstoß gegen die kollektivvertragliche Friedenspflicht: Diese besteht für die Laufzeit des Kollektivvertrages und hinsichtlich der darin geregelten Punkte.
- Sittenwidrigkeit: Ist dann gegeben, wenn zwischen den geförderten und den durch den Streik verletzen Interessen ein grobes Missverhältnis besteht; im Ergebnis bedeutet das eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ob Sympathiestreiks zulässig sind, ist strittig. Der Streik muss sich aber jedenfalls auf Arbeitsbedingungen beziehen, es muss aber nicht um kollektivvertraglich regelbare Arbeitsbedingungen gehen.

##### ii. Der einzelne Arbeitnehmer

Erfolgt keine Beendigung oder hat der Arbeitnehmer kein Zurückbehaltungsrecht (z. B. wenn der Arbeitgeber gegen Vertragspflichten verstößt), stellt die Teilnahme am Streik einen Vertragsbruch dar. Anders als in Deutschland, gilt das auch dann, wenn die Gesamttaktion rechtmäßig ist.

#### b. Folgen

##### i. Gesamttaktion

Ist die Gesamttaktion rechtswidrig, haften grundsätzlich die Organisatoren des Streiks auf Schadenersatz. Einzelne Arbeitnehmer können nur dann haften, wenn sie ebenfalls vertragsbrüchig sind, allerdings dann nur für den von ihnen verursachten Schaden, und nicht solidarisch für den Gesamtschaden.

### ii. Der einzelne Arbeitnehmer

Der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers entfällt, unabhängig davon, ob die Gesamtktion rechtmäßig ist. Strittig ist die Lage bei Arbeitnehmern, die nicht mitstreiken und sich arbeitsbereit erklären; tendenziell wird ihnen ein Entgeltfortzahlungsanspruch zuerkannt. Ist die Gesamtktion auch rechtswidrig, wird der Arbeitnehmer zusätzlich Schadenersatzpflichtig für den von ihm verursachten Schaden. Stellt die Streikteilnahme eine beharrliche Dienstpflichtverletzung i. S. d. § 27 Z. 4 AngG bzw. § 82 lit. f GewO 1859 dar, kann der Arbeitnehmer auch entlassen werden; das wird nur bei längeren Streiks angenommen, auch wird vertreten, dass das für diese Entlassungsgründe notwendige Verschulden nicht vorliegt, wenn die Arbeitnehmer einem Aufruf der Gewerkschaft folgen, weil dann die Arbeitnehmer von der Zulässigkeit des Streiks ausgehen dürfen.

### 4. Aussperrung

Die Aussperrung ist noch weit weniger untersucht als der Streik, es gibt kaum Stellungnahmen. Es wird vertreten, dass es keine die Aussperrung rechtfertigende Norm gibt. Die Folge ist, dass die arbeitsbereiten Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben. Der Anspruch entfällt aber dann, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsverträge beendet. Auch kann die Aussperrung die Arbeitnehmer zum Austritt berechtigen, wenn der Arbeitgeber das Entgelt vorenthält.

### § 3 Gerichtlicher Rechtsschutz

#### 1. Zuständigkeit der Gerichte

Wie in Deutschland gibt es ein eigenes Gesetz für das Verfahren in Arbeitsrechtssachen (ASGG), das auch Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter vorsieht (Senate). Soweit das ASGG keine Regelung trifft, gilt subsidiär die Zivilprozessordnung. Anders als in Deutschland gibt es aber keine Fachgerichte, sondern das Verfahren wird vor den ordentlichen Gerichten geführt.

#### 2. Besonderheiten des Verfahrens in Arbeitsrechtssachen

In erster Instanz sind – unabhängig vom Streitwert – die Landesgerichte zuständig; einzig in Wien gibt es ein eigenes Gericht für Arbeitsrechtssachen in erster Instanz (Arbeits- und Sozialgericht Wien). Der Instanzenzug geht dann zum Oberlandesgericht und dann zum Obersten Gerichtshof. Örtlich zuständig ist nach Wahl des Klägers jenes Gericht, in dessen Sprengel:

- der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat,
- das Unternehmen seinen Sitz hat,
- regelmäßig zumindest ein Teil der Arbeit zu leisten ist/war,
- das Entgelt zu bezahlen ist/war.

Für Streitigkeiten des Zentralbetriebsrats und die Konzernvertretung ist der Sitz des Unternehmens maßgebend.

In erster Instanz besteht kein Vertretungszwang, wohl aber in der zweiten Instanz. Eine bedeutsame Ausnahme zu den Regeln der ZPO betrifft die Vollstreckbarkeit nicht rechtskräftiger Entscheidungen. Selbst wenn gegen ein Urteil erster Instanz berufen wird, tritt trotzdem die im Urteil ausgedrückte Rechtsgestaltung und die Vollstreckbarkeit ein. Das gilt allerdings nur für Streitigkeit über den Fortbestand oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie für die damit zusammenhängenden Ansprüche und für die Herausgabe der Arbeitspapiere und Sachen des Arbeitnehmers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Soweit es um Entgelt geht, kann der Arbeitgeber jedoch eine Hemmung der Vollstreckbarkeit beantragen, wenn dies die soziale Lage des Arbeitnehmers zulässt. Verliert der Arbeitnehmer aber den letztlich Prozess, muss er bereits erhaltenes Entgelt zuzüglich vier Prozent Zinsen zurückzahlen.

### 3. Verbandsklagerecht

Es sind vier Verbandsklagen zu unterscheiden:

- Der Betriebsrat sowie der jeweilige Arbeitgeber können auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen klagen, die mindestens drei Arbeitnehmer ihres Betriebes oder Unternehmens betreffen.
- Kollektivvertragsfähige Körperschaften der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer können beim OGH einen Antrag auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten oder Rechtsverhältnissen anbringen, die einen von namentlich bestimmten Personen unabhängigen Sachverhalt betreffen. Der Antrag muss eine Rechtsfrage des materiellen Rechts auf dem Gebiet der Arbeitsrechtssachen zum Gegenstand haben, die für mindestens drei Arbeitgeber oder Arbeitnehmer von Bedeutung ist. Für die Dauer des Verfahrens über eine solche Feststellungsklage oder einen solchen Antrag sind alle Fristen zur Geltendmachung des Anspruchs des/der Berechtigten gehemmt.
- Nach §§ 1 UWG i. V. m. § 14 UWG können u. a. Arbeiterkammer und Gewerkschaft gegen einen Arbeitgeber auf Unterlassung von sittenwidrigen Wettbewerbs-handlungen klagen. Die Nichteinhaltung des Arbeitsrechts kann einen solchen Verstoß darstellen.
- Jüngst hat das Oberlandesgericht Wien (rechtskräftig) entschieden, dass auch die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage in Arbeitsrechtssachen zulässig ist (in Österreich ist diese Klage nach dem Wortlaut nicht auf Konsumentengeschäfte eingeschränkt, in Deutschland besteht in § 15 Unterlassungsklagengesetz eine ausdrückliche Ausnahme von Arbeitsrechtssachen). Klagebefugt sind u. a. Arbeiterkammer und Gewerkschaft. Sie können einen Arbeitgeber auffordern, es zu unterlassen, rechtswidrige Vertragsformblätter zu verwenden. Anders als bei der UWG-Verbandsklage ist die subjektive Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs nicht erforderlich. Ob diese Rechtsprechung des Oberlandesgerichts vom OGH in einem neuerlichen Verfahren bestätigt wird, bleibt abzuwarten.

## § 4 Sozialversicherungsrecht

---

### § 4 Sozialversicherungsrecht

#### A. Allgemeines

##### 1. Beginn und Ende des Versicherungsverhältnisses

Das Sozialversicherungsrecht knüpft an eine bestimmte Erwerbstätigkeit an. Grundsätzlich wird zwischen unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit unterschieden. Unselbständige sind nach dem ASVG versichert, Selbständige nach dem GSVG.

Je nach Umfang der Versicherung wird zwischen Voll- und Teilversicherung unterschieden. Unterfällt der Versicherte der Pflichtversicherung in der Unfall-, Kranken-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung, liegt Vollversicherung vor. Teilversicherung meint eine Versicherung nur in einzelnen Zweigen.

Die Versicherung nach dem ASVG beginnt, unabhängig von der Erstattung einer Meldung an den Sozialversicherungsträger mit dem Tag der Begründung des Arbeitsverhältnisses (§ 10 ASVG) und endet mit dem Tag der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Mit dem Beginn des Versicherungsverhältnisses wird dem Versicherten in Österreich eine e-card übersendet (die den Krankenschein ersetzt). Sie ist für jeden Arztbesuch erforderlich. Die e-card kann bei jedem Vertragsarzt (Zahnarzt, Facharzt oder Arzt für Allgemeinmedizin), jeder Vertragseinrichtung (z. B. Physikalische Institute) und in den eigenen Einrichtungen (z. B. Gesundheitszentren der Sozialversicherungsträger) verwendet werden.

##### 2. Mehrfachversicherungen

Übt eine Person mehrere versicherungspflichtige Beschäftigungen aus, kommt es in allen Bereichen zu einer Pflichtversicherung. Eine Person kann Dienstnehmer nach dem ASVG sein und gleichzeitig eine selbstständige Erwerbstätigkeit mit Gewerbeschein ausüben. Es entsteht zugleich eine Pflichtversicherung nach dem ASVG und nach dem GSVG. Der Versicherte hat für jede der Erwerbstätigkeiten Beiträge zu entrichten, wobei er dafür von der Versicherung Geldleistungen mehrfach, Sachleistungen aber nur einfach erhält.

### 3. Beitragspflicht

Beitragsgrundlage ist das Entgelt i. S. d. § 49 ASVG. Die Höchstbeitragsgrundlage beträgt derzeit 3.630,- EUR pro Monat bzw. 121,- EUR pro Tag. Bei gleichzeitiger Ausübung mehrerer versicherungspflichtiger Erwerbstätigkeiten sind aus jeder Erwerbstätigkeit die jeweils vorgesehenen Beiträge bis zur Höchstbeitragsgrundlage zu entrichten. Kommt es in der Summe zur Überschreitung der Höchstbeitragsgrundlage, gibt es die Möglichkeit von Beitragserstattungen.

## B. Krankenversicherung

Die Krankenversicherung kennt folgende Leistungsfälle: 1. Krankheit, 2. Arbeitsunfähigkeit, 3. Mutterschaft, 4. Sonstige Leistungen.

### 1. Versicherungsfall Krankheit

Bei Krankheit schuldet die Krankenversicherung insbesondere Krankenbehandlung (z. B. ärztliche Hilfe durch Vertrags- oder Wahlärzte, Psycho- und Physiotherapie, Heilmittel, Heilbehelfe), Anstaltspflege, Zahnbehandlung und Zahnersatz. Leistungsberechtigt sind neben dem Versicherten selbst auch dessen Ehepartner und Kinder (mit Altersgrenzen).

Die Krankenkassen haben bestimmte Vertragsärzte und Vertragseinrichtungen. Ohne Zuzahlung kann ein Versicherter nur einen dieser Vertragsärzte in Anspruch nehmen. Wird ein Nicht-Vertragsarzt („Wahlarzt“) in Anspruch genommen, so muss dieser zuerst selbst bezahlt werden (Behandlung als Privatpatient). Dann kann von der Kasse Ersatz verlangt werden, aber nur in Höhe von 80 Prozent dessen was ein Vertragsarzt dafür bekommen hätte. Nur manche Wahlärzte orientieren ihre Honorare an diesen Sätzen.

### 2. Versicherungsfall Arbeitsunfähigkeit

Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit leistet die Kasse Krankengeld, sobald kein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf (volle) Entgeltfortzahlung mehr besteht. Krankengeld gebührt für 26 Wochen, bei Erfüllung der Wartezeit für 52 Wochen. Die Höhe beträgt 50 – 60 Prozent des Entgelts.

### 3. Versicherungsfall Mutterschaft

Grundsätzlich gebühren Sachleistungen sowie das Wochengeld, usw. in der Regel jeweils acht Wochen vor und nach der Entbindung, in Höhe des Entgelts.

- Sachleistungen (ärztlicher Beistand, Hebammenbeistand, Heilmittel, Heilbehelfe),
- Wochengeld (Durchschnitt des Entgelts der letzten 13 Wochen).

### 4. Versicherungsfall Sonstige Leistungen

Hierzu zählen Maßnahmen zur Festigung der Gesundheit und Krankheitsverhütung. Darüber kann auch ein Zuschuss zu den Bestattungskosten gewährt werden.

## C. Unfallversicherung

Die gesetzliche Unfallversicherung erbringt Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten. Unfälle in der Freizeit oder im Haushalt sind nicht mitversichert. Ein Arbeitsunfall ist ein Unfall, der seine wesentliche Ursache in der versicherten Tätigkeit hat; ferner insbesondere auch Unfälle auf dem Weg zu oder von der Arbeit genauso wie Arztbesuche, betriebsverfassungsrechtliche Aktivitäten und unter bestimmten Voraussetzungen betriebliche Gemeinschaftsveranstaltungen (Betriebsfeiern, Sportausflüge). Die Unfallversicherung erbringt neben Unfallheilbehandlung und Rehabilitationsmaßnahmen (medizinische, berufliche, soziale) auch Geldleistungen, insbesondere bei langfristiger Minderung der Erwerbsfähigkeit.

## D. Pensionsversicherung

Die Pensionsversicherung erbringt Leistungen grundsätzlich nur für Zeiten, die in Österreich als Versicherungszeiten gelten. Zeiten einer Erwerbstätigkeit im Ausland zählen grundsätzlich nicht dazu. Hat jemand in mehreren Staaten gearbeitet, so kann der Versicherte also nur von den verschiedenen Staaten je eine Pension erhalten. Die Pensionsversicherung leistet insbesondere bei Erreichen des Pensionsalters, bei Tod bestimmter Angehöriger (Hinterbliebenenpension) sowie bei Berufsunfähigkeit. Voraussetzung sind bei Alter Versicherungszeiten von 15 Jahren, bei Tod und Berufsunfähigkeit nur fünf Jahre. Diese Voraussetzung kann aber teilweise auch durch Versicherungszeiten in einem anderen EU-Staat erfüllt werden. Das Ausmaß der Pensionsleistung ist insbesondere von der Höhe des versicherten Einkommens („Bemessungsgrundlage“) und der Dauer der Versicherung abhängig.

### E. Arbeitslosenversicherung

Leistungen setzen hier Arbeitslosigkeit, Arbeitsfähigkeit und Arbeitswilligkeit voraus. Der Kreis der Tätigkeiten, die Arbeitslosen zugemutet werden, wurde laufend erweitert. Arbeitslosengeld gebührt nach der Grundregel nur für 20 Wochen; und für 30 Wochen wenn die Versicherung in den letzten fünf Jahren während 156 Wochen bestanden hat. Die Ersatzrate liegt grundsätzlich bei 55 Prozent des Nettolohnes. Nach Auslaufen des Anspruches kommt Arbeitslosenhilfe in Betracht, aber nur bei nachzuweisendem Fehlen von Vermögen.

## Beiträge und Umlagen ab 01.01.2010

Bezeichnung	Beitragsatz in %			Euro pro Monat (jährlich 14 x)		
	Insg.	DN	DG	Höchstbeitr.- grundlage	Höchster Beitrag	
					Dienst- nehmer	Dienst- geber
<b>Arbeiter</b>						
Krankenversicherung <sup>1)2)</sup>	7,65	3,95	3,70	4.110	162,35	152,08
Pensionsversicherung	22,8	10,25	12,55	4.110	421,28	515,81
Unfallversicherung	1,4	-	1,4	4.110	-	57,54
Arbeitslosenvers.	6,0	3,0	3,0	4.110	123,30	123,30
IESG-Zuschlag	0,55	-	0,55	4.110	-	22,61
Arbeiterkammer	0,5	0,5	-	4.110	20,55	-
Wohnbauförderung	1,0	0,5	0,5	4.110	20,55	20,55
Schlechtwetter-Entsch.	1,4	0,7	0,7	4.110	28,77	28,77
NSchG-Beitrag	2,0	-	2,0	4.110	-	82,20
Betriebliche Vorsorge	1,53	-	1,53	<sup>3)</sup>	-	<sup>3)</sup>
<b>Angestellte</b>						
Krankenversicherung <sup>1)2)4)</sup>	7,65	3,82	3,83	4.110	157,01	157,42
Pensionsversicherung	22,8	10,25	12,55	4.110	421,28	515,81
Unfallversicherung	1,4	-	1,4	4.110	-	57,54
Arbeitslosenvers.	6,0	3,0	3,0	4.110	123,30	123,30
IESG-Zuschlag	0,55	-	0,55	4.110	-	22,61
Arbeiterkammer	0,5	0,5	-	4.110	20,55	-
Wohnbauförderung	1,0	0,5	0,5	4.110	20,55	20,55
NSchG-Beitrag	2,0	-	2,0	4.110	-	82,20
Betriebliche Vorsorge	1,53	-	1,53	<sup>3)</sup>	-	<sup>3)</sup>
<b>Beamte</b>						
Krankenversicherung <sup>1)2)</sup>	7,65	4,10	3,55	4.110	168,52	145,91
Pensionsbeitr.n.d.PG <sup>5)</sup>	11,75	10,25	-	-	-	-
Unfallversicherung	0,47	-	0,47	<sup>6)</sup>	-	<sup>6)</sup>
Arbeitslosenvers. <sup>7)</sup>	6,0	3,0	3,0	4.110	123,30	123,30
IESG-Zuschlag <sup>7)</sup>	0,55	-	0,55	4.110	-	22,61
Arbeiterkammer <sup>7)</sup>	0,5	0,5	-	4.110	20,55	-
Wohnbauförderung	1,0	0,5	0,5	4.110	20,55	20,55

- 1) Davon 0,5 % Zusatzbeitrag für die Krankenanstaltenfinanzierung.
- 2) Davon 0,1 % Ergänzungsbeitr. des DN zur Finanzierung unfallbed. Leistungen i. d. Krankenversicherung.
- 3) Des jeweiligen tatsächlichen Bezuges (keine Höchstbeitragsgrundlage).
- 4) Davon 0,1 % Ergänzungsbeitrag des DG zur Finanzierung der Krankenversicherung der Lehrlinge.
- 5) Wird vom Dienstgeber eingehoben.
- 6) Der jeweiligen Beitragsgrundlage bzw. fixer Jahresbeitrag 19,30 EUR.
- 7) Nur für bestimmte Bedienstetengruppen.

## Beiträge und Umlagen ab 01.01.2010

Bezeichnung	Beitrags- satz in %	Euro pro Monat (jährlich 12 x)		
		Höchstbeitrags- grundlage	Niedrigster Beitrag	Höchster Beitrag
<b>Selbständige</b>				
<b>a) Wirtschaftskammer- mitglieder <sup>3)</sup></b>				
Krankenversicherung	7,65 <sup>1)2)</sup>	4.795,00	49,98	366,82
Pensionsversicherung	16,25	4.795,00	132,97	779,19
<b>b) Hauptberuflich selbst. Erwerbstätige <sup>3)</sup></b>				
Krankenversicherung	7,65 <sup>1)2)</sup>	4.795,00	41,14	366,82
Pensionsversicherung	16,25	4.795,00	87,39	779,19
<b>c) Nebenberuflich selbst. Erwerbstätige <sup>3)</sup></b>				
Krankenversicherung	7,65 <sup>1)2)</sup>	4.795,00	28,02	366,82
Pensionsversicherung	16,25	4.795,00	59,53	779,19
<b>Freiberuflich Selbständige</b>				
Pensionsversicherung	20,00	4.795,00	163,66	959,00
<b>Bauern</b>				
<b>a) Betriebsführer</b>				
Krankenversicherung	7,65 <sup>1)2)</sup>	4.795,00	51,72	366,83
Unfallversicherung <sup>4)</sup>	1,90	4.795,00	12,84	91,11
Pensionsversicherung	15,00	4.795,00	54,95	719,25
<b>b) Mittätige Kinder <sup>5)</sup></b>				
Krankenversicherung	7,65 <sup>1)2)</sup>	1.598,33	28,03	122,27
Pensionsversicherung	15,00	1.598,33	54,95	239,75
<b>c) Mittätige Eltern <sup>6)</sup></b>				
Krankenversicherung	7,65 <sup>1)2)</sup>	2.397,50	25,86	183,41
Pensionsversicherung	15,00	2.397,50	27,48	359,63

1) Davon 0,5 % Zusatzbeitrag für die Krankenanstaltenfinanzierung.

2) Davon 0,1 % Ergänzungsbeitrag zur Finanzierung unfallbedingter Leistungen in der Krankenversicherung.

3) Unfallversicherung: Pauschalierter Monatsbeitrag 8,03 EUR.

4) Betriebsbeitrag.

5) Kinder, Enkel, Wahl-, Stief- und Schwiegerkinder.

6) Eltern, Großeltern, Wahl-, Stief- und Schwiegerelternanteile.

### § 5 Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz

Der Arbeitsschutz in Österreich ist wesentlich durch die grundsätzlichen Richtlinien der EU bestimmt. Auf diesen Richtlinien basieren die meisten der nationalen Arbeitsschutzgesetze und -verordnungen, wie z. B. das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) als Kerngesetz des technischen Arbeitnehmerschutzes.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte zu sorgen, die die Arbeit betreffen. Der Arbeitgeber hat sich unter Berücksichtigung der bestehenden Gefahren über den neuesten Stand der Technik und der Erkenntnisse auf dem Gebiet der Arbeitsgestaltung entsprechend zu informieren. Persönliche Schutzausrüstungen und erforderliche Arbeitskleidung sind auf Kosten des Arbeitgebers zur Verfügung zu stellen, wenn Gefahren nicht durch kollektive technische Schutzmaßnahmen oder durch arbeitsorganisatorische Maßnahmen vermieden oder ausreichend begrenzt werden können.

Nach dem ASchG muss der Arbeitgeber die Gefahren und gesundheitlichen Belastungen in seinem Betrieb systematisch ermitteln und beurteilen. Auf Grund der Ergebnisse werden dann geeignete Maßnahmen zur Gefahrenverhütung festgelegt. Dieser gesamte Prozess wird Evaluierung genannt. Die Ergebnisse müssen schriftlich in den Sicherheits- und Gesundheitsschutzdokumenten festgehalten werden, die gegebenenfalls auch zu aktualisieren sind. Der Arbeitgeber muss alle Arbeitsunfälle aufzeichnen.

Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmer auf die Gefahren und deren Verhütung hinweisen. Die Information muss vor Aufnahme der Tätigkeit erfolgen. Sie muss regelmäßig wiederholt werden, insbesondere wenn dies auf Grund sich ändernder betrieblicher Gegebenheiten erforderlich ist, weiter bei Änderung der maßgeblichen Arbeitnehmerschutzvorschriften und bei neuen Erkenntnissen auf dem Gebiet der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes. Die Information muss in verständlicher Form erfolgen. Bei Arbeitnehmern, die der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sind, hat die Information in ihrer Muttersprache oder in einer sonstigen für sie verständlichen Sprache zu erfolgen. Arbeitgeber haben sich zu vergewissern, dass die Arbeitnehmer die Informationen verstanden haben.

Er hat bei der Übertragung von Aufgaben an Arbeitnehmer deren Eignung in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit zu berücksichtigen. Dabei sind insbesondere die Konstitution und die Körperkräfte, Alter und Qualifikation zu berücksichtigen.

Zu den sanitären Einrichtungen enthält das ASchG Regelungen u. a. für das Bereithalten von Trinkwasser und Waschgelegenheiten, der Einrichtung von Waschräumen und Toiletten sowie Kleiderkästen und Umkleieräumen.

Unter bestimmten Umständen müssen eigene Aufenthalts- und Bereitschaftsräume zur Verfügung gestellt werden. Aufenthaltsräume, Bereitschaftsräume und Räume zu Wohn- und Nächtigungszwecken müssen entsprechend § 28 ASchG bemessen und ausgestattet sein.

Nichtraucher müssen – soweit es die Art des Betriebes zulässt – vor den Einwirkungen von Tabakrauch geschützt werden (§ 30 ASchG). In Büros und vergleichbaren Arbeitsräumen (z. B. Meisterkojen) müssen Raucher und Nichtraucher nach Möglichkeit getrennt untergebracht werden. Ist das nicht möglich, ist das Rauchen zu verbieten. In Sanitäts- und in Umkleieräumen ist das Rauchen verboten.

In Betrieben mit mindestens 10 Arbeitnehmern sind Sicherheitsvertrauenspersonen zu bestellen, die entsprechend geschult werden müssen. Sie sollen die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften überwachen sowie den Arbeitgeber und die Arbeitnehmer hinsichtlich dieser Vorschriften beraten. Der Arbeitgeber benötigt zur wirksamen Bestellung die Zustimmung des Betriebsrates (§ 11 ASchG). Die Sicherheitsvertrauenspersonen sind berechtigt, in allen Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes Vorschläge für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu machen, bei den Arbeitgebern sowie bei den dafür zuständigen Stellen die notwendigen Maßnahmen und die Beseitigung von Mängeln zu verlangen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Sicherheitsvertrauenspersonen in allen Angelegenheiten der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes anzuhören.

Der Arbeitgeber muss geeignete Vorkehrungen treffen, damit Arbeitnehmern bei Verletzungen oder plötzlichen Erkrankungen Erste Hilfe geleistet werden kann. Es sind in ausreichender Anzahl Personen zu bestellen, die für die Erste Hilfe zuständig sind. Diese Personen müssen über eine ausreichende Ausbildung für die Erste Hilfe verfügen.

---

In Österreich wird dem Arbeitnehmer ein schuldrechtlicher Durchsetzungsanspruch dieser Pflichten des Arbeitgebers eingeräumt. Der Arbeitnehmer ist ebenfalls verpflichtet, die Sicherheitsvorschriften einzuhalten. Er darf sich nicht durch Alkohol, Arzneimittel oder Suchtgifte in einen Zustand versetzen, in dem sie sich oder andere Personen gefährden könnte.

## Literaturverzeichnis

### Internet:

Geltende Gesetze und Verordnungen sowie Judikatur des Obersten Gerichtshof gibt es auf [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at)

Die neueren Gesetzesmaterialien sind auf [www.parlinkom.gv.at](http://www.parlinkom.gv.at) abrufbar.

Arbeitgeber erhalten Informationen bei der Wirtschaftskammer [www.wko.at](http://www.wko.at)

Arbeitnehmer beim Gewerkschaftsbund [www.oegb.at](http://www.oegb.at) und der Arbeiterkammer [www.arbeiterkammer.at](http://www.arbeiterkammer.at)

### Fachbücher:

- *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht (6. Auflage 2009)
- *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht (6. Auflage 2010)
- *Eichinger/Kreill/Sacherer*, Basiswissen Arbeits- und Sozialrecht (4. Auflage 2009)
- *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I: Individualarbeitsrecht (4. Auflage 1998)
- *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht II: Kollektives Arbeitsrecht (4. Auflage 2001)
- *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht (3. Auflage 2008)
- *Kuras*, Praxishandbuch Arbeitsrecht (Loseblattsammlung)
- *Löschnigg (Hrsg.)*, Kommentar zum Angestelltengesetz (8. Auflage 2007)
- *Löschnigg*, Arbeitsrecht (10. Auflage 2003)
- *Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg.)*, Kommentar zum Angestelltengesetz (Loseblattsammlung)
- *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht (2006)
- *Mazal/Risak (Hrsg.)*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (Loseblattsammlung)
- *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) – entspricht vom Aufbau dem Erfurter-Kommentar zum Arbeitsrecht
- *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber (8. Auflage 2009)
- *Resch*, Sozialrecht (4. Auflage 2008)
- *Schrank*, Arbeits- und Sozialrecht (Loseblattsammlung)
- *Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg.)*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung)

- 
- *Tomandl (Hrsg.)*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblattsammlung)
  - *Tomandl (Hrsg.)*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Loseblattsammlung)
  - *Tomandl*, Sozialrecht (6. Auflage 2009)
  - *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I und II (6. Auflage 2008)

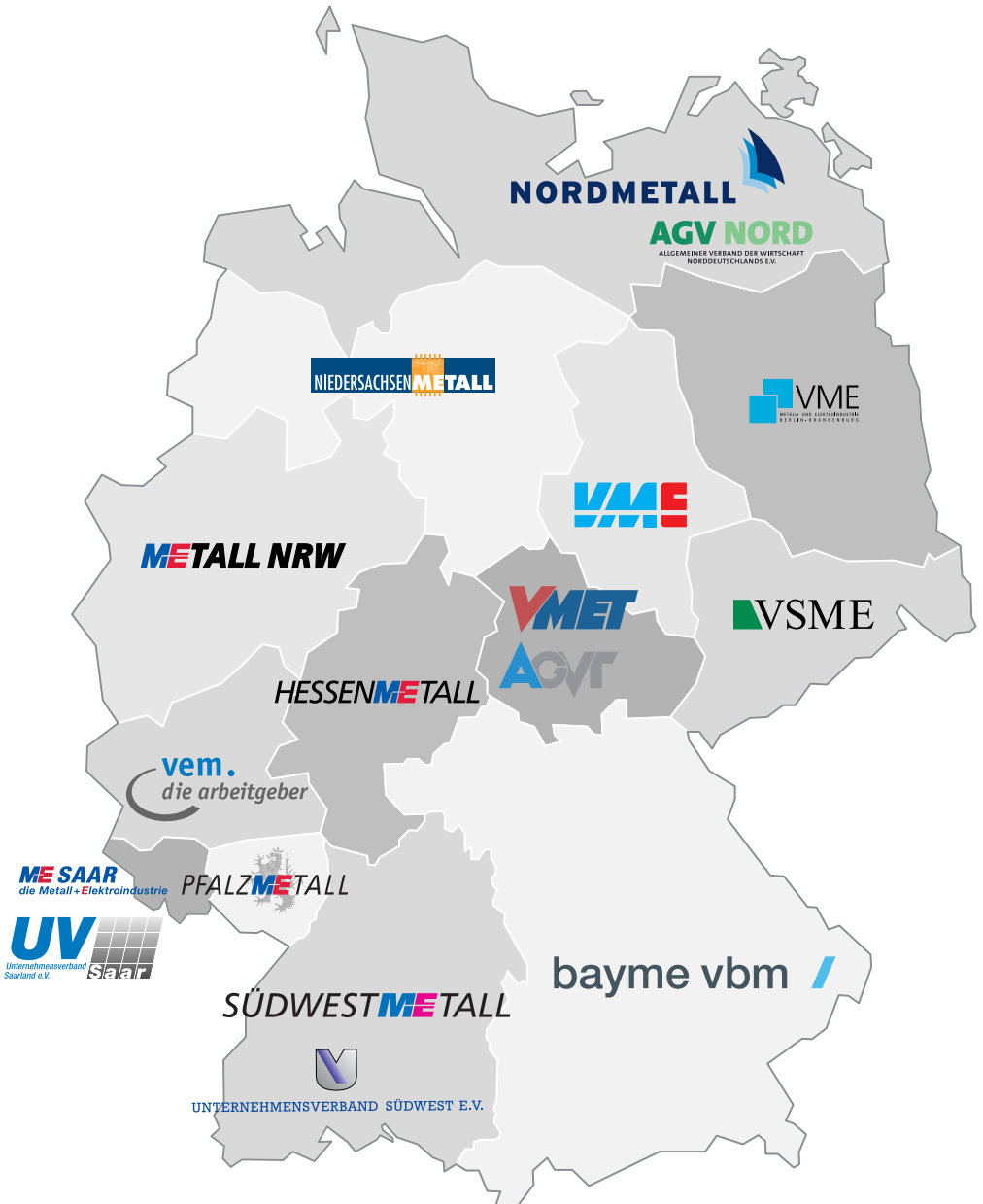
**Zeitschriften:**

- Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (ZAS)
- Das Recht der Arbeit (DRdA)
- Arbeits- und Sozialrechtkartei (ASoK)
- Recht der Wirtschaft (RdW)
- ecolex
- Wirtschaftsrechtliche Blätter (WBl)
- Juristische Blätter (JBl)
- Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis (ARD)
- Österreichische Juristenzeitung (ÖJZ)

**Entscheidungssammlung:**








- Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
- Die Urteile sind chronologisch geordnet und nummeriert, zitiert wird Arb. [Entscheidungsnummer], z. B. Arb. 10.054.

# Die Mitgliedsverbände von Gesamtmetall



	<p><b>SÜDWESTMETALL</b>  <b>Verband der Metall- und Elektroindustrie</b>  <b>Baden-Württemberg e.V.</b>  Löffelstr. 22–24, D-70597 Stuttgart  Postfach 70 05 01, D-70574 Stuttgart  Tel. +49 (0) 711 7682-0</p>
 <p>Die bayerischen Metall- und Elektro-Arbeitgeber</p>	<p><b>Verband der Bayerischen</b>  <b>Metall- und Elektro-Industrie e.V.</b>  Max-Joseph-Straße 5, D-80333 München  Postfach 20 20 26, D-80020 München  Tel. +49 (0) 89 55178-100</p>
	<p><b>METALL NRW</b>  <b>Verband der Metall- und Elektro-Industrie</b>  <b>Nordrhein-Westfalen e.V.</b>  Uerdinger Straße 58-62, D-40474 Düsseldorf  Postfach 30 10 41, D-40410 Düsseldorf  Tel. +49 (0) 211 4573-0</p>
 <p>Verband der Metall- und Elektroindustrie e.V.</p>	<p><b>NORDMETALL</b>  <b>Verband der Metall- und Elektro-Industrie e.V.</b>  Kapstadtring 10, D-22297 Hamburg  Postfach 60 20 49, D-22220 Hamburg  Tel. +49 (0) 40 6378-4200</p>
	<p><b>HESSEN METALL</b>  <b>Verband der Metall- und</b>  <b>Elektro-Unternehmen Hessen e.V.</b>  Emil-von-Behring-Str. 4, D-60439 Frankfurt  Postfach 50 05 61, D-60394 Frankfurt  Tel. +49 (0) 69 95808-0</p>
 <p>METALL- UND ELEKTROINDUSTRIE  BERLIN-BRANDENBURG</p>	<p><b>Verband der Metall- und Elektroindustrie</b>  <b>in Berlin und Brandenburg e.V.</b>  Am Schillertheater 2, D-10625 Berlin  Tel. +49 (0) 30 31005-0</p>
	<p><b>NIEDERSACHSENMETALL</b>  <b>Verband der Metallindustriellen Niedersachsens e.V.</b>  Schiffgraben 36, D-30175 Hannover  Tel. +49 (0) 511 8505-0</p>

	<p><b>PFALZMETALL</b>  <b>Verband der Pfälzischen Metall- und Elektroindustrie e.V.</b>  Friedrich-Ebert-Straße 11-13, D-67433 Neustadt/Weinstraße  Postfach 10 10 62, D-67410 Neustadt/Weinstraße  Tel. +49 (0) 6321 852-225</p>
	<p><b>ME Saar</b>  <b>Verband der Metall- und Elektroindustrie des Saarlandes e.V.</b>  Harthweg 15, D-66119 Saarbrücken  Postfach 65 04 33, D-66143 Saarbrücken  Tel. +49 (0) 681 95434-0</p>
	<p><b>vem. die arbeitgeber</b>  <b>M+E, Industrie- und Dienstleistungsverband Rheinland-Rheinessen e.V.</b>  Ferdinand-Sauerbruch-Straße 9, D-56073 Koblenz  Postfach 30 08 03, D-56029 Koblenz  Tel. +49 (0) 261 40406-0</p>
	<p><b>Verband der Sächsischen Metall- und Elektroindustrie e.V.</b>  Washingtonstraße 16/16a, D-01139 Dresden  Postfach 30 02 00, D-01131 Dresden  Tel. +49 (0) 351 25593-0</p>
	<p><b>Verband der Metall- und Elektroindustrie Sachsen-Anhalt e.V.</b>  Humboldtstraße 14, D-39112 Magdeburg  Postfach 41 52, D-39016 Magdeburg  Tel. +49 (0) 391 62888-0</p>
	<p><b>Verband der Metall- und Elektro-Industrie in Thüringen e.V.</b>  Lossiusstraße 1, D-99094 Erfurt  Postfach 90 03 53, D-99106 Erfurt  Tel. +49 (0) 361 6759-0</p>

 <p>Die bayerischen Metall- und Elektro-Arbeitgeber</p>	<p>BayME – Bayerischer Unternehmensverband Metall und Elektro e.V. Max-Joseph-Straße 5, D-80333 München Postfach 20 20 26, D-80020 München Tel. +49 (0) 89 55178-100</p>
	<p>HESSEN METALL Verband der Metall- und Elektro- Unternehmen Hessen e.V. Emil-von-Behring-Str. 4, D-60439 Frankfurt Postfach 50 05 61, D-60394 Frankfurt Tel. +49 (0) 69 95808-0</p>
	<p>Unternehmensverband Südwest e.V. Löffelstr. 22–24, D-70597 Stuttgart Postfach 70 05 01, D-70574 Stuttgart Tel. +49 (0) 711 7682-0</p>
	<p>METALL NRW Verband der Metall- und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen e.V. Fachgruppe oT Uerdinger Straße 58-62, D-40474 Düsseldorf Postfach 30 10 41, D-40410 Düsseldorf Tel. +49 (0) 211 4573-0</p>
	<p>AGV NORD Allgemeiner Verband der Wirtschaft Norddeutschlands e.V. Kapstadtring 10, D-22297 Hamburg Postfach 60 20 49, D-22220 Hamburg Tel. +49 (0) 40 6378-5900</p>
	<p>UV Saar Unternehmensverband Saarland e.V. Harthweg 15, D-66119 Saarbrücken Postfach 65 04 33, D-66143 Saarbrücken Tel. +49 (0) 681 95434-0</p>
	<p>PFALZMETALL Verband der Pfälzischen Metall- und Elektroindustrie e.V. Friedrich-Ebert-Straße 11-13, D-67433 Neustadt/Weinstraße Postfach 10 10 62, D-67410 Neustadt/Weinstraße Tel. +49 (0) 6321 852-225</p>
	<p>Allgemeiner Arbeitgeberverband Thüringen e.V. Lossiusstraße 1, D-99094 Erfurt Postfach 90 03 53, D-99106 Erfurt Tel. +49 (0) 361 6759-0</p>

## Impressum

© 2011  
Arbeitgeberverband Gesamtmetall  
(Gesamtverband der Arbeitgeberverbände  
der Metall- und Elektro-Industrie e. V.)

Vossstraße 16  
10117 Berlin  
Telefon 030/55150-0  
Telefax 030/55150-400  
info@gesamtmetall.de  
www.gesamtmetall.de

Autoren:  
Dr. Rainer Thomas, Wirtschaftskammer Österreich  
Mag. Michael Reiner, Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien

Projektleitung und Ansprechpartner: Indra Haderl, Internationale Beziehungen  
Robert Thurm, Internationale Beziehungen

Druck und Gestaltung: IW Medien GmbH, Köln · Berlin

[www.gesamtmetall.de](http://www.gesamtmetall.de)