

# Das Recht der Arbeit

## Aus dem Inhalt:

### **Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme**

WALTER GEPPERT

### **Einstweilige Verfügungen zur Sicherung des Informationsanspruchs nach §§ 108, 109 ArbVG bei beabsichtigten Betriebsänderungen**

GEORG KODEK

### **Kein Arbeitsrecht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt? Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff**

CHRISTOPH KIETAIBL/MICHAEL REINER

## Rechtsprechung:

### **Bezahlung von Zwischen-Wegzeiten im „Zweiteiler-Dienst“**

RENÉ SCHINDLER

### **Beitragsmonate der Pflichtversicherung gem § 255 Abs 7 ASVG**

REINHARD RESCH

### **Zur behaupteten Mehrfachdiskriminierung eines „Parteifreien“**

NEDA BEI

### **Entlassung einer Vertragsbediensteten**

THOMAS MAJOROS

### **Die Glaubhaftmachung nach § 105 Abs 5 ArbVG**

ANDREA POTZ

### **Verweisung von Handwerkern auf Verkaufstätigkeiten**

MONIKA WEISSENSTEINER

### **Festhalten des OGH am Begriff der journalistischen Tätigkeit**

WOLFGANG KOZAK

### **Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff**

CHRISTOPH KIETAIBL/MICHAEL REINER

### **Schriftleitung**

JOSEF CERNY, RUDOLF MOSLER

### **Wissenschaftlicher Beirat**

Mitglied des VfGH RA Dr. Sieglinde Gahleitner  
BM aD Gen.-Dir. aD Dr. Walter Geppert  
o.Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger  
o.Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg  
Univ.-Prof. MMag. DDr. Günther Löschnigg  
stv. Rechtsschutzbeauftragter iR Hon.-Prof. Dr. Rudolf Machacek  
Sen.-Präs. des VwGH Mitglied des VfGH Hon.-Prof. Dr. Rudolf Müller  
em. o.Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger  
Sen.-Präs. des OGH iR Dr. Karl Heinz Petrag  
Hon.-Prof. Dr. Johannes Schregle  
ehem. Mitglied des VfGH em. o.Univ.-Prof. Dr. Karl Spielbüchler

The logo consists of the letters 'AK' in a bold, red, sans-serif font, centered within a white square that has a red border.

ÖSTERREICH

6

2011 DEZEMBER  
61. JAHR . HEFT 334

---

## AutorenInnen des Heftes

<b>Dr. Neda Bei</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22
<b>Mag. Martina Chlestil</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22
<b>RA Dr. Ernst Eypeltauer</b>	A-4020 Linz, Lederergasse 18
<b>Ass.-Prof. Dr. Elias Felten</b>	Universität Salzburg, A-5020 Salzburg, Churfürststraße 1
<b>Mag. Elisabeth Florus</b>	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, A-1010 Wien, Stubenring 1
<b>BM aD Gen.-Dir. aD Dr. Walter Geppert</b>	A-1040 Wien, Prinz-Eugen-Straße 56/25
<b>Dr. Andreas Gerhartl</b>	AMS Niederösterreich, A-1013 Wien, Hohenstaufengasse 2
<b>Mag. Jasmin Haindl</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22
<b>RAA Dr. Susanne Kappel</b>	Rechtsanwaltskanzlei Dr. Sieglinde Gahleitner, A-1010 Wien, Köllnerhofgasse 6
<b>Mag. Jutta Keul</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22
<b>Assoz. Prof. Dr. Christoph Kietabl</b>	Universität Wien, A-1010 Wien, Schenkenstraße 8/3
<b>Univ.-Prof. Hofrat Dr. Georg E. Kodek</b>	Oberster Gerichtshof sowie Wirtschaftsuniversität Wien, A-1016 Wien, Justizpalast
<b>Mag. Wolfgang Kozak</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22
<b>Dr. Doris Lutz</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22
<b>RA Dr. Thomas Majoros</b>	A-1010 Wien, Walfischgasse 12/3
<b>Dr. Eva Matt</b>	Bundeskanzleramt Österreich, Abt II/3, A-1014 Wien, Minoritenplatz 3
<b>Prof. Walter Nöstlinger</b>	A-4623 Gunkskirchen, Semmelweisstraße 12
<b>Mag. Lukas Oberndorfer</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22
<b>Dr. Brigitte Pellar</b>	A-1060 Wien, Linke Wienzeile 64/14
<b>Mag. Johannes Peyrl</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22
<b>Dr. Susanne Piffil-Pavelec</b>	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, A-1010 Wien, Stubenring 1
<b>RAA Dr. Andrea Potz</b>	CMS Reich-Rohrwig Hainz, A-1010 Wien, Ebdorferstraße 3
<b>Univ.-Ass. Mag. Michael Reiner</b>	Universität Wien, A-1010 Wien, Schenkenstraße 8-10
<b>Univ.-Prof. Mag. Dr. Reinhard Resch</b>	Universität Linz, A-4045 Linz-Auhof, Altenbergerstraße 69
<b>Dr. René Schindler</b>	Gewerkschaft PRO-GE, A-1020 Wien, Johann-Böhm-Platz 1
<b>Ass.-Prof. Dr. Barbara Trost</b>	Universität Linz, A-4045 Linz-Auhof, Altenbergerstraße 69
<b>Richter Mag. Dr. Dieter Weiß</b>	Landesgericht Linz, A-4020 Linz, Fadingerstraße 2
<b>Mag. Monika Weißensteiner</b>	Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22

---

### Impressum

#### Herausgeber, Medieninhaber (Verleger)

Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte,  
A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22, alle Rechte vorbehalten  
Für den Inhalt verantwortlich: Hon.-Prof. Dr. Josef Cerny

#### Redaktion

Martina Pichler, Karin Fendrich  
A-1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22,  
Tel 01-501 65-2243 bzw 2525, Fax 01-501 65-42243  
e-mail: [martina.pichler@akwien.at](mailto:martina.pichler@akwien.at)  
Manuskripte und Zuschriften bitten wir, an die Redaktionsadresse  
zu senden.

#### Erscheinungsweise

sechsmal im Jahr: Februar, April, Juni, August, Oktober und  
Dezember. Das Jahresinhaltsverzeichnis des laufenden Jahres  
befindet sich in der Dezember-Ausgabe.

#### Bezugspreis

Jahresabonnement EUR 58,-; Einzelheft EUR 15,50  
inkl Versandkosten und 10% MWST

#### Hersteller und Abonnentenverwaltung

druck aktiv OG, A-2301 Groß-Enzersdorf, Schloßhofer Straße 13,  
Tel 0 22 49/206 01-0, Fax 0 22 49/206 01-90

**Verlagsort:** Wien

**Herstellungsort:** Wien

**Homepage:** [www.arbeiterkammer.at](http://www.arbeiterkammer.at)

### Urheberrechte

Der Urheber räumt mit der Einreichung seines Manuskripts dem  
Medieninhaber und Herausgeber ein räumlich, zeitlich und inhalt-  
lich unbeschränktes Werknutzungsrecht an seinem Werk ein. Der  
Medieninhaber und Herausgeber ist deshalb ausschließlich berechtigt,  
aber nicht verpflichtet, das Werk zu vervielfältigen und zu verbrei-  
ten. Werden diese Rechte vom Medieninhaber und Herausgeber  
ausgeübt, umfasst die Rechtseinräumung auch das Recht der  
Vervielfältigung und Verbreitung auf andere Art als durch Druck  
(einschließlich Mikrofilm, Mikrofiche etc). Insb ist der Medieninha-  
ber und Herausgeber berechtigt, das Werk auf sonstigen Datenträ-  
gern zu vervielfältigen (zB Diskette, CD-Rom, sonstige maschinell  
lesbare Datenträger) und es in Datenbanken jeder Art, auch iVm  
anderen Werken zu speichern und der Öffentlichkeit zur Verwend-  
ung anzubieten. Eingeschlossen in die Rechtseinräumung ist  
auch das Recht der öffentlichen Wiedergabe oder Sendung des  
Werks, das der Medieninhaber und Herausgeber benötigen mag,  
um es der Öffentlichkeit zur Verwendung anzubieten. Eingeschlos-  
sen sind ferner sämtliche neu entstehenden Verwertungsrechte und  
neue Nutzungsarten. Dem Medieninhaber und Herausgeber wer-  
den alle jetzt bestehenden und künftig neu entstehenden urheberrecht-  
lichen Vergütungsansprüche abgetreten. Für diese Nutzungen steht  
dem Urheber kein gesondertes zusätzliches Werknutzungsentgelt zu.

## Abhandlungen

- Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme** 507  
WALTER GEPPERT
- Einstweilige Verfügungen zur Sicherung des Informationsanspruchs nach §§ 108, 109 ArbVG bei beabsichtigten Betriebsänderungen** 517  
GEORG KODEK
- Kein Arbeitsrecht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt? Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff** 526  
CHRISTOPH KIETAIBL/MICHAEL REINER

## Aus der Rechtsprechung

### Entscheidungsbesprechungen

- Bezahlung von Zwischen-Wegzeiten im „Zweiteiler-Dienst“** 536  
RENÉ SCHINDLER  
zu OGH vom 15.12.2009, 9 ObA 6/09m
- Beitragsmonate der Pflichtversicherung gem § 255 Abs 7 ASVG** 541  
REINHARD RESCH  
zu OGH vom 19.10.2010, 10 ObS 145/10m
- Zur behaupteten Mehrfachdiskriminierung eines „Parteifreien“** 543  
NEDA BEI  
zu OGH vom 21.12.2009, 8 ObA 69/09v
- Entlassung einer Vertragsbediensteten** 547  
THOMAS MAJOROS  
zu OGH vom 18.8.2010, 8 ObA 53/10t
- Die Glaubhaftmachung nach § 105 Abs 5 ArbVG** 551  
ANDREA POTZ  
zu OGH vom 22.12.2010, 9 ObA 27/10a
- Verweisung von Handwerkern auf Verkaufstätigkeiten** 555  
MONIKA WEISSENSTEINER  
zu OGH vom 31.5.2011, 10 ObS 101/10s
- Festhalten des OGH am Begriff der journalistischen Tätigkeit** 558  
WOLFGANG KOZAK  
zu OGH vom 18.8.2010, 8 ObA 48/10g
- Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff** 561  
zu OGH vom 26.1.2010, 9 ObA 105/09w

## Judikaturspiegel

- MARTINA CHLESTIL/JUTTA KEUL/JOHANNES PEYRL/MONIKA WEISSENSTEINER 564

---

## **Der praktische Fall**

- Probleme bei der Stellungnahme zur Kündigung** 569  
DIETER WEISS

---

## **Aus der Praxis – für die Praxis**

- Was hat Vulkanasche mit einer „neutralen Sphäre“ zu tun?** 574  
DORIS LUTZ
- Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Kuriositäten im Lehrbeauftragtengesetz** 579  
ANDREAS GERHARTL
- Das Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission – Update 2011** 582  
EVA MATT

---

## **Aktuelle Sozialpolitik**

- Die Europäische Sozialcharta** 584  
SUSANNE PIFFL-PAVELEC/ELISABETH FLORUS

---

## **Europarecht**

- Betrachtungen zum Kriterium des gewöhnlichen Arbeitsortes in EVÜ und Rom I-VO** 588  
WOLFGANG KOZAK

---

## **Aus der Geschichte des Arbeitsrechts und des Sozialrechts**

- 90 Jahre Angestelltengesetz** 592  
BARBARA TROST

---

## **Neue Bücher**

---

### **Besprechungen**

- Maier/Thöny*: Verfall und Verjährung im Arbeitsrecht 594  
ERNST EYPELTAUER
- Mayrhofer*: Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2010/11 594  
JASMIN HAINDL
- Laux/Schlachter*: Teilzeit- und Befristungsgesetz 595  
ELIAS FELTEN
- Haas/Ohlendorf*: Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds der Aktiengesellschaft 596  
SUSANNE KAPPEL
- Felten*: Leistungs- und erfolgsbezogenes Entgelt als Alternative zum Zeitlohn 596  
BARBARA TROST
- Piller/Heider*: Arbeitsstättenverordnung 597  
WALTER NÖSTLINGER
- Stenslik*: Diskriminierende Arbeitgeberkündigungen und die europäischen Diskriminierungsverbote 598  
BARBARA TROST
- Steiner*: Johann Böhm in der österreichischen Sozialversicherung 598  
BRIGITTE PELLAR

- 
- Büchereingang** 600

---

## **Ankündigung**

- 47. Zeller Tagung**
-

# Das Phänomen Arbeitskräfteüberlassung – Entstehung, Entwicklung und Probleme

WALTER GEPPERT (WIEN)

1988 wurde in Österreich die Arbeitskräfteüberlassung (früher: „Leih- und Zeitarbeit“) gesetzlich geregelt. Die Debatte davor ist zum Teil sehr hitzig gewesen. Manche (wie die Gewerkschaften) lehnten die „Leiharbeit“ überhaupt ab und wollten, dass man sie gesetzlich verbiete. Jene, die dagegen waren, traten für eine etwas stärkere Reglementierung, insb mit Schutzvorschriften für die überlassenen Arbeitskräfte (die „LeiharbeitnehmerInnen“ [„Leih-AN“]) ein. Die Gesetzgebung entschied gegen ein (auch sektorales) Verbot, nahm jedoch eine starke Regulierung vor. Inzwischen hat sich die Strategie der Zeitarbeitsbranche aber mehrfach verändert. Ursprünglich war sie mit dem Argument verbreitet worden, Spitzen im Arbeitskräftebedarf ausgleichen zu wollen. Im Moment werden die überlassenen Arbeitskräfte in manchen Beschäftigterbetrieben, von den Beschäftigern (= Entleiher) auch zur Besetzung von Dauerarbeitsplätzen und zur Reduktion der Arbeitskosten im Betrieb der Beschäftigung eingesetzt, was in der Diskussion auf besondere Kritik stieß. Im folgenden Beitrag wird daher die Entstehung und Entwicklung der Leih- und Zeitarbeit mit einigen, in der Praxis (immer noch) bestehenden Problemen dargestellt. Neben der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung der Überlassungskräfte gehört dazu auch der Grundsatz der Gleichbehandlung mit den Stammarbeitskräften, den AN in den Beschäftigterbetrieben, wozu auch die 2008 von der EU erlassene Leiharbeitsrichtlinie (-RL) einige Regelungen enthält, die von den EU-Mitgliedsländern, auch von Österreich bis Ende 2011 umzusetzen ist.

## Übersicht

1. Die Gesetzesregelung in Österreich
2. Die Arbeitskräfteüberlassung in Österreichs Wirtschaft und Gesellschaft
3. Wichtiges zum Strategie- und Funktionswandel
  - 3.1. Zur Beschäftigung von Überlassungskräften im Rahmen des „Pay-Roll-Verfahrens“
  - 3.2. Die Nutzung über „Strohmannkonstruktionen“ zur Kostenminimierung
4. Die Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsverfassung
  - 4.1. Das erste Thema: Die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit der Überlassungskräfte

## 4.2. Das Thema Nr 2: Die BV-Regelung im § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG

## 5. Die EU-Leiharbeits-Richtlinie 2008

- 5.1. Ihre Regelungsschwerpunkte
- 5.2. Ein Vergleich: Der Richtlinienentwurf 2002
- 5.3. Zur Umsetzung in Österreich

Die Arbeitskräfteüberlassung hat in den letzten Jahren, nicht nur in Österreich, zusehends an Bedeutung gewonnen. Nach *Tomandl*<sup>1)</sup> ist sie „von einer einst seltenen Erscheinung, zu einem wichtigen Bereich des Arbeitsmarktes geworden“. Dazu einige Zahlen: Zwischen 1989 und 2008 hat sich die Zahl der überlassenen Arbeitskräfte in Österreich fast verneunfacht: 1989 gab es 7.955, 2008 dagegen schon 68.081 „Leih-AN“. Gestiegen ist während dieses Zeitraumes auch die Zahl der Anbieter (= Überlasser): 1989 waren es 367, 19 Jahre später (2008) bereits 1.761 Überlasser. Die Leiharbeitsquote<sup>2)</sup> erhöhte sich in diesen Jahren von 0,4 % (1989) auf 2,1 % (2008).<sup>3)</sup>

Die meisten Überlassungskräfte sind Arbeiter und Arbeiterinnen. Am 1.3.2002 trat für sie (nach einem jahrelangen Ringen) ein eigener Kollektivvertrag (KollV), der KollV für die Arbeiter in der Überlassungsbranche in Kraft.<sup>4)</sup> Hiermit gelang es der Gewerkschaftsbewegung – so *Vanselow/Weinkopf*<sup>5)</sup> – die traditionell zwischen den überlassenen Arbeitskräften und den Stammarbeitskräften (den AN in den Beschäftigterbe-

1) Arbeitskräfteüberlassung (2010) Vorwort.  
 2) Das ist der Anteil der „Leiharbeitskräfte“ an den unselbstständig Beschäftigten.  
 3) So das 2008 für die Überlassungstätigkeit damals zuständig gewesene BMWA.  
 4) Dazu *Schindler*, Arbeitskräfteüberlassungs-KV (2003); *Rothe*, Arbeiterkollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung (2010) sowie *Adamez*, KollV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, ASoK 2002, 66.  
 5) Zeitarbeit in europäischen Ländern – Lehren für Deutschland? (2009) 6, 9.

trieben) gegeben gewesenem Unterschiede etwas zu reduzieren. Das Besondere war und ist der nach der Qualifikation gestaffelte kollivliche Mindestlohn.

Mit dem Ausbruch der Weltfinanzmarktkrise 2008<sup>6)</sup> verringerte sich die Zahl der Überlassungskräfte. Die Arbeitskräfte in der Überlassungsbranche waren die ersten, die ihren Job verloren und arbeitslos wurden, worauf auch die ILO (International Labour Organization) im Oktober 2009 in einer ihrer Aussenungen aufmerksam machte.<sup>7)</sup> Meistens geschieht das durch die Nutzung von Probezeit-Vereinbarungen und/oder mit Hilfe der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Überlasser. Nach der von der AK Wien 2009 in Auftrag gegebenen Leiharbeitsstudie<sup>8)</sup> ist die Zahl der einvernehmlichen Auflösungen in Österreich sehr hoch. Für 2009 errechnete sie 53 % an einvernehmlichen Auflösungen;<sup>9)</sup> noch mehr schätzt *Schindler*.<sup>10)</sup> Nach dessen Erfahrungen enden mehr als 80 % der „Leiharbeitsverhältnisse“ mit einer einvernehmlichen Auflösung.

Das Problem ist nicht die Tatsache der einvernehmlichen Auflösung; eher der Anlass, also warum und wie sie herbeigeführt wird. Manche erblicken darin sogar eine Rückkehr von „Hire and Fire“-Praktiken,<sup>11)</sup> die vom (europäischen) Sozialstaat über die Arbeitslosenversicherung abgedeckt werden. Im März 2009 waren rund 30.000 „Leiharbeitskräfte“ arbeitslos, gegenüber dem Vorjahr (2008) ein Anstieg um rund 43 %.<sup>12)</sup> Die Überlasser gehören für einige sogar zu den (angeblich) „besten Kunden“ des Arbeitsmarktservice (AMS). 2008/09 kamen mehr als ein Fünftel der dem AMS Österreich gemeldeten offenen Arbeitsstellen von Überlassern.<sup>13)</sup>

Mit der (auch gesetzlich siehe nur § 11 Abs 2 Z 4 AÜG [verpönten]) Synchronisation zwischen der Vertrags- und Überlassungsdauer stellt sich natürlich auch die Frage, ob es dadurch nicht zu einer (auch vom Gesetz sicherlich nicht gewollten) Abwälzung des vom Überlasser zu tragenden Wirtschaftsrisikos auf die Überlassungskräfte komme, so dass keine Arbeitskräfteüberlassung mehr vorliege. Als die Arbeitskräfteüberlassung erstmals (um die Mitte der 1960er Jahre) in Österreich auftrat, war vor allem darüber diskutiert worden, ob und wenn ja, wie sich die Arbeitskräfteüberlassung von der (damals nur öffentlich [staatlich] vorgenommenen) Arbeitsvermittlung abgrenze und abgrenzen lasse. Man einigte sich damals darauf, dass der Überlasser als der (eigentliche) Arbeitgeber (AG) der Überlassungskräfte auch das seine Tätigkeit ausmachende wirtschaftliche Risiko übernehmen müsse und dieses nicht – weder auf die Überlassungskräfte noch auf den diese beschäftigenden Unternehmer (den Beschäftigten) – übertragen dürfe.

## 1. Die Gesetzesregelung in Österreich

Österreich entschied sich mit dem AÜG 1988 (BGBl 1988/196) gegen ein (auch sektorales) Verbot der Arbeitskräfteüberlassung, nahm aber eine starke (damals sicher notwendige) Regulierung vor. Ein Verbot für den Einsatz von Überlassungskräften findet sich nur im § 9 AÜG in Bezug auf von Streiks betroffene Betriebe.

Die Arbeitskräfteüberlassung definiert das AÜG als „Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte (siehe § 3 Abs 7)“, eine an sich sehr weite, nur aus der Entwicklungsgeschichte her erklär- bare Fassung, wozu es auch eine Reihe von Ausnahmen (siehe nur Art 1 Abs 2 AÜG) gibt. Als Kern des Gesetzes kann man dessen §§ 10 bis 14 ansehen, die allerdings nur für die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung gelten.

Nach *Tomandl*<sup>14)</sup> folgte die Gesetzgebung 1988 weitgehend meinen Vorschlägen und übernahm auch meine Anregung, an Stelle der in der Praxis (und jetzt noch innerhalb der EU-Administration und auch in Deutschland) verwendeten Begriffe „Leih- und Zeitarbeit“ oder „Personalbereitstellung und Personalleasing“ in Hinkunft von Arbeitskräfteüberlassung und folgerichtig von Überlasser, Beschäftigter und überlassener Arbeitskraft zu sprechen.<sup>15)</sup> Nicht erwähnt wird von ihm jedoch, dass das (ö)AÜG für mich ein Gesetz mit „Kompromisscharakter, Rechtslücken und Formulierungsschwächen“<sup>16)</sup> ist, worin mir 2009 aber *Schaplér*<sup>17)</sup> zustimmte.

Inzwischen wurde das AÜG – bis Mitte 2011 – elf Mal novelliert. Am 1.5.2011 ist mit dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (dem LSDB-G, siehe BGBl I 2011/24) auch das bis dahin im § 1 Abs 2 Z 5 AÜG normierte „Konzernprivileg“ geändert worden. Seitdem ist es (neu paraphiert: § 1 Abs 3 Z 4 AÜG) nur auf Konzernunternehmen anzuwenden, die ihren Betriebsstandort im Inland (in Österreich) haben. Hiermit ist auch der Hinweis von *Sacherer*,<sup>18)</sup> dass das Privileg auch dann gelte, wenn der Überlasser oder Beschäftigter seinen Sitz im Ausland, etwa im EWR-Raum haben, Geschichte. Die Änderung ergab sich für die EB zum LSDB-G<sup>19)</sup> aus der Umsetzung

6) Siehe dazu insb *Stiglitz*, Im freien Fall (2010); *Skidelsky*, Die Rückkehr des Meisters (2009); *Bürger/Rothschild*, Wie Wirtschaft die Welt bewegt (2010) und *Schulmeister*, Ein New Deal für Europa (2010).

7) Siehe den ILO-Bericht „Private Arbeitsvermittler, Leiharbeitnehmer und ihren Beitrag zum Arbeitsmarkt“ ([www.communication@ilo.org](http://www.communication@ilo.org)).

8) Siehe *Riesenfelder/Wetzel*, Die Leiharbeit in der Krise?, L&R Sozialforschung 2009 (zitiert hier als Kurz- und Langfassung). Vgl dazu auch *Mangelberger*, Leiharbeit boomt, AuW 2010, 40 (Heft Nr 9).

9) Kurzfassung 4, AK-Studie 2009.

10) Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich, DRdA 2009, 176 ff (177).

11) Siehe die Stellungnahme des DGB vom Jänner 2009 zum damals geplanten Elften Leiharbeitsbericht der deutschen Bundesregierung.

12) So die Studie der AK Salzburg: *Böhm/Lindhuber/Größenberger*, Ganz unter der Hierarchie – Probleme von Leiharbeiterinnen im Bundesland Salzburg (2007).

13) *Mangelberger*, Profitvehikel – Leiharbeit, AuW 2009, 18 (Heft Nr 10).

14) Arbeitskräfteüberlassung 6.

15) Mehr dazu *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung (1978).

16) Siehe *Geppert*, AÜG-Kommentar (1989) Vorwort.

17) Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis (2009) 23.

18) Siehe *Sacherer/B. Schwarz*, AÜG<sup>2</sup> (2006) 87 ff.

19) 1046 BlgNR 24. GP 10.



der von Österreich (mit einer Änderung zum AVRAG zu einem Großteil) bereits übertragenen EU-RL 96/71/EG über die Entsendung von AN im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Sie gilt auch für die Arbeitskräfteüberlassung.<sup>20)</sup>

Ausständig ist noch die Abstimmung mit der 2008 in Kraft getretenen EU-Leiharbeits-RL 2008/104/EG (dazu noch unten in Pkt 5). Diese muss bis 5.12.2011 erfolgt sein. Hiezu sind in den Jahren 2008 bis 2010 mehrere Aufsätze mit einem sehr unterschiedlichen Umsetzungsbedarf erschienen.<sup>21)</sup> Allgemein wird jedoch die Auffassung vertreten, dass die österr. Rechtslage in vielen Punkten den Vorgaben der EU-Leiharbeits-RL 2008 entspreche und daher kein sehr großer Änderungsbedarf bestehe.

## 2. Die Arbeitskräfteüberlassung in Österreichs Wirtschaft und Gesellschaft

Die Arbeitskräfteüberlassung ist eine an sich umstrittene und oftmals auch problematische Beschäftigungsform. Bis 1999 gab es dazu und darüber in Österreich nur wenige Bücher und Abhandlungen, was *Sacherer*, der 2006 zusammen mit *B. Schwarz* auch einen Kommentar zum AÜG schrieb, im Jahr 2000 veranlasste, seine von der Universität Graz approbierte Dissertation über den ÖGB-Verlag einer größeren Leserschaft vorzustellen.<sup>22)</sup> 2009 erschien im ÖGB-Verlag übrigens auch das Buch von *Schapler* zur „Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis“, eine nicht nur juristisch, sondern auch sozialwissenschaftlich sowie ökonomisch, insb. arbeitsmarktpolitisch interessante Arbeit. Im Jahr darauf publizierte *Tomandl* seinen Beitrag zur Arbeitskräfteüberlassung. Seine Sichtweisen decken sich jedoch nicht immer mit jenen, die *Sacherer*, *B. Schwarz* und *Schapler* zur Diskussion stellen.

Die Anzahl der in Österreich als Überlassungskraft tätigen Personen lässt sich mit der Abdeckung

von Arbeitsspitzen alleine nicht mehr erklären. Immer öfters kommt es – auch in Österreich – dazu, dass Überlassungskräfte ohne zeitliche Begrenzung sehr lange eingesetzt und auf diese Weise die Stammbeslegschaften in den Beschäftigterbetrieben reduziert werden. Manche Betriebe (Unternehmen) organisieren das Wachstum somit nicht mehr mit festangestellten Arbeitskräften, sondern mit Überlassungskräften. Aufhorchen ließ im Zusammenhang damit vor kurzem auch eine Mitteilung des Rundfunks (ORF), wonach ein in Oberösterreich tätiges Stahlunternehmen nach der Überwindung der wirtschaftlichen Folgen aufgrund der Weltfinanzmarktkrise 2008 mehrere, angeblich sogar einige tausend Überlassungskräfte aufgenommen habe und nun (aber für wie lange?) beschäftige.

*Schapler*, der nach eigenen Angaben längere Zeit auch als Personalberater in kleineren Überlassungsunternehmen tätig war, befasst sich in seinem Buch auch mit drei der Arbeitskräfteüberlassung seit längerem bereits von vielen zugeschriebenen Funktionen. Das sind die sog. „Job-Kleberei“, die der Arbeitskräfteüberlassung eigene „Brückenfunktion“ und ihre Hilfe beim Wiedereinstieg in ein fixes (Standard-)Arbeitsverhältnis, wofür sich in der Praxis die Bezeichnung „Türöffnerfunktion“ eingebürgert hat. Im ersten Fall geht es um das Verbleiben von Überlassungskräften als „Normal-(Fulltime-)Jobkräfte“ im Betrieb des Beschäftigten. Als „Brückenfunktion“ definiert man dagegen die Wiedereingliederung von aus dem Arbeitsmarkt (aus welchen Gründen auch immer) ausgeschiedenen Arbeitskräften in den (sog. „ersten“) Arbeitsmarkt. Nach der AK-Studie 2009<sup>23)</sup> konnte die (für ihre AutorInnen erstrebenswerte) „Brückenfunktion“ der Arbeitskräfteüberlassung zu einem anschließenden Standardarbeitsverhältnis jedoch nur bei einer relativ kleinen Gruppe von Überlassungskräften nachgewiesen werden.

Das Urteil von *Schapler* fiel, wie jenes von anderen, zB von *Hofer* und *Springer*,<sup>24)</sup> insgesamt nicht sehr positiv aus. Sein Befund aus volkswirtschaftlicher Sicht deckte sich, wie er selbst hervorhob, mit meinem aus dem Jahr 1977. Wir beiden kamen – er 2009 und ich 1977 – zu dem Ergebnis, „daß die der Arbeitskräfteüberlassung zugeschriebenen Funktionen nicht so gegeben sind, wie oft behauptet wird“.<sup>25)</sup> *Springer*<sup>26)</sup> erblickt in der Arbeitskräfteüberlassung übrigens auch ein Ventil zur Ausdehnung des „Just in time“-Gedankens auf die Arbeitswelt, eine für ihn unmenschliche und auch betriebswirtschaftlich sehr problematische Erscheinung. Eine zentrale Rolle spielt dabei für *Schapler*<sup>27)</sup> die Gewinnmaximierung mit der Folge, dass sich einige Überlasser nicht immer an das für sie und ihre Arbeitskräfte (auch über das AÜG) geltende Arbeitsrecht halten.

Manche glauben, dass über die Arbeitskräfteüberlassung zusätzlich Arbeitskräfte mobilisiert werden, die aus verschiedenen Gründen keine Dauerstellung annehmen konnten oder wollten. Nach *Sacherer*<sup>28)</sup> werden durch den Einsatz der Arbeitskräfteüberlassung aus quantitativer Sicht aber keine zusätzlichen Arbeitsplätze geschaffen. Was tatsächlich stattfand bzw. immer noch stattfindet, war (ist), dass innerhalb der Stammbeslegschaft in den Betrieben (bei den Beschäftigten) Personalreserven abgebaut und kurzfristige Auftragschwankungen durch überlasse-

<sup>20)</sup> Mehr dazu bei *Geppert in Geppert* (Hrsg.), Die Sozialversicherung in der Praxis (Loseblattausgabe ab 2004 laufend), Kap 9.2.7.3.

<sup>21)</sup> Siehe nur *Schindler*, Die neue EU-Leiharbeits-RL, DRdA 2009, 176; *Grünanger*, Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie auf das AÜG, *ecolex* 2009, 424 ff; *Fischl/Standecker*, Europarechtlicher Durchgriff bei der Leiharbeitsrichtlinie steht bevor, *ASoK* 2008, 335 sowie auch *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 9, 48, 58, 68, 86, 88 und 99.

<sup>22)</sup> Siehe *Sacherer*, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2000) Vorwort.

<sup>23)</sup> Siehe nur die Kurzfassung 4.

<sup>24)</sup> *Hofer*, Würdelos – Erfahrungen eines Leiharbeitnehmers (1991) und *Springer*, Der geliehene Erfolg – Leiharbeit aus wirtschaftlicher und sozialpolitischer Sicht (2002).

<sup>25)</sup> Siehe *Geppert*, Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung 195, sowie *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis 28.

<sup>26)</sup> Der geliehene Erfolg 31.

<sup>27)</sup> Siehe Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis 20.

<sup>28)</sup> Arbeitskräfteüberlassung – Ein arbeitsmarktpolitisches Erfolgsrezept, *juridicum* 2003 (Heft 2), 93.

ne Arbeitskräfte ohne Neueinstellungen bewerkstelligt werden.

Rechtstatsächlich ist auch ein Trend weg vom Normal(= Standard-)Arbeitsverhältnis hin zu den sog. „atypischen Beschäftigungsformen“ festzustellen.<sup>29)</sup> Das Grünbuch<sup>30)</sup> der EU-Kommission 2006<sup>31)</sup> erklärt den Trend dazu damit, dass die nationalen Arbeitsrechtsnormen und Tarifverträge (in Österreich: KollV) nicht ausreichend den raschen Veränderungen in der Arbeitsorganisation und der Gesellschaft angepasst wurden. Nur zur Erinnerung: Österreich ist nicht untätig gewesen. Mit dem ASRÄG 1997 (siehe BGBl I 1997/139) hat man einige der in der Wirtschaftspraxis aufgetretenen „neuen Beschäftigungsformen“ (Stichwort: „atypische“ Arbeitsverhältnisse und Scheinselbständigkeit) in die Sozialversicherung (nach dem ASVG und GSVG) eingebunden. Politisch ein großer Wurf, wodurch sich manche – allerdings etwas zu vorschleunig – auch eine (von ihnen gewünschte) Trendumkehr in Richtung Standardarbeitsverhältnis erblickten. Nach dem Grünbuch der EU-Kommission ist der Anteil der Beschäftigten, die keinen Standardarbeitsvertrag haben und Selbständige sind, von 2001 bis 2005 um über 36 % auf nahezu 40 % der Arbeitskräfte in der EU (damals 25 Mitgliedstaaten) angestiegen. Veränderungen, die sich in Österreich auch in der Überlassungsbranche selbst feststellen lassen. 2007 (ein Jahr vor der Finanzmarktkrise) ist nach einer Mitteilung des (damals noch zuständigen) BMWA der Anteil der Überlassungskräfte erstmals über 2 % der Gesamtzahl aller Arbeiter und Angestellten angestiegen.

### 3. Wichtiges zum Strategie- und Funktionswandel

Vergleicht man die Tatsachen, die seinerzeit (siehe oben) zur (gesellschaftlichen) Akzeptanz der Arbeitskräfteüberlassung auch in Österreich führten, mit jenen, die gegenwärtig vorherrschen, hat sich zwischenzeitlich Einiges verändert. Mit einer der Gründe dafür ist auch der zur Arbeitskräfteüberlassung schon oft beschriebene Strategie- und Funktionswandel.<sup>32)</sup> Auffallend ist für manche zB, dass der Anteil der Überlassungsbranche besonders in jenen Branchen wuchs und wächst, in denen das (innerbetrieblich gegebene) Lohnniveau ziemlich hoch und damit das Lohngefälle zu den Überlassungskräften sehr groß ist. Als problematisch werden auch jene Fälle angesehen, in denen Unternehmungen eigene Überlassungsunternehmen gründen, um AN, die bisher im Unternehmen direkt angestellt waren, dann als Überlassungskräfte auf demselben Arbeitsplatz wieder (natürlich ua [für sie kostengünstigeren] Arbeits- und Entgeltbedingungen) einzusetzen. Ein Sonderfall ist auch die unten (in Pkt 3.1.) noch näher beschriebene Beschäftigung von Überlassungskräften im Rahmen des sog. „Pay-Roll-Verfahrens“. Hievon machen nach Schapler<sup>33)</sup> vor allem Konzernunternehmen Gebrauch, die Arbeitskräfte brauchen, diese aber nur kostengünstig beschäftigen wollen oder können.

Kritisiert wird auch, dass man mit Hilfe der Arbeitskräfteüberlassung die reguläre Beschäftigung über Standardarbeitsverhältnisse reduzieren könne und auch reduziere sowie dass mit Überlassungskräften

in vielen Beschäftigterbetrieben oft auch Dauerarbeitsplätze besetzt werden. Anders als in Frankreich<sup>34)</sup> fehlt es in Österreich (seit 1989) wie in Deutschland (ab dem 1.1.2004) an einer zeitlichen Begrenzung der Überlassungen, wovon in unserem Nachbarland zunehmend Unternehmen, die Konzernunternehmen sind, Gebrauch machen.<sup>35)</sup> Nach der AK-Studie 2009<sup>36)</sup> dauern rund 30 % der „Leiharbeitsverhältnisse“ nicht länger als einen Monat. Bei ca 55 % der Fälle sind es nicht mehr als drei Monate. Allerdings waren nach einer 2008 publizierten (regional begrenzten) Erhebung der AK Salzburg ungefähr die Hälfte der Überlassungskräfte weniger als 21 Monate beim selben „Verleiher“ beschäftigt.<sup>37)</sup>

1991 vertrat der OGH<sup>38)</sup> in einer zum ArbVG ergangenen E die Ansicht, dass man bereits bei einer mindestens dreimonatigen Überlassungsdauer von einer langfristigen und damit auch „atypischen“ ausgehen könne, was er allerdings 16 Jahre später (2007<sup>39)</sup>) nicht mehr wiederholte. Inzwischen wird von *Marhold ua*<sup>40)</sup> im Zusammenhang damit die Meinung vertreten,<sup>41)</sup> dass das AÜG die Arbeitskräfteüberlassung auch unter Einschluss der langfristigen umfassend und abschließend normiere. Eines ihrer Hauptargumente ist die Bestimmung im § 15 AÜG. Nach dieser kann das BMAS (jetzt: BMASK) mittels einer Verordnung (VO) die Überlassungstätigkeit im Inland

29) Siehe dazu auch *Talos* (Hrsg), *Atypische Beschäftigung – internationale Trends und sozialstaatliche Regelungen* (1999) sowie *Mühlberger*, *Neue Formen der Beschäftigung – Arbeitsflexibilisierung durch atypische Beschäftigung in Österreich* (2000).

30) Ein Grünbuch ist ein von der EU-Kommission veröffentlichtes Dokument, das ein Thema abhandelt und damit eine Debatte in Gang bringen will.

31) Siehe Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts; einseh- und abrufbar auch über die Internetschiene der EU ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)); dazu auch *Gagawczuk*, *Grünbuch Arbeitsrecht*, DRdA 2007, 256.

32) Mehr dazu bei *Holst/Mechtweg/Dörre*, *Funktionswandel von Leiharbeit* (2009) und *Vanselow/Weinkopf*, *Zeitarbeit in europäischen Ländern – Lehren für Deutschland*.

33) Siehe *Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis* 49.

34) In diesem Land ist die Höchstdauer einer Überlassung – bereits einschließlich etwaiger Verlängerungen – auf 18 Monate begrenzt.

35) So *Schüren* in *Schüren/Hamann*, (d)AÜG<sup>4</sup> (2010) § 1 AÜG Rz 377.

36) Siehe nur die Kurzfassung 4.

37) So *Vanselow/Weinkopf*, aaO 49.

38) Siehe OGH 1991/DRdA 1991,42 (krit *Geppert*) = ARD 4261/18/91.

39) Mit der OGH-E 2007/wbl 2007,197 = infas 2007 A 57 = ecolex 2007, 266 = DRdA 2007, 403 = RdW 2008, 59 = ZAS 2008,10 (abl *Gerlach*) und Arb 12.674.

40) Siehe *Marhold*, *Atypische Arbeitskräfteüberlassung?*, ASoK 2008, 162; *Risak*, ecolex 2004, 465 zum Abfertigungsanspruch nach dem Beschäftigter-Kollektivvertrag und *Körber-Risak*, *Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung*, RdW 2008, 592.

41) Nach *Balla* (siehe dessen Besprechung zur OGH-E vom 3.2.2003 in DRdA 2004, 47) gehen jene Autoren aber nicht von den gesetzlichen Zielsetzungen, sondern von der offenbar gängigen Praxis vieler Überlasser und Beschäftigter aus.



(Österreich) einschränken, zB Quoten und/oder zeitliche Befristungen für bestimmte Wirtschaftsbereiche festlegen. Allerdings nur, wenn in dem/n von der VO erfassten Bereich(en) mehr als 10 % der Beschäftigten überlassene Arbeitskräfte sind.<sup>42)</sup>

Die VO-Ermächtigung im § 15 AÜG ist als ein arbeitsmarktpolitisches Steuerungsinstrument konzipiert.<sup>43)</sup> Nach den EB dazu<sup>44)</sup> hat man sich damit die Möglichkeit geschaffen, auf nachteilige arbeitsmarktpolitische Entwicklungen der Arbeitskräfteüberlassung, insb in einzelnen Teilbereichen, angemessen zu reagieren. Klarstellungen, die meiner Meinung nach Zweifel an jener Auffassung aufkommen lassen, wonach einer der Folgen des § 15 auch eine Einengung der Regelungsmöglichkeiten nach § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG wäre (ist). Anders als der § 15 ist die ArbVG-Regelung eine rein betriebsbezogene Vorschrift, die sich in erster Linie an den Beschäftigten und nicht – wie der § 15 – (auch) an die Überlasser als Wirtschaftstreibende richtet (mehr dazu noch in Pkt 4.2.).

### 3.1. Zur Beschäftigung von Überlassungskräften im Rahmen des „Pay-Roll-Verfahrens“

Das „Pay-Roll“ ist eine in der betrieblichen Praxis von der Arbeitskräfteüberlassungsbranche vielfach angebotene Dienstleistungsvariante.<sup>45)</sup> Das Besondere und Atypische: Im Rahmen dieser Art von Arbeitskräfteüberlassung kommt es zu einer (oft sehr) weitgehenden Übertragung der AG-Position des Überlassers an den Beschäftigten. In diesem Fall übt der Überlasser meistens dann nur mehr die Funktion einer Verrechnungsstelle aus, über welche die Entgeltauszahlung erfolgt.<sup>46)</sup> Die Bedenken dagegen: Hier liege keine Arbeitskräfteüberlassung mehr, sondern eher eine (an sich verdeckte) Arbeitsvermittlung vor.

Schindler<sup>47)</sup> spricht im Zusammenhang damit auch von einem „verschleierte Arbeitsverhältnis“. Nach Tomandl<sup>48)</sup> könne man aber mit der Übertragung bestimmter Rechtspositionen auf den Beschäftigten allein, die typischerweise der Überlasser trägt, die Zuordnung (Unterstellung) dieser Art von Überlassung unter die Erlaubnisvorschriften des AÜG nicht in Frage

stellen. Auffassungsunterschiede, die vordergründig wohl mit der Bewertung der vom AÜG verfolgten Anliegen (Ziele) zusammenhängen.<sup>49)</sup>

Maßgebend ist meiner Meinung nach nicht, dass Verpflichtungen, die eigentlich dem Überlasser obliegen, auf den Beschäftigten übertragen werden, sondern wer in einem solchen Fall das wirtschaftliche Risiko trägt: Der Überlasser oder der Beschäftigte. Im zweiten Fall sind Zweifel, dass keine Arbeitskräfteüberlassung mehr, sondern eher eine Arbeitsvermittlung vorliegt, durchaus berechtigt.

Wie lässt sich aber in einem solchen Fall feststellen, ob noch eine Arbeitskräfteüberlassung oder bereits eine Arbeitsvermittlung vorliegt? Das Problem: 2002 (siehe BGBl I 2002/68) kam es mit dem damals von der Regierung Schüssel I initiierten Konjunkturbelebungs-gesetz (siehe dessen Art 7) auch zu einer Aufhebung des bis dahin bestandenen Verbots der gleichzeitigen Ausübung der Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung und der (privaten) Arbeitsvermittlung durch eine und dieselbe (Rechts)Person. Manche Überlasser üben seitdem neben dem Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung auch das Gewerbe der Arbeitsvermittlung aus. Welche Tätigkeit letztendlich tatsächlich vorlag, lässt sich, wenn es dazu kommt, auch über ein Verwaltungsstrafverfahren nach § 22 AÜG<sup>50)</sup> feststellen. Voraussetzung dafür ist, dass zumindest der Verdacht der Begehung einer Verwaltungsübertretung besteht, wofür auch Informationen einer gesetzlichen Interessenvertretung oder eine Mitteilung des Betriebsrates (BR) des Beschäftigterbetriebs genügen. In Anlehnung an die für das Verfahren vor der Strafbehörde geltenden Offizialmaxime sind dieser (nötigenfalls auf Verlangen) auch jene Papiere zur Einsichtnahme und Analyse vorzulegen, welche die Geschäftsbeziehungen gestalten.

### 3.2. Die Nutzung über „Strohmannkonstruktionen“ zur Kostenminimierung

Jeder als Überlasser (= „Verleiher“) tätige Unternehmer muss am Markt aktiv auftreten und Aufträge akquirieren. Dazu gehört auch das Bemühen um Folgeaufträge. Nur dann kann man mit Ulber davon ausgehen, dass der Überlasser in der Lage ist, seinen Arbeitskräften nach dem Ende eines Fremdeinsatzes (auch andere) Arbeitsmöglichkeiten zu geben.<sup>51)</sup> Fehlt es in einem Fall aber an der Fähigkeit und Bereitschaft, auf dem Markt aktiv zu werden, drängt sich mit Recht die Frage auf, ob der (vermeintliche) Überlasser nicht als „Strohmann“ für seine (oder einen seiner) Kunden tätig ist.

Nicht selten werden im Wirtschaftsleben auch Überlassungsunternehmen gegründet, deren Zweck es ist, die von ihnen (als AN) aufgenommenen Arbeitskräfte, einem anderen (meistens einem Konzern-) Unternehmen und nur diesem alleine zur Verfügung zu stellen. Das wollen oft auch die Manager (Vorstandsmitglieder) des die Arbeitskräfte beschäftigenden (Konzern)Unternehmens. Ihre Motive: Reduktion der Arbeitskosten, Besetzung von Dauerarbeitsplätzen über den Einsatz von Überlassungskräften.

Die Frage: Liegt auch in einem solchen Fall ein aktives Auftreten am Markt vor? Das wird mit Recht

42) Nach Sacherer in Sacherer/B. Schwarz, AÜG<sup>2</sup>, 253, kann durch die VO aber auch festgelegt werden, dass die Beschäftigterbetriebe (wohl nicht betriebs-, sondern arbeitsmarktbezogen) auch nur einen geringeren Anteil als 10 % an überlassenen Arbeitskräften beschäftigen dürfen.

43) So auch Sacherer in Sacherer/B. Schwarz, AÜG<sup>2</sup>, 251.

44) Siehe 450 BglnR 17. GP 21.

45) So Schapler, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis 49 in FN 181.

46) So auch Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung 31.

47) In ZellKomm § 3 AÜG Rz 5.

48) Siehe FN 46.

49) So Geppert, Arbeitskräfteüberlassung und Sozialversicherung Pkt 9.2.1 in Geppert (Hrsg), Sozialversicherung in der Praxis (Loseblattausgabe ab 2004 laufend).

50) Dazu mehr bei Geppert, AÜG 228 ff, insb 236 und bei Sacherer/B. Schwarz, AÜG<sup>2</sup>, 299 ff.

51) So neben Ulber, AÜG<sup>3</sup> (2006) § 3 Rz 76 auch Schüren, aaO § 3 Rz 150.

(dazu noch unten) bezweifelt. Der (vermeintliche) Überlasser ist nämlich auf die Betriebsorganisation des Beschäftigers angewiesen, die auch die personelle Ausstattung umfasst.<sup>52)</sup> Eigenaktivitäten, die darauf schließen lassen, dass er eine eigenständige, unternehmerische Tätigkeit entfalte, die ihn auch in die Lage versetzen, die ihm als AG obliegenden Pflichten, einschließlich der Übernahme des Wirtschaftsrisikos, zu erfüllen, sind vordergründig nicht zu erkennen.

Die Literatur und Rspr Österreichs hat sich damit bisher nur am Rande befasst. Skeptischer und kritischer sind dagegen die Kommentare im deutschen Schrifttum.<sup>53)</sup> Verdichtet haben sich diese mit dem in Deutschland mit den „Hartz-Gesetzen“ zur Arbeitskräfteüberlassung eingeleiteten (in Österreich bisher nicht so nachvollzogenen) Deregulierungsprozess. Seit dem 1.1.2004 ist auch in Deutschland<sup>54)</sup> – so wie in Österreich schon seit 1989 – eine zeitlich unbegrenzte Überlassung möglich, was seitdem in unserem Nachbarland auch verstärkt zur Besetzung von Dauerarbeitsplätzen in den Beschäftigerbetrieben genutzt wird.

In diesem Fall kann man unterstellen, dass das Überlassungs- („Leiharbeits-“) Verhältnis nur vorgehoben, quasi vorgetäuscht wird, um arbeitsrechtliche Bindungen zum Empfänger der Arbeitsleistung, dem Beschäftigten zu vermeiden. So ist es auch leichter möglich, die im Beschäftigterbetrieb (innerbetrieblich) geltenden (oft auch tariflichen/kollivlichen besseren) Arbeitsbedingungen auszuschalten. Außerdem wird der im Falle einer Beschäftigung im Beschäftigterbetrieb (als AN mit dem § 105 ArbVG) gegebene Bestandschutz auf den Überlasser umgeleitet und damit wohl auch faktisch aufgehoben.<sup>55)</sup>

Vor diesem Hintergrund qualifizieren viele AutorInnen in Deutschland Einrichtungen, die derartige – nur für die Beschäftigten gedachte – Vorteile ermöglichen, als rechtsmissbräuchlich zum Einsatz gelangende Konstruktionen. Wer nur formal die AG-Stellung einnimmt, praktisch aber ohne Übernahme der auch von ihm (als AG) zu tragenden Wirtschaftsrisiken als Überlasser auftritt, ist eigentlich ein „Strohmann“, kein Überlasser, eher ein Vermittler.<sup>56)</sup> Die Lösung: Bestand eines Arbeitsverhältnisses zum Beschäftigten, was jedoch nicht Auffassung aller ist. Manche dulden derartige (per se von ihnen nicht als rechtswidrig qualifizierte) Konstruktionen als Ergebnis der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit, in die ihrer Meinung nach (auch verfassungsrechtlich) nicht eingegriffen werden darf, wogegen sich mit *Hamann*<sup>57)</sup> aber vorbringen lässt, dass es dabei lediglich um Vorteile gehe, die nur einem der drei Vertragsparteien, nämlich dem Beschäftigten allein zu Gute komme, was wohl mit der (für Deutschland mitbestimmenden) sozialstaatlichen Konzeption nicht ganz im Einklang stünde.

Anders muss man (mit *Hamann ua*) allerdings vorgehen, wenn der Überlasser aufgrund einer ernst zu nehmenden Marktaktivität seine Arbeitskräfte auch anderen (nicht nur zum Konzernverbund gehörenden) Unternehmen – und das nicht nur symbolhaft<sup>58)</sup> – überlässt, also tatsächlich eine Arbeitskräfteüberlassung mit dem für ihn typischen AG-Risiko betreibt. Nicht verlangt wird nach *Schüren*<sup>59)</sup> jedoch, dass der Überlasser für seine gesamte Belegschaft auf

dem Markt aktiv ist. Trifft das nur für einen Teil seiner Arbeitskräfte zu, während der andere (Rest!) für einen bestimmten Beschäftigten eingestellt wird, gilt das vorher Gesagte für diese, so dass im Zweifelsfall die AG-Eigenschaft des Überlassers einzelfallbezogen überprüft werden muss.

Kritisiert wird auch, wenn Unternehmen Teile ihrer (oder ihre gesamten) Belegschaft auf einen von ihnen mitbegründeten oder in Vertrag genommenen Überlasser auslagern und danach zu für sie finanziell günstigeren Bedingungen die Arbeitskräfte dauerhaft wieder zurückholen, indem sie sich diese „ausleihen“. Ohne Zustimmung der ausgegliederten und danach wieder zurückgeholten Arbeitskräfte ist das natürlich nicht möglich. Üblicherweise geschieht das meistens unter Vereinbarung gewisser Bedingungen. Das Problem, das hier nur an-, nicht aber auch ausdiskutiert werden kann, aber unbedingt ausgeräumt gehört, ist die in der Praxis oft anzutreffende „Grauzone“ zwischen einer unzulässigen Gesetzesumgehung und dem Rechtsmissbrauchsvorwurf sowie einer noch erlaubten Tatsachenvermeidung, was an Hand der konkreten Umstände im Einzelfall abgeklärt werden muss.<sup>60)</sup>

#### 4. Die Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsverfassung

Die Arbeitskräfteüberlassung ist ein „besonderer Markt“, in dem die klassischen, vom Standardarbeitsverhältnis ausgehenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungs- und Regulierungsinstrumente, nicht so – wie man es gewohnt war und ist – wirken. Mit ein Grund dafür ist, dass man als Folge des „Dreiecksverhältnisses Arbeitskräfteüberlassung“ zwischen den arbeitsverhältnis- und betriebsbezogenen Gegebenheiten unterscheiden muss, woraus sich dann ergibt, welcher BR, der des Überlasser- oder des Beschäftigterbetriebs tätig werden kann, wozu jedoch noch anzumerken ist, dass in den Betrieben der Über-

52) Siehe *Schüren* in *Schüren/Hamann*, (d)AÜG<sup>4</sup> § 3 Rz 153.

53) Mehr bei *Willemsen/Annub*, Kostensenkung durch konzerninterne AN-Überlassung, BB 2005, 437; *Melms/Lipinski*, Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaften als alternative oder flankierende Maßnahme zum Personalabbau, BB 2004, 2409; *Brors/Schüren*, Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung zur Kostensenkung, BB 2004, 2745; *dies* auch in BB 2005, 494 und *Däubler*, Die konzernneigene Verleihfirma, AiB 2008, 524.

54) Mit Ende 2003 hat der deutsche Gesetzgeber den bis dahin vorgeschriebenen Höchstzeitraum für die Dauer der Überlassung (zuletzt 24 Monate) ersatzlos aufgehoben.

55) So für Deutschland auch *Schüren*, aaO § 1 (d)AÜG Rz 370.

56) *Hamann*, aaO § 1 (d)AÜG Rz 54 und 516.

57) AaO § 1 (d)AÜG Rz 516.

58) Mehr dazu bei *Schüren*, Symbiotische Arbeitnehmerüberlassung oder: Der Gesetzgeber hofft und der Markt handelt, in FS-Köllhossler II (2004) 697.

59) Siehe aaO § 3 (d)AÜG Rz 151.

60) *Hamann* in *Schüren/Hamann*, aaO § 1 (d)AÜG Rz 516.

lasser – wie die betriebliche Praxis zeigt – selten ein BR existiert.

Das BG vom 23.3.1988, mit dem das AÜG eingeführt wurde, novellierte auch das ArbVG und brachte mit seinem Art III die Betriebsvereinbarungs-(BV-)kompetenz im § 97 Abs 1 Z 1a über die „Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung“ von Überlassungskräften. Eine Regelung, die nach *Körber-Risak*<sup>61)</sup> bis Mitte 2007 eine Art Schattendasein führte, woraus sie der OGH, Österreichs höchstes Zivilgericht, mit einer seitdem sehr oft besprochenen und diskutierten E aus dem Jahr 2007 (siehe oben) wieder ins Zentrum der Fachdiskussion (dazu mehr in Pkt 4.2.) gerückt hatte.

Schon 1991 entschied der OGH, dass die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit einer Überlassungskraft nur dann gegeben sein könne, wenn die Überlassung für längere Zeit gedacht ist, was – wie unten noch festgehalten – zum Teil sehr überzogene Schlussfolgerungen hervorrief. Gleichzeitig definierte der OGH damals langandauernde Überlassungen als eine Form der „atypischen Überlassung“, wovon er – wie zuvor schon angesprochen – 2007 aber wieder abgewichen ist, was wohl auch Ergebnis des vorne (in Pkt 3 beschriebenen) Funktionswandels der Überlassungsbranche sein könnte.

#### 4.1. Das erste Thema: Die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit der Überlassungskräfte

Der § 36 ArbVG kennt keine zeitlichen Schranken. Dennoch war lange Zeit umstritten, ob eine Überlassungskraft sofort oder nicht erst nach einer gewissen Dauer der Überlassung betriebsverfassungsrechtlich der Belegschaft des Beschäftigerbetriebs zugerechnet werden könne. Die früher vereinzelt (zB von *Schnorr*<sup>62)</sup>) vertretene Ansicht von der Nichtzugehörigkeit der Überlassungskraft zur Belegschaft des Beschäftigerbetriebs hat sich (richtigerweise) nicht durchgesetzt. Mehrheitlich<sup>63)</sup> wird (ohne jede Zeitbegrenzung) eine betriebsverfassungsrechtlich gegebene (und oft auch gebotene) „Doppelmitgliedschaft“ der Überlassungs-

kraft zum Überlassungs- und Beschäftigungsbetrieb angenommen.

Vom § 36 ArbVG ging (siehe oben) 1991 auch der OGH aus, meinte damals aber, dass die im von ihm entschiedenen Fall gegeben gewesene sechsmonatige Beschäftigungsdauer jedenfalls für die Zugehörigkeit zur Belegschaft des Beschäftigerbetriebs genüge. Daraus haben manche AutorInnen, etwa *Schindler*<sup>64)</sup> und *Gahleitner*<sup>65)</sup> die Auffassung abgeleitet, dass eine Überlassung, um die Zurechnung zur Belegschaft im Beschäftigerbetrieb zu ermöglichen, mindestens sechs Monate dauern muss. Wie viele andere AutorInnen auch, bin ich dennoch weiterhin davon ausgegangen, dass es auf die Dauer der Beschäftigung überhaupt nicht ankomme. Ausschlaggebend ist allein das Faktum der Beschäftigung.

2007 hat der OGH abermals in einer seiner Entscheidungen<sup>66)</sup> die Ansicht vertreten, dass als Folge einer längeren Überlassung an einer Zugehörigkeit der Überlassungskraft zur Belegschaft im Beschäftigerbetrieb für ihn betriebsverfassungsrechtlich keine Zweifel bestünden. Anders als 1991 hat er jedoch die Dauer der Überlassung, von der man dabei ausgehen könne bzw solle, offen gelassen. Was nach wie vor fehlt, ist aber eine dafür tragfähige dogmatische Grundlage, die 2001 bereits *Anzenberger*<sup>67)</sup> im Hinblick auf die OGH-E aus dem Jahr 1991 urgierte. Woran hat sich damals das Gericht orientiert? Falls es die Regelung im § 53 Abs 1 Z 3 ArbVG war, sollte nicht übersehen werden, dass es nach dieser um das passive Wahlrecht, also um die Möglichkeit der Wahl zum BR-Mitglied und nicht um eine Differenzierung nach AN-Gruppen gehe. Nicht auszuschließen ist, dass es nach Meinung jener, die mit dem Argument der „längeren Dauer“ arbeiten, auf den Integrationsgrad zum Betrieb des Beschäftigers und der Stammbeslegschaft ankomme. Soziologisch durchaus diskutabel.

*Rauch*<sup>68)</sup> sieht in der von vielen für die Zugehörigkeit angedachten zeitlichen Voraussetzung sogar eine Notwendigkeit, die seiner Meinung nach den Beschäftiger-BR vor einem allenfalls drohenden Interessenskonflikt zwischen der Stammbeslegschaft und den überlassenen Arbeitskräften bewahren könne. Nach *Rauch* sollte man jedenfalls bei der Frage nach der Betriebszugehörigkeit von Personen, die – wie die Überlassungskräfte – nicht im Betrieb ihres AG (das ist der Überlasser) tätig sind, eine entsprechend enge Verbindung zu dessen Betrieb voraussetzen. Möglicherweise hat das auch *B. Schwarz*<sup>69)</sup> im Sinne, für den die Sechs-Monatsfrist nur eine RL und wohl nicht mehr ist.<sup>70)</sup>

#### 4.2. Das Thema Nr 2: Die BV-Regelung im § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG

Nach § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG kann der BR im Beschäftigerbetrieb mit dem Betriebsinhaber (= Beschäftiger) auch eine BV über die „Grundsätze der betrieblichen Beschäftigung von AN“ abschließen, die „im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung tätig sind“. Was darunter alles als Regelungsgegenstand fällt, wird in den Gesetzesmaterialien<sup>71)</sup> näher dargestellt. Eine sehr umfassende Auflistung, die ua auch *M. Binder*<sup>72)</sup> und *B. Schwarz*<sup>73)</sup> mit den notwendigen Klarstellungen und Präzisierungen übernommen haben und mit

61) Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2008, 592.

62) Siehe Die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung (1979) 114 f.

63) Siehe nur mwN *Tomandl* in *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 36 Rz 11 und *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung und ArbVG, in FS-Schwarz (1991) 239.

64) Arbeitskräfteüberlassungs-KV 179.

65) Siehe *Cerny ua* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht III<sup>3</sup> (2005) 237.

66) Siehe die OGH-E 18.4.2007, 8 ObA 108/06z.

67) Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsratsfonds, ASoK 2001, 385.

68) Überlassene Arbeitskräfte und Betriebsrat, *ecolex* 2008, 157.

69) *Sacherer/Schwarz*, AÜG<sup>2</sup>, 315.

70) So auch *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung 110 in FN 533.

71) Siehe 450 BlgNR 17. GP 24.

72) In *Tomandl* (Hrsg), ArbVG § 97 Rz 26.

73) Siehe *Sacherer/B. Schwarz*, AÜG<sup>2</sup>, 330 f.



ihren Schriften wiedergeben. An Aktualität gewann die Debatte dazu durch die OGH-E vom 18.4.2007 (dazu auch oben). Hiermit schloss sich das (zivilrechtliche) Höchstgericht Österreichs der Auffassung von *M. Binder* an.

Die Palette an Interpretationen, ob über die BV-Kompetenzregelung im § 91 Abs 1 Z 1a ArbVG auch Quotenregelungen vereinbart werden können, ist groß. Der erste, der sich dazu zu Wort gemeldet hatte, ist im Jahr 2000 *Schrank*<sup>74)</sup> gewesen. Seine Lösung: Quotenregelungen sind nicht möglich. Die EB decken sich, wie er meint, nicht mit dem Gesetzeswortlaut, weshalb man auch nicht alles, was darin an Regelungsinhalten aufgeführt wird, im Vereinbarungswege umsetzen könne. Verfassungsrechtlich verwies *Schrank* noch auf die Gefahr der Einschränkung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit, wozu es seiner Meinung nach aber nicht kommen darf.

Die Möglichkeit des Abschlusses von „Quotenregelungen“ verneinen neben *Schrank* auch *Körber-Risak*<sup>75)</sup> und *Mazal*,<sup>76)</sup> der – wie er selbst in seinem Beitrag festhält – ursprünglich etwas skeptisch war, sich aber jetzt der Ablehnungsvariante anschleibe, weil ihn die Argumente, die von *Körber-Risak* (in Übereinstimmung mit *Gerlach*<sup>77)</sup>) vorgebracht wurden, sehr überzeugt hätten.

Etwas anders – mit *Schrank* jedoch nicht in Widerspruch stehend – argumentiert *Gerlach* (siehe oben), der mit Unterstützung durch *Körber-Risak*<sup>78)</sup> annimmt, dass der Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 1a iSd Legalitätsprinzips des Art 18 B-VG inhaltlich nicht zureichend determiniert wäre. Im Anschluss an das OGH-Urteil vom 18.4.2007 geht jedoch *Hruska-Frank*<sup>79)</sup> davon aus, dass dadurch für die von *Schrank* vertretene Ansicht kein Spielraum mehr bestehe. Das gelte ihrer Meinung nach auch für den Standpunkt von *Pacis*,<sup>80)</sup> der zwar eine generelle, den gesamten Betrieb betreffende Quote ablehnt, aber Abmachungen für Betriebsabteilungen zulässt.

Nach *Tomandl*<sup>81)</sup> dürfen Quotenregelungen nicht über den Rahmen einer bloßen RL hinausgehen. Sie haben außerdem – wie er klarstellt – keine unmittelbare Rechtswirkung auf den tatsächlichen Einsatz. MaW: Der Beschäftiger kann – so sein Standpunkt – auch mehr Überlassungskräfte beschäftigen als die Quote erlaubt, was zu der gleichfalls umstrittenen Frage weiterführt, wie sich das, was mit der Quote über die BV vereinbart wurde, gegenüber den Betriebsinhabern durchsetzen lässt. In letzter Zeit stand dazu vor allem die Frage in Diskussion, ob auch eine Vereinbarung von Konventionalstrafen möglich ist, worauf nach *Mazal* als erster *W. Preiss* aufmerksam gemacht haben soll, dem *Mazal*<sup>82)</sup> aber nicht folgt. *Preiss'* Argumentation: „Eine erzwingbare Verpflichtung ... ohne entsprechende Durchsetzungsmöglichkeit ... wäre mit dem sozialpolitischen Zweck ... [des § 97 Abs 1 Z 1a] ... nicht vereinbar.“<sup>83)</sup>

Mit mir<sup>84)</sup> ist auch *Reissner*<sup>85)</sup> der Auffassung, dass die Regelung im § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG dem Schutz der Belegschaftsinteressen im Beschäftigerbetrieb diene, was mit dem § 2 Abs 3 AÜG sehr deutlich unterstrichen wird, woran sich – wie auch *Schindler* klarstellt – natürlich auch die BV-Kompetenz nach dem § 97 ArbVG zu halten und zu orientieren hat. Das

führt weiter zu der Frage, was war und ist das Ziel, das der Gesetzgeber mit der ArbVG-Regelung eigentlich erreichen wollte. Meiner Meinung nach wurde die Regelung im § 97 Abs 1 Z 1a vom Gesetzgeber als Instrumentarium zur Setzung von flankierenden Maßnahmen zum (im AÜG normierten) Gesetzesrahmen geschaffen. Der Grund: Die ArbVG-Novelle ist genauso wie das AÜG selbst (siehe oben) ein Kompromiss.<sup>86)</sup> Unterstrichen wird das mit der Regelung im § 2 Abs 3 AÜG. Nach diesem darf es durch den Einsatz von Überlassungskräften keinesfalls zu einer „Gefährdung der Arbeitsplätze“ im Beschäftigerbetrieb kommen. Wenn davor Quotenregelungen schützen können und wollen, was prinzipiell möglich ist, wird man solche nicht schlechthin ablehnen können. Das verträgt sich durchaus auch mit der Regelung im § 15 AÜG (siehe oben Pkt 3).

Jene, die wie ich, anderer Auffassung als *Schrank*, *Körber-Risak*, *Gerlach* sowie *Pacis* sind, berücksichtigen meiner Ansicht nach eher als die „Ablehnungsfront“, die inzwischen in der Überlassungsbranche durch deren Strategie- und den Funktionswandel (dazu oben in Pkt 3) eingetretenen, für die Stammarbeitskräfte nicht immer vorteilhaften Entwicklungen. Arbeitsmarktmäßig wird das erst dann zu einem Problem, wenn die im § 15 Abs 2 und 3 AÜG genannten Regelungsvoraussetzungen vorliegen, wovor sich die einzelnen Betriebe, wenn nötig, mit der BV-Kompetenz in § 97 ArbVG selbst in Schutz nehmen können. Eine Abgrenzung, die sich auch mit dem Geltungsbereich beider Normen, räumlich wie persönlich, rechtfertigen lässt. Der § 15 AÜG bezieht sich auf die am Markt auch arbeitsmarktpolitisch tätigen Überlasser, die ArbVG-Bestimmung dagegen auf deren Geschäftspartner (die „Konsumenten“), das sind die Beschäftiger, was noch über die Abschlusspartner präzisiert wird. Hätte die Gesetzgebung 1988 etwas anders gewollt, wären Klarstellungen, etwa in den EB, nötig gewesen, wofür sich in diesen jedoch kein Indiz auffinden lässt. Will man, was voll zu unterstützen ist, die Gleichbehandlung zwischen den Überlassungs-

74) Arbeitskräfteüberlassung: Sind Quotenregelungen im Beschäftigerbetrieb erzwingbar?, *ecolex* 2000, 734.

75) Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung, *RdW* 2008, 592.

76) Siehe Zur Regelungskompetenz in § 97 Abs 1 Z 1a ArbVG (177 ff), in *Körber-Risak/Wolf* (Hrsg), Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle (2009).

77) Siehe ZAS 2008, 79 bei Besprechung der OGH-E vom 18.4.2007.

78) Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung, *RdW* 2008, 594.

79) In Erzwingbarkeit einer Betriebsvereinbarung betreffend Arbeitskräfteüberlassung (Gutachten der AK-Wien), *infas* 2008, 3.

80) Quotenregelungen für den Einsatz von Leiharbeitskräften im Beschäftigerbetrieb, *ecolex* 2007, 786.

81) Arbeitskräfteüberlassung 115.

82) AaO 191 in *Körber-Risak/Wolf* (Hrsg), Betriebsvereinbarungen über Arbeitskräfteüberlassung, *RdW* 2009.

83) In *Cerny ua* (Hrsg), ArbVG III<sup>4</sup> (2009) § 97 Erl 6.

84) *Geppert*, AÜG 250.

85) In *ZellKomm* § 97 Rz 22.

86) Ähnlich *Preiss* in *Cerny ua* (Hrsg), ArbVG III<sup>4</sup>, 205.

kräften und der Stamm-AN-schaft auch tatsächlich erreichen, darf dieser Prozess nicht durch Entwicklungen beeinträchtigt werden, die der § 2 Abs 3 AÜG eigentlich verhindern möchte, der im Zusammenhang damit – wiederholend – auch die „Gefährdung der Arbeitsplätze“ im Beschäftigetrieb durch überlassene Arbeitskräfte anführt. Wird das nicht gestoppt, ändert sich das Institut der „Leiharbeit“ wohl kaum so, wie es Ziel der EU-Leiharbeits-RL 2008 (dazu noch unten in Pkt 5.1.) ist.

## 5. Die EU-Leiharbeits-Richtlinie 2008

Die EU-Leiharbeits-RL (2008/104/EG) trat am 5.12.2008 mit ihrer Veröffentlichung im ABI der EU unter L 2008/327 in Kraft. Sie muss bis zum 5.12.2011 – also drei Jahre nach ihrem Inkrafttreten – von jedem EU-Mitgliedstaat (auch von Österreich) national umgesetzt sein. Der Diskussionsprozess darüber ist bereits im Gange, jedoch noch nicht abgeschlossen (mehr dazu unten in Pkt 5.3.).

Ziel (siehe Art 2) der RL ist die Verbesserung des Schutzes der überlassenen Arbeitskräfte („Leih-AN“) und der Qualität der „Leiharbeit“ (dazu noch unten in Pkt 5.1.). Nach deren Erwägungsgrund Nr 18 soll die Verbesserung des von ihr für die „Leih-AN“ angestrebten Mindestschutzes mit einer Überprüfung der Einschränkungen oder Verbote zur „Leiharbeit“ einhergehen. Im Ergebnis läuft das für *Schindler* und *Blanke*<sup>87)</sup> auf eine Art Tausch der Gleichbehandlung der „Leih-AN“ mit der Stamm-Belegschaft (den AN in den Beschäftigetrieben) gegen die Überprüfung und gegebenenfalls auch Aufhebung von Verboten und Einschränkungen der „Leiharbeit“ hinaus. Hierüber ist der EU-Kommission bis zum 5.12.2011 zu berichten und ihr damit vom jeweiligen Mitgliedstaat auch mitzuteilen, ob sich die im Land allenfalls gegebenen Einschränkungen und Verbote – so wie in der RL 2008 vorgesehen – mit den darin genannten Gründen (auch/nach) rechtfertigen lassen. Nach dem RLen-Text sind solche Regelungen nur aus Gründen des Allgemeininteresses möglich. Als solche nennt der Art 4 Abs 1 der RL zB den Schutz der „Leih-AN“, die Erfordernisse des Gesundheitsschutzes, die Sicherheit am Arbeitsplatz und die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten. Die nach der RL 2008 möglichen Ausnahmen sind jedoch wesentlich enger gefasst als jene, die derzeit im § 1 Abs 2 bis 4 AÜG stehen. Im Hinblick darauf sind

mit *Schindler* wahrscheinlich auch die Regeln in den §§ 10 bis 14 AÜG, die jetzt nur für die konzessionspflichtigen Überlassungen gelten, künftig auch auf die gemeinnützige Überlassung anzuwenden.<sup>88)</sup>

### 5.1. Ihre Regelungsschwerpunkte

Ziel (siehe Art 2) der EU-Leiharbeits-RL 2008 ist es, für den Schutz der „Leih-AN“ zu sorgen und die Qualität der „Leiharbeit“ zu verbessern. Erreichen will man dies über die Verankerung des Gleichbehandlungsgebots und die Anerkennung der Überlasser als AG. Das in Art 5 verbrieft Gleichbehandlungsgebot konnte – wie *Blanke* klarstellte<sup>89)</sup> – jedoch nur über eine Verknüpfung der Arbeitskräfteüberlassung mit dem (aus Dänemark und Holland stammenden) „Flexicurity-Konzept“ erreicht werden. Das ist kein Modell im eigentlichen Sinn, eher eine politische Leitlinie,<sup>90)</sup> die als solche auch Bestandteil der Lissabon-Strategie 2000 und der dazu gehörenden EU-Sozialagenda 2000 ist. Im Kern geht es um eine Kombination der für den (von vielen) für den Arbeitsmarkt geforderten (größeren) Flexibilität und dem gleichzeitig gebotenen richtigen Schutz für die AN (= „Leih-AN“). Hievon wäre man, wie *Schapler* hervorhebt,<sup>91)</sup> in der Überlassungsbranche aber noch weit entfernt. Als Beispiel nennt er die (seiner Meinung nach immer noch fehlende) Verwirklichung der Wünsche der überlassenen Arbeitskräfte nach einer individuelleren Zeiteinteilung, zB mehr Zeit für die Kindererziehung.

Im Diskussionsprozess war auch eine Instrumentalisierung der „Leiharbeit“ als atypische Arbeitstätigkeit zu Lasten des Standardarbeitsverhältnisses versucht worden. Dazu kam es auf Europäischer Parlamentsebene aber nicht. Das Ergebnis steht im Erwägungsgrund 15 der RL 2008. Danach hält man das „unbefristete Arbeitsverhältnis (nach wie vor) für die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses“.

Die EU-Leiharbeits-RL 2008 will mit ihren Vorgaben in Europa die für die „Leiharbeit“ (= Arbeitskräfteüberlassung) geltenden (bisher sehr unterschiedlichen) Regeln harmonisieren. Das geschieht über die Vorgabe von Mindeststandards, die nicht unterschritten werden dürfen. Ein nationalstaatlich höheres Niveau ist natürlich möglich und bleibt auch – wenn schon vorhanden – aufrecht.

Kern der RL ist deren Bestimmung in Art 5 über das Gleichbehandlungsgebot. Von diesem sind jedoch Abweichungen möglich. In dem Prozess darüber sind auch die Sozialpartner (die AG-Vereinigungen und Gewerkschaften) zu kontaktieren. Die RL spricht im Zusammenhang damit von deren Anhörung. Die (schon im Kommissionsentwurf 2002 zur Diskussion gestandenen) Ausnahmen sind im Hauptfall aber nur dann möglich, wenn die Überlassungskräfte unbefristet eingestellt und auch in „Stehzeiten“ bezahlt werden, das sind jene Zeiten, in denen keine Überlassungen erfolgen. Zwei Voraussetzungen, von denen sich die Verpflichtung über die Bezahlung der „Stehzeiten“ in Österreich nach *Schindler*<sup>92)</sup> wohl kaum erfüllen wird. *Schindlers* Argument: Die in Österreich mögliche, leicht herbeiführbare Kündigung unbefristeter „Leiharbeitsverhältnisse“.

Die neue „Leiharbeits-RL“ gilt grundsätzlich für alle Unternehmen, gleichgültig, ob sie Erwerbszwe-

<sup>87)</sup> *Schindler*, Die neue EU-Leiharbeits-RL – der Umsetzungsbedarf in Österreich, DRdA 2009, 176 und *Blanke*, Welche Änderungen des deutschen Gesetzes erfordert die Umsetzung der EU-Richtlinie Leiharbeit – mit dem Schwerpunkt Gleichbehandlungsgrundsatz und Abweichungen gem Art 5 der EU-RL? (2010 später kurz: Gutachten) 47.

<sup>88)</sup> So *Schindler*, Die neue EU-Leiharbeits-RL, DRdA 2009, 176.

<sup>89)</sup> AaO Gutachten (2010) 132.

<sup>90)</sup> So auch *Gagawczuk*, Grünbuch Arbeitsrecht, DRdA 2007, 256 (257).

<sup>91)</sup> Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis 29.

<sup>92)</sup> Die neue EU-Leiharbeits-RL, DRdA 2009, 177.



cke verfolgen oder nicht. Ausnahmen sind möglich, müssen aber nationalstaatlich – nach Anhörung der Sozialpartner – fixiert werden. Der derzeit in Österreich geltende Ausnahmekatalog steht im § 1 Abs 2 bis 4 AÜG, ist aber – wie oben schon angemerkt – mit den Vorgaben in Art 4 Abs 1 der RL zu überprüfen, wozu (siehe oben in Pkt 5) bereits Bedenken vorgebracht wurden.

Die EU-RL 2008 regelt nur die (zeitlich) vorübergehende Überlassung von Arbeitskräften. Der Dauerleih, der mitunter vorkommt, fällt nicht darunter. Nicht reglementiert wird jedoch die Dauer der vorübergehenden Überlassung. Das ist, wenn gewollt, vom Nationalstaat (dem EU-Mitgliedstaat) vorzunehmen. Österreich hat darauf bereits 1988 verzichtet, woran bereits mehrmals Kritik geübt worden ist.<sup>93)</sup> Die Kritiker orientieren sich dabei am „französischen Leiharbeitsmodell“ (dazu noch unten) und verlangen eine Befristung.

## 5.2. Ein Vergleich: Der Richtlinienentwurf 2002

Vorbild für die „EU-Leiharbeits-RL 2008“ war der EU-Kommissionsentwurf 2002.<sup>94)</sup> Die Bemühungen der EU zur Regulierung der „Leiharbeit“ (= Arbeitskräfteüberlassung) reichen bis in die frühen 1980er Jahre zurück. Alle EU-Entwürfe basieren auf dem „französischen Leiharbeitsmodell“,<sup>95)</sup> das sich vom „deutschen“ Modell, dem auch das österreichische folgt, vor allem in der Frage unterscheidet, wer das Beschäftigungsrisiko trägt. Nach dem französischen Modell ist es der „Leih-AN“ (die überlassene Arbeitskraft), nach dem „deutschen“ dagegen der Überlasser (= „Verleiher“). Mit *Blanke* wollte man damit die überlassenen Arbeitskräfte unter den Schutz des Normalarbeitsverhältnisses stellen, ein Modell, das – wie er meint – von der Praxis jedoch nie (vollständig) angenommen wurde.<sup>96)</sup> Vom „französischen Leiharbeitsmodell“ geht übrigens auch die EU-Leiharbeits-RL 2008 aus. Ihm hat man zB das in Art 5 Abs 5 der RL statuierte Missbrauchsverbot entnommen.<sup>97)</sup>

Der Kommissionsentwurf von 2002 war notwendig geworden, nachdem die Mitgliedstaaten unter Einschaltung der Sozialpartner auf ihren Ebenen keinen Entwurf zur „Leiharbeit“ zustande brachten. Die Kommission verknüpft die „Leiharbeit“ als ein „atypisches“ (von traditionellen Standardarbeitsverhältnis abweichendes) Arbeitsverhältnis mit dem sog „Flexicurity-Konzept“ (dazu auch oben in Pkt 5.1.), das man innerhalb der EU um die Jahrtausendwende aufgegriffen hatte und allmählich umzusetzen versuchte. Im Erwägungspunkt Nr 11 des Kommissionsentwurfes 2002 ist zB festgehalten, dass man mit der „Leiharbeit“ dem „Flexibilitätsbedarf der Unternehmen“ ebenso wie dem „Bedürfnis der Arbeitnehmer“ Rechnung tragen kann und will, das „Privatleben mit dem Beruf zu vereinbaren“. Gleichzeitig war man überzeugt, dadurch etwas zur „Schaffung von Arbeitsplätzen“ sowie zur „Teilnahme am Erwerbsleben bzw zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt beizutragen“.<sup>98)</sup>

Mit dem Kommissionsentwurf ist erstmals auf internationaler Ebene der Gleichbehandlungsgrundsatz (in Form eines Schlechterstellungsverbot)es) fixiert

(siehe Art 5) worden. Hievon gab es jedoch auch – zwei gewichtige – Ausnahmen, worüber auf EU-Ebene sehr heftig diskutiert worden war. Im Zentrum der Auseinandersetzung stand dabei die Ausnahme in Gestalt einer Sechs-Wochen-Regelung. Danach wären Überlassungen bis zu dieser Dauer nicht vom Kommissionsentwurf erfasst worden, wozu mehrere Länder, zB Großbritannien und Deutschland, sogar eine Verlängerung bis zu sechs Monaten zur Diskussion stellten, die aber keine Zustimmung fand und abgelehnt wurde, weshalb auch keine Einigung über die neue RL (den Kommissionsentwurf) erreicht wurde.<sup>99)</sup> Von der RL 2008 wurde diese Ausnahme jedoch nicht übernommen. Übernommen wurde dagegen die Unterrichtung (Information) der überlassenen Arbeitskräfte („Leih-AN“) über offene Stellen beim Beschäftiger (dem „Entleiher“) und der Zugang der Überlassungskräfte zu (gewissen) betrieblichen Sozialleistungen beim Beschäftiger, etwa zu in dessen Betrieb bestehende Kinderbetreuungseinrichtungen.

Die Aufnahme des Diskriminierungsverbots im Kommissionsentwurf 2002 hat in Deutschland auch dazu geführt, dass dieses als Gleichbehandlungsgrundsatz im Jahr darauf (auf Initiative der damaligen rot-grünen Regierung) ins (d)AÜG eingebaut wurde. Kritisiert wird daran jedoch,<sup>100)</sup> dass damit gleichzeitig auch eine Abweichung durch den Tarifvertrag (in Österreich: KollV) ermöglicht worden sei. Übrigens: Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist keine „Erfindung des europäischen Gesetzgebers“. Vielmehr beruht er auf den (positiven) Erfahrungen einer Reihe von europäischen Staaten, ua auch von Österreich.<sup>101)</sup> Nach *Blanke*<sup>102)</sup> habe die Kommission damit 2002 aber einen problematischen Spagat zwischen einer Förderung von unternehmerischer Flexibilität auf der einen Seite und einer Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der „Leih-AN“ auf der anderen Seite getan. International ist der damit ange-deutete Ausgleich zwischen (gewissen) Zielen (siehe oben) der Wirtschaft und den Interessen der AN-schaft jedoch noch nicht gelungen.

93) Siehe nur *Geppert*, AÜG 11 und *Schapler*, Arbeitskräfteüberlassung in der Praxis 143. AA ist *Springer* (Der geliehene Erfolg 118).

94) Siehe KOM (2002) 149 endg.

95) Mehr darüber neben *Blanke*, Gutachten aaO 41 ff im Überblick auch bei *Vanselow/Weinkopf*, Zeitarbeit in europäischen Ländern 16 ff.

96) Gutachten aaO 42 mit Verweis auf *Schüren* in *Schüren/Hamann*, (d)AÜG<sup>4</sup>, Einleitung Rz 3 und 251.

97) So *Blanke*, Gutachten aaO 103 (in FN 78).

98) Gesichtspunkte, die – etwas anders formuliert – auch in Erläuterungspunkt Nr 11 der EU-Leiharbeits-RL 2008 stehen.

99) So *Gagawczuk*, aaO, DRdA 2003, 597.

100) Siehe die (dt) Bundestagsfraktion „Die Linke“ und deren Gesetzesentwurf vom 11.11.2010, Drucksache 17/3752.

101) Siehe *Blanke*, Gutachten aaO 39 mit Hinweis auf *Nienhäuser/Mattiaske*, Der Gleichheitsgrundsatz bei Leiharbeit – Entlohnung und Arbeitsbedingungen von Leiharbeitern im europäischen Vergleich, WSI-Mitteilungen 2003, 466.

102) Gutachten aaO 28.

### 5.3. Zur Umsetzung in Österreich

Österreichs Umsetzungsbedarf ist nicht sehr groß. Was aus Sicht des BMASK – tatsächlich – geändert gehört, wird mit dem von ihm (bis zum Abschluss dieses Aufsatzes aber noch nicht) zur Begutachtung ausgesandten Ressortentwurf zur Diskussion gestellt. Über das, was geändert werden sollte (müsste), fand – wie in Österreich üblich – auch eine Diskussionsrunde mit den Sozialpartnern, den AG-Vereinigungen und den Gewerkschaften statt. Was die eine oder andere Seite in Diskussion brachte und durchsetzte, wird sicher noch in jenen Aufsätzen aufscheinen, die im Zusammenhang mit dem Gesetzwerdungsprozess (demnächst) publiziert werden.

Neu ist (in Art 8 der RL 2008) die Unterrichtungspflicht der Überlassungskräfte über offene Stellen im Beschäftigterbetrieb. Dadurch will die RL ganz offensichtlich die Übernahme von Überlassungskräften in dem Betrieb des Beschäftigers unterstützen. Die Regelung im § 2 Abs 2 AVRAG<sup>103</sup> wird dafür wohl kaum genügen. Sie bezieht sich auf betriebseigene, wenn auch nur zeitlich befristet eingestellte AN, was auf die Überlassungskräfte aber nicht zutrifft. Im Anlassfall wird man die Informationen der Überlassungskräfte über die freien Arbeitsplätze im Beschäftigterbetrieb wohl über einen Aushang am sog „schwarzen Brett“ vornehmen müssen.

<sup>103</sup> Nach diesem hat der AG AN mit einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrag über im Unternehmen/Betrieb frei werdende Arbeitsstellen, die auf unbestimmte Zeit zu besetzen sind, zu informieren.

<sup>104</sup> (d)AÜG<sup>4</sup>, Rz 97 Einleitung.

<sup>105</sup> Siehe nur *Ulber*, aaO § 1 (d)AÜG Rz 201b.

<sup>106</sup> In Gutachten, aaO 117 mwN.

<sup>107</sup> Siehe die Drucksache 17/3752 vom 11.11.2010.

Beachtenswert ist für *Schüren*<sup>104</sup> auch, dass die RL ausdrücklich auch die Anrechnung von Überlassungskräften auf die Schwellenwerte der Betriebsverfassungsrechte anspricht und zulässt, jedoch nicht zwingend vorschreibt. Näheres dazu ergibt sich aus dem Gemeinschaftsrecht, dem nationalem Recht oder den (in Betracht kommenden) Tarifverträgen (in Österreich: KollV). Nach dem Art 2 Abs 2 der EU-Leiharbeits-RL muss das „im gleichen Maße“ wie für die AN im Beschäftigterbetrieb (den Stammarbeitskräften) geschehen. Mit einer Rolle spielt dabei wahrscheinlich auch die betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit der Überlassungskräfte (dazu oben in Pkt 4.1.).

Die aktuell, nicht nur in Deutschland, zunehmende Tendenz, Überlassungskräfte auf Dauerarbeitsplätze ohne zeitliche Begrenzung einzusetzen und damit die Stammebelegschaften in den Beschäftigterbetrieben zu reduzieren, wird von der RL 2008 überhaupt nicht angesprochen. Manche<sup>105</sup> glauben, das sollte über eine zeitliche Begrenzung der Überlassungen gesteuert werden. Andere (wie *Blanke*<sup>106</sup>) schlagen vor, es genüge, wenn man gesetzlich klarstelle, dass der konkrete Einsatz im Beschäftigterbetrieb nicht auf unbestimmte Zeit ausgerichtet sein darf. Offen gelassen wird jedoch, wie das sichergestellt werden kann und muss. Weiter geht dagegen die (dt) Bundestagsfraktion „Die Linke“ mit ihrem Gesetzesentwurf über eine striktere Regulierung der AN-Überlassung.<sup>107</sup> Ihr Fernziel ist sogar die „Zurückführung“ der „Leiharbeit“ auf ihre frühere Funktion, nämlich „personelle Engpässe und Auftragspitzen abzufedern“. Aus diesem Grunde schlägt die Fraktion auch eine Begrenzung der Verleihdauer auf drei Monate vor. Nur so kann man ihrer Meinung nach die Ersetzung der Beschäftigung in den „Stammbetrieben“ durch „Leih-AN“ hintanhaltend.

## Einstweilige Verfügungen zur Sicherung des Informationsanspruchs nach §§ 108, 109 ArbVG bei beabsichtigten Betriebsänderungen<sup>1)</sup>

GEORG KODEK (WIEN)

*Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob die Informationsrechte des Betriebsrats (BR) nach §§ 108, 109 ArbVG durch einstweilige Verfügung gesichert werden können. Dabei kommt vor allem der vorläufigen Untersagung der beabsichtigten Änderung Bedeutung zu.*

### Übersicht

1. Einleitung und Problemstellung
2. Der Informationsanspruch nach §§ 108, 109 ArbVG im Überblick
3. Meinungsstand

### 4. Exkurs: Die Rechtslage in Deutschland

5. Europarechtliche Rahmenbedingungen
  - 5.1. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer
  - 5.2. Richtlinie 2002/14/EG
  - 5.3. Europäische Betriebsratsrichtlinie 2009/38/EG
  - 5.4. Die E des EuGH zur Massenentlassungsrichtlinie

<sup>1)</sup> Gekürzte und etwas überarbeitete Fassung einer im Auftrag der AK Wien erstellten Studie.

**6. Erlassung einer einstweiligen Verfügung****6.1. Vorbemerkung****6.2. Die Bedeutung der einstweiligen Verfügung im Rechtsdurchsetzungs- und Sanktionssystem****6.3. In Betracht kommende Rechtsgrundlagen****6.4. Anspruch und Verfügungsgrund****6.5. In Betracht kommende Sicherungsmittel****6.6. Vollstreckung**

6.6.1 Geld- und Haftstrafen

6.6.2 Exekutionsführung nach Durchführung der Betriebsänderung

6.6.3 Sicherheitsleistung

**7. Zusammenfassung****1. Einleitung und Problemstellung**

Die §§ 108, 109 ArbVG sehen umfangreiche Informationsrechte des BR vor. Gerade im Zusammenhang mit Betriebsänderungen werden diese Bestimmungen von ArbeitgeberInnen (AG) in der Praxis immer wieder nicht eingehalten. Vielfach erfahren die ArbeitnehmerInnen (AN) erst aus den Medien von geplanten Änderungen. Spektakuläre Fälle aus Deutschland betreffen etwa Nokia, Siemens, BMW ua,<sup>2)</sup> in Österreich ist hier vor allem der Fall Novartis anzuführen. Nach Medienberichten wurden die AN erst knapp vor Weihnachten 2008 kurzfristig im Weg einer Videozuspielung über die beabsichtigte Schließung eines Standorts informiert.<sup>3)</sup>

Eine Diskussion über Alternativen ist aber sinnlos, wenn bereits vollendete Tatsachen geschaffen wurden.<sup>4)</sup> Daher kommt der Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes besondere Bedeutung zu. Während diese Frage in Österreich bisher kaum erörtert wurde, gibt es dazu in Deutschland bereits eine umfangreiche Diskussion.<sup>5)</sup> Allerdings unterscheidet sich die Rechtslage in Deutschland doch in entscheidenden Punkten, sodass sich die dort vorgetragenen Argumente nicht ohne weiteres auf Österreich übertragen lassen. Dabei wird auch auf die europarechtlichen Rahmenbedingungen einzugehen sein, setzen die entsprechenden Regelungen in Österreich doch teilweise auch die Vorgaben von EU-Richtlinien (-RLen) um.

**2. Der Informationsanspruch nach §§ 108, 109 ArbVG im Überblick**

Seit der ArbVG-Novelle 1986<sup>6)</sup> hat der/die BetriebsinhaberIn (BI) nach § 108 Abs 1 ArbVG

unabhängig von einem Auskunftsverlangen des BR<sup>7)</sup> den BR über die wirtschaftliche Lage einschließlich der finanziellen Lage des Betriebes sowie über deren voraussichtlich Entwicklung, über die Art und den Umfang der Erzeugung, den Auftragsstand, den mengen- und wertmäßigen Absatz, die Investitionsvorhaben sowie über sonstige geplante Maßnahmen zur Hebung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes zu informieren; auf Verlangen des BR ist mit ihm über diese Information zu *beraten*. Der BR ist berufen, dem/r BI *Anregungen* und Vorschläge zu erstatten.<sup>8)</sup> Außerdem hat der/die BI den BR von der schriftlichen Anzeige gem § 45a AMFG an das zuständige Arbeitsamt unverzüglich in Kenntnis zu setzen.<sup>9)</sup>

§ 108 Abs 2a ArbVG stellt klar, dass die Informations- und Beratungspflicht des/r BI insb auch für die Fälle des Übergangs, der rechtlichen Verselbständigung, des Zusammenschlusses oder der Aufnahme von Betrieben oder Betriebsteilen gilt. Die Information hat zu einem Zeitpunkt, in einer Weise und in einer inhaltlichen Ausgestaltung zu erfolgen, die dem Zweck angemessen sind und es dem BR ermöglichen, die möglichen Auswirkungen der geplanten Maßnahme eingehend zu bewerten und eine Stellungnahme zu der geplanten Maßnahme abzugeben; auf Verlangen des BR hat der/die BI mit ihm eine Beratung über die geplante Maßnahme durchzuführen. Insb hat die Information den Grund für diese Maßnahme (Z 1); die sich daraus ergebenden rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die AN (Z 2) und die hinsichtlich der AN in Aussicht genommenen Maßnahmen (Z 3) zu umfassen.<sup>10)</sup> In bestimmten Betrieben besteht zudem eine Verpflichtung zur Übermittlung des *Jahres- bzw Konzernabschlusses* (§ 108 Abs 3 und 4 ArbVG).

§ 109 ArbVG gewährt der Belegschaft weitgehende Mitwirkungsrechte bei *Betriebsänderungen*. Der/Die BI ist verpflichtet, den BR von geplanten Betriebsänderungen zu einem Zeitpunkt, in einer Weise und in einer inhaltlichen Ausgestaltung zu informieren, die es dem BR ermöglichen, die möglichen Auswirkungen der geplanten Maßnahme eingehend zu bewerten und eine Stellungnahme zu der geplanten Maßnahme abzugeben; auf Verlangen des BR hat der/die BI mit ihm eine Beratung über deren Gestaltung durchzuführen.<sup>11)</sup> *Rechtzeitig* ist die Information dann, wenn

2) *Zabel*, Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bei Betriebsänderungen, AuR 2008, 173; weitere Fallbeispiele bei *Altmeyer*, Europäische Betriebsräte – Die aktuellsten Gerichtsurteile, AiB 2007, 53.

3) Vgl ORF 10.8.2009, wien.orf.at/stories/381701.

4) *Zabel*, AuR 2008, 173 (174).

5) Vgl dazu unten 3.

6) ArbVG-Novelle 1986, BGBl 394.

7) *Windisch-Graetz in Neumayr/Resch*, Zeller Kommentar § 108 ArbVG Rz 2.

8) Dabei handelt es sich um eine spezielle Ausprägung des in § 90 ArbVG geregelten Interventionsrechts (*Windisch-Graetz in Neumayr/Resch*, Zeller Kommentar § 108 ArbVG Rz 7).

9) Insoweit enthält § 108 Abs 1 eine Parallelregelung zu § 45a AMFG. Kritisch dazu *Resch in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 108 Rz 8.

10) § 108 Abs 2a ArbVG idF BGBl I 2010/101.

11) § 109 Abs 1 ArbVG idF BGBl I 2010/101.

noch keine Maßnahmen zur Umsetzung der geplanten Änderung getroffen wurden, sodass die AN-Vertreterinnen noch Einfluss auf die beabsichtigte Betriebsänderung oder den BI-Wechsel nehmen können.<sup>12)</sup>

Der BR kann *Vorschläge* zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung von für die AN nachteiligen Folgen von Maßnahmen gem § 109 Abs 1 ArbVG erstatten, wobei auf die wirtschaftlichen Notwendigkeiten des Betriebes Bedacht zu nehmen ist (§ 109 Abs 2 ArbVG). Bringt eine Betriebsänderung iSd § 109 Abs 1 Z 1 bis 6 ArbVG wesentliche Nachteile für alle oder erhebliche Teile der AN-schaft mit sich, so können in Betrieben mit mindestens 20 AN mittels Betriebsvereinbarung (BV) Maßnahmen zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung dieser Folgen geregelt werden (*Sozialplan*). Kommt keine Einigung zustande, so entscheidet mangels einer entsprechenden Regelung durch Kollektivvertrag (KollV) oder Satzung auf Antrag die Schlichtungsstelle.

Nach § 160 Abs 1 ArbVG sind Verstöße ua gegen § 108 Abs 3 ArbVG (Übermittlung der Bilanz) und

§ 109 Abs 1 Z 1a und Abs 1a ArbVG (Massenentlassungen) mit *Verwaltungsstrafe* von bis zu € 2.180,- bedroht.<sup>13)</sup> Dabei handelt es sich um ein Privatanklagedelikt; die Zuwiderhandlung ist nur über Strafantrag des zuständigen Organs der AN-schaft (§ 113 ArbVG) zu verfolgen (§ 160 Abs 2 Z 3 ArbVG).

Abgesehen davon ist eine Sanktion für Verletzungen der Informations- und Beratungspflicht nicht vorgesehen. Allerdings sieht § 109 Abs 3 ArbVG eine *indirekte Sanktion* für die nicht erfolgte oder verspätete Information vor. Demnach ist bei der Entscheidung der Schlichtungsstelle eine allfällige verspätete oder mangelhafte Information des BR bei der Festsetzung der Maßnahmen zugunsten der AN in der Weise zu berücksichtigen, dass Nachteile, die die AN durch die verspätete oder mangelhafte Information erleiden, zusätzlich abzugelten sind. Nach den Materialien sollen mit dieser Regelung Verletzungen der den/die BI bei Betriebsänderungen treffenden Informationspflicht sanktioniert werden.<sup>14)</sup>

Diese Informationspflichten sind das Ergebnis einer längeren Entwicklung; die Informationspflichten wurden vom Gesetzgeber sukzessive erweitert.<sup>15)</sup> Basis dieser Regelung ist die RL des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der AN beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (Art 7 Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG), die ein Informations- und Konsultationsverfahren bei Betriebsübergängen regelt.<sup>16)</sup> § 109 Abs 1 Z 1a ArbVG wurde durch die Novelle BGBl 1993/460 eingefügt und dient der Umsetzung der Massenentlassungs-RL.<sup>17)</sup> Seit der RLen-Novelle 1998 (RL 98/50/EG) ist zusätzlich zu den Informationen über Grund, Folgen und geplante Maßnahmen auch über den Zeitpunkt des Übergangs zu informieren. Hingegen war die RL 2002/14/EG für den Gesetzgeber kein Anlass zu einer Änderung.<sup>18)</sup> Die letzte Novellierung erfolgte durch BGBl I 2010/101. Ziel der Novelle war es – soweit im vorliegenden Zusammenhang von Belang – die Rechte des BR „effektiver zu gestalten, da nur die rechtzeitige Information des Betriebsrates die Einbindung der Arbeitnehmer und damit sachgerechte Lösungen ermöglicht.“<sup>19)</sup>

### 3. Meinungsstand

Einigkeit besteht darüber, dass die Informationspflichten nach §§ 108, 109 ArbVG echte Pflichten und nicht bloße Obliegenheiten sind.<sup>20)</sup> Demgemäß ist anerkannt, dass der BR bei einer Verletzung des § 108 ArbVG mit *Leistungsklage* vorgehen kann.<sup>21)</sup> Wird die Information verspätet erteilt, soll eine Feststellungsklage möglich sein.<sup>22)</sup> Einige Autoren erörtern auch die Möglichkeit der Erlassung einer *einstweiligen Verfügung*, ohne dies aber näher auszuführen.<sup>23)</sup> Lediglich bei Massenentlassungen ist die Durchführung der Konsultation Wirksamkeitsvoraussetzung für die spätere Kündigung durch den/die AG.<sup>24)</sup>

Unterschiedlich eingeschätzt wird die Angemessenheit der Sanktionen für Verstöße gegen die §§ 108, 109 ArbVG. Nach Resch werde die Angemessenheit der Sanktionen iSd RL 2002/14/EG vom Gesetzgeber „sehr gut umgesetzt“.<sup>25)</sup> Der Erfüllungsanspruch

12) Schneller in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG § 108 Anm 15.

13) Hemmer, Zur Strafverfolgung einer Übertretung des § 108 Abs 2 ArbVG, DRdA 1982, 439; vgl auch Firlei, Der Betriebsratsobmann reagiert auf eine vor ihm geheimgehaltene geplante Rationalisierungsmaßnahme, DRdA 1982, 426.

14) EB zur RV 1078 BlgNR 18. GP 15; Windisch-Graetz in Neumayr/Resch, Zeller Kommentar § 109 ArbVG Rz 21.

15) Schneller in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG § 108 Anm 12.

16) Schneller in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG § 108 Anm 12.

17) RL 75/129/EWG des Rates vom 17.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (nunmehr RL 98/59/EG). Der europarechtliche Begriff der Entlassung umfasst abweichend vom österr Entlassungsbegriff auch Kündigungen (Windisch-Graetz in Neumayr/Resch, Zeller Kommentar § 109 ArbVG Rz 7).

18) Resch in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 108 Rz 8.

19) So ausdrücklich EB zur RV 901 BlgNR 24. GP 6 zur Änderung der §§ 108, 109 ArbVG (Hervorhebung vom Verf).

20) Die in Deutschland teilweise anzutreffende Formulierung, bei der Pflicht zur Unterrichtung und Beratung handle es sich um eine bloße *Obliegenheit* (BAG 1991/NZA 1992, 41 [42]; LAG Köln 2004/ZIP 2004, 2155; Walker, ZfA 2005, 45 [73]), ist daher auf das österr Recht nicht zu übertragen.

21) Völlig hA; vgl etwa Geist, DRdA 1996, 381; Resch in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 108 Rz 88; zur früheren Rechtslage VwGH 1981/DRdA 1982, 129 = ZfVB 1983/14; Jabornegg/Rebhahn, DRdA 1979, 293 f.

22) Resch in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 108 Rz 88; Preiss in Cerny ua, Arbeitsverfassungsrecht IV<sup>4</sup> § 109 Anm 2.

23) Resch in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 109 Rz 55 („uU“); Preiss in Cerny ua, Arbeitsverfassungsrecht IV<sup>4</sup> § 109 Anm 2 („eventuell“).

24) Resch in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 109 Rz 56.

25) Resch in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 108 Rz 91.



bzw die Feststellungsklage stellen eine dem Gewicht des Beteiligungsrechts adäquate Sanktion dar.<sup>26)</sup> Die Mehrzahl der AutorInnen hegt jedoch in Hinblick auf Art 8 RL 2002/14/EG gegen die mangelnde Sanktionierung Bedenken.<sup>27)</sup>

#### 4. Exkurs: Die Rechtslage in Deutschland

In Deutschland normiert § 111 BetrVG eine vergleichbare Informations- und Beratungspflicht bei geplanten Betriebsänderungen. Umstritten ist, ob der BR eine einstweilige Verfügung auf *Unterlassung* der geplanten Änderungen erwirken kann, bis das Interessenausgleichsverfahren abgeschlossen ist.<sup>28)</sup> Die zweitinstanzliche Rspr ist in dieser Frage gespalten;<sup>29)</sup> eine Anrufung des BAG ist in Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes ausgeschlossen (§ 92 Abs 1 Satz 3 ArbGG). Nach Teilen der Lehre sei Grundlage für einen negatorischen Rechtsschutz eine Weiterentwicklung des betriebsverfassungsrechtlichen Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem § 2 Abs 1 BetrVG.<sup>30)</sup> Gegen diese Auffassung wird allerdings eingewendet, dem BR sei kein Herrschaftsbereich, sondern lediglich ein Recht auf Verfahrensbeteiligung ohne gesichertes Ergebnis eingeräumt.<sup>31)</sup>

Erst in neuerer Zeit wird in der Diskussion den europarechtlichen Vorgaben stärkeres Augenmerk gewidmet; *Bauer/Krieger* sprechen gar von einer „neu entdeckten europarechtlichen Dimension“.<sup>32)</sup> So hat das LAG München<sup>33)</sup> in einer neueren E einen Unterlassungsanspruch des BR gegen eine Betriebsänderung, solange Interessenausgleichsverhandlungen noch nicht abgeschlossen sind, unter Berufung auf die RL 2002/14/EG bejaht. Auch in der Lehre mehren sich die Stimmen, wonach in Hinblick auf die RL 2002/14/EG im Wege RLen-konformer Auslegung einen Unterlassungsanspruch anzuerkennen sei.<sup>34)</sup>

Allerdings sind die in Deutschland angestellten Überlegungen trotz der auf den ersten Blick ähnlichen Rechtslage nicht auf Österreich zu übertragen. Vielmehr bestehen eine Reihe wesentlicher Unterschiede, die auf völlig unterschiedlichen Ebenen liegen: Zunächst sind in Deutschland auch vorgegreifende Leistungsverfügungen prinzipiell zulässig; gerade im Arbeitsrecht dürfte es sich dabei sogar um den wichtigsten Anwendungsfall einstweiligen Rechtsschutzes handeln.<sup>35)</sup> Bei der Frage der Zulässigkeit eines Begehrens auf Unterlassung der beabsichtigten Änderung bereitet in Deutschland das Verhältnis zum allgemeinen Unterlassungsanspruch nach § 23 BetrVG Probleme; diese Bestimmung hat in Österreich aber kein Pendant. Schließlich ist die in § 121 BetrVG vorgesehene Geldstrafe deutlich höher als in § 160 ArbVG. Andererseits ist der in § 113 Abs 3 BetrVG vorgesehene Nachteilsausgleich ein individueller Anspruch, kein solcher des BR, sodass sich einwenden ließe, dass dadurch Verstöße gegen den kollektiven Informationsanspruch der Belegschaft nicht ausreichend sanktioniert seien. In Österreich bestehen derartige Bedenken hingegen nicht; der Nachteilsausgleich nach § 109 Abs 3 ArbVG stellt einen kollektiven Nachteilsausgleich der teilrechtsfähigen Belegschaft dar.<sup>36)</sup>

## 5. Europarechtliche Rahmenbedingungen

### 5.1. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

Nach Nr 17 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der AN<sup>37)</sup> müssen ua „*Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer ... in geeigneter Weise, unter Berücksichtigung der in den verschiedenen Mitgliedstaaten herrschenden Gepflogenheiten, weiterentwickelt werden*“.

- 26) *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 109 Rz 58.
- 27) *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Resch*, Zeller Kommentar § 109 ArbVG Rz 19; *Schindler*, DRdA 2003, 525; *Preiss* in *Cerny ua*, Arbeitsverfassungsrecht III<sup>3</sup> § 109 Anm 2.
- 28) Vgl dazu ua *Annuß* in *Richardi*, Betriebsverfassungsg<sup>12</sup> (2010) § 111 Rz 168; *Kania* in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*<sup>11</sup> (2011) § 111 BetrVG Rz 23; allgemein *Raab*, *Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats*, ZfA 1997, 183; *Völksen*, *Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Interessenausgleichspflichtigen Betriebsänderungen – Entscheidungshilfe aus Erfurt*, RdA 2010, 354.
- 29) Gegen einen Unterlassungsanspruch LAG Düsseldorf 1983/DB 1984, 511; LAG Köln 30.3.2006, 2 Ta 145/06; LAG Niedersachsen 2002/BB 2003, 1337; LAG Baden-Württemberg 1985/DB 1986, 805 (aA aber ArbG Mannheim 21.7.2004, 5 BVGa 5/04 nv); dafür etwa LAG Hamburg 1981/DB 1982, 1522; LAG München 2008/AuR 2009, 142. Vgl auch LAG Brandenburg 8.11.2005, 1 Sa 276/05, wonach nach Anhörung des BR zu den geplanten Kündigungen keine einstweilige Unterlassungsverfügung mehr getroffen werden dürfe. Weitere Belege bei *Annuß* in *Richardi*, *Betriebsverfassungsgesetz*<sup>12</sup> § 111 Rz 166. Vgl dazu auch *Lipinski/Melms*, *Kein Unterlassungsanspruch des BR zur Verhinderung der Durchführung einer Betriebsänderung ohne Versuch eines Interessenausgleichs nach In-Kraft-Treten des BetrVG-Reformgesetzes – Zugleich ein Beispiel für regionale Unterschiede in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte*, BB 2002, 2226.
- 30) *Raab*, *Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats*, ZfA 1997, 183 (250).
- 31) *Derleder*, *Die Wiederkehr des Unterlassungsanspruchs*, *ArbuR* 1995, 13 (14).
- 32) *Bauer/Krieger*, *Unterlassungsanspruch bei Betriebsänderungen – Rückenwind für Betriebsräte aus Brüssel*, BB 2010, 53 (55).
- 33) LAG München 2008/ArbuR 2009, 142 = BeckRS2009, 74014.
- 34) *Annuß* in *Richardi*, *Betriebsverfassungsg<sup>12</sup> § 111 Rz 168*; ebenso *Kohle* in *FS-Richardi* (2007) 601 (612); aA etwa *Lipinski/Reinhardt*, *Kein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen – auch nicht bei Berücksichtigung der Richtlinie 2002/14/EG*, *NZA* 2009, 1184.
- 35) *Walker*, *Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitsgerichtsprozess*, ZfA 2005, 45 (73).
- 36) *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG § 109 Anm 41.
- 37) Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der AN vom 9.12.1989, KOM (89) 248 endg.



## 5.2. Richtlinie 2002/14/EG

Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem zwei RLen bedeutsam: Die RL 2002/14/EG<sup>38)</sup> ist für den Geltungsbereich des ArbVG in den Bestimmungen über die Betriebsverfassung (II. Teil) umgesetzt. Erwägungsgrund 7 der RL spricht von einer „Stärkung des Dialogs“ und der „Schaffung eines Klimas des Vertrauens“. Der 28. Erwägungsgrund betont, dass im Fall eines Verstoßes gegen die aus dieser RL folgenden Verpflichtungen administrative oder rechtliche Verfahren sowie Sanktionen, die im Verhältnis zur Schwere des Vergehens wirksam, angemessen und abschreckend sind, angewendet werden müssen.

Nach Art 1 Abs 2 RL 2002/14/EG werden die Modalitäten der Unterrichtung und Anhörung so gestaltet und angewendet, dass ihre Wirkung gewährleistet ist. Nach dem mit „Durchsetzung der Rechte“ überschriebenen Art 8 der RL müssen die Mitgliedstaaten für den Fall der Nichteinhaltung dieser RL durch den/die AG oder durch die AN-VertreterInnen geeignete Maßnahmen vorsehen. Insb ist dafür zu sorgen, dass es *geeignete Verwaltungs- und Gerichtsverfahren* gibt, mit deren Hilfe die Erfüllung der sich aus dieser RL ergebenden Verpflichtungen durchgesetzt werden kann (Art 8 Abs 1 der RL). Außerdem haben die Mitgliedstaaten *angemessene Sanktionen* vorzusehen, die im Fall eines Verstoßes gegen diese RL durch den/die AG oder durch die AN-VertreterInnen Anwendung finden; die Sanktionen müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein.<sup>39)</sup> Ursprünglich war im Entwurf des Art 8 RL 2002/14/EG ein Abs 3 vorgesehen, der bestimmte, dass die Mitgliedstaaten

im Falle eines schwerwiegenden Verstoßes des/r AG gegen die Informations- und Anhörungspflicht nach Art 4 RL 2002/14/EG vorsehen mussten, dass getroffene Maßnahmen des/r AG *unwirksam* sind.<sup>40)</sup> Diese Bestimmung wurde jedoch durch den Sozialminister-rat wieder gestrichen.<sup>41)</sup>

## 5.3. Europäische Betriebsratsrichtlinie 2009/38/EG

Durch die RL 2009/38/EG<sup>42)</sup> wurde die Europäische BR-RL neu gefasst. Nach Erwägungsgrund 9 soll die RL zwar die Belastung der Unternehmen oder Betriebe auf ein Mindestmaß begrenzen, zugleich aber auch die *wirksame Ausübung* der eingeräumten Rechte gewährleisten. Die Erwägungsgründe betonen die Bedeutung des *Dialogs* auf länderübergreifender Ebene.<sup>43)</sup> Mehrfach wird auch der Aspekt der *Wirksamkeit* betont.<sup>44)</sup> Nach dem mit „Einhaltung der RL“ überschriebenen Art 11 sehen die Mitgliedstaaten für den Fall der Nichteinhaltung der RL geeignete Maßnahmen vor; sie gewährleisten insb, dass *Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren* vorhanden sind, mit deren Hilfe die Erfüllung der sich aus dieser RL ergebenden Verpflichtungen durchgesetzt werden kann.

## 5.4. Die E des EuGH zur Massenentlassungsrichtlinie

Der Vollständigkeit halber ist schließlich auf eine E des EuGH zur Massenentlassungs-RL<sup>45)</sup> zu verweisen.<sup>46)</sup> Demnach darf die Kündigung des Arbeitsvertrags erst nach Ende des Konsultationsverfahrens ausgesprochen werden, dh nachdem der/die AG die Verpflichtungen nach Art 2 der RL erfüllt hat. Der/Die AG darf Massenentlassungen erst nach Ende des Konsultationsverfahrens iSd Art 2 der RL und nach der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung iSd Art 3 und 4 der RL vornehmen. Diese E stellt jedoch sehr stark auf den Wortlaut der Massenentlassungs-RL ab. Rückschlüsse auf das Bestehen eines Entlassungsanspruchs des BR bis zur Erfüllung der Informationspflichten nach der RL 2002/14/EG können daher daraus wohl nicht gezogen werden.

## 6. Erlassung einer einstweiligen Verfügung

### 6.1. Vorbemerkung

Auch in arbeitsgerichtlichen Verfahren sind einstweilige Verfügungen grundsätzlich möglich.<sup>47)</sup> So wurden etwa wiederholt einstweilige Verfügungen gegen eine Versetzung bewilligt.<sup>48)</sup> Ein anderer Fall betraf die Aufnahme der Arbeit durch einen Lehrling.<sup>49)</sup> Eine allerdings vereinzelt gebliebene Entscheidung bewilligte einem BR-Mitglied mit einstweiliger Verfügung gem § 118 Abs 1 ArbVG die Freistellung von der Arbeitsleistung zur Teilnahme an Schul- und Bildungsveranstaltungen mit der Begründung, dass bis zum Kursbeginn mit einer rechtskräftigen E nicht zu rechnen sei, sodass die Verwirklichung des Anspruchs durch Zeitablauf vereitelt würde.<sup>50)</sup> Im Gegensatz zu

<sup>38)</sup> RL 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der AN in der Europäischen Gemeinschaft, ABl L 80 vom 23.2.2002, S 29.

<sup>39)</sup> Bedenken gegen die Angemessenheit der Sanktion unter diesem Gesichtspunkt bei *Ritzberger-Moser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 160 Rz 1.

<sup>40)</sup> Kommissionsvorschlag vom 23.5.2001, KOM (2001) 296 endg, 15.

<sup>41)</sup> *Reichold*, NZA 2003, 289 (298); *Lipinski/Reinhardt*, NZA 2009, 1184 (1189).

<sup>42)</sup> RL 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5.2009 über die Einsetzung eines Europäischen BR oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der AN in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl 122, 28 vom 16.5.2009.

<sup>43)</sup> Erwägungsgrund 21.

<sup>44)</sup> Erwägungsgrund 14, 15, 43.

<sup>45)</sup> RL 75/129/EWG des Rates vom 17.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (nunmehr RL 98/59/EG).

<sup>46)</sup> EuGH 27.1.2005, Rs C-188/03, *Junk/Kühnel*.

<sup>47)</sup> Näher *Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 387 Rz 52 mwN.

<sup>48)</sup> OGH 22.2.2011, 8 ObA 95/10v; 8 ObA 20/02t – Neurochirurg.

<sup>49)</sup> Vgl OGH 10.9.1985, 4 Ob 94/85. Der Inhalt der einstweiligen Verfügung geht aus der E allerdings nicht klar hervor.

<sup>50)</sup> KG Steyr 1989/infas 1990/1, 13 = ARD 4149/25/90.

Deutschland sind in Österreich jedoch einstweilige Verfügungen, die dem/r AG die Erfüllung bestimmter Pflichten auftragen (vorgreifende Leistungsverfügungen), grundsätzlich nicht möglich.<sup>51)</sup> Damit hat die einstweilige Verfügung im Arbeitsrecht eine in anderen Rechtsgebieten festzustellende Tendenz, sich zu einem summarischen Verfahren zur endgültigen Erledigung von Rechtsstreitigkeiten fortzuentwickeln,<sup>52)</sup> nicht mit vollzogen.

## 6.2. Die Bedeutung der einstweiligen Verfügung im Rechtsdurchsetzungssystem und Sanktionssystem

Nach Art 8 Abs 1 RL 2002/14/EG muss ein Verfahren zur Durchsetzung der in der RL vorgesehenen Rechte gewährleistet sein.<sup>53)</sup> Für die Beurteilung der Effizienz der innerstaatlichen Umsetzung der RL sind die vorgesehenen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung sowie die für den Fall einer Zuwiderhandlung vorgesehenen Sanktionen in ihrer Gesamtheit zu beurteilen; es besteht ein Zusammenhang zwischen dem Gewicht der vorgesehenen Sanktionen und den Anforderungen an Verfahren zur Rechtsdurchsetzung. Nun ist die in § 160 ArbVG vorgesehene Sanktion sowohl von ihrer Höhe her als auch aufgrund der Einstufung als – noch dazu durch Privatanklage zu verfolgende – Verwaltungsübertretung schon an sich extrem mild. Für die hier zu untersuchenden Betriebsänderungen ist die Bestimmung zudem gar nicht anwendbar; für diesen Fall ist daher überhaupt keine Strafsanktion vorgesehen. Ausländische Rechtsordnungen sind hier teilweise wesentlich strenger. Auf die höhere Strafdrohung in Deutschland wurde bereits hingewiesen.<sup>54)</sup> In Frankreich führt die unterlassene Anhörung des BR zwar nicht zur Nichtigkeit einer BV, die unter Missachtung der entsprechenden Konsultationspflichten durchgeführt wurde<sup>55)</sup> (eine Nichtigkeitsanktion ist nur bei Massenentlassungen vorgesehen<sup>56)</sup>), allenfalls kommen aber Schadenersatzansprüche<sup>57)</sup> oder Sanktionen wegen Behinderung (*délit d'entrave*) nach Art L.2328-1 Code du travail<sup>58)</sup> in Betracht. Diese Bestimmung sieht eine Höchststrafe von einem Jahr Gefängnis oder € 3.750,- Geldstrafe vor.

Der in § 109 Abs 3 ArbVG vorgesehene Nachteilsausgleich stellt wohl keine ausreichende Sanktion dar.<sup>59)</sup> Abgesehen davon, dass der Nachteilsausgleich nur für „wesentliche“ Nachteile und außerdem nur für Betriebe mit dauernd mindestens 20 AN vorgesehen ist, wird sich die Bewertung des Schadens vielfach derart schwierig gestalten, dass hier kein Zuspruch in ausreichender Höhe erfolgen wird. Jedenfalls ist die präventive Verhinderung der beabsichtigten Änderung ohne Information der Belegschaft der Zahlung eines nachträglichen Ausgleichs vorzuziehen. Wirksame Verfahren zur Durchsetzung des Informationsrechts kann § 109 Abs 3 ArbVG daher jedenfalls nicht erübrigen.

Die Durchsetzung des Informationsanspruchs im Wege der *Leistungsklage* ist zwar prinzipiell möglich, wird idR aber zu schwerfällig sein. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen anderen in §§ 108, 109 ArbVG vorgesehenen Informationsrechten und demjenigen bei Betriebsänderungen. In vielen Fällen ist die unterlassene Informationserteilung gewissermaßen

„nachholbar“; anschauliches Beispiel ist die Verpflichtung zur Übermittlung der Bilanz nach § 108 Abs 3 und 4 ArbVG. In derartigen Fällen wird die Leistungsklage wohl vielfach ausreichenden Rechtsschutz bieten. Wird aber eine beabsichtigte Betriebsänderung durchgeführt, so werden vollendete Tatsachen geschaffen; die Nachholung der Informationserteilung und Konsultation ist dann nicht mehr möglich. Auch eine nachträgliche *Feststellungsklage* wird diesfalls idR nicht in Betracht kommen, weil bei einem einmaligen abgeschlossenen Verstoß das rechtliche Interesse an der Feststellung des Pflichtverstoßes fehlt.<sup>60)</sup> Außerdem bietet ein nachträglich erwirktes Feststellungsurteil, in dem die Rechtswidrigkeit der durchgeführten Betriebsänderung ausgesprochen wird, für die Belegschaft keinen tauglichen Ersatz für die Unterlassung der rechtzeitigen Information und Konsultation durch den/die BI. Weil die Verletzung von Informationspflichten im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung auch nicht mit Verwaltungsstrafe bedroht ist, kommt der Möglichkeit des *vorbeugenden einstweiligen Rechtsschutzes* in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zu. Andernfalls wäre im österr. Recht entgegen den Vorgaben der RL 2002/14/EG und entgegen der ausdrücklichen Intention der letzten Novelle BGBl I 2010/101, die die diesbezüglichen Mitwirkungsrechte der Belegschaft effizienter gestalten wollte,<sup>61)</sup> weder eine Möglichkeit zur Durchsetzung der Rechte noch eine Sanktion bei Verstößen vorgesehen.

## 6.3. In Betracht kommende Rechtsgrundlagen

Nach § 381 EO können zur Sicherung nicht auf Geld lautender Ansprüche einstweilige Verfügungen

- 51) In Deutschland stellen vorgreifende Befriedigungsverfügungen im Arbeitsrecht sogar den Hauptanwendungsfall vorläufigen Rechtsschutzes dar. Vgl *Walker*, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitsgerichtsprozess, ZfA 2005, 45 (73).
- 52) Vgl *Konecny*, Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung (1992) 3. Beispiele für diese Entwicklung sind etwa vorläufiger Unterhalt nach § 382a EO, Gewaltschutz nach §§ 382b ff EO und die einstweilige Verfügung gegen Stalking gem § 382g EO.
- 53) *Annuß* in *Richardi*, Betriebsverfassungsg<sup>12</sup> § 111 Rz 168.
- 54) Vgl oben 4.
- 55) Cour de Cassation, chambre sociale v 5.5.1998, Nr 96-13.498; 24.6.2008, Nr 08-44.950.
- 56) Art L 1235-10 Code du travail.
- 57) Vgl Cour de Cassation, chambre sociale v 19.3.2003, Nr 01-12.094.
- 58) Die Bestimmung lautet wie folgt: „Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2324-3 à L. 2324-5 et L. 2324-8, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.“
- 59) *Abw Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG § 109 Anm 41.
- 60) Allgemein zur Feststellungsklage im Arbeitsrecht *Fasching* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 228 ZPO Rz 51 und 102.
- 61) EB zur RV 901 BlgNR 24. GP 6.

getroffen werden, wenn zu besorgen ist, dass sonst die *gerichtliche Verfolgung* oder Verwirklichung des fraglichen Anspruches, insb durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes, *vereitelt oder erheblich erschwert* werden würde (Z 1), oder wenn derartige Verfügungen zur Verhütung *drohender Gewalt* oder zur Abwendung eines *drohenden unwiederbringlichen Schadens* nötig erscheinen (Z 2). Die Abgrenzung zwischen den beiden Fällen des § 381 EO ist deshalb von Bedeutung, weil im Fall der Z 2 nach der Rspr eine weniger strenge Bindung an den Anspruch besteht. Außerdem dürfen einstweilige Verfügungen nach § 381 Z 2 nach der Rspr (anders als die nach § 379 und § 381 Z 1 EO) auch der endgültigen E in der Hauptsache vorgreifen.<sup>62)</sup>

Nach § 381 Z 1 EO genügt die Besorgnis der Vereitelung oder der erheblichen Erschwerung der Durchsetzung (gerichtlichen Verfolgung oder Verwirklichung) des Anspruchs, was wegen des (im Gegensatz zu § 379 Abs 2 Z 1) fehlenden Hinweises auf den/die GegnerIn zu Recht als rein *objektive Gefährdung* interpretiert wird.<sup>63)</sup>

§ 381 Z 2 EO ist demgegenüber im vorliegenden Zusammenhang wohl nicht einschlägig. Diese Bestimmung verfolgt nicht den Zweck, die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung eines Anspruchs, sondern den *gegenwärtigen Zustand* einer streitigen Rechtsphäre gegen drohende Gewalt oder gegen einen drohenden unwiederbringlichen Schaden zu sichern.<sup>64)</sup> „Gewalt“ iSd § 381 Z 2 EO liegt bei einer Betriebsänderung jedenfalls nicht vor. Die Gefahr eines „unwiederbringlichen Schadens“ erfordert einen Nachteil am Vermögen, an Rechten oder an der Person, bei dem eine Zurückversetzung in den vorigen Stand untunlich ist und ein Ersatz entweder nicht geleistet werden kann oder die Leistung des Geldersatzes dem verur-

sachten Schaden nicht völlig adäquat ist.<sup>65)</sup> Reine *Vermögensschäden* sind an sich immer ersetzbar, anderes gilt bei drohendem *Verlust der wirtschaftlichen Existenz*.<sup>66)</sup> Im vorliegenden Zusammenhang wird es idR aber um Vermögensschäden gehen, sodass eine einstweilige Verfügung nach § 381 Z 2 EO nicht in Betracht kommt.

Zwar wurde in einer E auch einmal die *Verunsicherung der Dienstnehmer* und *Störung des Arbeitsklimas* einer Gesellschaft als drohender unwiederbringlicher Schaden eingestuft.<sup>67)</sup> Dabei ging es aber um die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Regelung der Vertretungsbefugnisse eines Gesellschafters in einem Fall, in dem die Vertretungs- und Weisungsbefugnisse unklar waren. Der drohende unwiederbringliche Schaden betraf sohin die Gesellschaft, nicht die AN. Aus diesem Grund ist aus dieser E für den Fall einer Betriebsänderung wohl nichts abzuleiten. Zusammenfassend kommt daher zum Schutz vor Durchführung einer Betriebsänderung ohne die erforderliche Information des BR am ehesten § 381 Z 1 EO als Rechtsgrundlage in Betracht.

#### 6.4. Anspruch und Verfügungsgrund

Die Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach dieser Gesetzesstelle, dass der/die AntragstellerIn einen entsprechenden *Anspruch* hat, ist unproblematisch. Dass es sich bei den Informationsrechten nach §§ 108, 109 ArbVG nicht um bloße Obliegenheiten, sondern um echte Pflichten des/r AG handelt, ist allgemein anerkannt. In der Praxis wird am ehesten die Bescheinigung des Umstands, dass eine Änderung geplant ist, Schwierigkeiten bereiten. Diese Bescheinigung ist einerseits zur Dartuung des Informationsanspruchs, andererseits zur Dartuung der entsprechenden Gefährdung, also des sogenannten Verfügungsgrundes erforderlich. Wegen der Nichterteilung der erforderlichen Information wird sich der BR dabei idR nur auf Gerüchte oder Informationen vom Hörensagen stützen können. Hier ist daran zu erinnern, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur die *Bescheinigung* des maßgeblichen Sachverhalts voraussetzt.<sup>68)</sup> der/die RichterIn muss also nur von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit überzeugt sein. Bei mangelnder Bescheinigung des Anspruchs (sofern diese nicht gänzlich fehlt) kommt zudem die Erlassung der einstweiligen Verfügung gegen Auferlegung einer Sicherheitsleistung in Betracht.<sup>69)</sup> Bei der hier gebotenen Interessenabwägung<sup>70)</sup> ist zu berücksichtigen, dass eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung der beabsichtigten Änderung dem/r BI nur jenes Verhalten auferlegt, zu dem er/sie ohnedies bereits aufgrund des Gesetzes verpflichtet ist. Diese Überlegung spricht dafür, schon bei einem relativ geringen Grad an richterlicher Überzeugung die einstweilige Verfügung gegen Sicherheitsleistung zu erlassen. Die mangelnde Bescheinigung der Gefahr kann hingegen nicht durch eine Sicherheitsleistung ausgeglichen werden.<sup>71)</sup> Aufgrund der dargelegten „Doppelfunktion“ der Bescheinigung der beabsichtigten Betriebsänderung als Anspruchs- und Gefährdungsvoraussetzung kann die Auferlegung einer Sicherheitsleistung dem BR die mit derartigen einstweiligen Verfügungen typi-

<sup>62)</sup> *Heller/Berger/Stix*, EO<sup>4</sup> (1969 bis 1976) 2693, 2723 mN der älteren Lehre; *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht<sup>5</sup> (2009) Rz 497; *Zechner*, Einstweilige Verfügung § 378 Rz 8; *E. Kodek in Angst*, EO<sup>2</sup> (2008) § 378 Rz 7; aus der Rspr etwa OGH 26.8.1999, 2 Ob 244/99t; 13.9.2000, 4 Ob 166/00s; MR 2000, 328 (Pilz) = ÖBl 2001, 30 (*Schramböck*) = RdW 2001/157 = wbl 2001/69 (*Thiele*) uva.

<sup>63)</sup> *Heller/Berger/Stix*, EO<sup>4</sup>, 2721; *E. Kodek in Angst*, EO<sup>2</sup> § 381 Rz 4; *Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 381 Rz 8.

<sup>64)</sup> OGH 1990/WoBl 1991/56 (67) = MietSlg 42.557; 1994/ MietSlg 46.742 = WoBl 1994/35 (160).

<sup>65)</sup> StRspr, vgl etwa OGH 1954/JBl 1955, 72; 1982/ SZ 55/78 = GesRZ 1982, 249; 1995/RdU 1995/52 (*Kerschner*) = MietSlg 47.741; 30.1.2001, 1 Ob 162/00f; 2001/ecolex 2001/251 (*Schanda*) = EvBl 2001/155 = MR 2001, 256 = ÖBl 2001, 237 (*Kurz*) = wbl 2001/291 (*Thiele*) uva; *Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 382 Rz 12 uva.

<sup>66)</sup> *Konecny*, EV 280; *E. Kodek in Angst*, EO<sup>2</sup> § 381 Rz 14 f.

<sup>67)</sup> OGH 1978/SZ 51/21 = HS 10.376 = GesRZ 1978, 124.

<sup>68)</sup> *Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 390 Rz 36 ff mwN.

<sup>69)</sup> Dazu ausführlich *Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 390 Rz 94 ff.

<sup>70)</sup> *Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 390 Rz 97.

<sup>71)</sup> *Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 390 Rz 96.



scherweise bestehenden Beweisschwierigkeiten idR nicht abnehmen; hier ist vielmehr richterliches „Augenmaß“ bei der Beweiswürdigung gefragt.

### 6.5. In Betracht kommende Sicherungsmittel

Nach herrschender Auffassung müssen einstweilige Verfügungen nach § 381 Z 1 EO stets im Rahmen des Hauptanspruchs bleiben, sind also „anspruchsgelbunden“,<sup>72)</sup> Maßnahmen, auf die die gefährdete Partei auch bei Durchsetzung des Hauptanspruchs kein Recht hätte, dürfen nicht bewilligt werden.<sup>73)</sup> Bei der Prüfung, ob die Sicherung im Rahmen bleibt, darf nach der Rspr aber nicht „engherzig“ vorgegangen werden.<sup>74)</sup> Außerdem darf mit der einstweiligen Verfügung das *Ergebnis des Hauptverfahrens nicht vorweggenommen* werden.<sup>75)</sup> Hierzu zählt aber nach der Rspr ein befristetes Unterlassungsgebot nicht.<sup>76)</sup> Nach der Rspr ist eine Vorwegnahme des Ergebnisses des Hauptverfahrens nur bei Verfügungen zur Sicherung anderer Ansprüche nach § 381 Z 2 EO zulässig. Auch nach § 381 Z 2 EO darf nach der Rspr aber niemals eine Sachlage geschaffen werden, die sich – im Falle einer Niederlage des/r Antragstellers/in mit dem Hauptanspruch – nicht mehr in natura rückgängig machen lässt.<sup>77)</sup>

Die Erteilung eines Auftrags zur „vorläufigen“ Information des BR mittels einstweiliger Verfügung wird daher nicht in Betracht kommen. Möglich erscheint aber ein *Verbot* der Durchführung der beabsichtigten Änderung vor Erteilung der erforderlichen Information und Durchführung der Beratung. § 382 EO zählt demonstrativ die in Betracht kommenden Sicherungsmittel auf. Nach § 382 Z 5 EO kommt hier auch das an den/die GegnerIn der gefährdeten Partei gerichtete *Verbot einzelner nachteiliger Handlungen* oder der Vornahme bestimmter oder aller Veränderungen an den in Z 1 und 2 bezeichneten Sachen in Betracht. Die Verbote nach Z 5 haben unter den Sicherungsmitteln des § 382 Z 1 bis 7 in der Gerichtspraxis die zahlenmäßig weitaus größte Bedeutung.<sup>78)</sup>

Gegen die Anwendung dieser Bestimmung auf Betriebsänderungen ohne entsprechende Konsultation der Belegschaft lässt sich nicht einwenden, dass der BR keinen (primären) Unterlassungsanspruch hat, die Durchführung der Änderung also letztlich nicht verhindern kann. Es geht vielmehr ausschließlich darum, ob der BR vom/von der UnternehmerIn verlangen kann, mit der Betriebsänderung so lange zu warten, bis diese/r seinen/ihrer Unterrichts- und Beratungspflichten nachgekommen ist.<sup>79)</sup> Da dies zum überwiegenden Teil in die Sphäre des/der Unternehmers/in fällt, diese/r es also in der Hand hat, seinen/ihrer Pflichten nachzukommen, stellt ein zeitweiliger Unterlassungsanspruch nur einen minimalen Eingriff in die unternehmerische Handlungsfreiheit dar.<sup>80)</sup> Dabei geht es nicht um eine Sanktion, sondern um die *Sicherung der Durchsetzung* des Informations- und Beratungsanspruchs.<sup>81)</sup>

Zusammenfassend kann daher eine beabsichtigte Betriebsänderung ohne vorherige Information der Belegschaft nach §§ 381 Z 1, 382 Z 5 EO mit einstweiliger Verfügung untersagt werden. Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen nicht nur dem von einem Teil der

Rspr in Deutschland vertretenen Ergebnis, sondern auch der Rechtslage nach französischem Recht.<sup>82)</sup>

## 6.6. Vollstreckung

### 6.6.1 Geld- und Haftstrafen

Grundlage für die Exekution von Unterlassungsansprüchen bildet § 355 EO. Nach dieser Bestimmung erfolgt die Exekution gegen den/die zur Unterlassung

- 72) OGH 1954/SZ 27/329; 1962/EvBl 1962/477; 1969/SZ 42/80 = EvBl 1970/26 = MietSlg 21.916; 1973/JBl 1974, 529 = ÖBl 1973, 139; 1993/SZ 66/21 = ecolex 1993, 591 (*Konecny*) = ÖBA 1993/406 = RdW 1993,287; 1994/ecoex 1994, 464; 1996/MietSlg 48.719; 2000/JBl 2001, 390 uva E zu RIS-Justiz RS0004815; die Frage offen lassend nur 1998/JBl 1998, 787 (*König*).
- 73) OGH 1954/SZ 27/329; 1970/EvBl 1971/21 = MietSlg 22.276; 1975/EvBl 1976/114; 1981/EFSlg 39.510 = JBl 1983, 652; 1984/MietSlg 36.897; 1987/JBl 1987, 728 = MietSlg 39.859; 1994/HS 25.808 = ÖBA 1995/481 (*Konecny*) = RdW 1994,314; 1999/ÖBA 1999/821 uva; RIS-Justiz RS0004841.
- 74) OGH 1969/SZ 42/80 = EvBl 1970/26 = MietSlg 21.916; 1975/EvBl 1976/114; 1987/JBl 1987, 728 = MietSlg 39.859; 1987/JBl 1988, 658; 1990/WoBl 1991/56 = MietSlg 42.557; 1992/ecoex 1992, 564 = EvBl 1992/141 = RdW 1992, 209.
- 75) Dazu ausführlich *Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 378 Rz 20 und § 381 Rz 4; aA *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>3</sup> (2007) Rz 2/52; ähnlich *Konecny*, Anwendungsbereich 47.
- 76) OGH 12.11.1997, 4 Ob 216/97m uva; *Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 381 Rz 5; anders für das Verbot der Entgegennahme von Werbeaufträgen – OGH 8.3.1994, 4 Ob 14/94.
- 77) OGH 1950/SZ 23/284 = JBl 1951, 343; 1954/SZ 27/317 = JBl 1955, 252 = ÖBl 1955, 13; 1987/SZ 60/196 = JBl 1988, 112 = MietSlg 39.265/43; 1992/EvBl 1993/134 = MR 1993, 17 = ÖBl 1993, 84; 1994/ecoex 1994, 404 = EvBl 1994/115 = MR 1994, 78 = ÖBl 1995, 21 = wbl 1994, 245; 1995/ÖBl 1996, 127 = wbl 1996, 212; 1999/MR 1999, 351 = ÖBl 2000, 72 = wbl 2000/31; 1999/bbl 2000/49; 2000/MR 2000, 328 (*Pilz*) = ÖBl 2001, 30 (*Schramböck*) = RdW 2001/157 = wbl 2001/69 (*Thiele*); 27.11.2001, 4 Ob 273/01b; *Koziol*, ÖBA 1986, 492; *Holzhammer*, ZVR<sup>4</sup> (1994) 431; *Rechberger/Oberhammer*, ExR<sup>5</sup> Rz 497; *Zechner*, Einstweilige Verfügung § 378 Rz 8; *E. Kodek in Angst*, EO<sup>2</sup> § 378 Rz 7; *Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 381 Rz 4.
- 78) *Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 382 Rz 14.
- 79) *Fauer/Nacken*, Die Sicherung des Unterrichts- und Beratungsanspruchs des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG, NZA 2006, 1136 (1139).
- 80) *Fauer/Nacken*, aaO.
- 81) *Fauer/Nacken*, aaO.
- 82) Der BR kann das Gericht befassen, damit dieses der „offensichtlich rechtswidrigen Störung“ ein Ende setzt und gegebenenfalls die vom/von der AG beschlossene Maßnahme aussetzt, solange die Anhörung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde (Cour de Cassation, chambre sociale, 25.3.2008, Nr 07-40.273). Eine derartige Aussetzung ist auch dann möglich, wenn die Anhörung zwar begonnen, aber noch nicht beendet wurde (Cour de Cassation, chambre sociale v 25.6.2002, Nr 00-20.939).

einer Handlung oder zur Duldung der Vornahme einer Handlung Verpflichtete/n dadurch, dass wegen eines jeden Zuwiderhandelns nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Exekutionstitels auf Antrag vom Exekutionsgericht anlässlich der Bewilligung der Exekution eine *Geldstrafe* verhängt wird. Wegen eines jeden weiteren Zuwiderhandelns hat das Exekutionsgericht auf Antrag eine weitere *Geldstrafe* oder eine *Haft* bis zur Gesamtdauer eines Jahres zu verhängen. Diese sind nach Art und Schwere des jeweiligen Zuwiderhandelns auszumessen. Die Geldstrafe darf je Antrag € 100.000,- nicht übersteigen (§ 359 Abs 1 EO). Für die erstmalige Zuwiderhandlung kann lediglich eine Geldstrafe verhängt werden. Weil ein Strafantrag jeden Tag gestellt werden kann, bedeutet dies, dass theoretisch für jeden Tag des Zuwiderhandelns eine Geldstrafe von bis zur € 100.000,- droht.

Nach der Rspr ist bei Exekutionstiteln gegen eine Gesellschaft die Strafe nur gegen diese und nicht (allein oder allenfalls auch) gegen deren Organwalter zu verhängen.<sup>83)</sup> Die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum hält demgegenüber die Verhängung von Haft gegen die Organwalter juristischer Personen oder Personengesellschaften für möglich.<sup>84)</sup>

<sup>83)</sup> OGH 1995/RZ 1996/73; vgl auch 1995/JBI 1995, 734. Vgl aber zur Beugehaft OGH 11.5.2011, 3 Ob 48/11x.

<sup>84)</sup> *Burgstaller*, Beugestrafen zur Durchsetzung von Zivilurteilen, ÖJZ 2000, 134; *Höllwerth in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 354 Rz 30; *Jelinek*, Zwangsvollstreckung (1974) 209 ff; *Holzhammer*, ZVR<sup>4</sup>, 396; *Höllwerth in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 355 Rz 48, § 355 Rz 41, §§ 360 ff Rz 8; *Pollak*, System<sup>2</sup> (1932) 1033; abl *Rechberger*, Wer soll „sitzen“? Zur Problematik der Haftverhängung gegen eine juristische Person bei der Unterlassungsexekution, ÖBl 1988, 57; *Rechberger/Oberhammer*, Das Recht auf Mitwirkung im österreichischen Zivilverfahren im Lichte von Art 6 EMRK, ZJP 1993, 347 (insb 361); *dies*, DikIntern 1996, 287 (insb 295 f). Bis zu dieser E hatte die Rspr die Zulässigkeit der Haftverhängung gegen Organe der Gesellschaft bzw Gesellschafter bejaht (vgl zu § 354 EO – OGH 1995/JBI 1995, 734 = EvBl 1995/125 = GesRZ 1996, 117 = SZ 68/83 = ÖBl 1996, 48; LGZ Wien/ExS 1989/149).

<sup>85)</sup> *Höllwerth in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 356 Rz 2.

<sup>86)</sup> Nach OGH 26.9.2003, 3 Ob 198/02t ist die Unmöglichkeit als Neuerung nicht mit Rekurs, sondern nur mit Impugnationsklage (§ 36 EO) geltendzumachen.

<sup>87)</sup> Unter dem steuerrechtlich geprägten Begriff „Umgründung“ (der Überbegriff in Deutschland ist „Umwandlung“) werden bestimmte Strukturmaßnahmen zusammengefasst, die typischerweise tief in die Mitgliedschaftsrechte der GesellschafterInnen eingreifen; zum Teil sind diese Maßnahmen mit einer Übertragung von Vermögen im Weg der Gesamtrechtsnachfolge verbunden, nämlich bei der Verschmelzung, der Spaltung und der übertragenden Umwandlung; der steuerrechtliche Begriff der Umgründung erfasst allerdings auch Vermögensübertragungen im Weg der Einzelrechtsnachfolge, etwa die Einbringung und die Realteilung (*Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht [2008] Rz 3/939).

<sup>88)</sup> *Kalss in Kalss*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung<sup>2</sup> § 225a AktG Rz 110 ff, § 5 GesAusG Rz 33; § 2 UmwG Rz 142.

<sup>89)</sup> *Kalss in Kalss*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung<sup>2</sup> § 220 Rz 14; § 230 Rz 11 ff.

<sup>90)</sup> *Kalss in Kalss*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung<sup>2</sup> § 230 AktG Rz 11.

## 6.6.2 Exekutionsführung nach Durchführung der Betriebsänderung

Nach § 356 EO hat das Exekutionsgericht, wenn im Fall des § 355 EO durch das Verhalten des/r Verpflichteten eine dem Rechte des/r betreibenden Gläubigers/in widerstreitende Veränderung herbeigeführt wurde, den/die betreibende/n Gläubiger/in auf Antrag zu ermächtigen, den früheren Zustand auf Gefahr und Kosten des/r Verpflichteten wiederherstellen zu lassen. Allerdings ist ein Vorgehen nach § 356 EO nur dann möglich, wenn der/die Verpflichtete einen dem Duldungs- bzw Unterlassungsanspruch („dem Rechte“) des/r betreibenden Gläubigers/in widersprechenden fortbestehenden Störungszustand herbeigeführt hat, der im Wege der Ersatzvornahme, also durch eine *vertretbare Handlung* iSd § 353 EO beseitigt werden kann.<sup>85)</sup> Dies ist bei der Rückgängigmachung bereits durchgeführter Betriebsänderungen zweifellos nicht der Fall.

Nicht ganz eindeutig ist jedoch, ob die Verhängung von *Strafen* auch noch *nach* Durchführung der Betriebsänderung möglich ist. Dabei geht es dann nicht nur um eine den/die BI typischerweise weniger schwer treffende bloße Aufschiebung der beabsichtigten Maßnahme. Vielmehr wäre die Erfüllung des Titels dann nur durch *Rückgängigmachung* der ohne Information des BR erfolgten Änderung möglich. Diese Frage muss letztlich durch Wertung entschieden werden. Grundsätzlich ist anerkannt, dass die Unmöglichkeit<sup>86)</sup> oder Untunlichkeit der Exekutionsführung entgegenstehen kann. Die Besonderheit in der vorliegenden Konstellation ist jedoch, dass die Unmöglichkeit bzw Untunlichkeit der Erfüllung der titulierten Unterlassungsverpflichtung durch den/die BI selbst herbeigeführt wurde. Auch zeigt die § 356 EO zugrunde liegende Wertung, dass der Gesetzgeber im Zuge der Unterlassungsexekution auch Abhilfe gegen den durch ein Zuwiderhandeln des Verpflichteten herbeigeführten Zustand bieten möchte. Trotz der einschneidenden Natur einer Erzwingung der Rückgängigmachung bereits durchgeführter Änderungen ist daher diese Möglichkeit mE zu bejahen; der Verpflichtete kann daher durch verbotswidrige Durchführung der beabsichtigten Betriebsänderung die Exekutionsführung nicht unterlaufen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch *gesellschaftsrechtliche Vorschriften* der Rückgängigmachung der Betriebsänderung wohl nicht entgegenstehen. Die Frage kann sich naturgemäß nur dann stellen, wenn die Betriebsänderung überhaupt in Form eines gesellschaftsrechtlich relevanten Vorgangs, insb in Form einer Umgründung, erfolgt.<sup>87)</sup> Zunächst beziehen sich die Vorschriften über die Heilung von Mängeln durch die Firmenbucheintragung lediglich auf Beurkundungsmängel,<sup>88)</sup> sodass andere Mängel nicht heilen.<sup>89)</sup> Auch aus dem verschmelzungsrechtlichen *Bestandschutz* ergibt sich nichts Gegenteiliges. Nach § 230 Abs 2 AktG lassen Mängel der Verschmelzung die Wirkungen der Eintragung gem § 225a Abs 3 AktG unberührt. Grund dafür sind einerseits Verkehrsschutzüberlegungen (Eintragung in das Firmenbuch), aber auch die Kompliziertheit und Kosten des contrarius actus, der Entschmelzung.<sup>90)</sup> Wenngleich der Bestandschutz gem § 230 AktG auch bedeutet, dass nicht verlangt werden kann, die Verschmelzung rückgängig



zu machen, dh eine Entschmelzung durchzuführen,<sup>91)</sup> ist anerkannt, dass hier nach dem jeweiligen Verbotszweck zu differenzieren ist.<sup>92)</sup> Außerdem wird dadurch die grundsätzlich bestehende Möglichkeit, durch einen gesonderten Akt die Vermögenszusammenführung wieder aufzulösen, nicht ausgeschlossen.<sup>93)</sup> Dies spricht mE dafür, dass bei Zuwiderhandeln gegen eine mit einstweiliger Verfügung auferlegte Unterlassungsverpflichtung die Rückgängigmachung der Betriebsänderung auch dann erzwungen werden kann, wenn diese in Form einer Umgründung erfolgt ist. Immerhin hat der/die BI in diesem Fall nicht nur gegen seine gesetzlichen Verpflichtungen, sondern gegen eine diese gesetzlichen Verpflichtungen konkretisierende Gerichts-E verstoßen, sodass er/sie nicht schutzwürdig erscheint.

91) *Kalss in Kalss*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung<sup>2</sup> § 225a Rz 110.

92) *Kalss in Kalss*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung<sup>2</sup> § 230 AktG Rz 12 und 19.

93) *Kalss in Kalss*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung<sup>2</sup> § 220 AktG Rz 48, § 230 AktG Rz 19.

94) OGH 1972/EvBl 1973/126.

95) OGH 1980/JBl 1980, 602; *Heller/Berger/Stix*, EO<sup>4</sup>, 2592; *Höllwerth in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 355 Rz 66.

### 6.6.3 Sicherheitsleistung

Auf Antrag des/r betreibenden Gläubigers/in kann dem/r Verpflichteten vom Exekutionsgericht außerdem die Bestellung einer *Sicherheit* für den durch ferneres Zuwiderhandeln entstehenden Schaden aufgetragen werden (§ 355 Abs 2 EO). Die Auferlegung einer Sicherheit ist ein *subsidiäres (sekundäres) Exekutionsmittel*, das nur iVm einer Exekution nach § 355 Abs 1 EO und nur vom Exekutionsgericht<sup>94)</sup> bewilligt werden darf.<sup>95)</sup>

## 7. Zusammenfassung

Der Informationsanspruch nach §§ 108, 109 ArbVG im Zusammenhang mit geplanten Betriebsänderungen kann durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden, die beabsichtigte Maßnahme mit der dem/r BI verboten wird, vor Erteilung der Information und vor Abschluss der Konsultationen die beabsichtigte Maßnahme mit dem BR durchzuführen. Die Vollstreckung einer derartigen einstweiligen Verfügung richtet sich nach § 355 EO; es können für jeden Verstoß Geldstrafen bis zu € 100.000,- verhängt werden. Die Verhängung von Geldstrafen ist auch noch nach Durchführung der Änderung möglich. Auf diese Weise kann die Rückgängigmachung der Betriebsänderung zum Zwecke der Durchführung des Konsultationsverfahrens durchgesetzt werden.

# Kein Arbeitsrecht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt? Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff

CHRISTOPH KIETAIBL (WIEN)/MICHAEL REINER (WIEN)

*Am zweiten Arbeitsmarkt werden Beschäftigungsverhältnisse beruflich schwer integrierbarer Personen gefördert; am dritten Arbeitsmarkt geschieht das Gleiche mit beruflich nicht integrierbaren Personen. Während in Deutschland meist ausdrückliche Regelungen für die Rechtsstellung solcher Personen bestehen, fehlen in Österreich meist entsprechende Vorgaben. Der OGH hatte sich jüngst erstmals mit solchen Beschäftigungsverhältnissen zu befassen und entschieden, dass die Dienstleistenden wegen überwiegendem Eigennutzen an der Beschäftigung keine ArbeitnehmerInnen (AN) sind, und zwar unabhängig von der persönlichen Abhängigkeit bei Dienstleistungserbringung. Im folgenden Beitrag wird diese Judikaturtendenz kritisch beleuchtet und argumentiert, dass die Nutzenverteilung kein Tatbestandsmerkmal des vertragsrechtlichen AN-Begriffs ist.<sup>1)</sup>*

## Übersicht

1. Einführung
2. Grundsätzliches zum Verhältnis zwischen Nutzenverteilung und persönlicher Abhängigkeit
3. Zur potentiellen Bedeutung des Urteils

## 4. Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes nach § 1151 ABGB

- 4.1. Wortlaut
- 4.2. Historie

<sup>1)</sup> Wir danken Prof. *Reinhard Resch* (Universität Linz) für kritische Anmerkungen zur Erstfassung des Aufsatzes.

**4.3. Systematik**

- 4.3.1. Allgemeines
- 4.3.2. Betriebsverfassung
- 4.3.3. Entgeltlichkeit, Erwerbsdienlichkeit und Fremdnutzbarkeit

**4.4. Teleologie****5. Ein anderer Lösungsweg****6. Zusammenfassung und Ausblick****1. Einführung**

Jüngst hat der OGH kurz hintereinander zwei vielbeachtete Urteile<sup>2)</sup> zur AN-Eigenschaft von Dienstleistenden am zweiten bzw dritten Arbeitsmarkt<sup>3)</sup> gefällt, die offenbar dasselbe Unternehmen betrafen. Beide Male verneinte der OGH die AN-Eigenschaft mit der Begründung, dass das Eigeninteresse des Dienstleistenden überwiegt; auch wurde im zweiten Urteil ausdrücklich auf das erste Urteil verwiesen und dieses damit bestätigt. Damit hat der OGH in kurzer Zeit zu gesellschaftlich wichtigen und rechtlich äußerst schwierigen Fragen eine Position eingenommen, die umso fester ist, als die Urteile von jeweils einem anderen der beiden arbeitsrechtlichen Senate des OGH (8. und 9. Senat) entschieden wurden. Literarisch war dazu wenig vor- und aufbereitet,<sup>4)</sup> die ex post geäußerten Stellungnahmen im Schrifttum sind zumindest im Ergebnis zustimmend.<sup>5)</sup> Formal ist eine Bewertung insb der ersten (ausführlicheren) Entscheidung etwas verwickelt, weil der OGH selbst wenig sagt, sondern großzügig auf die Ausführungen des Berufungsgerichts

verweist – damit sind ihm die verwiesenen Inhalte aber zuzurechnen. In einem jüngst entschiedenen Fall zum Oberösterreichischen Sozialhilfegesetz (OÖSHG), hat der OGH die AN-Eigenschaft ausdrücklich offen gelassen, dabei allerdings auf die beiden Vorurteile verwiesen, womit klar ist, dass er die dort entwickelten Kriterien anwenden würde.<sup>6)</sup>

Um die weiteren Ausführungen besser einordnen zu können, müssen in aller Kürze der den Entscheidungen zugrunde liegende Sachverhalt und die rechtlichen Argumente des OGH zusammengefasst werden:<sup>7)</sup> Eine Dienstleistende arbeitet als Näherin bei einem mildtätigen Verein, der einen sozialökonomischen Betrieb in Form einer geschützten Werkstätte betreibt. Diese fertigt Berufskleidung, die von Krankenhäusern, Altersheimen und anderen Wirtschaftsbetrieben gekauft wird. Der so erzielte Umsatz beträgt etwa € 360.000,- pro Jahr, die Aufwendungen des Vereins betragen etwa 1 Mio €, die Differenz wird durch Förderungen ausgeglichen. Die Frau arbeitet 38 Wochenstunden und bekommt dafür etwa € 400,- brutto pro Monat, was rund einem Drittel des (einschlägigen) Entgelts nach dem BAGS-Kollektivvertrag (-KollV) für den ersten Arbeitsmarkt entspricht. Bereits bei Vertragsabschluss weist die Frau darauf hin, dass sie das Entgelt für zu gering hält, was sie auch noch später mehrmals wiederholt. Der OGH verneint nicht bloß den kollektivvertraglichen Entgeltanspruch, sondern überhaupt die AN-Eigenschaft, womit der KollV (und das restliche Arbeitsrecht insgesamt) nicht anwendbar ist. Die Begründung kann wie folgt zusammengefasst werden: (1) Für die AN-Eigenschaft ist neben der persönlichen Abhängigkeit auch entscheidend, dass „Dienste für einen anderen“ iSd § 1151 ABGB geleistet werden. Ist das nicht der Fall, ist der Vertrag auch dann nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, wenn die Dienstleistende persönlich abhängig ist. (2) Der Begriff „Dienste für einen anderen“ (§ 1151 ABGB) grenzt den Arbeitsvertrag von Tätigkeiten ab, die aus religiösen, karitativen oder sozialen Motiven geleistet werden, und von Beschäftigungen, die zur Erziehung oder Behandlung erfolgen. (3) Ob „Dienste für einen anderen“ geleistet werden, bemisst sich danach, ob die Tätigkeit vom Interesse der Dienstleistenden an der Erbringung der Dienstleistung geprägt ist oder vom Interesse der Dienstleistungsempfängerin, die Tätigkeiten zu ihrem Vorteil entgegenzunehmen und zu verwerten. Überwiegt das Interesse der Dienstleistenden, entfällt die AN-Eigenschaft. Ein wichtiges Indiz für ein überwiegendes Interesse der Dienstleistenden ist das weite Auseinanderklaffen von Kosten und Erträgen beim Leistungsempfänger.

Im Folgenden wird primär die arbeitsvertragliche Bedeutung der Entscheidung diskutiert, also insb das vom OGH für die Verneinung eines Arbeitsvertrages ins Treffen geführte Argument des fehlenden (oder zumindest nicht überwiegenden) wirtschaftlichen Eigeninteresses des Dienstleistungsempfängers an der Erbringung der Dienstleistung.<sup>8)</sup> In den hier zu diskutierenden Fällen ging es zwar „nur“ um die Frage eines Entgeltanspruches nach dem BAGS-KollV, weil die Unterinstanzen unter Billigung des OGH den Vertragsparteien (wegen der Bezeichnung des Vertrages als „Dienstvertrag“) ohnedies die schlüssige Vereinba-

2) Zugleich auch eine Besprechung der E des OGH 26.1.2010, 9 ObA 105/09w, abgedruckt in diesem Heft, DRdA 2011, 561 ff; vgl auch OGH 18.2.2010, 8 ObA 48/09f.

3) Zu diesen Begriffen vgl etwa *Oschmiansky*, Förderung des zweiten Arbeitsmarktes ([http://www.bpb.de/themen/J553RM,0,0,F%F6rderung\\_des\\_zweiten\\_Arbeitsmarktes.html](http://www.bpb.de/themen/J553RM,0,0,F%F6rderung_des_zweiten_Arbeitsmarktes.html), abgerufen am 31.8.2011).

4) Der OGH hat sich auf eine kurze Aussage von *Rebhahn* (in ZellKomm, ABGB § 1151 Rz 78) gestützt, die aber wohl nicht die ganze (potentielle) Reichweite des Urteils trägt.

5) *Resch*, Wirtschaftliches Eigeninteresse und Arbeitnehmerbegriff, ZAS 2011, 19 ff; *Gerhartl*, Kein Arbeitsverhältnis bei Beschäftigung in geschützter Werkstätte, taxlex 2010, 289 ff; etwas zurückhaltender *ders*, OGH: Neues zum Arbeitnehmerbegriff?, RdW 2011, 293 ff; ohne nähere Begründung dagegen ablehnend *Löschnigg/Resch*, Kommentar zum BAGS-KV (2010) § 2 Erl 11.

6) OGH 29.6.2011, 8 ObA 41/11d.

7) Vgl auch die in diesem Heft im Volltext abgedruckte Entscheidung.

8) Der Fall weist allerdings auch viele andere Facetten auf, die hier nicht behandelt werden können; zu den sozial- und behindertenrechtlichen Aspekten vgl zB *Resch*, ZAS 2011, 20.

zung der anderen arbeitsrechtlichen Bestimmungen unterstellt haben; ohne vertragliche Bezugnahme auf das Arbeitsrecht würde nach der vorliegenden E aber auch sonst kein Arbeitsrecht gelten.

Selbst die AN-Ähnlichkeit wäre konsequenterweise auszuschließen. Verneint man nämlich mit dem OGH die AN-Eigenschaft gerade deshalb, weil der Leistungsaustausch primär im (nichtökonomischen) Eigeninteresse der Dienstleistenden liegt, so kann daraus nicht die AN-Ähnlichkeit folgen, weil diese uE noch mehr als der Arbeitsvertrag auf den wirtschaftlichen Charakter der Vertragsbeziehung reflektiert, und weil das vom OGH postulierte Nutzenkriterium den wirtschaftlichen Gehalt des Dienstleistungsvertrags zum Tatbestandsmerkmal des AN-Begriffs erhebt. Bejaht man den überwiegenden Eigennutzen der Dienstleistenden, kann es auch keinen Schutzbedarf wegen wirtschaftlicher Schwäche<sup>9)</sup> geben; das Dienstleistungsverhältnis ist ja schon von den Interessen der Dienstleistenden geprägt. Würde man allerdings das Nutzenkriterium ausblenden, so wäre die Dienstleistende im vorliegenden Fall aber ganz im Kernbereich der wirtschaftlichen Abhängigkeit:<sup>10)</sup> Sie arbeitet Vollzeit nur für einen Vertragspartner und tritt damit nicht wie eine Selbständige auf dem Markt auf, sie hat keine eigene Betriebsorganisation, sondern ist in jene des Vertragspartners eingebunden, sie hat keine eigenen MitarbeiterInnen und verwendet die Arbeitsmittel des Dienstleistungsempfängers.

## 2. Grundsätzliches zum Verhältnis zwischen Nutzenverteilung und persönlicher Abhängigkeit

Das vom OGH für die AN-Eigenschaft konstitutiv unterstellte Merkmal des überwiegenden wirtschaftlichen Eigeninteresses des Dienstleistungsempfängers am Leistungsaustausch (Nutzenkriterium) ist in § 1151 ABGB nicht ausdrücklich genannt und in der Sache problematisch. Wir wollen das Kriterium als „Nutzenkriterium“ bezeichnen. „Erwerbskriterium“ wäre hingegen wenig passend, weil die Arbeit unstrittig (auch) zum Erwerb der fraglichen Personen zählt; insb, wenn dahinter sozialrechtliche Zumutbarkeitsbestimmungen mit finanziellen Sanktionen stehen (Sperrung beim Bezug von Arbeitslosengeld, Notstandshilfe oder Sozialhilfe).<sup>11)</sup> Für die AN-Eigenschaft ausschlaggebend ist seit langem und nach völlig hM die persönliche Abhängigkeit,<sup>12)</sup> die den Arbeitsvertrag von anderen Dienstleistungsverträgen unterscheidet. Die persönliche Abhängigkeit bezieht sich aber rein auf die Organisation der Arbeit, auf die Freiheit und Bindung des/der Dienstleistenden bei der Arbeit,<sup>13)</sup> und stellt nicht auf die hinter der Dienstleistung stehenden Motive und Interessenlagen ab. Der OGH führt in jeder Entscheidung zur AN-Eigenschaft eine ganze Palette von Aspekten an, die für oder gegen die persönliche Abhängigkeit sprechen.<sup>14)</sup> Dabei spielte das Nutzenkriterium bislang keine Rolle.

Auch nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre spielt die Motivation (wozu nach dem Irrtumsrecht auch die Vorstellung über den gemeinen Wert der Gegenleistung gehört<sup>15)</sup>) zum

Vertragsschluss für den Vertragsinhalt und damit auch für die Vertragstypenzuordnung grundsätzlich keine Rolle,<sup>16)</sup> außer das Motiv wurde zum Vertragsinhalt erhoben (§ 901 ABGB). Im konkreten Fall wäre freilich bei Ausblendung des vom OGH eingeführten Nutzenkriteriums auch die (schlüssige) Erhebung des Leistungsmotivs zum Vertragsinhalt für die Qualifizierung als Arbeitsvertrag irrelevant; dies deshalb, weil der AN-Begriff und damit auch die Vertragstypenzuordnung selbst zwingend sind.<sup>17)</sup> Die Motivation zum Leistungsaustausch könnte daher von vornherein nur dann relevant sein, wenn der gesetzliche AN-Begriff selbst auf die Motive abstelle.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass die vom OGH unterstellte Motivationslage gar nicht auf die Vertragstypenzuordnung als solche gerichtet war.

Grundsätzlich ist aber für den AN-Begriff wie gesagt nur zu prüfen, ob die Dienstleistende vertraglich zu Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Auch bei PraktikantInnen, VolontärInnen und anderen Auszubildenden wird die AN-Eigenschaft (unabhängig vom Ausbildungszweck) „ohne Zweifel“ bejaht, sofern nur der/die Auszubildende in persönlicher Abhängigkeit tätig wird.<sup>18)</sup> Die persönliche Abhängigkeit der Dienstleistenden und damit auch ihre AN-Eigenschaft hätte man in den vorliegenden Fällen daher ohne weiteres bejahen können und wohl auch müssen; ergibt sich doch aus den Sachverhaltsfeststellungen eindeutig, dass im Vertrag die für einen AN typischen Rechte und Pflichten vereinbart wurden: persönliche Arbeitspflicht in einem Vollzeit-arbeitsverhältnis, Bindung an Arbeitszeit und -ort, Bindung an Weisungen etc. Dass Pflichtverletzungen wie etwa Arbeitszeitverstöße möglicherweise weniger streng sanktioniert wurden und auch der Dienstleistungsempfänger sein Weisungsrecht nicht in voller „Intensität“ ausgeschöpft hat, vermag daran nichts zu ändern.<sup>19)</sup> Auch die zeitweilige Möglichkeit zu Therapiegesprächen mit einem Psychologen vermag am

9) Dies als Schutzziel für die AN-Ähnlichkeit ausgehend OGH 7.4.1987, 14 ObA 10/87.

10) Zu den Kriterien etwa *Rebhahn* in ABGB-ON § 1151 Rz 140 ff.

11) Zu den Wirkungen von Zumutbarkeitsbestimmungen *Reiner* in *Karl/Aschauer*, Jahrbuch Sozialrecht (2011) 131 ff.

12) Vgl nur *Rebhahn* in ABGB-ON § 1151 Rz 33 und 54 ff mwN.

13) *Rebhahn* in ABGB-ON § 1151 Rz 54.

14) ZB OGH 10.7.2008, 8 ObA 55/07g.

15) *Pletzer* in ABGB-ON § 871 Rz 25 ff; Irrtümer über wertbildende Eigenschaften zählen allerdings als beachtlicher Eigenschaftsirrturn.

16) Dazu eingehend *Mayer-Maly*, Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff (1965) 42 ff.

17) *Rebhahn* in *ZellKomm*, ABGB § 1151 Rz 63; *Reiner*, JBI 2010, 550; *Stoffels*, Statusvereinbarungen im Arbeitsrecht, NZA 2000, 690.

18) Vgl *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I<sup>6</sup> (2008) 104; vgl auch die Kritik an der Judikatur zur AN-Eigenschaft von *Ferialpraktikanten* bei *Risak*, ZAS 1997, 15 und *Radner*, DRdA 2001, 3 ff und 128 ff.

19) Nach hM ist die „stille Autorität“ des Arbeitgebers (AG) ausreichend; vgl bloß *Krejci* in *Rummel*, ABGB § 1151 Rz 52.

Gesamtbild nichts zu ändern, weil diese Gespräche nur sporadisch stattfanden.<sup>20)</sup>

Unabhängig vom bisher Gesagten erscheint es auch seltsam, wenn man einer Person (wie im vorliegenden Fall), die Vollzeit in persönlicher Abhängigkeit eine einfache (monotone) Tätigkeit (Näherin) für ein sehr geringes Entgelt erbringt, überwiegenden Nutzen an der Beschäftigung unterstellt. Der Sachverhalt des ersten Urteils,<sup>21)</sup> anhand dessen der OGH sein Argument formulierte, legt auch ganz Anderes nahe, weil die AN stets gegen das geringe Entgelt protestierte.

### 3. Zur potentiellen Bedeutung des Urteils

Der OGH hat dies für die persönliche Abhängigkeit aber gar nicht näher geprüft. Er erwähnt sie nicht einmal und diskutiert daher auch nicht das Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit zum eingeführten Nutzenkriterium. Im Ergebnis ist nach dem OGH von folgendem Verhältnis auszugehen: (1) Das Nutzenkriterium ist ein eigenständiges Kriterium (so explizit das Berufungsgericht); (2) das Nutzenkriterium hat

nichts mit der persönlichen Abhängigkeit zu tun; (3) selbst bei stark ausgeprägter persönlicher Abhängigkeit hindert das Nutzenkriterium die Annahme eines Arbeitsvertrages.

Dass das Nutzenkriterium bloß Indizfunktion besitzt,<sup>22)</sup> kann daher nur bei wohlwollender Lesart der Entscheidung unterstellt werden und entspricht uE nicht dem Gehalt der E. Insb kann das Nutzenkriterium nicht als Indiz für die persönliche Abhängigkeit gedeutet werden, weil es als solches<sup>23)</sup> nichts zur Organisation der Dienstleistungserbringung sagt. Nimmt man das Kriterium hingegen ernst, dann hat die E potentiell weit reichende Folgen, was auch *Resch*<sup>24)</sup> zu Recht anmerkt.

Es sollen hier nur zwei Folgen skizziert werden, damit die Tragweite der Entscheidung und (vor allem) ihrer Begründung besser sichtbar wird: Da die Subventionsintensität für den OGH offenbar maßgeblich über Eigen- oder Fremdnützigkeit entscheidet, wäre diese Ratio stets zu beachten, wenn der Staat oder Private Dienstleistungsverhältnisse fördern. Damit ist der gesamte zweite und dritte Arbeitsmarkt angesprochen, für die zB das AMFG<sup>25)</sup> und das AMSG<sup>26)</sup> etliche Förderinstrumente zur Verfügung stellen. Auch verpflichtet die „Vereinbarung über die Bedarfsorientierte Mindestsicherung“ (Art 15a B-VG) die Länder, (Wieder-)Eingliederungsmaßnahmen in das Erwerbsleben anzubieten.<sup>27)</sup> Pointiert betrachtet stellt sich daher die Frage, ab welcher Förderintensität man aus dem Arbeitsrecht rutscht. Gegenständlich waren es etwa 64 %; wo die Grenze verläuft, hat der OGH aber nicht gesagt, und ist daher offen. Für das Arbeitsmarktservice (AMS) könnte sich das Urteil als Hiobsbotschaft erweisen, weil das AMS arbeitslose Personen nur auf echte Arbeitsverhältnisse vermitteln darf;<sup>28)</sup> das gilt auch für die Notstandshilfe<sup>29)</sup> und die Sozialhilfe bzw bedarfsorientierte Mindestsicherung.<sup>30)</sup> Ferner gilt dies auch für alle sonstigen Schulungs-, Fortbildungs- und Beschäftigungsmaßnahmen des AMS, insb auch für Beschäftigungsmaßnahmen im Rahmen soziökonomischer Betriebe und gemeinnütziger Beschäftigungsprojekte iSd § 9 Abs 7 AIVG, weil die Zumutbarkeitskriterien nicht nur für die Erwerbsbeschäftigung gelten, sondern auch für sonstige Maßnahmen des AMS.<sup>31)</sup>

Abgesehen vom zweiten und dritten Arbeitsmarkt, wo Förderungen explizit der Beschäftigungsförderung gewidmet sind, können aber auch die AN im subventionierten Non-Profit-Sektor betroffen sein. Das beginnt bei Universitäten und reicht bis zu Vereinen, die soziale Dienstleistungen gegen ein nicht kostendeckendes Entgelt anbieten und so von finanziellen Subventionen abhängen.<sup>32)</sup> Auch hier erwirtschaftet der/die DienstleistungsempfängerIn planmäßig Verluste, die durch Subventionen kompensiert werden. Damit scheint auch die Arbeitsvertragsqualität der dort abgeschlossenen Dienstleistungsverträge potentiell in Frage gestellt. Schließlich wäre das Kriterium aber entgegen dem OGH auch bei unstrittig gewinnorientierten AG anwendbar, wenn diese auf vereinzelt geförderte Beschäftigungsverhältnisse eingehen; dies deshalb, weil die Ratio des Nutzenkriteriums stets eine Betrachtung jedes einzelnen Beschäftigungsverhältnisses verlangt.

Die Entscheidung führt schließlich dazu, dass die schwächsten Personen am Arbeitsmarkt noch

20) Laut Sachverhalt stand für diese Gespräche eine Sozialarbeiterin zuerst 10, dann 15 Wochenstunden zur Verfügung. Auf wie viele Dienstleistende sich das aufteilte, ist unklar, weil der Sachverhalt nur sagt, dass an allen drei Standorten insgesamt 28 Personen beschäftigt waren. Geht man also etwa davon aus, dass am fraglichen Standort 10 Personen beschäftigt waren, würde das zu einem wöchentlichen Therapieausmaß von (durchschnittlich) 1,5 Stunden führen, während derer die Dienstleistende freigestellt war. Dieses geringe Ausmaß kann aber nichts an der ansonsten bestehenden persönlichen Abhängigkeit ändern. Im Übrigen hat die Dienstleistende selbst dieses geringe und theoretisch zustehende Quantum offenbar bei weitem nicht ausgeschöpft.

21) OGH 26.1.2010, 9 ObA 105/09w.

22) So *Resch*, ZAS 2011, 24.

23) Soweit eine atypische Nutzenverteilung sich etwa auch dadurch ausdrückt, dass der/die Dienstleistende gar keine Arbeitspflicht trifft, wäre dies zwar schon zu berücksichtigen; dies aber auch wieder nicht wegen der Nutzenverteilung als solcher, sondern wegen der Auswirkung auf das organisatorische Kriterium der persönlichen Abhängigkeit.

24) ZAS 2011, 24.

25) ZB §§ 26 ff.

26) §§ 33 ff.

27) Art 2 Abs 3 der Vereinbarung.

28) § 9 Abs 1 AIVG.

29) Für die Notstandshilfe gelten neben den besonderen Anspruchsvoraussetzungen ebenso die allgemeinen Kriterien des Arbeitslosengeldes. *Pfeil*, AIVG-Kommentar § 33 Erl 2 (Loseblatt, Stand 2009).

30) Art 14 Abs 1 und 2 der Vereinbarung nach Art 15a B-VG über einer bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung (BGBl I 2010/96).

31) *Gerhartl*, AIVG-Kommentar (2008) § 9 Rz 4 ff.

32) ZB der Verein Vertretungsnetz (ehemals Verein für Sachwalterschaft, Patientenanzwaltschaft und Bewohnervertretung – VSP), der vom Justizministerium gefördert wird.

33) Vgl zum ähnlichen Phänomen bei Beurteilung von generellen Vertretungsrechten als Ausschlussgrund für die persönliche Abhängigkeit *Rebhahn* in ZellKomm, ABGB § 1151 Rz 97.



weiter geschwächt werden:<sup>33)</sup> Für sie gilt keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, kein Mutterschutz, keine Arbeitszeitbeschränkungen, sie werden nicht vom Betriebsrat vertreten und für sie gelten keine KollVe – all dies, selbst wenn sie persönlich abhängig sind. Ein solches Ergebnis ist zumindest sozialpolitisch fragwürdig und verlangt eine besonders genaue Prüfung; die knappe Begründung des OGH wird dem nicht gerecht.

Es soll daher nun erläutert werden, welche Berechtigung das Nutzenkriterium für den vertragsrechtlichen AN-Begriff hat. Dabei ist anzumerken, dass die Argumentationslast im Diskurs klar bei jenen liegt, die ein solches Kriterium relevieren, weil das Kriterium nirgends ausdrücklich normiert ist und sogar dazu führen soll, dass trotz persönlicher Abhängigkeit kein Arbeitsrecht gilt.

## 4. Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes nach § 1151 ABGB

### 4.1. Wortlaut

Der OGH leitet das Nutzenkriterium aus dem Wortlaut des § 1151 ABGB ab, wonach ein Dienstvertrag die Verpflichtung zur „*Dienstleistung für einen anderen*“ voraussetzt. Der Wortlaut könnte das isoliert betrachtet wohl tragen. Ob der Gesetzgeber von 1916 allerdings an den zweiten und dritten Arbeitsmarkt gedacht hat, muss bezweifelt werden. Auch wären solch weit reichende Folgerungen allein aus der Formulierung des § 1151 ABGB höchst problematisch. Es ist daher ganz besonders auf eine umfassende Anwendung des Interpretationskanons zu achten. Der Wortlaut lässt wie gesagt keine eindeutige Entscheidung zu. Im Übrigen könnte der Wortlaut auch etwas Anderes ausdrücken, nämlich persönliche Abhängigkeit, wie *Rebhahn* unter Berufung auf eine hM meint.<sup>34)</sup> Das entspricht auch der Deutung der frühen Kommentatoren von § 1151 ABGB idF 3. Teilnovelle.<sup>35)</sup> Warum der OGH diese Deutung nicht aufgegriffen hat, ist unklar. In Deutschland findet man übrigens eine ganz ähnliche Formel; dort spricht man unter Berufung auf *Hueck* von „im Dienst eines anderen“ und meint damit ebenfalls die persönliche Abhängigkeit als *differentia specifica* des Arbeitsvertrags;<sup>36)</sup> ein Hinweis auf die Interessen- oder Äquivalenzlage verbirgt sich dahinter nicht.

### 4.2. Historie

Aus den Materialien geht ganz klar hervor, dass man mit der hier interessierenden Wendung „*Dienstleistungen für einen anderen*“ nicht auf das Nutzenkriterium abstellen wollte: „*Einem anderen zur Dienstleistung verpflichten*“ deutet sprachlich richtig auf das Eintreten in ein persönliches Dienstverhältnis, ein sich ‚Verdingen‘ ..., während ‚Dienste zusagen‘, wie § 611 BGB ... [formuliert] ebenso gut irgendeine einmalige Leistungspflicht bezeichnet.“<sup>37)</sup> Hier wird klar auf die „wirtschaftlich und persönliche Unterordnung des Arbeitnehmers in den Organismus des Unternehmens

des Arbeitgebers“<sup>38)</sup> abgestellt, die in den Materialien als Eigenart des Arbeitsverhältnisses herausgearbeitet wird. Von einem bestimmten Interessen- oder Äquivalenzverhältnis im Leistungsaustausch ist nirgends die Rede.<sup>39)</sup> Man ging wohl von der herkömmlichen Annahme des Vertragsrechts aus, dass Personen stets nur dann einen (Arbeits-)Vertrag schließen, wenn er ihnen vorteilhaft erscheint, und dass Korrekturen, falls überhaupt, nur zu Gunsten der AN erforderlich sind, an deren Freiwilligkeit bei Vertragsabschluss man eben zum Teil zweifeln konnte.

Aus historischer Sicht könnte für eine Orientierung an einem Gewinninteresse – was nicht mit Erwerbsinteresse zusammenfällt! – der Ursprung eines Teils des Arbeitsrechts in der Gewerbeordnung (für die Arbeiter) und im Handelsrecht (AHGB; für die Handelsgehilfen) sprechen, die beide Gewinnerzielungsabsicht voraussetzten.<sup>40)</sup> Auch knüpft das AngG wohl<sup>41)</sup> nach wie vor an den Kaufmannsbegriff des HGB an, für den man lange – und in Deutschland noch immer<sup>42)</sup> – Gewerblichkeit für erforderlich hielt. Allerdings wurde auch schon vor dem öUGB zum Teil das Ziel bloßer Kostendeckung für ausreichend erachtet und das öUGB verlangt nun explizit keine Gewinnerzielung mehr.<sup>43)</sup> Es wäre nun seltsam, für die Anwendbarkeit des AngG bloß wegen des Verweises auf das HGB weiterhin unter Berufung auf eine früher hM Gewinnerzielung zu fordern, das UGB hingegen unabhängig davon anzuwenden. Etwas anders verhält

34) *Rebhahn* in ZellKomm, ABGB § 1151 Rz 80.

35) *Adler/Höller* in *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), ABGB-Kommentar<sup>2</sup> (1954) § 1151, 155 f.

36) *Richardi/Fischinger* in *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2011) Vorbem zu §§ 611 ff Rz 223.

37) 78 Blg HHB 21. Sess 1912, 208.

38) 78 Blg HHB 21. Sess 1912, 206 f.

39) Die Materialien führen im Detail folgende Gründe für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses an: (1) Dauerndes Verpflichtungsverhältnis zwischen AN und AG; (2) Arbeit unter der Leitung und Verfügung des AG; (3) Arbeit mit den Arbeitsmitteln des AG; (4) persönliche Arbeitspflicht und persönlicher Anspruch auf die Arbeit; (5) Haftung des AN für Diligenz; (6) Erfolg wie Misserfolg der Arbeit geht auf Rechnung des AG; (7) zusammenfassend: persönliche und wirtschaftliche Unterordnung des AN in den Organismus des AG. Es ist leicht ersichtlich, dass alle diese Kriterien auf die vorliegenden Fälle zutreffen.

40) Zur Geschichte vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (1999) 7 ff. Auch in Deutschland wurden wichtige Bereiche des Arbeitsrechts zuerst im Gewerbe- und Handelsrecht normiert, *Richardi* in *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*<sup>3</sup> (2009) 7 ff.

41) Vgl dazu *Felten*, Angestellter, Kaufmann, Unternehmer – Die Auswirkungen des UGB auf das AngG, RdW 2007, 220.

42) *Hopt* in *Baumbach/Hopt* (Hrsg), HGB-Kommentar<sup>34</sup> (2010) § 1 HGB, Rn 15. Allerdings knüpft das deutsche Arbeitsrecht kaum mehr an das HGB an, insb weil dort relevante Bestimmungen etwa zum Wettbewerbsverbot und zu Provisionsvereinbarungen mittlerweile für alle AN gelten, *Diller* in *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg), Arbeitsrecht Kommentar<sup>4</sup> (2010) Vor § 59 HGB Rz 2 f.

43) § 1 Abs 2 UGB.



es sich mit der GewO: Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen in der GewO 1859 setzen beim AG – anders als in Deutschland<sup>44)</sup> – weiterhin Gewerblichkeit und damit Gewinnerzielungsabsicht<sup>45)</sup> iSd GewO voraus. Bei diesen Entwicklungen ist aber stets zu bedenken, dass man damals noch nicht an die heutigen Beschäftigungsformen am zweiten und dritten Arbeitsmarkt gedacht haben konnte; auch hat sich das Arbeitsrecht in weiten Teilen vom Handels- und Gewerberecht emanzipiert und findet sich in Sondergesetzen, die gerade keine solchen Einschränkungen mehr kennen.<sup>46)</sup> Für die Entwicklung weg von einer (etwaigen) Verknüpfung mit Erwerbsinteresse spricht insb die Regelungsgeschichte des ABGB, das in der Fassung von 1811 für den Lohnvertrag in § 1151 aF noch Entgeltlichkeit verlangte, bei der 3. Teilnovelle diese aber ausdrücklich für den Dienstvertrag für unbeachtlich erklärte.

Schließlich ist noch darauf einzugehen, dass die industrielle Revolution und damit der Kapitalismus gleichsam in seiner Urform und seinem Gewinnstreben wesentlich zur Schaffung des Arbeitsrechts geführt hat.<sup>47)</sup> Damit könnte das Arbeitsrecht von Anfang an „für“ ein erwerbs- und gewinnorientiertes Umfeld geschaffen worden sein. Richtiger ist aber wohl, dass es bloß „in“ einem solchen Umfeld geschaffen wurde und dieses Umfeld typischerweise zu den Problemen führt, an denen das Arbeitsrecht ansetzt. Dies wird dadurch bestätigt, dass Arbeitsrecht, dessen Schaffung und Bestehen grundsätzlich nicht mit einer bestimmten Wirtschaftsordnung verknüpft ist, weil die Probleme von Arbeit in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt weitgehend unabhängig davon auftreten.<sup>48)</sup>

### 4.3. Systematik

#### 4.3.1. Allgemeines

Da hier das allgemeine Arbeitsvertragsrecht im Vordergrund stehen soll, sind in erster Linie Normen bedeutsam, die § 1151 ABGB systematisch nahe stehen. Dort findet sich jedoch beim persönlichen Anwendungsbereich (zur Bedeutung der Rechtsfolgen später) keine einzige Bestimmung, die ausdrücklich für die Relevanz des Nutzenkriteriums spricht. Allerdings lässt uE das BEinstG gewisse Folgerungen zu. Das Gesetz geht nämlich klar von der Prämisse aus, dass die Behinderung nichts an der AN-Eigenschaft ändert,

und dass für behinderte AN auch kein besonderer AN-Begriff gilt. Weiters ergibt sich uE aus dem BEinstG, dass auch das Ausmaß der Leistungsfähigkeit grundsätzlich keine Bedeutung für die AN-Eigenschaft hat, gerade nicht für Behinderte. So ist es etwa nahe liegend, dass begünstigte Behinderte mit 50 % Behinderung und mehr auch zum Teil weniger leistungsfähig sind; das ändert aber nichts an deren AN-Eigenschaft. Die Leistungsfähigkeit kann aber sehr wohl bei den Rechtsfolgen, insb beim Entgelt, berücksichtigt werden, weil die Leistungsfähigkeit nach § 24d BEinstG wohl ein sachliches Differenzierungskriterium ist.

#### 4.3.2. Betriebsverfassung

Blickt man über das Arbeitsvertragsrecht hinaus, fällt vor allem die Regelung zum persönlichen Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts ins Auge. Danach sind Personen vom betriebsverfassungsrechtlichen AN-Begriff ausgenommen, die vorwiegend zu Zwecken der Erziehung und Behandlung oder aus karitativen und sozialen Motiven beschäftigt werden, sofern sie keinen Arbeitsvertrag haben (§ 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG). Der OGH erwähnt diese Bestimmung nicht. Fraglich ist, welche Bedeutung diese Bestimmung hat. Zuerst ist zu fragen, ob Z 4 und Z 6 leg cit die Motivlage beim Dienstleistungsempfänger oder jene beim Dienstleistenden meint (oder beide). Damit rücken aber auch die Bestimmungen zum Tendenzbetrieb in den Blickwinkel sowie § 34 Abs 1 ArbVG, der für den Betriebsbegriff die Erwerbsabsicht des Dienstleistungsempfängers ausdrücklich für unbeachtlich erklärt. Das ist die Grundregel, von der im Rahmen des Tendenzschutzes abgewichen wird, wo die Motive des Betriebsinhabers beachtlich sind (§ 132 ArbVG). Da beide Regelungen die Relevanz der Motivlage beim Dienstleistungsempfänger in sich geschlossen regeln, spricht vieles dafür, dass § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 leg cit die Motivlage beim Dienstleistenden meint. Dafür spricht weiters, dass § 36 ArbVG den AN-Begriff (für die Betriebsverfassung) regeln will. Das ArbVG unterscheidet daher danach, auf wessen Seite die besondere Motivlage gelegen ist.<sup>49)</sup> Dies ist schon deshalb überzeugend, weil die Motivlage der Parteien keineswegs zusammenfallen muss und oft auch nicht zusammenfällt. Bedeutsam ist nun, dass der OGH in seiner Entscheidung weit eher auf die Motivlage des Dienstleistungsempfängers abzustellen scheint; bezüglich der Dienstleistenden kann auch kaum gesagt werden, ihr gehe es nicht zumindest auch um das Geld, was man schon daran sieht, dass sie gegen das niedrige Entgelt protestiert hat und schließlich auch ein höheres Entgelt einklagt. Damit kann § 36 Abs 2 Z 4 und 6 ArbVG aber schon im Ansatz wenig zur vorliegenden Konstellation beitragen. Weder lag die Wohl- und Mildtätigkeit in der konkreten Entscheidung überwiegend auf Seiten der Dienstleistenden, noch hat der OGH in seiner rechtlichen Beurteilung darauf abgestellt; vielmehr hat der OGH das Motiv auf Seiten des Dienstleistungsempfängers für entscheidend gehalten. Für diesen Fall spricht das ArbVG aber wie gezeigt ziemlich eindeutig gegen die Relevanz des Nutzenkriteriums. Zwar könnten Institutionen des zweiten und dritten Arbeitsmarkts je nach Einzelfall als karitatives

44) Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen der dGewO (§§ 105 ff) wurden im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 neu gegliedert und erweitert; gleichzeitig wurde der Geltungsbereich auf AN generell ausgedehnt und hängt nicht mehr davon ab, ob der AG ein Gewerbe betreibt, § 6 Abs 2 dGewO (vgl *Pielow* in Beck'scher-Online-Kommentar-GewO, § 6 Rn 67, Stand 1.7.2011).

45) *Ennöckl* in *Raschauer* (Hrsg), *Wirtschaftsrecht*<sup>3</sup> (2010) 127 f.

46) ZB AVRAG, AZG, DHG, MSchG bzw VKG und UrlG.

47) *Richardi* in *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*<sup>3</sup>, 9.

48) *Treffend Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht I*<sup>6</sup>, 1.

49) So auch zur deutschen Betriebsverfassung, *Mayer-Maly*, *Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff* 16 ff.

Unternehmen iSd § 132 Abs 1 ArbVG gelten.<sup>50)</sup> Dies führt allerdings – anders als in Deutschland<sup>51)</sup> – bloß dazu, dass Teile der wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechte unanwendbar sind, oder davon abhängen, dass die Zweckbestimmung des Unternehmens dies zulässt; ansonsten ist das Betriebsverfassungsrecht aber jedenfalls voll anwendbar. Auch zum KollV differenziert das ArbVG nicht, womit die hier in Frage stehenden Betriebe selbstverständlich erfasst sind, wie auch der BAGS-KollV zeigt.

Für die vertretene Auffassung zum Betriebsverfassungsrecht sprechen auch teleologische Erwägungen. Wenn das nichtökonomische Motiv auf der Seite des Dienstleistenden vorliegt, ist die Betriebsverfassung gänzlich unanwendbar; verfolgt der AG ein solches Motiv, ist die Betriebsverfassung grundsätzlich anwendbar und nur hinsichtlich bestimmter (wirtschaftlicher) Mitwirkungsrechte eingeschränkt. Diese Differenzierung ist deshalb gerechtfertigt, weil die Dienstleistenden iSd § 36 Abs 2 Z 4 und Z 6 ArbVG idR nur ehrenamtlich und ohne Leistungspflicht neben ihrem Hauptberuf arbeiten. Die gleiche Motivlage beim Dienstleistungsempfänger sagt hingegen nichts über die Schützwürdigkeit des Dienstleistenden aus. Warum daher eine bestimmte Motivlage beim/bei der DienstleistungsempfängerIn auf den AN-Begriff durchschlagen soll, ist nicht ersichtlich.<sup>52)</sup>

Trotzdem soll aber kurz angesprochen werden, was gelten würde, wenn § 36 Abs 2 Z 4 und 6 ArbVG doch auch den vorliegenden Fall erfassen würden, etwa weil der Dienstleistende ebenfalls stark oder überwiegend andere Motive verfolgt als den Einkommenserwerb. *Resch* scheint zumindest potentiell davon auszugehen, dass diese Bestimmung für den vorliegenden Fall relevant sein könnte, sieht in dieser Bestimmung aber schon deshalb keine Stütze für das Ergebnis des OGH, weil die Ausnahme nur dann greift, wenn die Personen „nicht auf Grundlage eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind“.<sup>53)</sup> Daraus folge, dass auch die Dienstleistungserbringung aus erzieherischen, karitativen und anderen (nicht ökonomischen) Motiven auf Grundlage eines Arbeitsvertrages erfolgen könne, sodass es für die Vertragstypenzuordnung gerade nicht auf die Interessenlagen und Motive der Parteien ankomme.

Diese Schlussfolgerung ist aber nicht zwingend. Unterstellt man, dass § 36 Abs 1 Z 4 und 6 ArbVG auf die (mögliche) Rechtslage im Arbeitsvertragsrecht Bezug nehmen (oder diese sogar gestalten wollen), wären folgende Deutungen möglich: Die Ausnahme iVm der Gegen Ausnahme in Z 4 und Z 6 leg cit könnte etwa bedeuten, dass solche Dienstleistungsverhältnisse nach Ansicht des Gesetzgebers trotz persönlicher Abhängigkeit und damit Eingliederung iSd § 36 Abs 1 ArbVG vertragsrechtlich im Regelfall keine Arbeitsverhältnisse sind, und dass nur im Ausnahmefall, wenn doch ein Arbeitsvertrag vorliegt, auch das Betriebsverfassungsrecht anwendbar sein soll (nicht in Betracht kommt die Normhypothese, dass die Wendung „auf Grundlage eines Arbeitsvertrages beschäftigt“ bloß die vertragliche Vereinbarung des Arbeitsrechts meint, weil das Gesetz klar vom gesetzlichen AN-Begriff ausgeht). Die Ausnahme könnte dann mehrere Gründe haben: (1) der Gesetzgeber ging davon aus, dass

solche Personen (etwa mangels Arbeitspflicht) idR keinen Arbeitsvertrag haben; (2) der Gesetzgeber ging davon aus, dass solche Leistungen grundsätzlich auf Basis anderer Vertragstypen erbracht werden (zB Mitgliedschaftsverhältnisse, Betreuungsvertrag); (3) der Gesetzgeber ging davon aus, dass grundsätzlich gar kein Vertrag vorliegt, weil die Beschäftigung auf Basis sozialrechtlicher und damit öffentlich-rechtlicher Zuweisungen erfolgt. In allen drei Fällen würde das Betriebsverfassungsrecht für seine Anwendung (anders als sonst) doch ein (Arbeits-)Vertragsband verlangen und nicht die bloße Eingliederung genügen lassen. Aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht hätten alle Varianten konstitutiven Charakter, weil in den Betrieb (zumindest faktisch) eingegliederte Personen keine AN iSd § 36 ArbVG wären. Relevant ist hier aber die mögliche Bedeutung der Z 4 und 6 leg cit für das Arbeitsvertragsrecht.

Eine solche Deutung scheidet aber schon deshalb aus, weil sie voraussetzt, dass die Motive als solche zur Ausnahme vom arbeitsvertraglichen AN-Begriff führen, wodurch aber die Gegen Ausnahme sinnlos wäre. Zwar legen die Materialien eine solche Deutung möglicherweise nahe, die ausführen: „Den in den [Z 4 bis Z 6] bezeichneten Personen ist gemeinsam, dass sie nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind und ihre Beschäftigung überwiegend besondere Motive verfolgt oder bestimmten Zwecken dient.“<sup>54)</sup> Diese Aussage hat jedenfalls deskriptiven Charakter und kann entweder eine bloße Wiedergabe des Gesetzestextes sein oder eine Beschreibung einer bestimmten Rechtsauffassung zum arbeitsvertraglichen AN-Begriff. In beiden Fällen stützen die Materialien aber die mögliche Deutung, dass Z 4 und 6 leg cit arbeitsvertragsrechtliche Relevanz haben und den AN-Begriff gestalten wollen. Dagegen spricht aber die systematische Erwägung, dass man in einer betriebsverfassungsrechtlichen Norm keine Aussage zum Arbeitsvertragsrecht vermuten muss; insb deshalb, weil § 36 ArbVG ja an sich für den betriebsverfassungsrechtlichen AN-Begriff gerade keinen Vertrag voraussetzt. Außerdem kennt

50) Gegen die Subsumtion von geschützten Werkstätten als karitative Unternehmen vgl das Gutachten der Arbeiterkammer infas 2/1985. Die dort (ohne nähere Begründung) geäußerte Rechtsansicht, dass die in einer solchen Werkstätte geschützten Personen jedenfalls AN iSd § 36 ArbVG sind, soll zumindest erwähnt werden.

51) Dort stehen potentiell sämtliche Bestimmungen der Betriebsverfassung unter dem Vorbehalt, dass die Tendenz des Unternehmens der Anwendung nicht entgegensteht, § 118 Abs 1 dBetrVG. Für eine Ausnahme eines Unternehmens wegen karitativer Zielsetzung fordert das BAG (NZA 2001, 1325) eine „leidensbedingte Hilfsbedürftigkeit“ des Dienstleistenden; Langzeitarbeitslosigkeit oder der Empfang von Sozialhilfe als solche, reichen dafür nicht, weil beide Situationen auch andere Gründe haben können; insgesamt zur Judikatur *Wedde in Däubler et al*, BetrVG-Kommentar<sup>12</sup> (2010) § 118 Rn 27 ff.

52) Im Ergebnis so auch *Richardi/Fischinger in Staudinger*, BGB Vorbem zu §§ 611 ff, Rz 280 ff.

53) ZAS 2011, 20.

54) RV 840 BlgNR 13. GP 69.

auch das KollV-Recht keine solche Ausnahme, und die Anwendung des KollV steht in der vorliegenden Entscheidung zur Diskussion.

Die Materialien können daher wohl nur als Wiedergabe einer Rechtsansicht zum vertraglichen AN-Begriff verstanden werden. Ob diese (mögliche) Rechtsansicht der damals herrschenden Doktrin zum AN-Begriff entspricht, ist aber zu bezweifeln. Die beste Referenz ist in diesem Zusammenhang wohl das von *Tomandl* 1971 erstattete Gutachten zu den Wesensmerkmalen des Arbeitsvertrages. In seinen Überlegungen de lege lata finden sich keine Anhaltspunkte für die Relevanz des Nutzenkriteriums, sondern sie stehen ganz im Zeichen der persönlichen Abhängigkeit;<sup>55)</sup> erst im rechtspolitischen Teil greift er die Bedeutung des Erwerbszwecks im Rahmen der Entgeltlichkeit auf.<sup>56)</sup> Dort fordert er eine Ausnahme von unentgeltlichen Arbeitsverhältnissen. Zur Erwerbsabsicht setzt er sich mit der Arbeit *Mayer-Malys*<sup>57)</sup> auseinander und hält ausdrücklich fest, dass die von *Mayer-Maly* behandelten Fälle dann nicht ausgenommen sind, wenn zumindest ein Taschengeld oder ein Naturallohn gewährt wird. Auch wenn sich diese Teile im *de lege ferenda*-Teil des Gutachtens finden, haben sie doch den Charakter einer dogmatischen Arbeit und können daher als Referenz herangezogen werden. Daraus ergibt sich jedenfalls klar, dass die vom Gesetzgeber in den Materialien (möglicherweise) vorgebrachte Rechtsmeinung zur AN-Eigenschaft von Personen, die aus bestimmten Motiven beschäftigt werden, wenig bis keine Bedeutung hat, weil sie zumindest nicht herrschend oder sogar falsch war.

Schließlich passt die Ausnahme nach § 36 Abs 1 Z 4 und 6 ArbVG auch teleologisch nur für das Betriebsverfassungsrecht, weil die angesprochenen AN-Gruppen typischerweise betriebssoziologisch andere Interessen haben; dies legen auch die Materialien nahe, die zu § 36 Abs 1 Z 6 ausführen: „[Z 6] soll jenen Kreis von

*Beschäftigten erfassen, der sich in der Motivation der Beschäftigung interessentmäßig von der übrigen Belegschaft erheblich unterscheidet, wie zB Ordenspersonen.*“ Dieser *Telos* trägt aber – wie etwa bei den leitenden Angestellten – nur die Ausnahme vom Betriebsverfassungsrecht. Fällt demgegenüber die Mehrzahl der in einem Betrieb abhängig Beschäftigten (zB geschützte Werkstätte) in die Ausnahme des § 36 Abs 1 Z 4 und 6 ArbVG, wäre die Anwendung der Betriebsverfassung zumindest teleologisch erwägenswert.

Zu § 36 ArbVG ist daher zusammenfassend festzuhalten, dass er uE auf die (nichtökonomische) Motivlage beim/bei der Dienstleistenden abstellt und für den vorliegenden Fall schon deshalb nicht einschlägig ist. Aber selbst wenn man § 36 ArbVG dennoch eine Bezugnahme auf die Motivlage beim/bei der DienstleistungsempfängerIn unterstellt, spricht Einiges gegen eine Ausstrahlung auf den vertragsrechtlichen AN-Begriff.

### 4.3.3. Entgeltlichkeit, Erwerbsdienlichkeit und Fremdnützigkeit

Systematisch ebenfalls bedeutsam könnte die Entgeltlichkeit des Rechtsverhältnisses sein. Diese ist aber in Österreich<sup>58)</sup> und Deutschland<sup>59)</sup> keine Voraussetzung für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses, weshalb die Höhe, Gestaltung etc als solche auch keinen Einfluss auf Einordnung des Vertrags haben dürfen. Anders ist die Situation in der Schweiz, wo Art 319 Obligationenrecht (OR) den AG „zur Entrichtung eines Lohnes“ verpflichtet und deshalb Entgeltlichkeit verlangt wird.<sup>60)</sup> Aber selbst dort wurde die Arbeit eines Invaliden gegen einen bescheidenen Lohn als Arbeitsverhältnis eingestuft, weil damit nicht bloß der Erfolg einer Beschäftigungstherapie entgolten wurde, sondern jener Teil der Arbeit, die tatsächlich verwertbar war.<sup>61)</sup> Den hier zu diskutierenden Entscheidungen lag genau der gleiche Sachverhalt zugrunde, allerdings erhielt die Dienstleistende offenbar weniger Entgelt, als ihrer Arbeitsleistung entsprach.<sup>62)</sup> In Deutschland wird aus der nicht erforderlichen Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages auch zutreffend gefolgert, dass auch die Erwerbsdienlichkeit – wie überhaupt die Motive für die Erbringung der Dienstleistung – für den vertragsrechtlichen AN-Begriff unbeachtlich ist.<sup>63)</sup> Das ist auch für Österreich zu fordern; das Diktum, wonach auch MillionärInnen AN sein können, meint allerdings eher die (nicht erforderliche) Lohnabhängigkeit und weniger die (nicht erforderliche) Erwerbsdienlichkeit. Hält man die Motive auf AN-Seite für unbeachtlich, muss das wohl auch für die Motive des AG gelten. Schließlich wurde in Deutschland auch das Kriterium der Fremdnützigkeit diskutiert, welches das BAG iZm den Entscheidungen zum Rundfunk verwendet hat, später aber bald wieder aufgab; damit war bloß gemeint, dass ein Dienstleistender keinen Erfolg schuldet, sondern seine Dienste zur Verwertung einem anderen zur Verfügung stellt, ein bestimmtes Nutzenniveau nicht verlangt.<sup>64)</sup> Da damit der Dienstleistungsempfänger auch das Risiko der Verwertbarkeit der Arbeit trägt, ändert eine mangelnde Verwertung derselben auch nichts an der AN-Eigenschaft, wie § 1155 ABGB indiziert.<sup>65)</sup>

55) *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 1–144.

56) *Tomandl*, Wesensmerkmale 177 ff.

57) Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff.

58) *Tomandl*, Wesensmerkmale 54 ff.

59) *Richardi/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Vorbem zu §§ 611 ff Rz 283; allerdings wird gefordert, dass es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt. Um einen solchen anzunehmen, ist aber jedenfalls kein bestimmtes Äquivalenzverhältnis erforderlich; auch ist strittig, ob dafür die Leistungen überhaupt in einem Synallagma stehen müssen, unstrittig ist bloß die finale wechselseitige Abhängigkeit der Pflichten (vgl dazu *Otto/Schwarze* in *Staudinger*, BGB Vorbem zu §§ 320-326 Rz 1 ff).

60) *Streiff/von Kaenel*, Praxiskommentar OR (2006) Art 319 N2.

61) Arbeitsgericht Zürich, JA 1990, 110.

62) Sie erhielt nur etwa ein Drittel des KollV-Entgelts, obwohl der Betrieb etwa 36 % der Aufwendungen selbst erwirtschaftete.

63) *Richardi/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Vorbem zu §§ 611 ff Rz 280 ff.

64) *Richardi/Fischinger* in *Staudinger*, BGB Vorbem zu §§ 611 ff Rz 243.

65) Vgl dazu das österr Beispiel von *Resch*, wenn ein staatsnaher Betrieb vor Wahlen AN nur deshalb einstellt, um die Arbeitslosenquote zu schönen (ZAS 2011, 22).



#### 4.4. Teleologie

Als letztes Auslegungsinstrument für die Relevanz des Nutzenkriteriums für den vertragsrechtlichen AN-Begriff des § 1151 ABGB ist der Normzweck zu beachten. Beim AN-Begriff sind Zweck und Funktion zu trennen.<sup>66)</sup> Seine Funktion ist die Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Dienstleistungsverträgen. Über den Zweck ist damit noch nichts gesagt, und der Zweck ist auch literarisch ebenso wenig breit diskutiert wie die Zwecksetzungen der einzelnen arbeitsrechtlichen Regelungen. Normzweck des AN-Begriffs ist es jedenfalls, das Arbeitsrecht überall dort zur Anwendung zu bringen, wo die Rechtsfolgen dies erfordern. Das Spannungsfeld verläuft hier zwischen einer pauschalen und einheitlichen Abgrenzung für das ganze Arbeitsrecht, die Rechtssicherheit schafft, und einer je nach dem Zweck eines Gesetzes oder sogar einer Norm differenzierten Abgrenzung. Man könnte nun fragen, inwieweit das Nutzenkriterium teleologisch zu bewerten ist. Eine andere Möglichkeit wäre zu fragen, inwieweit die ansonsten postulierten Zwecksetzungen positiv auf den vorliegenden Fall zutreffen, was aber hier aus Platzgründen nicht möglich ist; daher nur so viel: Die Dienstleistende des Ausgangssachverhaltes ist persönlich und wirtschaftlich abhängig, steht in einem Dauerschuldverhältnis und ist vertraglich zu Vollzeitarbeit verpflichtet. Bedenkt man nur ansatzweise, wie viele arbeitsrechtliche Bestimmungen diese Aspekte berücksichtigen, könnte man leicht auf die Idee kommen, bereits hier die Prüfung abzubrechen und die AN-Eigenschaft guten Gewissens zu bejahen.

Es soll aber weiter gefragt werden. Die Bedeutung des Nutzenkriteriums liegt vor allem darin, dass es einem Arbeitsvertrag a priori einen bestimmten wirtschaftlichen Austausch und Zweck unterstellt, der streng marktorientiert ist. Man kann wohl kaum leugnen, dass die Vorgänge auch im gegenwärtigen Fall wirtschaftlich für alle Beteiligten bedeutsam waren: Die Dienstleistende bekommt ein geringes Einkommen, der Dienstleistungsempfänger erhält pro Jahr etwa € 360.000,- Umsatz und Förderungen iHv € 600.000,- und unterhält damit wohl auch einige „normale“ Arbeitsplätze. Die Marktorientierung reicht soweit, dass die Produkte absolut marktgängig sind, auf dem ganz normalen Markt vertrieben werden und wohl auch zu ganz normalen Preisen verkauft werden, weil ansonsten die hohe Förderintensität möglicherweise auch auf mangelndes Verkaufsgeschick des Dienstleistungsempfängers zurückzuführen wäre. Das reicht dem OGH aber nicht, er fordert noch mehr Marktnähe. Es mag hier dahinstehen, welche (ökonomischen und sozialen) Vorstellungen der OGH von einem Markt hat und was für ihn Wirtschaft bedeutet. Klar erscheint hingegen, dass selbst bei Bejahung des Nutzenkriteriums die hier erfolgte Subvention und die angelegten Maßstäbe übertrieben sind und Arbeitsrecht nur mehr dem streng wettbewerbs- und gewinnorientierten Wirtschaftsleben zuweist. Das ist jedoch schon deshalb im Ansatz fragwürdig, weil die Entgeltlichkeit in Österreich und Deutschland nach völlig hM kein Wesensmerkmal des Arbeitsvertrages ist.<sup>67)</sup>

Es entsteht daher der Eindruck, dass der OGH daran gedacht hat, wer sich die Anwendung des

Arbeitsrechts finanziell leisten kann. Solche Überlegungen sollten aber – so sie überhaupt anzustellen sind – zumindest offen gelegt werden.

Zur Erwerbsorientierung können hier aus Platzgründen nur zwei Aspekte vorgebracht werden:

(1) Das Arbeitsrecht geht von der Entgeltlichkeit des Arbeitsverhältnisses deshalb aus, weil der AN typischerweise daraus seinen Lebensunterhalt bestreitet; insofern ist das Arbeitsverhältnis regelmäßig erwerbsorientiert. Es ist aber wohl unstrittig, dass viele Dienstleistende in geförderten Dienstleistungsverhältnissen ebenfalls ihren Lebensunterhalt (zumindest partiell) durch ihre Arbeit erwirtschaften; dass sie eventuell auch ohne Arbeit aufgrund von Sozialleistungen leben könnten, ändert daran nichts, auch weil man das potentiell bei allen Dienstleistenden behaupten könnte.

(2) Entscheidend ist aber, dass es gar keine Notwendigkeit gibt, dem Arbeitsrecht eine Markt- oder Erwerbsorientierung zu unterstellen. Ist nämlich die Arbeitsleistung gering, kann auch zulässigerweise ein entsprechend niedriges Entgelt vereinbart werden. Das Entgelt wird nun entweder privatautonom oder von Kollektiven der AN- und AG-Verbände verhandelt, die darauf Rücksicht nehmen können (so wie dies auch der BAGS-KollV tut; vgl dazu unten bei Pkt 5.).<sup>68)</sup> Die wichtigsten Kosten für die AG, das Entgelt, sind daher flexibel. Bestes Beispiel ist § 24d BEinstG, der bei geringer Leistung eines behinderten AN auch ein geringeres Entgelt zulässt; im Übrigen rechtfertigt eine geringere Leistung auch vor allen anderen Diskriminierungstatbeständen grundsätzlich eine geringere Bezahlung.<sup>69)</sup> Damit haben es die beteiligten Verkehrskreise selbst in der Hand, durch Regelung des Entgelts auf die besonderen Zwecke eines Arbeitsverhältnisses Rücksicht zu nehmen, soweit es weniger marktorientiert ist. Es besteht daher weder Bedarf noch eine dogmatische Rechtfertigung, dieses in sich schlüssige System durch eine nicht zwingende Wortauslegung zu § 1151 ABGB zu durchbrechen.

All dies hat der OGH bei der primär anhand des Nutzenkriteriums vorgenommenen Vertragstypenordnung nicht bedacht. Eine auf das Nutzenkriterium gestützte Ausnahme der persönlich abhängig Dienstleistenden auch von jenen Bestimmungen, welche allein auf die organisatorische Eingliederung abstellen und von Motivation sowie wirtschaftlicher Interessenlage am Leistungsaustausch unabhängig sind, erscheint jedenfalls kaum rechtfertigbar. Sofern man daher überhaupt innerhalb der persönlich Abhängigen nach dem Nutzenkriterium differenzieren will, kommt dies nur bezüglich der spezifisch wirtschaftlichen Schutzvorschriften (insb Mindestentgelt und Entgeltfortzahlung) in Betracht. Dies könnte dann zwar möglicherweise (wertungsmäßig und eher nicht de lege lata) auch eine entsprechende Aus-

<sup>66)</sup> Reiner, JBl 2010, 564.

<sup>67)</sup> Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 54 ff; Richardi/Fischinger in Staudinger, Vorbem zu §§ 611 ff, Rz 283.

<sup>68)</sup> Zum (ursprünglich) ähnlich gelagerten Problem bei Feriapraktikanten vgl Risak, ZAS 1997, 19 f.

<sup>69)</sup> Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG-Kommentar (2009) GIBG § 5 Rz 124 f mwN.



nahme von diesen Bestimmungen tragen. Allerdings kann eine solche Differenzierung nicht einseitig wirken, sondern sie müsste umgekehrt auch zu einer entsprechenden Ausweitung des Anwendungsbereiches der (auf wirtschaftliche Abhängigkeit abstellenden) Schutzvorschriften auf wirtschaftlich abhängige freie DienstnehmerInnen und WerkunternehmerInnen führen (auch dies freilich eher de lege feranda, weil gegen eine Ausweitung de lege lata insb die punktuellen Sonderbestimmungen für AN-Ähnliche sprechen).

## 5. Ein anderer Lösungsweg

Angesichts all dieser Bedenken und offenen Fragen ist erstaunlich, warum sich der OGH im konkreten Fall überhaupt auf die Diskussion über die AN-Eigenschaft der Dienstleistenden eingelassen und die (in ihren über den Einzelfall hinausgehenden Auswirkungen kaum einschätzbare) Aussage getroffen hat, dass das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ein überwiegendes wirtschaftliches Eigeninteresse des Dienstleistungsempfängers am Leistungsaustausch voraussetzt. Der von der Dienstleistenden geltend gemachte Entgeltanspruch nach BAGS-KollV hätte wohl auch bei Bejahung der AN-Eigenschaft abgelehnt werden können. § 2 des KollV nimmt (in seiner für den entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt maßgeblichen Fassung vom 1.1.2006) ausdrücklich jene AN (!) von seinem Geltungsbereich und damit auch von seinen Entgeltregelungen aus, die im Rahmen von sozialhilfe- und behindertenrechtlichen Maßnahmen des jeweiligen Landesrechts beschäftigt werden. Zwar fügte die nachfolgende Fassung des KollV aus 2007 in § 2 eine Gegen Ausnahme ein, die aber nicht für die kollektivvertraglichen Entgeltbestimmungen gilt und überdies auch vom zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich nicht auf die Dienstleistende anwendbar ist (die Gegen Ausnahme erfasst nur nach dem 1.1.2007 eingetretene Transit-AN in sozialökonomischen Betrieben und gemeinnützigen Beschäftigungsprojekten). Die Dienstleistende hätte daher auch bei Bejahung der AN-Eigenschaft keinen Entgeltanspruch nach BAGS-KollV gehabt. Aber selbst wenn der KollV keine ausdrückliche Ausnahme von den Mindestentgeltregelungen enthalten würde, könnte man (auf Grundlage der bei Pkt 4.4. angestellten Überlegungen) noch an eine teleologische Reduktion denken.

Allerdings hätte sich bei Bejahung der AN-Eigenschaft im entscheidungsgegenständlichen Verfahren die Frage nach der Vereinbarkeit der kollektivvertraglichen Ausnahmeregelung mit dem Diskriminierungsverboten des BEinstG gestellt, welche der OGH möglicherweise vermeiden wollte. Diese Frage hätte

aber wohl weitaus weniger (weit reichende) Probleme aufgeworfen, als das vom OGH eingeführte Nutzenkriterium und sie wäre uE auch durchaus lösbar gewesen.

## 6. Zusammenfassung und Ausblick

Statt altbewährten Pfaden zu folgen und die AN-Eigenschaft bei persönlicher Abhängigkeit zu bejahen, hat der OGH bestimmte geförderte Beschäftigungsverhältnisse gleich vollkommen vom Arbeitsrecht ausgenommen, obwohl nur die Anwendbarkeit des kollektivvertraglichen Mindestentgelts zu entscheiden war. Dies wäre aber allein aufgrund des KollV möglich gewesen, der die betroffenen Dienstleistenden ohnedies von seinem Geltungsbereich ausdrücklich ausgenommen hat; ein Mittelweg wäre es gewesen, die AN-Eigenschaft zu bejahen, aber die Entgeltbestimmungen aufgrund teleologischer Reduktion nicht anzuwenden. Dieser einfache und nahe liegende Lösungsweg wurde allerdings weder vorgebracht noch vom OGH aufgegriffen. Der OGH stellt (trotz persönlicher Abhängigkeit) vielmehr allein auf die Nutzenverteilung im Arbeitsverhältnis ab und fragt, von wessen Bedürfnissen das Dienstleistungsverhältnis geprägt ist. Überzeugender (und auch weniger problematisch) wäre es allerdings gewesen, in Übereinstimmung mit der bisher herrschenden Doktrin zur persönlichen Abhängigkeit die AN-Eigenschaft zu bejahen und so die KollV-Parteien zu einer Lösung anzuhalten, sollte sie das für im KollV (für den ersten Arbeitsmarkt) normierte Entgelt für unangemessen hoch erachten. Solche Differenzierungen wären nach den Diskriminierungstatbeständen zulässig, weil unterschiedliche Leistungsniveaus unterschiedliche Entgelte zulassen. UE handelt es sich daher bei den hier untersuchten Rechtsverhältnissen um echte Arbeitsverhältnisse und nicht um freie Dienstverhältnisse oder gar Therapieverträge. Die hier behandelten Probleme bilden allerdings erst den Anfang einer Debatte, welches Recht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt gilt. Viele Fragen erscheinen weitgehend ungeklärt oder gar unbehandelt. Vor allem die förderungsrechtlichen Probleme sind wenig untersucht; hier überlagern sich Subventions-, Arbeits-, und Sozialrecht.<sup>70)</sup> Damit verbunden sind wichtige Fragen des Rechtsschutzes, vor allem bei Nichtförderung im Vergleich zu einem „Konkurrenten“, was auf AN- und AG-Seite gleichermaßen relevant sein kann, je nachdem, wer FörderwerberIn ist. Soweit es um Landesförderungen geht, stellen sich für Regelungen abseits der Förderung ieS (zB Vertragstypenzuordnung) auch Fragen zur verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung. Europarechtlich ist das Verhältnis der Arbeitsmarktförderungen zum europäischen Beihilfenrecht und zur europarechtlich geforderten Haushaltsdisziplin relevant. Da Staaten zunehmend eher Arbeit statt Arbeitslosigkeit finanzieren wollen (workfare statt welfare<sup>71)</sup>), werden diese Fragen auch quantitativ immer bedeutsamer.

<sup>70)</sup> *Waltermann*, Niedrige Entgelte als Problem des Arbeits- und Sozialrechts, in FS-Picker (2011) 1180 ff.

<sup>71)</sup> Weiterführend *Dimmel*, Gemeinnützige Zwangsarbeit? (2000); *Paz-Fuchs*, Welfare to Work (2008); *Peck*, Workfare States (2001).

## Aus der Rechtsprechung

### Entscheidungsbesprechungen

47.

#### Bezahlung von Zwischen-Wegzeiten im „Zweiteiler-Dienst“

§§ 2, 5, 11, 13b,  
15a, 18, 20b  
AZG;  
KollV für die  
Dienstnehmer  
der Verkehrs-  
betriebe der  
Grazer Stadt-  
werke AG

OGH  
15.12.2009  
9 ObA 6/09m

OLG Graz  
5.11.2008  
7 Ra 75/08s

LG Graz  
7.2.2008  
49 Cga 119/07d

1. Wegzeiten zwischen geteilten Diensten zählen nicht zum dienstlichen Aufgabengebiet, sondern sind der Freizeit des Arbeitnehmers zuzurechnen.
2. Der Kollektivvertrag (KollV) für die Dienstnehmer der Verkehrsbetriebe der Grazer Stadtwerke trägt den Besonderheiten des Lenkdienstes durch detaillierte Regelungen Rechnung. Da er eine Regelung über die Bezahlung von Zwischen-Wegzeiten nicht enthält und klar die Absicht zeigt, Reisebewegungen nur dann zu honorieren, wenn dabei konkrete Arbeitsleistungen erbracht werden, besteht für Zwischen-Wegzeiten kein Entgeltanspruch.

Der Kläger (KI) ist [...] als Buschauffeur eingesetzt und befährt als solcher mit Linienbussen der Beklagten (Bekl) das Straßennetz im Grazer Einzugsgebiet. Auf das Dienstverhältnis kommt der KollV für die Dienstnehmer der Verkehrsbetriebe der Grazer Stadtwerke AG (in der Folge: KollV) zur Anwendung. Im Rahmen des von der Bekl erstellten Dienstplans wird der KI überwiegend zu geteilten Diensten eingeteilt. Das bedeutet, dass er zwischen dem Ende eines Dienstteils und dem Beginn des nächsten Dienstteils eine Wegstrecke zurücklegen muss, um zu seinem im Zuge des Dienstplans vorgegebenen nächsten Abfahrtsort zu gelangen. Dafür kann der KI kostenlos die öffentlichen Verkehrsmittel der Bekl benützen. [...]

Im Mai 2007 [...] hätte der KI (unter Berücksichtigung von Warte- bzw Umsteigzeiten von je 5 Minuten) zwischen zwei Diensten folgende Wegzeiten absolvieren müssen:

Datum	Teildienstende	Teildienstbeginn	Wegzeit
1.5.07	14:12 Uhr	15:03 Uhr	17 Min.
2.5.07	7:57 Uhr	9:15 Uhr	32 Min.
2.5.07	12:15 Uhr	13:47 Uhr	17 Min.
3.5.07	10:15 Uhr	12:47 Uhr	39 Min.
7.5.07	18:37 Uhr	19:34 Uhr	32 Min.
8.5.07	17:32 Uhr	18:27 Uhr	20 Min.
9.5.07	14:41 Uhr	16:08 Uhr	33 Min.
13.5.07	12:12 Uhr	12:50 Uhr	22 Min.
20.5.07	17:27 Uhr	18:34 Uhr	30 Min.
21.5.07	17:17 Uhr	18:27 Uhr	20 Min.
22.5.07	14:30 Uhr	15:27 Uhr	15 Min.
25.5.07	10:27 Uhr	14:41 Uhr	28 Min.
26.5.07	10:10 Uhr	10:55 Uhr	17 Min.
27.5.07	9:15 Uhr	10:09 Uhr	15 Min.
			337 Min.

In den Unterbrechungszeiten zwischen den geteilten Diensten fallen für den Fahrer keine bestimmten Aufgaben an; auch auf der Fahrt zum nächsten Abfahrtsort muss er keine eigenen Lenktätigkeiten verrichten. Er muss aber Dienstkleidung tragen.

Der KI begehrt mit seiner Klage die Zahlung von 75,59 € brutto sA an restlicher Wegzeitenabgeltung für Mai 2007. Zwischen den geteilten Diensten müsse er oftmals Dienstwege quer durch ganz Graz zurücklegen, um zum vorgegebenen Abfahrtsort des nächsten Dienstteils zu gelangen. Die dafür aufgewendete Zeit sei nicht als „Weg zur Arbeit“ und daher als Freizeit, sondern gem § 2 AZG als Arbeitszeit zu qualifizieren, die in Form von zuschlagspflichtigen Überstunden abzugelten sei. [...] Schon aufgrund der Kürze der Unterbrechungsintervalle könne der KI diese Zeit nicht sinnvoll (privat) nützen; die Zeit reiche oft gerade aus, um den Abfahrtsort des folgenden Dienstteils rechtzeitig zu erreichen. [...]

Die Bekl beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Die vom KI geltend gemachten Zeiten seien keine Dienstzeiten, sondern Wege zur Arbeit, die nicht abzugelten seien. Es handle sich um Reisebewegungen, die gem § 33 Abs 2 des KollV nur bei Verrichtung konkreter Arbeitsleistungen über die Reisezeit hinaus zu vergüten seien. [...]

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren im Umfang von 38,19 € brutto sA statt und wies das Mehrbegehren ab. [...]

Das von beiden Seiten angerufene *Berufungsgericht* gab der Berufung der Bekl nicht Folge. Hingegen gab es der Berufung des KI Folge und änderte das Ersturteil in ein Teilurteil ab, mit dem die Bekl zur Zahlung von 57,06 € brutto sA verpflichtet wurde. [...]

Entscheidend sei, dass die Wegzeit zum Abfahrtsort des zweiten oder folgenden Dienstteils einerseits nicht in jedem Fall als Weg von der Wohnung zur Arbeitsstätte qualifiziert werden könne, weil sie nicht vor Dienstbeginn oder nach Dienstende liege. Andererseits sei diese Wegzeit durch den von der Bekl erstellten Dienstplan bedingt, entspreche also einer „Inanspruchnahme“ des Dienstnehmers, die im besonderen Maße dann zutage trete, wenn die (geringe) Dauer der Arbeitsunterbrechung gerade noch ausreiche, um nach Beendigung des ersten Dienstteils den Beginn des zweiten noch rechtzeitig zu erreichen. Insoweit schließe sich das Berufungsgericht der in 9 ObA 102/93 geäußerten Rechtsauffassung, die Wegzeit zum Antrittsort des zweiten Dienstteils gehöre nicht zum dienstlichen Aufgabengebiet, sondern falle in die Freizeit oder Pause und sei daher Wegzeit vom (zum)

Arbeitsort, nicht an. Erst ab einer bestimmten Dauer der Arbeitsunterbrechung könne von einem „Arbeitsende“ gesprochen werden, zumal dem Dienstnehmer dann ein ausreichend großer Zeitraum zur Verfügung stehe, über den er sinnvoll – gleichsam einer Freizeitgestaltung – verfügen könne. Dieser Zeitrahmen könne vernünftigerweise nicht unter 120 Minuten liegen. [...]

#### *Rechtliche Beurteilung*

##### **I. [...]**

##### **II. [...]**

*II.1.* Wegzeiten, die der Arbeitnehmer aufzuwenden hat, um von seiner Wohnung zu seiner Arbeitsstätte bzw von der Arbeitsstätte wieder zurück zu seiner Wohnung zu gelangen (Arbeitswege), gehören nicht zur Arbeitszeit (RIS-Justiz RS0051331; 9 ObA 102/93 = DRdA 1994, 53 [Spitzl]; 8 ObA 36/04h). Sie liegen vor Arbeitsbeginn oder nach Arbeitsende und stellen keine unmittelbare Erfüllung des Arbeitsvertrags dar, sondern dienen nur dazu, den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seine arbeitsvertraglich geschuldeten Pflichten zu erfüllen (Mazal, Wegezeiten in der Bauwirtschaft, in FS-Cerny [2001] 295 [301]). Sie sind der Freizeit des Arbeitnehmers zuzurechnen und diesem nur bei entsprechender Vereinbarung zu vergüten (4 Ob 92/82; 9 ObA 102/93 mwN).

*II.2.* Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind Wegzeiten, die zwischen geteilten Diensten anfallen. Der OGH hat sich mit der rechtlichen Einordnung solcher Wegzeiten in der schon von den Vorinstanzen erörterten E 9 ObA 102/93 auseinandergesetzt. Auch damals waren zwischen dem ersten und dem zweiten Teil eines Zweiteiler-Dienstes liegende Arbeitsunterbrechungen – die damals zwischen zwei und fünf Stunden betragen – zu beurteilen, während derer der Arbeitnehmer eine bestimmte Wegstrecke zurückzulegen hatte, um an den für die zweite Hälfte seines Dienstes vorgesehenen Abfahrtsort zu gelangen. Der OGH vertrat dazu die Rechtsauffassung, dass es sich weder bei den Unterbrechungen selbst noch bei den zurückzulegenden Wegzeiten um Arbeitszeit handle, zumal während dieses Zeitraums keine Inanspruchnahme des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber erfolge. Die Honorierung der Wegzeiten iSd zur Reisezeit von im Außendienst tätigen Mitarbeitern entwickelten Rspr lehnte der OGH mit der Begründung ab, dass die Wegzeiten nicht zum dienstlichen Aufgabengebiet zählen, sondern vielmehr der Freizeit des Arbeitnehmers zuzurechnen und daher den Wegzeiten zum und vom Arbeitsort gleichzusetzen seien.

In seiner E zu 9 ObA 135/05a hat der OGH diese Sichtweise – wenn auch nur am Rande – bekräftigt.

*II.3.1.* Die arbeitszeitrechtlichen Regelungen des KollV für die im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer lassen sich wie folgt zusammenfassen: Anders als für andere Arbeitnehmergruppen, für die die Arbeitszeit nach § 66 Abs 1 des KollV 40 Stunden wöchentlich beträgt, gilt nach § 69 Abs 1 des KollV für die im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer die Fünf-Arbeitstage-Woche mit der Maßgabe, dass die Arbeitszeit im Durchschnitt pro Dienstplanwoche 33 Stunden und 26 Minuten beträgt. Die Arbeitstage, der Beginn und das Ende der täglichen und

wöchentlichen Arbeitszeit, die Dauer und Lage der Arbeitspausen etc sind im Einvernehmen mit dem Betriebsrat (BR) festzulegen. Der Dienstplan ist dem BR innerhalb von acht Tagen zur Herstellung des Einvernehmens bekannt zu geben (§ 60 Abs 1 lit c des KollV). Die Dienstenteilung hat dergestalt zu erfolgen, dass die nach den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Ruhezeiten eingehalten werden (§ 67 Abs 1 des KollV). Gem § 67a des KollV kann die tägliche Lenkzeit für im Busbetrieb tätige Arbeitnehmer maximal neun Stunden, zweimal pro Dienstplanwoche 10 Stunden, betragen (Abs 1), eine tägliche Einsatzzeit von 14 Stunden darf jedoch nicht überschritten werden (Abs 2). Die im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer leisten geteilten Dienst mit der Maßgabe, dass spätestens nach einer ununterbrochenen Dienstleistung von sechs Stunden eine Ruhepause von mindestens einer halben Stunde einzuschalten ist, die nicht auf die Arbeitszeit angerechnet und daher nicht entlohnt wird (§ 71 Abs 2 des KollV). Für im Busbetrieb beschäftigte Personen ist gem § 71 Abs 3 des KollV nach einer ununterbrochenen Lenkzeit von höchstens 4,5 Stunden zudem eine Lenkpause einzulegen.

*II.3.2.* Die im Liniendienst eingesetzten Fahrer und Lenker sind gem § 23a Abs 2 des KollV dazu verpflichtet, so rechtzeitig vor Dienstbeginn am Einsatzort zu sein, dass das Fahrzeug im geprüften und einsatzfähigen Zustand übernommen bzw eine planmäßige Ausfahrt gewährleistet werden kann. Zur Abgeltung der Vor- und Nachbereitungszeiten werden pro Dienstag 10 Minuten als Arbeitszeit angerechnet. Die Vor- und Nachbereitungszeiten beinhalten insb den Nachkauf von Fahrscheinen, die Prüfung, Übernahme und Übergabe der Wagen, die Abrechnung der Fahrzettel, die Verfassung von schriftlichen Dienstmeldungen, die Durchführung von Fahrschein- und Geldbestandskontrollen durch Vorgesetzte sowie die Eintragung in das Mängelbuch und in das Fahrtenbuch (Abs 3).

*II.3.3.* Die Entlohnung von Reisezeiten regelt § 33 des KollV: Nach dessen Abs 2 werden außerhalb der Normalarbeitszeit verwendete reine Reisezeiten den Arbeitnehmern nur dann vergütet, wenn innerhalb dieser Zeiten konkrete Arbeitsleistungen verrichtet werden mussten.

*II.4.* Beide Vorinstanzen haben sich grundsätzlich an den oben wiedergegebenen Vorentscheidungen des OGH orientiert, nach denen die Wegzeiten zwischen geteilten Diensten nicht zum dienstlichen Aufgabengebiet zu zählen, sondern vielmehr der Freizeit des Arbeitnehmers zuzurechnen und daher den Wegzeiten zum und vom Arbeitsort gleichzusetzen seien. Sie sind diesen Entscheidungen aber – mit unterschiedlicher Begründung und in unterschiedlichem Umfang – hinsichtlich solcher Zweiteiler-Dienste nicht gefolgt, bei denen die zwischen den beiden Dienstteilen gelegene Zeit gering und daher die Möglichkeit des Arbeitnehmers, über die ihm zwischen den Diensten zur Verfügung stehende Zeit zu verfügen, sehr beschränkt ist. Diese Rechtsauffassung steht weder mit den genannten Entscheidungen noch mit dem aus dem KollV ableitbaren Willen der KollV-Parteien in Einklang.

II.5. Die KollIV-Parteien haben der Besonderheit des Verkehrs- und insb des Lenkdienstes durch detaillierte Regelungen Rechnung getragen. So haben sie die im Zusammenhang mit der Übernahme von Fahrzeugen am Einsatzort bestehenden Pflichten des Lenkers, aber auch die ihm zustehende Abgeltung für die Vor- und Nachbereitungsarbeiten bis ins Detail geregelt. Auch eine spezielle Regelung über die Arbeitszeit – diese beträgt für die im Verkehrsdienst beschäftigten Arbeitnehmer nur 33 Stunden und 26 Minuten – ist im KollIV enthalten. Eine Regelung über die Honorierung der zwischen den beiden Teilen eines Zweiteiler-Dienstes anfallenden Wegzeiten haben sie hingegen nicht getroffen, obwohl ihnen – wie die Regelung des § 71 Abs 2 des KollIV zeigt – die Tatsache, dass die im Verkehrsdienst beschäftigten Dienstnehmer geteilte Dienste leisten, bewusst war.

Zu Recht verweist die Revisionswerberin in diesem Zusammenhang auf § 33 Abs 2 des KollIV über die Honorierung der Reisezeiten, nach dem die außerhalb der Normalarbeitszeit verwendeten reinen Reisezeiten nur dann vergütet werden, wenn in dieser Zeit konkrete Arbeitsleistungen verrichtet werden. Das Berufungsgericht hat diese Regelung als für die hier zu beurteilende Frage irrelevant erachtet, weil nach der allgemeinen Definition dieses Begriffs von Reisezeiten nur dann gesprochen werden könne, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend seinen Dienstort verlasse. Dies sei aber nicht der Fall, weil der Dienstort eines Linienbuslenkers das gesamte Liniennetz sei und daher der Kl bei den hier zu beurteilenden Wegen den Dienstort nicht verlasse. Mögen diese Überlegungen des Berufungsgerichts im Allgemeinen auch zutreffen, so ist aber aus § 33 Abs 2 des hier zu beurteilenden KollIV dennoch die klare Absicht der KollIV-Parteien ersichtlich, Reisebewegungen oder Fahrten der vom KollIV umfassten Arbeitnehmer nur dann zu honorieren, wenn dabei konkrete Arbeitsleistungen verrichtet werden. Es kann den KollIV-Parteien nicht zugesonnen werden, sie hätten die Absicht gehabt, diesen Grundsatz nur für außerhalb des Grazer Stadtgebiets zurückgelegte Fahrten zu normieren, nicht aber für Fahrten innerhalb des Stadtgebiets. Dies wäre ein durch nichts zu begründender, unverständlicher Wertungswiderspruch.

Der E 9 ObA 102/93 ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. In dieser E wurde die Rspr zur Reisezeit von im Außendienst tätigen Arbeitnehmern nicht als auf die zwischen den Dienstteilen des Zweiteiler-Dienstes anfallenden Wegzeiten anwendbar erachtet. Während nämlich für Arbeitnehmer im Außendienst (zB Monteure) die Reisetätigkeit von einem Kunden zum anderen zum vereinbarten Aufgabengebiet zu rechnen sei, sei dies bei der Wegzeit des Buslenkers zum Antrittsort des zweiten selbständigen Dienstteils nicht der Fall. Diese Überlegungen stehen – wie die zitierte E in ihrer Gesamtheit – mit der hier vertretenen Auffassung in völligem Einklang.

Gerade im Hinblick auf die im konkreten Fall getroffenen Regelungen im KollIV, die der Besonderheit des Lenkdienstes und auch der Zweiteiler-Dienste hinreichend Rechnung tragen, besteht daher keine Veranlassung, von den oben wiedergegebenen Vor-entscheidungen abzugehen. [...]

## Anmerkung

### 1. Methodische Fragen

Es ist erfreulich, wie klar der OGH in der vorliegenden E eine Entgeltfrage, auch wenn sie Arbeitszeitbezüge aufweist, durch eingehende Analyse der für Entgelte nun einmal maßgeblichsten Rechtsquelle, des einschlägigen KollIV, löst. Die zu Recht geforderte strikte Trennung der Frage, was Arbeitszeit im (öffentlich-rechtlichen) Sinne des AZG ist, von jener nach der Höhe zustehender Entgelte (*Grillberger*, Die Dienstreise als arbeitsrechtliches Problem, DRdA 1986, 265; *Mazal*, Wegezeiten in der Bauwirtschaft, in FS-Cerny [2001] 295 f) scheint gelungen. Die E erwähnt das AZG gar nicht, lediglich durch ein Judikaturzitat und im Schlussabsatz wird eine allgemeine Arbeitszeitfrage – mE falsch – beurteilt (vgl Pkt 2.3.), doch bleibt die Bedeutung dieser Passagen für die E rätselhaft. Das Verhältnis des AZG zu Entgeltregeln scheint unausgesprochen klar: Ein Anspruch auf Bezahlung bestimmter Zeiten setzt das Vorliegen von Arbeitszeit iSd AZG nicht voraus, schon gar nicht das Vorliegen von „Vollarbeit“ (also Arbeitszeit, die nicht Bereitschaftszeit oder Reisezeit ist). Andererseits genügt aber das Vorliegen von Arbeitszeit iSd § 2 AZG auch nicht, um zwingend einen Anspruch auf Bezahlung auf Basis des zustehenden Grundlohnes/Gehaltes nach sich zu ziehen: Unterschiedliche Entgelthöhen für unterschiedlich intensive oder wertvolle Arbeiten sind vom AZG nicht verboten. Ob Differenzierungen zulässig sind, entscheidet der einschlägige KollIV. Das AZG enthält diesbezüglich nur das Gebot, Überstunden bzw Mehrarbeit erhöht im Verhältnis zur Abgeltung entsprechender (!) Tätigkeiten während der Normalarbeitszeit zu bezahlen (im Kern schon OGH 1989/Arb 10.829; zuletzt sehr klar *Risak*, DRdA 2011, 360).

Gerade weil diese Abgrenzung nun klar erfolgt ist, möchte ich im dialektisch nächsten Schritt der Diskussion nun wieder betonen, wie nahe Beziehungen es aber auch zwischen den öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitnormen und den für Entgeltansprüche relevanten Regelungen gibt! Nicht neuerliche Vermischung der Fragen soll eintreten, aber die zwischen den zwei nun klar getrennten Normenkomplexen doch andererseits auch bestehenden Bezüge herauszuarbeiten, scheint mir nun geboten.

Der Angelpunkt ist vor allem die KollIV-Auslegung, wie *Grillberger* (Dienstreise, DRdA 1986, 265) zu Recht betont: KollIVe kennen und berücksichtigen die Arbeitszeitkategorien des AZG. Sie müssen sie als höherrangiges Recht beachten, AZG-Ermächtigungen gegebenenfalls systemkonform nützen usw, daher prägen die AZG-Kategorien jedenfalls die Arbeitszeitregelungen im rahmenrechtlichen Teil der KollIVe. Soweit im entgeltrechtlichen Teil nicht ausdrücklich eine andere Kategorienbildung vorgenommen wird, ist deshalb davon auszugehen, dass KollIVe auch dort dieselben Kategorien von Arbeitszeit zu Grunde legen. So erweist sich im Rahmen der KollIV-Auslegung, jedenfalls in Zweifelsfällen, ein Blick in die Bewertung der fraglichen Tätigkeit durch das AZG doch wieder als relevant. In Ansätzen ist der OGH in der E 2010/



wbl 2010/222 (Reisezeit im „Hilfszug“; ÖBB-Arbeitszeit-KollV) so vorgegangen. Auch um das Bild der fraglichen „Zwischen-Wegzeiten“ abzurunden, möchte ich diesen Weg im Anlassfall exemplarisch erproben. Dabei konzentriere ich mich auf die AZG-Kategorisierung der strittigen Zwischenwegzeiten, schon weil diese Frage von allgemeiner Bedeutung ist.

## 2. Arbeitszeitfragen

**2.1.** Das AZG kennt grob gesprochen (unter Missachtung feinerer Differenzierungen im Lenkerrecht und sonstigen Sonderbestimmungen) drei Kategorien von Arbeitszeit: Vollarbeit, Arbeitsbereitschaft und Reisezeit.

Gem § 2 Abs 1 Z 1 AZG ist die Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen (sinngemäß Gleiches gilt für Lenker gem § 13b AZG). Wenn die Arbeit (wie der OGH annimmt) mit dem Dienstantritt an der ersten Abfahrtsstelle begonnen hat und mit dem Dienstenende an der zweiten Fahrtendstelle endet, so ist der gesamte dazwischen liegende Zeitraum Arbeitszeit, soweit er nicht Ruhepause ist. Der OGH hat die zwischen den beiden geteilten Diensten liegenden Zeiten als Ruhepausen qualifiziert, eine bei entsprechender Dauer gewiss richtige Beurteilung. Allerdings ist die Konsequenz für die Zeiten der Reisebewegung zwischen der Fahrtendstelle 1 und der Abfahrtsstelle 2 klar: Diese Zeiten können keinesfalls als Ruhepausen angesehen werden, weil der klagende Arbeitnehmer (AN) über diese Zeit in keiner Weise frei verfügen konnte (vgl *Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz*, AZG [2008] § 11 Erl 1 mwH). Wer sich in Erfüllung eines dienstlichen Auftrages vom Ort A zum Ort B bewegt, verbringt in dieser Zeit sicher keine Ruhepause. Daraus folgt zwingend, dass diese Zeit Arbeitszeit (immer iSd AZG!) ist, schlicht weil sie zwischen Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit liegt und keine Ruhepause ist.

**2.2.** Gegen dieses Ergebnis ließe sich einwenden, dass aus Sicht des zugrunde liegenden Schichtplanes, wie die Bezeichnung als „Zweiteiler“-Dienst nahe legt, vielmehr ein zweimaliger Beginn und ein zweimaliges Ende der Arbeit an jenem Tag vorliege. Die Definition der Tagesarbeitszeit in § 2 Abs 1 Z 2 AZG spricht dafür, dass ein mehrmaliger Arbeitsbeginn und ein mehrmaliges Arbeitsende auch an *einem* Tag aus Sicht des AZG möglich ist – sonst wäre sie entbehrlich. Zudem ist ein Verbot nicht angeordnet. Allerdings sind die zutreffenden Hinweise des Berufungsgerichtes zur nötigen Zeitspanne zwischen Arbeitsende und -neubeginn zu beachten. Auch hat eine solche Sicht der Dinge zur Folge, dass nun die Zeit zwischen den beiden Diensten auch nicht als Ruhepause gilt, weil sie ja nun nicht zwischen Beginn und Ende der Arbeitszeit liegt. Da die Arbeitszeit durch eine Ruhepause zu unterbrechen ist, wenn ihre *Gesamtdauer* am Tag mehr als sechs Stunden beträgt, müsste nun im zweiten Teil der Arbeitszeit eine Pause eingelegt werden – eine Konsequenz, die dem Verkehrsunternehmen vermutlich unangenehm wäre. Anders als für den Bahn- und Flugverkehr in § 18 Abs 3 sieht § 15a AZG für den regionalen Kraftfahrlinienverkehr keine Möglichkeit des Abgehens von der *Gesamtarbeits-*

zeit vor (die Voraussetzung einer „ununterbrochenen“ Arbeitszeit in § 71 Abs 2 des einschlägigen KollV verstößt daher gegen das AZG).

**2.3.** Tatsächlich ist aber ohnedies auch bei zweimaligem Dienstantritt und Dienstenende die Zwischenwegzeit Arbeitszeit: Wie *Grillberger* (AZG<sup>2</sup> [2001] 20) vollkommen richtig gezeigt hat, ist der Arbeitszeitbegriff des AZG im Kern von der Situation der Fremdbestimmtheit, der Weisungsbindung des/der AN geprägt. Zeiten, in denen der/die AN sein/ihr Verhalten nicht selbst bestimmen kann, sondern hinsichtlich des Ortes, an dem er/sie sich aufhält oder des Inhaltes seines/ihres Tuns durch den/die ArbeitgeberIn (AG) bestimmt ist, sind Arbeitszeiten iSd AZG (so auch *Mazal*, *Wegezeiten*, in FS-Cerny 295 [301]), allerdings nicht notwendig Vollarbeit. Das hat auch der OGH in den Entscheidungen über Reisezeiten, die zum „ständigen Aufgabenkreis“ gehören (siehe OGH 1984/Arb 10.356; 1989/Arb 10.829) völlig richtig so erkannt, indem er hervorhob, dass durch die Reisetätigkeit ein Teil der „vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung“ erbracht wird. Es entspricht ferner der Rspr des EuGH, der in seinen Entscheidungen zum Bereitschaftsdienst genau diesen Aspekt der (Orts-) Gebundenheit hervorgehoben hat (EuGH 2000/wbl 2000/374; 9.9.2003, Rs C-151/02, *Jäger*, Slg 2003, I-8389, insb Rn 63 = ZAS 2004/32 [*Stärker*]; vgl auch EuGH 18.1.2001, Rs C-297/99, *Skills Motor Coaches*, Slg 2001, I-573).

Das Argument des OGH, im Gegensatz zu regelmäßigen Reisen würden Zwischenwegzeiten nicht zum dienstlichen Aufgabengebiet zählen, sondern seien der Freizeit des/der AN zuzurechnen, ist ein Zirkelschluss: Gerade diese Frage gilt es ja zu entscheiden! Wo hinsichtlich des Ausmaßes der Fremdbestimmtheit ein Unterschied zwischen den von Kundenanforderungen bestimmten Fahrten eines Vertreters im Ortsgebiet und den vom AG im Anlassfall bestimmten Fahrten bestehen soll, ist unerfindlich. Auf Grundlage des AZG ist die Qualifikation der Zwischenwegzeiten als „Privatsache“ nicht haltbar: Es geht, anders als im Hauptpunkt der E OGH 1993/DRdA 1994/6 [*Spitzl*] nicht um einen Teil der Wegstrecke Dienstort – Wohnort, sondern um eine Wegstrecke zwischen zwei Dienstorten (bzw innerhalb des Dienstortes). Die Zurücklegung dieser Wegstrecke ist klarer Ausdruck der Weisungsbindung des AN und sie ist auch eine mit dessen Tätigkeit typischerweise verbundene Aufgabe: Aus § 71 KollV ergibt sich, dass der „geteilte Dienst“ für die im Verkehrsdienst beschäftigten AN den Regelfall darstellt.

Nicht Arbeitszeit ist nur der Weg vom Wohnort des/der AN zum Arbeitsantritt (und zurück), der im Anlassfall aber keine Rolle spielt. ME ist das dadurch gerechtfertigt, dass die Zurücklegung dieser Wegstrecke gerade nicht Ergebnis von Fremdbestimmtheit bzw Weisungsbindung ist, sondern einer – hoffentlich – freien Willensübereinstimmung bei Abschluss des Arbeitsvertrages. Die fragliche Reisebewegung des Kl ist hingegen zweifellos vom AG bestimmt und Ausfluss seiner Weisungsbindung (vgl *Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz*, AZG 152).

Zudem ergibt sich aus § 20b AZG klar, dass jede passive Reisebewegung Teil der Arbeitszeit ist. Warum gerade die fragliche, gar nicht so passi-

ve (siehe unten) Reisebewegung „Privatsache“ sein sollte, ist unerfindlich. Dass eine Reisebewegung *am* Dienort vorliegt, kann die Beurteilung nur verschärfen: Am Dienort werden regelmäßig Tätigkeiten verrichtet, die zum „ständigen Aufgabenkreis“ zählen, auch wenn sie nicht „Kerntätigkeit“ sind (zB das Zurücklegen der Wegstrecke vom Schreibtisch zum Kopierer, der Weg eines Monteurs bzw einer mobilen Pflegekraft von einer Kundschaft zur nächsten). Daher ist das Überschreiten der Grenzen der Höchstarbeitszeit gem § 20b AZG nur für Dienstreisen *außerhalb* des Dienortes erlaubt; am Dienort können ja auch keine langen Flüge udgl anfallen. Für Reisebewegungen *am* Dienort gelten uneingeschränkt alle (Normal-)Arbeitszeitgrenzen des Gesetzes. Beurteilt man mit dem OGH das gesamte Streckennetz in Graz als Dienort, liegt Vollarbeit vor.

Letztlich beurteilt das AZG die Inanspruchnahme der AN durch passive Reisebewegungen als intensiver als jene durch Arbeitsbereitschaft: Dies zeigt sich daran, dass unter den Voraussetzungen des § 5 AZG eine Verlängerung der *Normalarbeitszeit* zulässig ist, hingegen § 20b AZG lediglich ein Überschreiten der *Höchstarbeitszeitgrenzen* erlaubt (*Pfeil* in ZellKomm §§ 20-23 AZG Rz 19; *Grillberger*, AZG<sup>2</sup>, 174). Dies ist auch sachlich berechtigt: Entgegen *Grillberger* (Dienstreise, DRdA 1986/265) liegt die Intensität der Beanspruchung bei Reisen über jener, die bei einer Arbeitsbereitschaft besteht: In beiden Fällen ist der Ort des Aufenthaltes festgelegt, und zwar im Falle der Reise durch die Wegstrecke, die zurückzulegen ist, aber keinerlei Freiräume bietet. AN im Bereitschaftsdienst sind aber idR in ihren Betätigungen in keiner Weise eingeschränkt, sie können auch schlafen und jeglicher ortsgebundenen Freizeitbetätigung nachgehen, was selbst in öffentlichen Verkehrsmitteln typischerweise nicht möglich ist. Denkbaren Ausnahmefällen (Schlafwagen) trägt der Gesetzgeber (nur) im Rahmen des § 20b Abs 3 AZG Rechnung, eine verlängerte *Normalarbeitszeit* ist auch dann nicht zulässig. Der Kl hatte die gebotene Sorgfalt bei Benützung öffentlicher Verkehrsmittel im innerstädtischen Bereich aufzuwenden und musste sogar eine Uniform tragen, also gegebenenfalls auch mit Anfragen rechnen; er war gewiss intensiver beansprucht als bei einer Arbeitsbereitschaft. Da das AZG für diesen Fall keine Ausnahmeregelung kennt, bestätigt sich erneut, dass Vollarbeit vorliegt.

### 3. Entgeltfragen

**3.1.** Der OGH hat zu Recht zur Lösung der ihm gestellten Entgeltfrage die Regelungen des einschlägigen KollIV analysiert. Dieser verwendet sichtlich die AZG-Kategorien auch in seinen entgeltrechtlichen Regelungen: Normen über die arbeitszeitrechtliche Gestaltung bestimmter Dienste werden mit deren Abgeltung verbunden. Der OGH betont neben zahlreichen Normen zur Arbeitszeitgestaltung folgende, entgeltrelevante Regelungen:

- § 69 Abs 1 KollIV legt für alle AN des Verkehrsdienstes eine verkürzte Normalarbeitszeit von 33,4 Wochenstunden fest;

- § 33 Abs 2 KollIV ordnet an, dass Reisebewegungen außerhalb der Normalarbeitszeit nur bei Verrichtung „konkreter Arbeitsleistungen“ bezahlt werden.

Die unter Pkt 2. dargelegte Einreihung des Zweiteiler-Dienstes in den AZG-Kategorien als Vollarbeit legt es nahe, auch die Regelungen des KollIV zu Arbeiten geringerer Intensität zu untersuchen, also zu Arbeitsbereitschaft und reinen Wartezeiten ohne Ortsbindung (sog „Zwischenzeiten“ zwischen Zusatzdiensten und Normaldiensten):

- § 74 KollIV legt fest, dass „Zwischenzeiten“ bis zu einer Stunde als Vollarbeitszeit (gegebenenfalls Überstunde) abzugelten sind; für längere „Zwischenzeiten“ besteht kein Entgeltanspruch;
- § 77 lit a KollIV legt fest, dass Bereitschaftsdienste („Anwesenheitsdienst“) mit dem Normalstundensatz zu vergüten sind.

**3.2.** Der KollIV sieht für Zeiten der Arbeitsbereitschaft die Zahlung zwar nicht des Überstundenentgelts, aber des „Normalstundensatzes“ vor (das ist für Lenker im Hinblick auf § 13b Abs 3 AZG bedenklich: Diese Norm erlaubt im Gegensatz zu § 5 AZG keine Verlängerung der *Normalarbeitszeit*, sondern nur der *Höchstarbeitszeit* – wie § 20b AZG). Ferner ordnet er für reine Wartezeiten ohne Ortsbindung (AZG-Charakter bei erfüllter Mindestdauer: Pausen) eine pauschale Abgeltung (bis zu einer Stunde) an. Eine an der Gesamtregelung orientierte, systematische Interpretation muss daher davon ausgehen, dass die strittigen Zwischenwegzeiten vom KollIV zumindest auch mit dem „Normalstundensatz“, eher dem vollen Entgelt bewertet werden.

Allerdings kann die Abgeltung nicht nur durch zusätzliche Entgeltansprüche, sondern natürlich auch durch eine vorweg verkürzte Normalarbeitszeit erfolgen. § 69 KollIV spricht dafür, dass in pauschaler Weise die besonderen Erschwernisse des Verkehrsdienstes, darunter auch die zwischen den beiden Diensten erforderliche Reisebewegung, durch eine entsprechend verkürzte Normalarbeitszeit abgegolten wird. Die festgestellte Dauer der Zwischen-Wegzeiten von ca 5,5 Stunden im Monat (!) Mai 2007 unterstützt angesichts einer um 6,6 *Wochenstunden* verkürzten Normalarbeitszeit diese Sicht. Dass Reisezeiten außerhalb der Normalarbeitszeit nur bei „konkreter Arbeitsleistung“ zu bezahlen sind, scheint mir – da Vollarbeit vorliegt – nicht entscheidend und im Hinblick auf § 10 AZG muss eine gesetzeskonforme Interpretation ohnedies davon ausgehen, dass diese Regelung nur AN erfasst, für die Dienstreisen nicht zum ständigen Aufgabenkreis zählen (vgl Pkt 1 und 2.3.). Entscheidend ist aber, wie vom OGH zu Recht betont, das Fehlen jeder expliziten Norm über Entgelte für Zwischenwegzeiten, noch dazu in einem so dichten Regelwerk: Eine Lücke wäre nur anzunehmen, wenn keinerlei Abgeltung der Zwischenwegzeiten vorgesehen wäre und somit innerhalb des KollIV erhebliche Wertungswidersprüche bestünden. Da der KollIV aber ersichtlich eine Abgeltung im Wege einer deutlich verkürzten Normalarbeitszeit anordnet, sind seine diesbezüglichen Regeln konsistent.

Damit erweist sich das Klagebegehren in der Tat – soweit es nicht auf andere Rechtsquellen (betriebliche Übung etc) gestützt werden kann – als unberechtigt.

#### 4. Ergebnis

Zwischenwegzeiten im Zweiteiler-Dienst sind Arbeitszeit iSd AZG und zwar Vollarbeit. Die nicht näher begründete gegenteilige Auffassung des OGH ist mE falsch (und für die E irrelevant).

Hinsichtlich ihrer Bezahlung ist allein der einschlägige KollV bzw die sonst entgeltrechtlich relevante Rechtsquelle maßgeblich. Bei deren Auslegung ist im Zweifel zu

vermuten, dass jenes Entgelt gebührt, das auch sonst für vergleichbare Zeiten der Vollarbeit zusteht. Aus dem KollV Verkehrsbetriebe Graz ergibt sich bei Gesamtbetrachtung seiner einschlägigen Normen, dass er die Zwischenwegzeiten nicht finanziell, sondern im Rahmen einer auf 33,4 Wochenstunden verkürzten Normalarbeitszeit abgilt. Ein Entgeltanspruch besteht daher nicht.

RENÉ SCHINDLER (WIEN)

## Beitragsmonate der Pflichtversicherung gem § 255 Abs 7 ASVG

48.

Zeiten, die früher als Ersatzzeiten qualifiziert wurden und seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Pensionsgesetzes (APG) der Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG unterliegen, sind bei der Ermittlung der für einen Anspruch nach § 255 Abs 7 ASVG erforderlichen 120 Beitragsmonate der Pflichtversicherung nicht zu berücksichtigen.

Die am 3.5.1973 geborene Klägerin (KI) hat zwischen 1990 und 1994 43 Beitragsmonate der Pflichtversicherung als Mechanikerlehrling erworben; diese Lehre hat sie abgeschlossen. Danach war sie zeitweilig beschäftigt, dies im Jahr 1995 im Ausmaß von drei Monaten im Rahmen einer Umschulung, weiters im Jahr 1996 von 22.5. bis 29.8. bei der Firma M. Ihre berufliche Tätigkeit bei der Firma M bestand darin, als Regalbetreuerin und an der Kassa tätig zu sein. Darüber hinaus war die KI kurzzeitig (unter drei Monaten) bei der Firma A als Fließbandarbeiterin mit der Aussortierung von ungenießbarem Gemüse beschäftigt, sowie bei der Firma S bei der Aussortierung beschädigter Elektronikteile. Insgesamt hat die KI bis zum 1.11.2009 120 Beitragsmonate erworben, davon 60 in der Pflichtversicherung nach dem ASVG und 60 in der Teilversicherung nach dem APG (*Letztere im Wesentlichen aus Krankengeldbezug, Notstandshilfe bzw Pensionsvorschuss – Anm des Autors*). Die KI steht seit 1992 unter Sachwalterschaft. Bei ihr besteht eine frühkindliche Persönlichkeitsstörung; weiters liegen Hinweise für eine manisch-depressive Erkrankung vor. Sie ist psychisch deutlich retardiert mit noch nicht ausreichend entwickeltem Realitätsbezug bei begabungsmäßig offenbar eher nur knapp durchschnittlicher bis leicht unterdurchschnittlicher intellektueller Befähigung. Bereits vor dem Jahr 1990 war eine Integration in eine normale Arbeitsumwelt nicht möglich; die KI war als arbeitsunfähig am allgemeinen Arbeitsmarkt anzusehen.

Mit Bescheid vom 16.9.2008 lehnte die beklagte Pensionsversicherungs-(PV-)anstalt (Bekl) den Antrag der KI auf Zuerkennung einer Invaliditätspension ab 1.5.2008 ab. Mit ihrer Klage begehrte die KI den Zuspruch der Invaliditätspension ab 1.5.2008 mit dem Vorbringen, sie sei nicht imstande, einer geregelten beruflichen Tätigkeit nachzugehen. Außerdem stehe ihr die Invaliditätspension gem § 255 Abs 7 ASVG zu, da sie zum 1.11.2009 die erforderlichen 120 Beitrags-

monate der Pflichtversicherung erworben habe. Die Bekl bestritt das Vorliegen von Invalidität nach § 255 Abs 3 ASVG. Im Übrigen seien die von der KI erworbenen Beitragsmonate nach dem APG keine Beitragsmonate iSd § 232 Abs 1 ASVG und daher auch nicht iSd § 255 Abs 7 ASVG.

Das Erstgericht gab der Klage Folge, das Berufungsgericht änderte das Ersturteil im (gänzlich) klagsabweisenden Sinn ab.

Es übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen und berief sich in seiner rechtlichen Beurteilung auf die zur Frage der Ausübung einer (berufsschutzerhaltenden) Tätigkeit während der Dauer des Krankengeldbezugs ergangenen Entscheidungen 10 ObS 139/09b und 10 ObS 162/09k, nach denen die nach § 8 Abs 1 Z 2 lit c ASVG erworbenen Monate einer Pflichtversicherung nicht als Ausübung eines erlernten Berufs zu zählen seien. Auch wenn es sich dabei gem § 225 Abs 1 Z 1 ASVG um Beitragszeiten handle, mache § 232 Abs 1 ASVG deutlich, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die Feststellung der Leistungen aus der PV Zeiten einer Pflichtversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG nicht als Beitragsmonate der Pflichtversicherung aufgrund einer Erwerbstätigkeit behandle.

§ 255 Abs 7 ASVG stelle darauf ab, ob der Versicherte trotz seiner Beeinträchtigungen mindestens 120 „Beitragsmonate der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz“ erworben habe. In den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung finde sich der Hinweis darauf, dass von dieser Regelung Personen erfasst werden sollen, die trotz ihrer gerichtlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit viele Jahre hindurch aktiv dem Arbeitsmarkt und damit der Versicherungsgemeinschaft angehört und Versicherungszeiten erworben hätten. Damit werde deutlich, dass die Zeiten, in denen eine bloße Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG bestanden habe (diese habe die früheren Ersatzzeiten abgelöst), bei der Ermittlung der für einen Anspruch nach § 255 Abs 7 ASVG erforderlichen 120 Beitragsmonate der Pflichtversicherung keine Berücksichtigung finden könnten.

Die Revision ist zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt. [...] Grundsätzlich ist auf die inhaltlich zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts zu verweisen (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

Der Revision ist Folgendes zu entgegnen:

1. Das am 1.1.2005 in Kraft getretene APG regelt – wie aus § 1 Abs 1 Z 3 APG folgt – nicht die Anspruchsvoraussetzungen für eine Invaliditätspension. Diese

**§ 8 Abs 1 Z 2,  
§ 255 Abs 7  
ASVG**

OGH  
19.10.2010  
10 ObS 145/10m

OLG Wien  
25.6.2010  
9 Rs 62/10v

ASG Wien  
28.1.2010  
13 Cgs 335/08m

sind weiter nach den §§ 254 f ASVG zu beurteilen (RIS-Justiz RS0125346). Durch das PensionsharmonisierungsG (BGBl I 2004/142), mit dem das APG erlassen und ua das ASVG novelliert wurde, wurden die früheren Ersatzzeiten ab 1.1.2005 durch entsprechende Teilpflichtversicherungen in der PV abgelöst (§ 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG). Personen, die – wie die KI – nach dem 1.1.1955 geboren sind, können nach der seit 1.1.2005 geltenden Rechtslage keine Ersatzzeiten mehr erwerben. Die Zeiten, die früher als Ersatzzeiten qualifiziert wurden, werden bei der Berechnung der Pension wie Beitragszeiten mit einer Beitragsgrundlage behandelt und es müssen für sie auch Beiträge entrichtet werden, wenn auch nicht von der versicherten Person (bzw vom Dienstgeber), sondern vom Bund, vom Arbeitsmarktservice (AMS) oder von einem öffentlichen Fonds (§ 3 Abs 1 Z 2 APG). Aus systematischen Gründen wird zwischen Zeiten einer Pflichtversicherung in der PV, die aufgrund einer Erwerbstätigkeit erworben wurden (§ 3 Abs 1 Z 1 APG), Zeiten einer Teilversicherung in der PV, für die der Bund, das AMS oder ein öffentlicher Fonds Beiträge zu zahlen hat (§ 3 Abs 1 Z 2 APG), und Zeiten einer freiwilligen Versicherung in der PV (§ 3 Abs 1 Z 3 APG) unterschieden (*Teschner in Tomandl, SV System* [19. ErgLfg] 386/6 [2.4.3.1.3.]).

2. Zeiten einer Teilversicherung gem § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG sind als Zeiten der Pflichtversicherung gem § 225 ASVG „Beitragszeiten“ (*Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen*<sup>6</sup>, 120). Wie § 232 Abs 1 ASVG zeigt, werden solche Zeiten einer Pflichtversicherung trotzdem nicht als Beitragsmonate der Pflichtversicherung aufgrund einer Erwerbstätigkeit behandelt (RIS-Justiz RS0125347).

3. § 255 Abs 7 ASVG setzt voraus, dass der Versicherte, der schon bei Eintritt in das Erwerbsleben außer Stande war, einem regelmäßigen Erwerb nachzugehen, trotz seiner Beeinträchtigungen mindestens 120 „Beitragsmonate der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz“ erworben hat.

Nach den Gesetzesmaterialien sollen von dieser Bestimmung Personen erfasst werden, die trotz ihrer Arbeitsunfähigkeit viele Jahre hindurch aktiv dem Arbeitsmarkt und damit der Versichertengemeinschaft angehören und Versicherungszeiten erworben haben (RV 310 BlgNR 22. GP 18). IdS liegt der Zweck der Bestimmung darin, dass Personen bevorzugt werden sollen, die trotz ihrer Beeinträchtigungen am Erwerbsleben teilgenommen haben. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung mit 1.1.2004 (§ 610 Abs 1 Z 1 ASVG idF des 2. SVÄG 2003, BGBl I 2003/145) lag das APG mit seinen Änderungen des ASVG noch in weiter Ferne; historisch betrachtet kann die Bezugnahme auf das ASVG oder ein anderes BG nicht Zeiten betreffen, die im Jahr 2004 Ersatzzeiten waren und erst durch die Umstellung des Pensionsrechts mit dem APG zu „besonderen“ Beitragszeiten mutierten, die nicht mit einer aktuellen Erwerbstätigkeit zusammenhängen.

4. IdS sind Zeiten, die früher als Ersatzzeiten qualifiziert wurden und seit dem Inkrafttreten des APG der Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG unterliegen, bei der Ermittlung der für einen Anspruch nach § 255 Abs 7 ASVG erforderlichen

120 Beitragsmonate der Pflichtversicherung nicht zu berücksichtigen.

## Anmerkung

### 1. Vorbemerkung

Das mit dem PensionsharmonisierungsG (BGBl I 2004/142) geschaffene APG wurde bei seiner Erlassung in der Fachwelt vereinzelt als legislativer Erfolg gefeiert, da es zu Beginn noch mit 16 Paragraphen das Auslangen fand. Bei genauerer Betrachtung benötigt dieses Gesetz allerdings das detailverliebte ASVG (bzw die anderen Sozialversicherungs-[SV-]gesetze) für die zahllosen vorgeschalteten Detailfragen, sodass sich mE die damalige Neuerung als unnötige legislative Verkomplizierung herausstellt: Eine bloße Novellierung der SV-Gesetze hätte genügt. Dieses Manko zeigt sich nun an einer ganz anderen Stelle in der vorliegenden E, wenn darin die fehlende Kompatibilität der mit dem PensionsharmonisierungsG erfolgten Änderungen des ASVG im Verhältnis zum „Altbestand“ des ASVG deutlich wird (hier geht es um den nur geringfügig älteren § 255 Abs 7 ASVG). Weil der Gesetzgeber mit dem APG das System der Ersatzzeiten (§ 227 ASVG) weitgehend verlassen hat, wohl auch in der Absicht, einen Teil des Bundeszuschusses etwas verschämt als Bundesbeiträge zu einer Teilversicherung zu leisten, war es notwendig, in § 8 ASVG entsprechende neue Teilversicherungen in der PV zu schaffen. Es verwundert nicht, dass sich der Gesetzgeber angesichts des damaligen schnellen Reformtempos nicht vollständig darüber im Klaren war, welche parallelen Adaptionen in den SV-Gesetzen erforderlich gewesen wären.

### 2. Zur Invaliditätspension gem § 255 Abs 7 ASVG

Die KI des Ausgangssachverhalts begründet ihre geminderte Arbeitsfähigkeit letztlich mit einer eingebrachten Krankheit, sodass vor Schaffung des § 255 Abs 7 ASVG (ausführlich zu dieser Regelung mwN *Födermayr, Geminderte Arbeitsfähigkeit* [2009] 189 ff) ein Anspruch auf eine Invaliditätspension von Haus aus ausgeschlossen wäre. Die E beschränkt sich damit auf die Prüfung, ob ein Anspruch auf Invaliditätspension gem § 255 Abs 7 ASVG besteht. Der OGH bemüht die Materialien zu § 255 Abs 7 ASVG (RV 310 BlgNR 22. GP 18) und weist schlüssig nach, dass es dem historischen Gesetzgeber mit dem 2. SVÄG 2003 (BGBl I 2003/145) darauf angekommen ist, mit den geforderten 120 Beitragsmonaten vorrangig aktive Zeiten am Arbeitsmarkt für diese Sonderform der Invaliditätspension zu berücksichtigen. Offensichtlich wollte der Gesetzgeber nicht jene Versicherungsmonate berücksichtigen haben, die damals als Ersatzzeiten zu qualifizieren waren. Insofern liegt ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers vor, der es verabsäumt hat, mit dem PensionsharmonisierungsG auch den § 255 Abs 7 ASVG abzuändern. Weiterhin ist diese Bestimmung so zu interpretieren, dass die dort angeführten Beitragsmonate nicht jene Beitragsmonate beinhalten, die im Zeitpunkt der Novelle BGBl I 2003/145 als bloße Ersatzzeiten zu qualifizieren waren.



Mit diesem Ergebnis vermeidet der OGH einen gewissen Systembruch im Übergangsrecht, war es doch offenbar nicht Absicht des Gesetzgebers, als Folge des Pensionsharmonisierungsg innerhalb des § 255 Abs 7 ASVG danach zu differenzieren, ob die maßgeblichen Zeiten vor oder nach Inkrafttreten des Pensionsharmonisierungsg zurückgelegt wurden: Dies hätte zumindest im Übergangsrecht zu einem unerwünschten aleatorischen Charakter der Neuregelung geführt, es sei denn, man hätte den Spieß umgedreht und auch die Ersatzzeiten vor 1.1.2005 als Beitragszeiten iSd § 255 Abs 7 ASVG qualifiziert und damit aber dem § 255 Abs 7 ASVG ein Auslegungsergebnis zugrunde gelegt, welches offensichtlich nicht vom Willen des historischen Gesetzgebers getragen wird. Methodologisch arbeitet der OGH mit einer

auf Grund eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers vorzunehmenden nachträglichen teleologischen Reduktion des § 255 Abs 7 ASVG (*Kramer*, Juristische Methodenlehre<sup>3</sup> [2010] 213 ff), der mE beizupflichten ist (vgl auch die in gleicher Weise zustimmende Glosse von *Heckenast*, ZAS 2011, 185 f). Der OGH schließt damit an seine Vorjudikatur (OGH 2009/EvBl 2010/19 = DRdA 2010, 155 = infas 2010 S 11 und 2009/ZAS 2011/30, 182 [*Heckenast*] = SSV-NF 23/77 = RdW 2010/320, 300) zur Ausübung einer berufsschutzerhaltenden Tätigkeit während des Krankengeldbezugs an, wonach Monate einer Pflichtversicherung gem § 8 Abs 1 Z 2 lit c ASVG nicht als Ausübung eines erlernten Berufs zu zählen sind.

REINHARD RESCH (LINZ)

## Zur behaupteten Mehrfachdiskriminierung eines „Parteifreien“

49.

1. § 20a B-GIBG entspricht inhaltlich § 12 Abs 12 GIBG.
2. Erst dann, wenn dem Bewerber die Glaubhaftmachung von Umständen gelungen ist, die einen Zusammenhang zwischen Ablehnung der Bewerbung und dem Geschlecht oder einem anderen Diskriminierungstatbestand indizieren, wird die „Beweislast“ auf den Arbeitgeber verlagert.
3. Ob Tatsachen zur Glaubhaftmachung des Vorliegens eines verpönten Motivs geeignet sind oder nicht, kann nur anhand der konkreten Gesamtumstände beurteilt werden.
4. Ein Vorbringen, in dem nur vage von „Interessenmotiven“ die Rede ist, und dem nicht zu entnehmen ist, dass der angesprochene Mitbewerber einer Partei angehört, kann nicht als schlüssiges Vorbringen dahingehend gelten, ob bei der Willensbildung eines am Auswahlprozess beteiligten Gremiums parteipolitische Aspekte eine Rolle gespielt haben. Dies erübrigt das Eingehen auf die Frage, ob Parteilosigkeit als „Weltanschauung“ anzusehen ist.
5. Ein Mangel des Verfahrens erster Instanz, dessen Vorliegen vom Berufungsgericht verneint wurde, kann mit Revision nicht mehr geltend gemacht werden (RS0043061).

Der Revision wird nicht Folge gegeben. [...] Der am 28.1.1960 geborene Kläger (KI) absolvierte das Studium der Rechtswissenschaften und war nach der Gerichtspraxis [ab dem Jahr 1984] vorerst als Sachbearbeiter, dann als stellvertretender Abteilungsleiter und zuletzt als Abteilungsleiter beim Landesarbeitsamt bzw dem Arbeitsmarktservice Oberösterreich (AMS OÖ) tätig. Im Jahr 2005 war der KI Abteilungsleiter der Abteilung Service für Arbeitskräfte beim AMS OÖ. Der KI ist Beamter. Sein unmittelbarer Vorgesetzter war der Landesgeschäftsführer Dr O. Im Herbst 2005 wurden österreichweit die Stellen der Landesgeschäftsführer und deren Stellvertreter ausgeschrieben. Die Anforderungen an diese Position waren [...]. Es wurde darauf hingewiesen, dass Frauen nachdrücklich zur Bewerbung eingeladen werden, um den Anteil von Frauen in Leitungsfunktionen zu erhöhen.

Der KI bewarb sich um die Position des stellvertretenden Landesgeschäftsführers. Außer ihm gab es noch eine weitere Bewerberin und drei weitere Bewerber, die in die engere Auswahl kamen. Darunter waren die damalige Leiterin des AMS Wien Birgit G sowie Martin S, Sekretär eines oö Landesrates.

Die grundsätzliche Entscheidungsbefugnis über die Auswahl liegt beim Verwaltungsrat, der eine Aufsichtsratsfunktion einnimmt. Dieser ist mit 9 Personen besetzt, davon 3 Personen von der Arbeitgeberseite, 3 von der Arbeitnehmerseite und 3 von Regierungsseite. Bei derartigen Entscheidungen bedarf es einer Mehrheit von 7 Stimmen. Der Vorsitzende des Verwaltungsrates trifft bei den eingehenden Bewerbungen mit einem weiteren Mitglied des Verwaltungsrates eine Vorauswahl. Jene Bewerber, die die formellen Voraussetzungen erfüllen, werden zu einem Hearing beim Verwaltungsrat eingeladen. Auf Landesebene bilden die 4 Sozialpartner den Bewertungsausschuss. Sind sich die Sozialpartner im Land grundsätzlich einig über die Bestellung eines Postens, so folgt in der Regel der Verwaltungsrat dem Vorschlag des Bewertungsausschusses.

Der KI hatte sich bereits zuvor für die Position des stellvertretenden Landesgeschäftsführers in Salzburg (Sbg) beworben und das Hearing war sehr gut gelaufen. Da er allerdings diese Funktion in OÖ anstrebte, kam er für die Position in Sbg letztlich nicht in Betracht. Anfang Februar 2006 fand vor dem Bewertungsausschuss in OÖ und am Tag darauf vor dem Verwaltungsrat das Hearing der Bewerber um die Position (ua) des stellvertretenden Landesgeschäftsführers statt. Vorsitzender des Bewertungsausschusses war Dr Erich G vom ÖGB. Ein Ergebnis des Bewertungsausschusses lag beim Hearing vor dem Verwaltungsrat noch nicht vor. Bei diesem konnte sich die Bewerberin Birgit G bestens präsentieren. Nach Ansicht des Vorsitzenden des Verwaltungsrates, der

**§ 4 Z 1,  
§ 11, § 11c,  
§ 13 Abs 1 Z 1,  
§ 17 Abs 1,  
Abs 2 Z 2,  
§ 20a B-GIBG;  
§ 12 Abs 12  
GIBG;  
§ 54 Abs 6  
AMSG;  
RL 97/80/EG;  
RL 2000/78/EG;  
§ 510 Satz 3  
ZPO**

OGH  
21.12.2009  
8 ObA 69/09v

OLG Linz  
10.9.2009  
11 Ra 58/09t

LG Linz  
2.3.2009  
7 Cga 9/07i

der Regierungskurie zuzurechnen ist, die auch von den weiteren Mitgliedern Dr T und Rudolf K geteilt wurde, konnte sie sich am besten präsentieren. Von der Arbeitgeberkurie wurde Martin S favorisiert. Somit zeichnete sich bereits bei diesem Hearing vor dem Verwaltungsrat ab, dass man sich nicht leicht auf einen Kandidaten einigen konnte.

Mit Schreiben vom 8.2.2006 wurde der Verwaltungsrat vom Ergebnis des Bewertungsausschusses informiert. Auch hier lag kein einheitlicher Vorschlag vor. Die Arbeitgeberkurie hatte an erster Stelle Martin S vor Birgit G, dem KI sowie den weiteren beiden Kandidaten gereiht. Die Arbeitnehmerkurie reihte Birgit G vor dem KI und einem anderen Bewerber. Für die Arbeitnehmerkurie kam Martin S als Bewerber überhaupt nicht in Betracht.

Da eine Einigung nicht erzielt wurde und das Ministerium die Angelegenheit zur Entscheidung an den Verwaltungsrat zurückstellte, entschied dieser, einen externen Personalberater beizuziehen. Aus Kostengründen wurden nicht alle Bewerber extern begutachtet, sondern jeweils die beiden erstgereihten in den beiden Kurien Birgit G und Martin S. Als Ergebnis des Assessment-Centers wurde festgestellt, dass im Vergleich der beiden Bewerber Birgit G besser für die angestrebte Funktion geeignet sei. Dem Mitbewerber Martin S ist der KI bereits aus fachlichen Gründen überlegen und ist er im Vergleich zu diesem als deutlich besser geeigneter Kandidat anzusehen. Im Vergleich zur Mitbewerberin Birgit G ist der KI als gleich geeignet anzusehen. Es ist nicht als besser geeignet zu qualifizieren. Von den jeweiligen Entscheidungsträgern wurde Birgit G im Verhältnis zum KI aufgrund ihres guten persönlichen Eindrucks und ihrer Präsentation favorisiert.

Mit 13.9.2006 wurde Birgit G mit der Funktion der stellvertretenden Landesgeschäftsführerin beim AMS OÖ betraut. Beim Besetzungsverfahren im Jahr 2006 wurde die Position des Landesgeschäftsführers in 2 Bundesländern mit einer Frau, in den restlichen 7 Bundesländern mit einem Mann besetzt. Die Position des stellvertretenden Landesgeschäftsführers wurde in 5 Bundesländern mit einer Frau und in 4 Bundesländern mit einem Mann besetzt.

Im Jahr 2006 betrug das Gehalt des KI 4.602,90 €. Das Fixgehalt des stellvertretenden Landesgeschäftsführers betrug 5.385,17 €.

Der KI begehrt [...] beim Erstgericht [...] 19.835,80 € bestehend aus 14.835,80 € an Differenz zum Fixgehalt des stellvertretenden Landesgeschäftsführers beginnend mit 13.9.2006 bis Ende 2007 sowie 5.000 € als Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Die Funktion des stellvertretenden Landesgeschäftsführers sei an die nicht bestgeeignete Mitbewerberin vergeben worden. Aufgrund seiner Qualifikation sei dem KI auch gegenüber dem vom Verwaltungsrat zweitgereihten Kandidaten Martin S der Vorzug zu geben gewesen. Diesem gegenüber habe eine Diskriminierung stattgefunden. Der Mitbewerber Martin S habe nicht einmal die obligatorischen Kriterien der Ausschreibung erfüllt, sei aber trotzdem zu sämtlichen Hearings zugelassen worden. Bei diskriminierungsfreier Auswahl wäre der KI mit der ausgeschriebenen Funktion betraut worden; im Fall

der Ernennung hätte er eine entsprechend höhere Entlohnung erhalten.

Die Klage stützt sich aber auch auf § 17 Abs 2 Z 2 B-GIBG. Für die Arbeitnehmerseite sei anscheinend von Anfang an klar gewesen, dass nur eine weibliche Kandidatin in Frage komme. Dies sei dem KI vom Landesgeschäftsführer zu verstehen gegeben worden; seine Bewerbung würde keine Aussicht auf Erfolg haben. Von der Arbeitgeberseite sei von Anfang an Martin S favorisiert worden, den aber die Arbeitnehmerseite in jedem Fall habe verhindern wollen. Bei einer objektiven Vorgangsweise des Bewertungsausschusses hätte dem KI der Vorrang eingeräumt werden müssen, weil er von allen Kandidaten die Ausschreibungskriterien am besten erfüllt habe. Von der Arbeitnehmerseite im Bewertungsausschuss sei der KI wegen seines Geschlechts diskriminiert worden, von der Arbeitgeberseite fühle sich der KI als „parteiloser Bewerber wegen seiner Weltanschauung“ diskriminiert. [...] Wäre der Verwaltungsrat objektiv vorgegangen, hätte der KI in die externe Begutachtung einbezogen werden müssen. Nicht nachvollziehbar sei, wieso Martin S mit seiner fehlenden AMS-Praxis zu dieser zugelassen worden sei. § 11 B-GIBG sei nicht anzuwenden, weil die Frauenquote bereits erfüllt sei.

Die *beklagte Partei* (Bekl) [...] wendete zunächst Unzulässigkeit des Rechtswegs ein. In der Hauptsache machte sie geltend, die im Bewertungsausschuss der Landesdirektion OÖ vertretenen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkurien hätten Birgit G jeweils vor dem KI gereiht sowie übereinstimmend mit dem Vorstandsvorsitzenden wohlbegründet diese im Vergleich zum KI als besser geeignet eingestuft. Eine dem Geschlecht zuzurechnende Diskriminierung des KI im Vergleich zur erstgereihten Bewerberin liege daher nicht vor. Selbst wenn Birgit G nur gleich geeignet gewesen wäre, wäre sie nach § 11c B-GIBG vorrangig zu bestellen gewesen.

Das *Erstgericht* verwarf mit gesondertem und rechtskräftigem Beschluss [...] die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs. In seinem Urteil verpflichtete es die Bekl zur Zahlung von 11.126,90 € sA und wies das Mehrbegehren von 8.708,90 € sA ab. In seiner rechtlichen Beurteilung ging das Erstgericht davon aus, dass für den KI das B-GIBG gelte, weil er Beamter sei. Nach § 17 B-GIBG sei der Bund dem Bewerber zum Ersatz des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet, wenn das Dienstverhältnis wegen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht begründet worden sei. Nach Abs 2 leg cit werde dahingehend differenziert, ob bei diskriminierungsfreier Auswahl der Bewerber die zu besetzende Planstelle erhalten hätte oder nicht. Durch die Bevorzugung des Bewerbers Martin S und Nicht-hinzuziehung des KI zum Assessment-Center sei der KI im Auswahlverfahren diskriminiert worden, weil ihm die weitere Möglichkeit genommen worden sei, seine Fähigkeiten entsprechend zu präsentieren. Ob sich durch die Präsentation des KI im Assessment-Center etwas geändert hätte, habe nicht festgestellt und daher nicht berücksichtigt werden können. Jedenfalls sei der KI im Auswahlverfahren diskriminiert worden. Dass er die zu besetzende Planstelle, wenn er weiter-

hin in das Bewertungsverfahren eingebunden gewesen wäre, bekommen hätte, stehe aber nicht fest und habe auch nicht glaubhaft gemacht werden können. Einem Arbeitgeber müsse unbenommen bleiben, sich bei gleicher Eignung von zwei Kandidaten für jenen Kandidaten zu entscheiden, der für ihn den besseren persönlichen Eindruck erwecke, den Anforderungen der Aufgabe gerecht zu werden. In jener Konstellation, in der zwei gleich geeignete Mitbewerber vorhanden seien und sich der Arbeitgeber aufgrund seines persönlichen Eindrucks für den einen entscheide, werde nicht automatisch der andere Mitbewerber diskriminiert. Im vorliegenden Fall seien die Entscheidungsgründe des Arbeitgebers nachvollziehbar. Der KI habe daher Anspruch auf Ersatz (nur) nach § 17 Abs 2 Z 2 B-GIBG. [...] Da der KI im Aufnahmeverfahren als besser Geeigneter gegenüber dem Mitbewerber Martin S diskriminiert worden sei und er durch den Nichterhalt der angestrebten Position monatlich eine Einkommenseinbuße von fast 800 € erleide, erscheine es als angemessen, den Ersatzanspruch im Ausmaß von drei Monatsbezügen zu je 2.042,30 € (= 6.126,90 €) festzulegen. Für den vom KI erlittenen immateriellen Schaden erscheine der geltend gemachte Betrag von 5.000 € „nicht unangemessen“.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung des KI nicht, wohl aber jener der Bekl Folge und änderte das erstinstanzliche Urteil im gänzlich klageabweisenden Sinn ab. Seine rechtliche Beurteilung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Zur Berufung des KI: [...] Mit seiner Rechtsrüge strebe der KI erkennbar die Beurteilung seiner Ansprüche nach § 17 Abs 2 Z 1 B-GIBG ohne Limitierung durch eine Obergrenze an. Er übersehe dabei, dass das Erstgericht Feststellungen zu dem der Bekl obliegenden Beweis, dass der KI tatsächlich nicht diskriminiert worden sei, getroffen habe. So finde sich im angefochtenen Urteil die entscheidende und unbekämpft gebliebene Feststellung, dass von den jeweiligen Entscheidungsträgern Birgit G aufgrund ihres guten persönlichen Eindrucks und ihrer Präsentation im Verhältnis zum KI favorisiert worden sei. In Bezug auf diese Mitbewerberin sei daher für den KI nicht nur die Endentscheidung, sondern auch das vorangegangene Auswahlverfahren diskriminierungsfrei verlaufen. Die vom Erstgericht vorgenommene Teilabweisung sei daher zu bestätigen.

Zur Berufung der Bekl: Der OGH habe in seiner E 9 ObA 122/07t nach Auseinandersetzung mit verschiedenen Lehrmeinungen die Rechtsansicht vertreten, dass der Oberbegriff „Weltanschauung“ zwar eng mit dem Begriff „Religion“ verbunden sei, aber auch als Sammelbezeichnung für andere Leitauffassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinngehalt sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standorts für das individuelle Lebensverständnis diene. Weltanschauungen seien keine wissenschaftlichen Systeme, sondern Deutungsansichten in der Form persönlicher Überzeugungen von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen. Die Nichtzugehörigkeit zu einer politischen Partei, und nichts anderes sei der vom KI verwendete Begriff als „Parteifreier“, sei demgemäß keine Weltanschauung. Sie betreffe bei weitem nicht die persönliche Überzeugung

von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen, sondern erschöpfe sich in dem Umstand, dass der KI behaupte, kein offizielles Mitglied einer politischen Partei zu sein, ohne einen Bezug zu seinen Mitbewerbern herzustellen. Insofern sei der KI ein substantiiertes Vorbringen schuldig geblieben, dass die der Bekl zur Last gelegten Handlungen im Rahmen einer Diskriminierung aufgrund einer Weltanschauung gesetzt worden seien. Der KI habe nicht ausreichend behauptet, dass die Nichtinbeziehung zum externen Assessment-Center aufgrund eines von § 13 Abs 1 B-GIBG verpönten Motivs erfolgt sei.

Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt, weil keine oberstgerichtliche Rspr zur Frage vorliege, inwieweit die Selbstbezeichnung eines bei einer Bewerbung nicht zum Zug gekommenen Beamten als sogenannter „Parteifreier“ unter den Begriff der Weltanschauung nach § 13 Abs 1 B-GIBG falle.

Gegen dieses Urteil richtet sich die *Revision des KI* wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im gänzlich klagestattgebenden Sinn abzuändern [...].

Die Revision ist zulässig, aber nicht berechtigt. Gem § 20a B-GIBG hat die Person, die sich im Streitfall auf einen Diskriminierungstatbestand iSd §§ 4, 8, 8a, 13 Abs 1 oder 16 leg cit beruft, diesen glaubhaft zu machen. § 20a B-GIBG entspricht inhaltlich § 12 Abs 12 GIBG, mit dem sich der OGH in seiner E 9 ObA 177/07f unter Bedachtnahme auf die Beweislastrichtlinie (-RL) 97/80/EG [...] und die Gleichbehandlungsrahmen-RL 2000/78/EG [...] ausführlich auseinandergesetzt hat. Der OGH gelangte zusammengefasst zur Auffassung, dass sich erst dann, wenn der KI die Glaubhaftmachung von Umständen gelungen sei, die einen Zusammenhang zwischen Ablehnung der Bewerbung und dem Geschlecht oder einem anderen Diskriminierungstatbestand indizieren, die „Beweislast“ auf den Arbeitgeber verlagere. In dem von ihm zu entscheidenden Fall gelangte der OGH zu dem Ergebnis, dass die damalige KI schon am ersten Schritt gescheitert sei, nämlich glaubhaft zu machen, dass eines der von ihr geltend gemachten verpönten Kriterien – Alter, Geschlecht – tatsächlich bei der Bewerbung negativ berücksichtigt worden sei. Die Glaubhaftmachung konkreter „Motive“ des Entscheidungsträgers sei eine Frage der Sachverhaltsfeststellung; dazu gehöre auch die Frage, was als Tatsache im konkreten Fall zu einer Glaubhaftmachung beizutragen vermag. [...] Die Glaubhaftmachung von verpönten Motiven dabei sei nur dem durch Abminderung des Beweismaßes erleichterten Indizienbeweis zugänglich. Nur anhand der konkreten Gesamtumstände könne beurteilt werden, ob Tatsachen zur Glaubhaftmachung des Vorliegens des verpönten Motivs geeignet seien oder nicht.

Ausgehend von diesen auch hier anzuwendenden Grundsätzen [...] hat der KI im hier zu beurteilenden Fall keines der von ihm geltend gemachten verpönten „Motive“ bei der Auswahlentscheidung glaubhaft gemacht:

Mit seinen Ausführungen, dass er gegenüber der Mitbewerberin aus Gründen des Geschlechts diskriminiert worden sei, weil es der Arbeitnehmerseite darum

gegangen sei, unbedingt eine Frau zu ernennen, geht er nicht von den maßgeblichen Feststellungen aus und kann auf die insoweit zutreffende rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Satz 3 ZPO).

Für eine Diskriminierung des KI gegenüber seinem – ohnedies nicht zum Zug gekommenen – Mitbewerber aus Gründen der Weltanschauung fehlt es von vornherein an schlüssigem Vorbringen. Der KI hat dazu in erster Instanz nur vorgebracht, dass er sich „von der AG-Seite als parteifreier Bewerber gegenüber dem aus Interessenmotiven erstgereihten Mitbewerber wegen seiner Weltanschauung diskriminiert“ fühle. Abgesehen davon, dass er sich dabei nicht auf die Entscheidung bzw die Reihung durch den Dienstgeber, sondern nur auf den Standpunkt der drei Arbeitgebervertreter im Verwaltungsrat bezieht, lässt er damit völlig außer Acht, dass der von ihm angesprochene Mitbewerber gar nicht zum Zug gekommen ist. Vor allem aber ist seinem Vorbringen, in dem nur vage von „Interessenmotiven“ die Rede ist, überhaupt nicht zu entnehmen, dass der angesprochene Mitbewerber einer Partei angehört, sodass nicht einmal schlüssig vorgebracht ist, ob bei der Willensbildung der Arbeitgeberkurie parteipolitische Aspekte eine Rolle gespielt haben. Auf die Frage, ob Parteilosigkeit als „Weltanschauung“ anzusehen ist, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

Durch die in erster Instanz vorgebrachten Tatsachenbehauptungen hat der Revisionswerber daher – was seinen männlichen, nicht zum Zug gekommenen Mitbewerber betrifft – keinen gesetzlichen Diskriminierungstatbestand vorgebracht. Ihn aufzufordern, weitere, bislang nicht behauptete Tatsachen vorzubringen, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet. Der behauptete Mangel des Berufungsverfahrens (Verletzung der Anleitungspflicht) liegt daher nicht vor.

Die neuerliche Rüge behaupteter Mängel erster Instanz scheidet schon daran, dass diese vom Berufungsgericht verneint wurden und daher im Revisionsverfahren nicht mit Erfolg geltend gemacht werden können (RIS-Justiz RS0043061 uva). Die Revision ist daher nicht berechtigt. [...]

### Anmerkung

1. In dieser E baut der OGH seine Vorjudikatur zu den Mindestanforderungen des Glaubhaftmachens und der Beweislastverlagerung bei einer behaupteten Mehrfachdiskriminierung aus (OGH 9.7.2008, 9 ObA 177/07f; zur Vorjudikatur hinsichtlich der RLen-konformen Auslegung der Regel des GIBG zur Beweiserleichterung siehe insb OGH 7.7.2004, 9 ObA 46/04m, sowie *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG [2009] § 12 Abs 12 GIBG Rz 125 f und S 468 ff mit umfassenden weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Fall bestätigte der OGH im Ergebnis hinsichtlich sowohl der behaupteten Diskriminierung auf Grund des Geschlechts als auch hinsichtlich der behaupteten weltanschaulichen Diskriminierung durch Nichtzugehörigkeit zu einer politischen Partei die Rechtsansicht der zweiten Instanz. Insofern der OGH das Vorbringen zur weltanschaulichen Diskriminierung als nicht schlüssig ansah, enthub er sich der Erörterung der Frage, ob eine solche Nichtzugehörigkeit als Weltanschauung iSd Gleichbehandlungs-

gesetze anzusehen sei. Berufungs- und Höchstgericht haben mE die Differenzierung zwischen schlüssigem Vorbringen und Glaubhaftmachen im vorliegenden Fall „unter Berücksichtigung der Gesamtumstände“ überzeugend getroffen.

Die E ist unter den Gesichtspunkten der Regelungen zur Glaubhaftmachung einer Diskriminierung kurz und angemessen konzis rezipiert worden, so unter dem Gesichtspunkt der inhaltsgleichen Entsprechung von § 12 Abs 12 GIBG und § 20 Abs 2 B-GBG (JBI 2010,392 = ARD 6068/4/2010 = Jus-Extra OGH-Z 4815 = *ecolex* 2010/174 S 487 = *ecolex* 2010,487 = DRdA 2010,424). Einzig *Gerhartl*, ASoK 2010, 242, hat sich etwas ausführlicher geäußert, so zunächst zur Mehrstufigkeit des Bewerbungsverfahrens; dies sei ein Phänomen einer zunehmend diffizilen Berufswelt. Die entscheidenden Gerichte waren auf Sachverhaltsebene insofern mit einem mehrstufigen Bewerbungsverfahren konfrontiert, als die Personalentscheidung im Verwaltungsrat des AMS nicht nur Ergebnis der regulären kollegialen dreigliedrigen Willensbildung mit der Vorberatung in entsprechenden Gremien („Kurien“) war, sondern im konkreten Fall zur Beurteilung der beiden bestqualifizierten BewerberInnen und endgültigen Entscheidung eine Beratungsfirma für ein Assessment-Center herangezogen worden war; der KI hatte sich dadurch diskriminiert erachtet, dass er in diese letzte Stufe des Bewerbungsverfahrens nicht einbezogen worden war. Die Mehrstufigkeit des Bewerbungsverfahrens im konkreten Fall ändert jedoch nichts am rechtlichen Kern: Auf Grund der vorliegenden E bleibt die Möglichkeit, eine (auch mehrfache) Diskriminierung durch Nichtberücksichtigung in späteren Stufen eines mehrstufigen Bewerbungsverfahrens geltend zu machen, gewahrt.

2. Weiters hat *Gerhartl* klärend auf die Rechtsgrundlage der Anwendung des B-GIBG (§ 54 Abs 6 AMSG) im vorliegenden Fall hingewiesen. Zugleich problematisierte er allerdings die Anwendbarkeit des B-GIBG auf die entscheidungsgegenständliche Funktion der stellvertretenden Leiterin bzw des stellvertretenden Leiters einer Landesgeschäftsstelle des AMS, da diese Funktion nicht ausdrücklich in § 54 Abs 6 AMSG genannt sei und somit als Organfunktion nicht zwingend im Weg eines Arbeitsvertrages zu vergeben sei. Diese Bedenken gehen mE am Zweck der Ausgliederungsnorm AMSG vorbei, die in einer Konstruktion *sui generis* das AMS als Dienstleistungsunternehmen öffentlichen Rechts mit übertragenen hoheitlichen Teilaufgaben konstituiert (§ 1 AMSG) und, soweit sie die fortgesetzte Anwendung des B-GIBG im ausgegliederten Bereich vorsieht, in § 56 Abs 4 AMSG wesentliche Entsprechungen zu den vorigen Organisationseinheiten und Organfunktionen der Bundesverwaltung festlegt, wobei föderalistische Strukturen in den Z 3 und 4 *leg cit* berücksichtigt sind und stellvertretende Funktionen wohl als implizit erfasst gelten dürfen (freilich bejaht *Gerhartl* letztlich die Anwendung des B-GIBG auch auf eine Vergabe der Funktion im Weg eines freien Dienstverhältnisses). Ergänzend sei angemerkt, dass der Frauenförderplan des AMS nicht als Verordnung gefasst ist, sondern als Zielvereinbarung des Managements (für die Jahre 2008 bis 2013: [http://www.ams.at/\\_docs/frauenfoerderplan.pdf](http://www.ams.at/_docs/frauenfoerderplan.pdf)). Im



Hinblick auf ein häufiges Missverständnis sei weiters angemerkt, dass die Vorrangregeln des B-GIBG für Aufnahme und beruflichen Aufstieg Entscheidungsregeln sind, die nur bei Vorliegen von ex-aequo-Qualifikationen zu beachten sind (dazu grundlegend nach wie vor *Siegmund-Ulrich*, Diskriminierungsschutz und Frauenförderung im Bundesdienst, in *Aichhorn* [Hrsg], *Frauen & Recht* [1997] 159 ff [189]).

3. Die Frage, ob die Nichtzugehörigkeit zu einer politischen Partei eine Weltanschauung iSd Antidiskriminierungsrechts ist, blieb auf höchstgerichtlicher Ebene unbeantwortet. Das OLG Linz hat, gestützt auf OGH 24.2.2009, 9 ObA 122/07t, diese Frage verneint. Die dadurch eröffnete Judikaturlinie ist zutreffend. Sie lässt allerdings offen, ob das Bekenntnis zu einer politischen Partei als Weltanschauung iSd GIBG oder B-GIBG gelten kann, eine Frage, die mE zu verneinen ist (vgl in diesem Sinn *Thomasberger*, Religionsgemeinschaften als Arbeitgeber im Lichte des Gemeinschaftsrechts, österreichisches Archiv für recht & religion 2008 [öarr], 344). Dafür spricht nicht nur der Wortlaut der Bestimmungen des GIBG bzw B-GIBG, in denen die „politische Meinung“ nicht als eigener Diskriminierungsgrund genannt ist (vgl hingegen Art 1 Abs 1 lit a Übereinkommen über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf [1958] BGBl 1973/111 sowie das Gebot völkerrechtskonformer Interpretation; die ausdrückliche Aufnahme eines solchen Diskriminierungstatbestandes in die österreichische Gesetzgebung wird im Rahmen der regelmäßigen Berichtspflicht Österreich vom Sachverständigenausschuss der IAO entgegen der Regierungsauffassung urgiert, dies sei vom Begriff „Weltanschauung“ iSd Durchführung von EU-Recht erfasst). Stellt man wie *Rebhahn*, Diskriminierung wegen Weltanschauung, DRdA 2011/3, 36 ff, auf die Schutzsphären der Grund- und Menschenrechte ab, so kann die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei als Ausfluss des Rechts sich zusammenzuschließen (Art 11 EMRK) und eines aktiven staatsbürgerlichen Partizipationsrechts gesehen werden, das in einem säkulären Staat einen deutlichen Gegensatz zur Kultusfreiheit darstellt (vgl § 1 Abs 2 ParteienG, BGBl

1975/404 – Verfassungsbestimmung: „Zu den Aufgaben der politischen Parteien gehört die Mitwirkung an der politischen Willensbildung“). Ob politische Parteien schließlich als „weltanschauliche Gemeinschaften“ iSd Art 17 Abs 2 AEUV gelten können, ist fraglich. Art 17 Abs 1 AEUV statuiert in die Achtung des Status von Kirchen und religiösen Gemeinschaften durch die Union, Abs 2 die gleiche Achtung „weltanschaulicher Gemeinschaften“ auf der Grundlage einzelstaatlichen Rechts. Englische und französische Fassung des Art 17 Abs 2 AEUV stellen klar, dass es bei dieser gleichen Achtung „weltanschaulicher Gemeinschaften“ um nichtkonfessionelle Zusammenschlüsse geht („the status under national law of philosophical and non-confessional organisations“, „les organisations philosophiques et non confessionnelles“; zu „Weltanschauung“ im bewussten Gegensatz zu Philosophie siehe allerdings *Berning*, Vom „Abstammungsnachweis“ zum „Zuchtwart“, Vokabular des Nationalsozialismus [1964] 208 f). Damit sind – im Kontrast oder in Analogie zu Kirchen – jedoch wohl nicht primär und jedenfalls nicht explizit politische Parteien gemeint.

Abschließend möchte ich auf eine mE besonders problematische Unschärfe der Weltanschauungsdefinition in den parlamentarischen Motiven zu GIBG und B-GIBG hinweisen. Es ist nämlich nicht evident, ob bzw warum diese von der Rspr herangezogene und der Brockhaus-Enzyklopädie entnommene Definition auf geschlossene Gedankensysteme, die Züge einer Privatreligion aufweisen, anwendbar ist oder nicht. Beispielsweise genannt werden können das autobiographisch beschriebene Gedankensystem des historischen Senatspräsidenten des OLG Dresden *Daniel Paul Schreiber*, das ein „Engbrüstigkeitswunder“ umfasste, die Welteislehre nach *Hanns Hörbiger* oder die Auffassung, wir lebten auf der Innenseite der Weltkugel. Alle genannten Gedankensysteme sind schließlich durchaus iSd genannten Definition „nicht wissenschaftliche“, persönliche Deutungsauffassungen und Überzeugungen von der Funktion des „Weltganzen“.

NEDA BEI (WIEN)

## Entlassung einer Vertragsbediensteten

50.

1. Anders als im Fall der Kündigung gem § 32 Abs 1 VBG ist für den Ausspruch einer Entlassung gem § 34 Abs 1 VBG weder die Einhaltung der Schriftform noch die Angabe eines Grundes erforderlich.

2. Für die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit der Vertrauensunwürdigkeit nach § 34 Abs 2 lit b VBG sowie die der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sind die Umstände des Einzelfalls maßgebend. Dieser Frage kommt – abgesehen von Fällen einer hier nicht vorliegenden auffallenden Fehlbeurteilung durch die zweite Instanz – im Allgemeinen keine erhebliche Bedeutung zu.

3. Es muss dem Dienstgeber überlassen bleiben, ob und wann er schon vor Beendigung einer Straf-

untersuchung die Überzeugung gewinnt, dass die Umstände eine Entlassung rechtfertigen; dieser muss daher das Ergebnis eines Strafverfahrens nicht abwarten.

4. Vorläufige Maßnahmen, wie etwa eine Dienstfreistellung, können die Annahme eines Verzichts des Dienstgebers auf die Ausübung des Entlassungsrechts verhindern. Eine solche Maßnahme kann aber nicht die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung beeinflussen.

1. Die vom (neuen) Vertreter der Klägerin (KI) erhobene (zweite) außerordentliche Revision verstößt nicht gegen den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels, weil ein Rechtsanwalt zu einem mangelhaf-

§ 32 Abs 1,  
§ 34 VBG;  
§ 27 AngG;  
§ 1162 ABGB;  
§ 82 GewO  
1859;  
§ 502 Abs 1 ZPO

OGH  
18.8.2010  
8 ObA 53/10t

OLG Innsbruck  
27.10.2004  
13 Ra 52/04a

ten Rechtsmittelschriftsatz der Partei auch inhaltliche Ergänzungen anbringen kann (*Gitschthaler* in *Rechtsberger*<sup>3</sup> §§ 84 bis 85 ZPO Rz 15).

2.1 Die von der KI behauptete Nichtigkeit liegt nicht vor.

Die in der außerordentlichen Revision genannte Vorschrift des § 11 Abs 2 RAO betrifft ebenso wie die Bestimmung des § 36 Abs 2 ZPO nur das Innenverhältnis zwischen dem beauftragten Rechtsanwalt und seinem Mandanten und damit nur die materiell-rechtlichen Wirkungen der Kündigung der Prozessvollmacht. Dem Gegner und dem Gericht gegenüber (siehe RIS-Justiz RS0035744) wird die Auflösung des Vollmachtsverhältnisses grundsätzlich aber erst dann wirksam, wenn sowohl das Erlöschen der Vollmacht angezeigt als auch die Bestellung eines anderen Rechtsanwalts mitgeteilt wurde (RIS-Justiz RS0035675; RS0035749). Dementsprechend müssen Zustellungen weiterhin an den bisherigen Vertreter der Partei vorgenommen werden, bis die Partei dem Gericht die Bestellung eines anderen Rechtsanwalts angezeigt hat (RIS-Justiz RS0035634). Der Anzeige der Bestellung eines anderen Rechtsanwalts ist die Anbringung eines Verfahrenshilfeantrags gleichzusetzen (RIS-Justiz RS0035682). Diese Grundsätze gelten jedenfalls auch im arbeitsgerichtlichen Anwaltsprozess (vgl RIS-Justiz RS0109541). [...]

2.2 Auch mit ihren Ausführungen zu den geltend gemachten Verfahrens- und Feststellungsmängeln vermag die KI die Zulässigkeit der Revision nicht zu begründen.

Soweit sie sich über die unterbliebene Vernehmung von ihr angebotener Zeugen beschwert, ist darauf hinzuweisen, dass vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmängel vor dem OGH nicht mehr geltend gemacht werden können (RIS-Justiz RS0042963; RS0106371). Entgegen der Ansicht der KI haben die Vorinstanzen zur Frage der Urheberschaft der inkriminierten Beleidigungsschreiben nicht von einem herabgeminderten Beweismaß Gebrauch gemacht, weshalb auch der behauptete Erörterungsmangel nicht vorliegt. [...]

3.1 Wie die KI auch selbst ausführt, wird in der E 9 ObA 177/07f ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Regeln zur Verteilung der Beweislast nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Beweis für strittige entscheidungswesentliche Tatsachen nicht erbracht werden kann, wenn also das Beweisverfahren insoweit ohne subsumtionsfähiges Sachverhaltsergebnis geblieben ist. Die Beweislastregeln greifen somit erst dann ein, wenn das Prozessgericht aus den Beweisergebnissen unter Zugrundelegung des relevanten Beweismaßes keine positiven Feststellungen gewinnen kann. [...]

3.2 In seiner Beweiswürdigung hielt das Erstgericht fest, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit nur die KI als Verfasserin oder als Urheberin der anonymen Schreiben in Frage komme. Mit diesen Erwägungen nimmt das Erstgericht auf den Regelbeweis (Vollbeweis) Bezug (vgl RIS-Justiz RS0110701). Entgegen der Ansicht der KI sind die Vorinstanzen somit nicht von einer „Herabsetzung des Beweismaßes auf eine bloße Wahrscheinlichkeit zur Glaubhaftmachung“ ausgegangen.

3.3 In Wirklichkeit versucht die KI unter Hinweis auf die Unschuldsvermutung eine Beweisverschärfung

dahin abzuleiten, dass bei strafrechtsrelevantem Verhalten für die Annahme der kriminellen Täterschaft nur der „direkte Beweis“ zulässig sei.

Entgegen diesen Überlegungen schließt der Zweifelsgrundsatz auch im Strafverfahren einen Indizienbeweis keineswegs aus (vgl RIS-Justiz RS0098253). Davon abgesehen stellt die strafrechtliche Unschuldsvermutung im zivilgerichtlichen Verfahren keine anerkannte Beweisführungsregel dar. Die KI nimmt in der außerordentlichen Revision auch zu Unrecht eine Gleichstellung von Glaubhaftmachung einerseits und Indizienbeweis andererseits vor. Der – allgemein zulässige – Indizienbeweis ist darauf gerichtet, durch den Beweis bestimmter Hilfsstatsachen dem Gericht die volle Überzeugung des Vorhandenseins der direkt nicht oder nur schwer zu beweisenden Haupttatsache zu vermitteln (RIS-Justiz RS0040290; 9 ObA 177/07f). Auch für den Indizienbeweis gilt grundsätzlich das Regelbeweismaß. Lediglich dann, wenn das Gesetz nur eine Glaubhaftmachung verlangt, kann von einem – durch die Herabminderung des Beweismaßes – „erleichterten Indizienbeweis“ gesprochen werden, wie dies in den Entscheidungen 9 ObA 177/07f und 8 ObA 69/09v der Fall war. Die Frage, ob der Indizienbeweis erbracht werden kann, betrifft die Beweiswürdigung (RIS-Justiz RS0040278; RS0112460).

4.1 Auch der Hinweis der KI auf die Pflicht zur Begründung der Entlassung ist verfehlt. Während der Dienstgeber nach § 32 Abs 1 VBG eine Kündigung nur schriftlich und mit Angabe des Grundes vornehmen kann, sieht § 34 Abs 1 VBG kein Schriftformgebot vor. Schon aus der unterschiedlichen Formulierung der gesetzlichen Bestimmungen folgt, dass der Gesetzgeber für die Kündigung einerseits und die Entlassung andererseits unterschiedliche Wirksamkeitserfordernisse normiert hat. Anders als im Fall der Kündigung (nach einem Jahr) ist für den Ausspruch einer Entlassung weder die Einhaltung der Schriftform noch die Angabe eines Grundes erforderlich (9 ObA 155/09y mwN; *Ziehensack*, VBG, § 34 Rz 36).

4.2 Für die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit der in Rede stehenden Vertrauensunwürdigkeit nach § 34 Abs 2 lit b VBG sowie der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sind die Umstände des Einzelfalls maßgebend. Dieser Frage kommt – abgesehen von Fällen einer hier nicht vorliegenden auffallenden Fehlbeurteilung durch die zweite Instanz – im Allgemeinen keine erhebliche Bedeutung zu (RIS-Justiz RS0029630; RS0105940).

Entgegen der Ansicht der KI musste die Beklagte das Ergebnis des (nach § 90 StPO alt eingestellten) Strafverfahrens nicht abwarten, weil es dem Dienstgeber überlassen bleiben muss, ob und wann er auch schon vor Beendigung einer Strafuntersuchung die Überzeugung gewinnt, dass die Umstände eine Entlassung rechtfertigen (RIS-Justiz RS0029309). Allgemein ist dem Dienstgeber zwar zuzubilligen, den entlassungsrelevanten Sachverhalt aufzuklären (RIS-Justiz RS0029297). Ein Zuwarten mit dem Ausspruch der Entlassung steht aber mit dem Grundsatz im Spannungsverhältnis, dass der Entlassungsgrund unverzüglich geltend gemacht werden muss. Vorläufige Maßnahmen, wie etwa eine Dienstfreistellung, können die Annahme eines Verzichts des Dienstgebers auf

die Ausübung des Entlassungsrechts verhindern (RIS-Justiz RS0028987). Eine solche Maßnahme kann aber nicht die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung beeinflussen (RIS-Justiz RS0029797; 9 ObA 68/99m). [...]

## Anmerkung

### 1. Einleitung

Die vorliegende E enthält in den Punkten 1. bis 3. einige allgemeine prozessuale Aussagen, die für eine arbeitsrechtliche Entscheidungsbesprechung nur indirekt von Interesse sind. Aufgrund deren Relevanz für die Praxis wurden diese – einen wesentlichen Teil der Entscheidungsbegründung ausmachenden – Aussagen des OGH jedoch vom Rezensenten dennoch für den/die LeserIn abgedruckt.

Die aus arbeitsrechtlicher Sicht primär interessanten Aussagen rund um das Thema „Entlassung“ finden sich im Pkt 4. der Entscheidungsbegründung. Diese behandeln zwar die Entlassung einer Vertragsbediensteten (VB) gem § 34 VBG, sind jedoch – mit Ausnahme jener zum Schriftformgebot sowie zur Begründungspflicht des § 32 VBG – letztlich auch für die Entlassung anderer ArbeitnehmerInnen (AN) von Bedeutung. Der OGH bewegt sich dabei im Rahmen seiner bisherigen Judikatur.

### 2. Schriftformgebot/Begründungspflicht

Gem § 32 Abs 1 VBG kann der Dienstgeber (DG) das Dienstverhältnis eines VB, das ununterbrochen ein Jahr gedauert hat, nur schriftlich und mit Angabe des Grundes kündigen.

Beim Schriftformgebot des § 32 Abs 1 VBG handelt es sich – wie bei ähnlichen Bestimmungen (siehe etwa § 15 Abs 2 BAG sowie die Formgebote in einzelnen Kollektivverträgen) – nicht um eine bloße Ordnungsvorschrift, sondern um eine Wirksamkeitsvoraussetzung. Das Gebot der Schriftlichkeit bedeutet „Unterschriftlichkeit“, womit grundsätzlich das eigenhändige Schreiben des Familiennamens in jeder üblichen Schrift gemeint ist. Dieses Wirksamkeitserfordernis kann weder dadurch ersetzt werden, dass das zuständige Organ innerhalb der Kündigungsfrist eine Unterschrift nachzutragen versucht, noch dadurch, dass dieses mündlich bestätigt, dass das Schriftstück von ihm stamme (OGH 2008/Arb 12.742 = DRdA 2009/7 [Ziehensack] = JBI 2008, 737 = ARD 5918/5/2008 = RdW 2008/434 = ASoK 2008, 277).

Die Kündigungsgründe sind in der Kündigung zu nennen; Kündigungsgründe, die in der schriftlichen Kündigung nicht geltend gemacht worden sind, können daher nachträglich nicht zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen werden. Hierbei schadet weder eine irrtümliche Unterstellung des angeführten Kündigungsgrundes unter eine andere Gesetzesstelle noch ein Schreibfehler, wenn dem Kündigungsschreiben deutlich entnommen werden kann, was in Wahrheit als Kündigungsgrund geltend gemacht wird (OGH 1987/Arb 10.637 = DRdA 1988, 149 = infas 1988 A 42 = JBI 1988, 257 = ARD 3953/13/88). Gefordert sind

weder eine dem Gesetz entsprechende Zitierung des geltend gemachten Kündigungsgrundes noch die Verwendung der verba legalia bei seiner Umschreibung, mag dies auch zur genauen Einordnung des geltend gemachten Grundes zweckmäßig sein (OGH 1993/ARD 3959/5/88). Wurde aber bspw in einem Kündigungsschreiben ausschließlich der Kündigungsgrund des § 32 Abs 2 lit g VBG (nunmehr: § 32 Abs 4 VBG – Änderung des Arbeitsumfanges, der Organisation des Dienstes oder der Arbeitsbedingungen) genannt, so kann, selbst wenn in den der Überreichung des Kündigungsschreibens vorangegangenen Gesprächen gegenüber dem VB der Vorwurf der Begehung einer strafbaren Handlung erhoben worden ist, im Hinblick auf den Text des Kündigungsschreibens – auch wenn dort der Entfall des Abfertigungsanspruches erwähnt ist – die Berechtigung der Kündigung nicht auf strafbares Verhalten des VB gestützt werden (OGH 1991/Arb 10.949 = ARD 4307/7/91).

Anders als im Fall der Kündigung nach einem Jahr ist jedoch für den Ausspruch der Entlassung eines VB weder die Einhaltung der Schriftform noch die Angabe eines Grundes erforderlich (OGH 2010/ecoalex 2010/219 = ASoK 2010, 268; Ziehensack, VBG [Loseblatt] § 34 Rz 36; Haschmann/Wawerka, VBG [Loseblatt] 152; Kuderna, Entlassungsrecht<sup>2</sup> [1994] 199).

### 3. „Erhebliche Rechtsfrage“

Gem § 502 Abs 1 ZPO iVm § 502 Abs 5 Z 4 ZPO ist bei Streitigkeiten in Arbeits- und Sozialrechtssachen eine Revision immer dann zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rspr des OGH abweicht oder eine solche Rspr fehlt oder uneinheitlich ist.

Die Intention des Gesetzgebers war, den OGH grundsätzlich nur mit wichtigen, zumindest potenziell für eine größere Anzahl von Rechtstreitigkeit bedeutsamen Fragen zu befassen. Nach der Judikatur des OGH handelt es sich zB bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe um eine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung. Erhebliche Bedeutung kommt einer Entscheidung auch dann zu, wenn tragende Grundsätze des Verfahrensrechts auf dem Spiel stehen (siehe dazu bspw Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>7</sup>, Rz 1041 mwN).

IdS ist bspw die Frage, wie das Verschulden der an einem Unfall Beteiligten zu gewichten ist, eine Frage des Einzelfalls, der – von Fällen krasser Fehlbeurteilung durch die zweite Instanz abgesehen – keine erhebliche Bedeutung zukommt (OGH 2004/ARD 5551/9/2004). Ob ein Vertrag im Einzelfall richtig ausgelegt wurde, stellt ebenso nur dann eine erhebliche Rechtsfrage dar, wenn infolge einer wesentlichen Verkennung der Rechtslage ein unvertretbares Auslegungsergebnis erzielt wurde (OGH 2000/DRdA 2001, 63 = ARD 5292/39/2002; 2005/Arb 12.506 = infas 2005 A 52 = ARD 5596/4/2005 = RdW 2005/387). Eine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung liegt auch dann nicht vor, wenn zwar Rspr des OGH fehlt, jedoch

eine Rechtsfrage im Gesetz so eindeutig gelöst ist, dass nur eine Möglichkeit ernstlich in Betracht zu ziehen ist und Zweifel bei der Auslegung nicht entstehen können, so insb auch dann, wenn diese Lösung in der Lehre unstrittig ist (OGH 2000/Arb 12.050 = *ecolex* 2001/86 [Maza] = ARD 5193/37/2001 = RdW 2001/249 mwN).

Für die Beurteilung des Vorliegens eines Entlassungsgrundes hat der OGH bereits mehrfach festgehalten, dass es hier stets auf die besonderen Umstände des Einzelfalls ankommt, sodass sich erhebliche Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO regelmäßig nur dann stellen, wenn dem Berufungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen ist, die vom OGH iSd Rechtssicherheit korrigiert werden müsste (siehe bspw OGH 2004/infas 2004 A 78 = ARD 5552/16/2004 = ASoK 2005, 28 mwN; vgl auch 1998/ARD 4999/10/99 mwN).

#### 4. Zuwarten mit Ausspruch der Entlassung bis Ausgang des Strafverfahrens

In der vorliegenden E werden schließlich Fragen dahingehend angesprochen, inwieweit der DG den Ausgang eines anhängigen Strafverfahrens abwarten darf (oder muss) und welche Rolle dabei eine Dienstfreistellung des AN spielt.

Der Grundsatz der Unverzüglichkeit der Entlassung besagt nach stRspr, dass der DG die Entlassung ohne Verzug, dh sofort, nachdem ihm der Entlassungsgrund bekannt geworden ist, aussprechen muss, widrigenfalls das Entlassungsrecht erlischt (siehe etwa OGH 2003/ARD 5454/8/2003 mwN). Dieser Grundsatz basiert im Wesentlichen auf zwei Grundgedanken. Einerseits soll der AN, der einen Entlassungsgrund gesetzt hat, nicht im Unklaren darüber gelassen werden, dass sein Verhalten tatsächlich diese schwer wiegende Rechtsfolge nach sich zieht. Andererseits gibt der DG, der sein Recht zur unverzüglichen Auflösung des Dienstvertrages nicht unverzüglich in Anspruch nimmt, zu erkennen, dass der objektiv gegebene Entlassungsgrund in der subjektiven Wertung des DG doch nicht von einem solchen Gewicht ist, dass er ihm jede weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht (OGH 1995/Arb 11.378 = infas 1995 A 122 = ARD 4694/34/95 = RdW 1995, 433 mwN).

Der DG ist aber keinesfalls verpflichtet, schon aufgrund einer unüberprüften Anschuldigung die Entlassung auszusprechen (OGH 1999/infas 1999 A 125 = ARD 5052/4/99 = ASoK 2000, 151). Der DG kann, wenn ein zweifelhafter Sachverhalt vorliegt, während des zur Aufklärung dienenden Strafverfahrens die Entlassung aussprechen (OGH 2003/ARD 5518/9/2004 mwN). Es ist ihm somit bei vorerst undurchsichtigem und zweifelhaftem Sachverhalt zuzubilligen, sich vor dem Ausspruch der Entlassung Klarheit über deren Berechtigung zu verschaffen (OGH 1999/ARD 5013/8/99; 1999/ARD 5028/6/99 = RdW 1999, 429). Der DG kann in solchen Fällen mit der Entlassung bis zur einwandfreien Klarstellung aller wesentlichen Umstände durch die zuständige Behörde zuwarten (OGH 1999/ARD 5028/6/99 = RdW 1999, 429; 1992/ARD 4476/9/93). Es bleibt dem DG überlassen, ob und wann er aus dem Verlauf einer Strafuntersuchung gegen seinen AN auch schon vor deren Beendigung

die Überzeugung gewinnt, dass bereits die bisherigen Verfahrensergebnisse eine Entlassung rechtfertigen (OGH 2008/ARD 5895/9/2008; 2001/infas 2001 A 57 = ARD 5224/50/2001 = RdW 2001/631 = ASoK 2001, 244; 1999/ARD 5028/6/99 = RdW 1999, 429; 1998/Arb 11.766 = DRdA 1999, 65 = ARD 5015/6/99 = RZ 1999/43 = *ecolex* 1999/22 = ASoK 1999, 138). Aber auch, wenn der DG selbst Ermittlungen zur Klärung von Verdachtsmomenten führt, ist ihm ein Abwarten der Ergebnisse seiner Ermittlungen zuzubilligen. Dabei kann grundsätzlich bis zum Abschluss dieser Ermittlungen zugewartet werden, wenn trotz eines Zwischenberichtes weitere Beobachtungen zur Absicherung der Entlassung angezeigt waren (OGH 1999/ARD 5028/6/99 = RdW 1999, 429).

Aus den grundsätzlichen Überlegungen zur Unverzüglichkeit der Entlassung zieht der OGH auch den Schluss, dass eine Suspendierung des AN bis zur Klärung der tatsächlichen oder rechtlichen Lage idR zur Folge hat, dass aus dem Zeitablauf allein nicht mehr auf einen Verzicht auf die Ausübung des Entlassungsrechts geschlossen werden kann (OGH 1995/Arb 11.378 = infas 1995 A 122 = ARD 4694/34/95 = RdW 1995, 433 mwN; 1996/Arb 11.475 = DRdA 1996, 424 = infas 1996 A 102 = ZASB 1996, 17 = ARD 4770/11/96 = RdW 1996, 538 = wbl 1996, 409 mwN; 1994/Arb 11.186 = DRdA 1995/14 = ARD 4578/4/98 mwN). Nur wenn dem AN erkennbar ist, dass sein Verhalten die schwer wiegende Folge der Entlassung nach sich ziehen kann und nur noch Abklärungen der Sach- und Rechtslage erforderlich sind, kann aus dem Zeitablauf allein nicht auf einen Verzicht auf die Ausübung des Entlassungsrechtes geschlossen werden. Wird dem AN somit bspw lediglich eine Überlegungsfrist „bis zum nächsten Arbeitstag“ dahingehend, ob er das Dienstverhältnis einvernehmlich auflösen oder gekündigt werden wolle, nicht jedoch zur Stellungnahme zu einem Entlassungsgrund eingeräumt, ist von einem Verzicht auf das Entlassungsrecht auszugehen (OGH 2000/ARD 5193/31/2001 = RdW 2001/253).

Weiters fordert der OGH, dass bei Zuwarten mit dem Entlassungsausspruch bis zum Vorliegen weiterer Ermittlungsergebnisse (etwa im Zuge eines Strafverfahrens) dem AN gegenüber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden muss, dass man sich dadurch weitere Aufschlüsse erwarte und daher nicht auf das Recht zur vorzeitigen Beendigung verzichte (OGH 2011/*ecolex* 2011/296 = ZAS-Judikatur 2011/91; 2002/ARD 5430/10/2003 = ASoK 2003, 246).

Ausgehend von dieser Judikatur kommt der OGH in der vorliegenden E zum klaren Schluss, dass der DG das Ergebnis eines Strafverfahrens nicht abwarten muss. Wenngleich eine Entlassung „auf Verdacht“ unzulässig wäre, ist deren Ausspruch auch vor Abschluss eines anhängigen Strafverfahrens zulässig, wenn der Sachverhalt bereits ausreichend aufgeklärt ist. Im Hinblick auf den Grundsatz der Unverzüglichkeit wird in derartigen Fällen der sofortige Ausspruch auch notwendig sein. Auch war klarzustellen, dass eine Dienstfreistellung des AN nicht dazu führen kann, dass die Weiterbeschäftigung trotz Vorliegens eines Entlassungsgrundes zumutbar ist, zumal es dafür rechtlich belanglos ist, welche Zeitspanne im Ein-



zufall vom Ausspruch der Entlassung bis zum Zeitpunkt einer vertragsgemäßen Beendigung tatsächlich noch verstreichen hätte müssen und ob überhaupt noch Gelegenheit für den Entlassenen besteht, die

dienstlichen Interessen zu verletzen (OGH 1999/ARD 5060/2/99 = ASoK 2000, 80).

THOMAS MAJOROS (WIEN)

51.

## Die Glaubhaftmachung nach § 105 Abs 5 ArbVG

1. § 105 Abs 5 ArbVG ist dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass nur „erlaubte“ Motive zur Entkräftung des Vorwurfs einer verpönten Motivkündigung zulässig sind.

2. Im Rahmen der Motivabwägung nach § 105 Abs 5 ArbVG ist zu prüfen, welches Kündigungsmotiv mit höherer Wahrscheinlichkeit der Kündigung zugrunde lag. Der Beweis des dem Motiv zugrunde liegenden Sachverhalts durch den/die Arbeitgeber/in ist nicht zwingend erforderlich.

Der Kläger (KI) war ab 19.11.2007 bei der Beklagten (Bekl) als Fahrkartenkontrollor beschäftigt. Am 16.6.2008 ging ihm die Kündigung zum 30.6.2008 zu, nachdem der Betriebsrat (BR) zuvor am 6.6.2008 von der beabsichtigten Kündigung der Bekl informiert worden war und dagegen Widerspruch erhoben hatte.

Der KI findet die Kündigung der Bekl gem § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG gerichtlich an. Die Kündigung sei aus einem verpönten Motiv, nämlich wegen der Geltendmachung von Rechten durch den KI (Übernahme in das Angestelltenverhältnis; nur ausnahmsweise Einteilung zu Sonn- und Feiertagsdiensten; Einsatz im Team; Gewährung von Bekleidungsgeld), erfolgt.

Die Bekl bestritt das Klagevorbringen, beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, dass der KI nicht wegen der Geltendmachung von Rechten, sondern wegen Unzufriedenheit der Bekl mit seiner Arbeitsleistung und wegen mangelnder Flexibilität des KI beim Arbeitseinsatz gekündigt worden sei.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Für die Kündigung sei die nicht zufriedene Arbeitsleistung des KI iVm seinen häufigen Krankenständen und mit seinem dienstlichen Verhalten ausschlaggebend gewesen.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil auf und verwies die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück. Die vom Erstgericht geschaffene Sachverhaltsgrundlage reiche nicht aus, um eine Abwägung auf tatsächlicher Ebene vornehmen zu können und den Fall abschließend zu beurteilen. Der ordentliche Rekurs wurde mit der Begründung zugelassen, dass eine Rspr des OGH zur inhaltlichen Determinierung des „anderen Kündigungsmotivs“ in § 105 Abs 5 ArbVG fehle. Konkret gehe es um zwei Fragen, 1. ob als erlaubte Motive alle Motive in Frage kommen, die nicht verpönt iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG seien und keinen anderen Gesetzesverstoß begründen, oder ob die erlaubten Motive – wie das Berufungsgericht annehme – subjektiv bzw objektiv betriebsbedingt iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit a bzw lit b ArbVG sein müssen, und 2. ob bereits die gutgläubige Annahme eines erlaubten

Motivs ausreiche oder ob – wie das Berufungsgericht annehme – das tatsächliche Vorliegen des dem erlaubten Motiv zugrunde liegenden Sachverhalts vom Anfechtungsgegner nachgewiesen werden müsse.

Gegen die Berufungsentscheidung richtet sich der Rekurs der Bekl wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss des Berufungsgerichts ersatzlos aufzuheben.

Der KI beantragt, den Rekurs der Bekl als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

### Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Bekl ist zulässig, er ist jedoch nicht berechtigt.

Die Kündigung kann bei Gericht angefochten werden, wenn sie wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer erfolgt ist (§ 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG). Insoweit sich der KI im Zuge des Verfahrens auf einen Anfechtungsgrund iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG beruft, hat er diesen glaubhaft zu machen. Die Anfechtungsklage ist abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war (§ 105 Abs 5 ArbVG). [...]

Macht der Arbeitnehmer glaubhaft, dass die Benachteiligung auf das verpönte Motiv zurückzuführen ist, dann ist eine unzulässige Benachteiligung anzunehmen, sofern nicht der Arbeitgeber seinerseits glaubhaft macht, dass ein anderes Motiv mit höherer Wahrscheinlichkeit ausschlaggebend war. Ob das vom Arbeitgeber geltend gemachte Motiv geeignet ist, iSd § 105 Abs 5 ArbVG das vom Anfechtungs-KI ebenfalls glaubhaft gemachte verpönte Motiv des Arbeitgebers zur Kündigung in den Hintergrund zu drängen, ist eine Folge der Abwägung aller festgestellten Umstände bei der objektiven Ermittlung der erhöhten Wahrscheinlichkeit des einen oder des anderen Motivs. Meistens wird es unmöglich sein, Motive lückenlos zu beweisen. Es kommt stets auf das Gesamtbild an, das für die betriebliche Situation vor der Kündigung maßgeblich gewesen ist. Es ist darauf Bedacht zu nehmen, dass es sich bei den Normen über die Anfechtung wegen eines unzulässigen Motivs um Schutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers handelt. Der Schutz ist schon dann gerechtfertigt, wenn die Erfüllung der entsprechenden Tatbestände nach den konkreten Umständen des Einzelfalls glaubwürdig ist. Ein strenger Nachweis der Rechtsverletzung in einer jeden Zweifel ausschließenden Form ist vom Gesetz nicht gefordert. Die Frage, welches Motiv als bescheinigt angenommen werden kann, ist eine Frage der unüberprüfbaren Beweiswürdigung (RIS-Justiz RS0052037 ua).

§ 105 Abs 3 Z 1,  
§ 105 Abs 5  
ArbVG

OGH  
22.12.2010  
9 ObA 27/10a

OLG Innsbruck  
19.1.2010  
15 Ra 53/09w

LG Innsbruck  
17.2.2009  
65 Cga 42/08d

Im Rekursverfahren ist nun strittig, welches „andere Motiv“ iSd § 105 Abs 5 ArbVG als für die Kündigung ausschlaggebend vom Arbeitgeber eingewendet werden darf. Der Gesetzeswortlaut schränkt die in Frage kommenden anderen Motive nicht näher ein. Die einzige Vorgabe lautet dahin, dass es sich um ein „anderes“ Motiv als jenes verpönte Motiv handeln muss, das der Arbeitnehmer seiner Kündigungsanfechtung zugrunde legt. Lehre und Rspr stimmen aber darin überein, dass das andere Motiv des Arbeitgebers zumindest „erlaubt“ (vgl *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG 34 § 105 Erl 68; *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht 496; *ders in Tomandl*, ArbVG § 105 Rz 128; 9 ObA 9/02t, DRdA 2003/12 [Trost] ua) bzw „zulässig“ (vgl *Tinhofer in Mazal/Risak*, Arbeitsrecht, Kap XVIII Rz 33 ua) sein muss und „nicht missbilligt“ (vgl *Floretta in Floretta/Strasser*, ArbVG-HK 692) oder „nicht verpönt“ (vgl *Schrammel*, Arbeitsrecht II<sup>6</sup>, 258; 9 ObA 40/01z ua) sein darf. Eine besondere Begründung wird dafür – soweit überblickbar – nicht gegeben. Die Beschränkung auf „erlaubte“ Motive ist aber so selbstverständlich, dass ihre dogmatische Rechtfertigung nur in einer teleologischen Reduktion des weiten Wortlauts des § 105 Abs 5 Satz 2 ArbVG gesehen werden kann. Die Zulassung „nicht erlaubter“ Motive zur Widerlegung einer Anfechtungsklage wegen eines (anderen) verpönten Motivs liefe dem Gesetzeszweck diametral zuwider (siehe allgemein zur teleologischen Reduktion *P. Bydliński in KBB<sup>2</sup> § 7 ABGB Rz 5 mwN ua*). Ausgeschlossen sind damit auch alle anderen verpönten Motive aus dem Katalog des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG. Der Senat hält an der einhelligen Auffassung von Lehre und Rspr fest. Zusammenfassend scheiden also gesetzwidrige und sittenwidrige Motive als „andere Motive“ des Arbeitgebers iSd § 105 Abs 5 ArbVG aus (vgl zur ähnlichen Problematik bei § 12 Abs 12 GIBG *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 12 Rz 134 ua).

Eine weitere Einschränkung der „anderen Motive“, als dass sie im vorstehenden Sinn „erlaubt“ sein müssen, kann dem ArbVG nicht entnommen werden. Insb gibt es keine zwingenden Anhaltspunkte für die Auffassung des Berufungsgerichts, dass sich der Arbeitgeber wie bei der Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG) nur darauf stützen könne, dass die Kündigung durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren, oder durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet sei. Gegen diese Auslegung sprechen schon gesetzessystematische Erwägungen, weil die vom Berufungsgericht genannten Gründe nur bei § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG, nicht aber bei § 105 Abs 3 Z 1 bzw § 105 Abs 5 ArbVG angeführt sind. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist aber ohnehin gering, weil (im Rahmen des Erlaubten) andere als personen- oder betriebsbezogene Kündigungsmotive üblicherweise keine Rolle spielen. Für eine weitere teleologische Einschränkung des § 105 Abs 5 ArbVG über die bloße Erlaubtheit des Motivs hinaus besteht keine Veranlassung.

Worauf das Berufungsgericht aber offenbar hinaus will, wird an seiner zweiten Frage ersichtlich, wegen

der der Rekurs an den OGH ebenfalls zugelassen wurde. Dabei geht es darum, ob bereits die gutgläubige Annahme eines erlaubten Motivs ausreiche oder ob – wie das Berufungsgericht annimmt – das tatsächliche Vorliegen des dem erlaubten Motiv zugrunde liegenden Sachverhalts vom Anfechtungsgegner nachgewiesen werden müsse. Der Fragestellung liegt offenbar ein Missverständnis des Berufungsgerichts zugrunde. [...]

Vorauszuschicken ist auch, dass § 105 Abs 3 Z 1, Abs 5 ArbVG nicht auf Kündigungsgründe, sondern auf (verpönte oder erlaubte) Motive abstellt, die der Kündigung zugrunde liegen. Die Bestimmung ressortiert zum „allgemeinen Kündigungsschutz“. Danach kann eine Kündigung, die keines Grundes bedarf, unter bestimmten Voraussetzungen angefochten werden. Gelingt es dem Arbeitnehmer, einen Anfechtungsgrund des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG glaubhaft zu machen (§ 105 Abs 5 Satz 1 ArbVG), dann ist seiner Anfechtungsklage stattzugeben, es sei denn, der Arbeitgeber kann seinerseits das Gericht durch Glaubhaftmachung überzeugen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber geltend gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war (§ 105 Abs 5 Satz 2 ArbVG). Abgewogen wird somit, welches Kündigungsmotiv mit höherer Wahrscheinlichkeit der Kündigung zugrunde lag. Nach § 105 Abs 5 ArbVG muss der Arbeitgeber nicht den Nachweis bezüglich eines bestimmten Sachverhalts führen; er muss nur das wahrscheinlichere Kündigungsmotiv dartun. Dabei wird der Arbeitgeber mit seiner Version gegen ein vom Arbeitnehmer glaubhaft gemachtes Motiv nur dann reüssieren, wenn seine Version überzeugender ausfällt als jene des Arbeitnehmers. Je glaubwürdiger der Arbeitnehmer im Einzelfall ist, umso höher sind die Anforderungen an die Überzeugungskraft des Arbeitgebers. Dennoch sei aber nochmals betont, dass § 105 Abs 5 ArbVG weder vom Arbeitnehmer noch vom Arbeitgeber den Nachweis eines bestimmten Sachverhalts verlangt. Es genügt grundsätzlich auf beiden Seiten die Glaubhaftmachung eines bestimmten Motivs.

Das Berufungsgericht ging nun – abgesehen von den vorstehenden Fragen zu § 105 Abs 5 ArbVG, die zur Zulassung des ordentlichen Rekurses führten – davon aus, dass der vom Erstgericht festgestellte Sachverhalt nicht ausreiche, um eine Abwägung auf tatsächlicher Ebene vornehmen zu können und den Fall abschließend zu beurteilen. Wenn aber das Berufungsgericht der Ansicht ist, dass der Sachverhalt noch nicht genügend geklärt ist, dann kann der OGH, der nicht Tatsacheninstanz ist, dem nicht entgegenreten (RIS-Justiz RS0042179 ua), zumal die vom Berufungsgericht dem Erstgericht auftragene Sachverhaltsergänzung schon ganz allgemein Voraussetzung für eine verlässliche Abwägung der jeweiligen Wahrscheinlichkeit der gegenständlichen Motive der Parteien ist.

Soweit die Rekurswerberin in ihrem Rekurs auf die ergänzenden Aufträge des Berufungsgerichts bezüglich der Sachverhaltsermittlung eingeht, genügt der Hinweis, dass vom OGH auf Beweisfragen, welche Version der Parteien schon jetzt überzeugender sei, nicht

einzugehen ist (RIS-Justiz RS0052037 ua). Die Frage, ob die Glaubhaftmachung gelungen ist oder nicht, ist das Ergebnis richterlicher Beweiswürdigung und keine rechtliche Beurteilung. Der OGH ist nur Rechts- und nicht Tatsacheninstanz (9 ObA 285/98x; 9 ObA 44/04t; 9 ObA 107/06k; 9 ObA 177/07f, ZAS 2009/29 [Klička] = DRdA 2010/11 [Eichinger] ua). [...]

### Anmerkung

Die Rspr zur Motivkündigung ist im Vergleich zu den Anfechtungsverfahren wegen Sozialwidrigkeit stets überschaubar geblieben. Dementsprechend gering fallen auch die Ausführungen der Höchstgerichte zur Beweiserleichterung nach § 105 Abs 5 ArbVG aus. Erschwerend kommt hinzu, dass es sich bei der Glaubhaftmachung um einen Akt der Beweiswürdigung handelt, der somit der Überprüfung durch den OGH entzogen ist. Ein Blick in die Literatur zeigt, dass auch hier das Thema der Beweiserleichterung nach § 105 Abs 5 ArbVG eher stiefmütterlich behandelt worden ist und sich die dogmatische Auseinandersetzung zumeist im zT undifferenzierten Wiedergeben von Stehsätzen der Rspr erschöpft. Vor diesem Hintergrund ist es daher umso erfreulicher, dass ein Verfahren an den OGH herangetragen wurde, das die Auslegung dieser Bestimmung zum Inhalt hat. Vorweg ist zu bemerken, dass der gegenständlichen E im Ergebnis zwar zuzustimmen ist, die Begründung vermag jedoch aus dogmatischen Gründen zT nicht zu überzeugen.

## 1. Die Glaubhaftmachung

**1.1.** Erst mit dem ArbVG 1973 wurde im allgemeinen Bestandschutz eine Beweiserleichterung für Motivkündigungen vorgesehen. Das ArbVG, das an die bestehende Rechtslage anknüpfte, regelt in § 105 ArbVG das Mitwirkungsrecht des BR bei Kündigungen und in Abs 5 die hier gegenständliche Beweiserleichterung. Mangels Beweiserleichterung hatten vor Inkrafttreten des ArbVG die betroffenen ArbeitnehmerInnen (AN) daher den Vollbeweis über das Vorliegen des verpönten Motivs und den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Motiv und der Kündigung bzw Entlassung zu führen. Die damit verbundenen Beweisschwierigkeiten zeigen sich anhand einer Reihe von Entscheidungen der Einigungsämter sowie des VwGH, in denen auf die Grenzen der Erfassbarkeit von Motiven hingewiesen wird (vgl bspw VwGH 25.2.1969, 1214/68 = Arb 8599; 26.5.1970, 3/70 = Arb 8767). Es handelt sich bei Motiven um „psychische Vorgänge im Menschen, die nicht leicht zu beweisen sind“ (Floretta/Strasser, ArbVG<sup>2</sup> [1988] §§ 105-107, 11.5.5.), weil sie oft gar nicht nach Außen zum Ausdruck gebracht werden. Daher war die Schaffung einer Erleichterung der Beweisführung für das Anfechtungsverfahren notwendig. In der RV zum ArbVG wird dazu ausgeführt, dass „die bloße Glaubhaftmachung des Anfechtungsgrundes (genügt), der der Betriebsinhaber nur durch die Glaubhaftmachung eines anderen Kündigungsmotivs, für welches ein höherer Grad der Wahrscheinlichkeit spricht, entgegentreten kann“ (840 BlgNR 13. GP 87).

**1.2.** Die Beweiserleichterung des § 105 Abs 5 ArbVG besteht damit in einer Beweismaßreduktion – anstelle des Regelbeweismaßes der hohen Wahrscheinlichkeit tritt die Glaubhaftmachung, also die überwiegende Wahrscheinlichkeit. Die Beweiserleichterung bezieht sich auf das Motiv sowie auf den kausalen Zusammenhang zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses und gilt in gleicher Weise für den/die AN als auch für den/die ArbeitgeberIn (AG). Die Reduktion des Beweismaßes in Bezug auf diese Beweisthemen hat dabei keine Auswirkungen auf die Beweisführungs- bzw die (objektive) Beweislast: Misslingt dem/der AN die Glaubhaftmachung des verpönten Motivs, was auch bei gleicher Wahrscheinlichkeit der vorgebrachten Motiven anzunehmen ist, verliert er/sie das Verfahren. § 105 Abs 5 ArbVG regelt daher keine Verschiebung der Beweislast bzw Beweislastumkehr.

**1.3.** Da sich der der/die AG mit einem anderen Motiv „verteidigen“ wird, kann man zu Recht davon sprechen, dass im Mittelpunkt der Anfechtungsprüfung die „Motivabwägung“ steht (vgl etwa OGH 22.12.2004, 8 ObA 123/04b). Das Gericht hat dafür „im Rahmen der rechtlichen Beurteilung die Motive zur Kündigung und die Umstände, unter denen sie erfolgte, in Beziehung zu setzen und abzuwägen, welchem Motiv die größere Wahrscheinlichkeit zukommt“ (OGH 20.1.1999, 9 ObA 294/98w). Der/die AG kann sich aber auch darauf beschränken, den geltend gemachten Anfechtungsgrund zu entkräften bzw die Glaubhaftmachung des vom/von der AN geltend gemachten Motivs zu erschüttern. Falls ihm/ihr dies gelingt, ist die Klage abzuweisen. Für die Abweisung der Klage ist es daher nicht zwingend erforderlich, dass der/die AG ein anderes Motiv angibt und glaubhaft macht (so offenbar Strasser/Jabornegg, ArbVG<sup>3</sup> [1999] E 130 mwN; aA Tinhofer in Mazal/Risak, Arbeitsrecht [16. Lfg] Kap XVIII Rz 33).

**1.4.** Der allgemeine Bestandschutz nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG pönalisiert bestimmte Motive bzw Beweggründe, die für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wesentlich waren. Da es um die (verpönte) Motivation geht, ist es irrelevant, ob die vom/von der AG angenommenen Tatsachen, die ihn/sie zur Kündigung (bzw Entlassung) bewogen haben, der Realität entsprechen oder nicht. Es geht – wie das Höchstgericht zutreffend festgestellt hat – um die Glaubhaftmachung eines Motivs, nicht um den Nachweis eines dem Motiv zugrunde liegenden Sachverhalts, auch wenn dies in der Praxis selten zu trennen sein wird. Für die Glaubhaftmachung genügt daher entgegen der Annahme des Berufungsgerichts die gutgläubige Annahme eines Motivs durch den/die AG (eigentlich die gutgläubige Annahme des dem Motiv zugrunde liegenden Sachverhalts).

## 2. Das Motiv

**2.1.** Der OGH setzt sich in dieser E das erste Mal mit der Frage auseinander, ob für die Entkräftung der Behauptungen des/der Anfechtenden jedes beliebige Motiv in Betracht kommen kann oder – wie in der Literatur (siehe dazu die Aufzählung in der E) wiederholt anzutreffen ist – eine Einschränkung auf „erlaubte“

Motive notwendig sei. Nach einer Begründung, die letztlich aus zwei Sätzen besteht, kommt der OGH zu dem Ergebnis, dass eine derartige Einschränkung auf „erlaubte“ Motive geboten sei. Die Begründung erschöpft sich auf den Hinweis, dass diese Beschränkung so selbstverständlich sei, „dass ihre dogmatische Rechtfertigung nur in einer teleologische Reduktion des weiten Wortlauts des § 105 Abs 5 Satz 2 ArbVG gesehen werden kann“. Abgesehen davon, dass für das dogmatische Instrument der teleologischen Interpretation der Begriff Rechtfertigung etwas unglücklich gewählt wurde, greift diese Begründung zu kurz und ist im Ergebnis überschießend. Auch wenn die praktischen Auswirkungen dieser mE verfehlten „dogmatischen“ Begründung wohl kaum spürbar sein werden, soll im Folgenden die Kritikpunkte aufgezeigt werden:

**2.2.** Die Aussage des OGH ist offenbar dahingehend zu verstehen, dass generell alle „nicht erlaubten“ Motive – also nicht nur jene verpönten Motive des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG – von der Motivabwägung nach § 105 Abs 5 ArbVG ausgeschlossen seien. Zu denken ist etwa an sittenwidrige Motive oder an jene nach dem GIBG verpönten Motive. In der Praxis wird dies wohl kaum eine Rolle spielen, weil schwer vorstellbar ist, dass sich ein/eine AG mit einem solchen „nicht erlaubten“ Motiv zu rechtfertigen sucht. Spielt man aber ein derartiges Szenario durch, gelangt man mit den Ausführungen des OGH bald an Grenzen. Der OGH spricht von der „Zulassung [bzw Nicht-Zulassung] ‚nicht erlaubter‘ Motive zur Widerlegung einer Anfechtungsklage“ und berührt damit letztlich Fragen der Beweisführung bzw des Beweisverfahrens. Im Verfahren wird der/die AN ein verpöntes Motiv nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG behaupten und der/die AG mit einem anderen Motiv dagegehalten. Nach der Ansicht des OGH darf es sich dabei aber nur um ein „erlaubtes“ Motiv handeln – was bedeutet das nun für das Beweisverfahren? Hat das Gericht in diesem Fall die Behauptung eines nicht erlaubten Motivs zu ignorieren? Die Ausführungen des gegenständlichen Urteils würden eine Art Beweisregel bedeuten, wonach bestimmte Beweisthemen im Verfahren auszublenden sind. Interessanter wird es, wenn es dem/der AG gelingt, das „nicht erlaubte“ Motiv glaubhaft zu machen: Kommt das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung zu dem Ergebnis, dass es das vom/von der AG glaubhaft gemachte Motiv für überwiegend wahrscheinlich hält, muss es die Klage abweisen. Wie unter Pkt 1 ausgeführt, geht es bei der Beweiserleichterung um eine Reduktion des Beweismaßes – eine Einschränkung der Beweiswürdigung ist der Bestimmung dagegen nicht zu entnehmen, was allerdings mit dem Ausschluss von „nicht erlaubten“ Motiven verbunden wäre. Dies würde einen unzulässigen Eingriff in die Beweiswürdigung darstellen und überdies zu widersprüchlichen Ergebnissen führen: Macht ein/eine AN bspw geltend, dass er/sie wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen gekündigt worden sei und führt der/die AG dagegen glaubhaft das Alter als ausschlaggebenden Grund an, kann der Anfechtung nicht wegen dem vom/von der AN geltend gemachten Motiv stattgegeben werden. Der/die AN ist gerade an der Glaubhaftmachung eines

Motivs nach § 105 ArbVG gescheitert. Eine Stattgebung würde in einem derartigen Fall die taxative Aufzählung der verpönten Motivkündigungsgründe in § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG unterlaufen.

**2.3.** Die Lösung dieser Problematik kann daher nicht im Ausschluss von „nicht erlaubten“ Motiven zur Abwehr einer Anfechtungsklage liegen. Vielmehr ist bei jedem geltend gemachten Motiv zu untersuchen, inwiefern nicht dadurch ein anderer Gesetzesverstoß begründet worden ist (bspw ein Verstoß gegen das GIBG oder Sittenwidrigkeit). Wird ein anderes „nicht erlaubtes“ Motiv geltend gemacht, sind die entsprechenden daran knüpfenden Rechtsfolgen zu prüfen. In der Praxis werden hier kaum nennenswerte Probleme auftauchen, da selbst bei Versäumnis der kurzen Anfechtungsfristen nach dem ArbVG bzw GIBG der „Auffangtatbestand“ des § 879 ABGB greifen wird, weshalb sich das Problem des „Nachschiebens von Anfechtungsgründen“ nicht stellen wird.

### 3. Zusammenfassung

**3.1.** Die Beweiserleichterung nach § 105 Abs 5 ArbVG zeichnet sich dadurch aus, dass der/die AN das verpönte Motiv als wesentlichen Beweggrund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses glaubhaft zu machen hat. Unter Glaubhaftmachung ist eine Reduktion des Regelbeweismaßes („hohe Wahrscheinlichkeit“) auf eine bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit zu verstehen – das bedeutet, es muss mehr dafür als dagegen sprechen. Im Mittelpunkt steht damit idR eine Abwägung der von den Streitparteien geltend gemachten Motive für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses: In diese Fall gewinnt diejenige Partei das Verfahren, welche das von ihr behauptete Motiv glaubhaft darlegen konnte. § 105 Abs 5 ArbVG normiert aber keine Beweislastregel dahingehend, dass der/die AG jedenfalls den Beweis eines anderen Motivs führen müsste. In der Praxis wird dies zwar die Regel sein, der/die AG kann aber genauso durch die Entkräftung der Glaubhaftigkeit des vom/von der AN geltend gemachten Motivs das Anfechtungsverfahren gewinnen.

**3.2.** Die Beweiserleichterung bezieht sich auf das Motiv und den kausalen Zusammenhang zwischen dem Motiv und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Beweggrund muss glaubhaft gemacht werden, wobei es irrelevant ist, ob das Motiv auf einen tatsächlichen Sachverhalt beruht oder dieser bloß vom/von der AG (gutgläubig) angenommen wird.

**3.3.** Die Glaubhaftmachung bzw deren Beurteilung ist ein Akt der Beweiswürdigung, der keinerlei Beschränkungen – wie etwa auf bestimmte („erlaubte“) Motive – unterliegt. Eine teleologische Interpretation, wonach sich der/die AG nur mit „erlaubten“ Motiven vom Vorwurf der Motivkündigung befreien kann, ist von Gesetzes wegen nicht geboten. Der/die AG kann sich genauso mit der Glaubhaftmachung von „nicht erlaubten“ Motiven von dem konkreten Vorwurf einer Motivkündigung nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG „freibeweisen“, löst aber damit uU andere Rechtsfolgen (zB nach dem GIBG) aus.

ANDREA POTZ (WIEN)



## Verweisung von Handwerkern auf Verkaufstätigkeiten

1. Die handwerkliche Ausbildung und die dabei erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten eines gelernten Maurers bilden ein Anstellungs- und Ausübungskriterium des Verweisungsberufs (als Verkaufsberater). Qualifizierte Facharbeiter finden als Kunden- und Verkaufsberater auch tatsächlich Verwendung. Daher handelt es sich um eine qualifizierte Teiltätigkeit des jeweiligen Lehrberufs.
2. Der Wechsel eines qualifizierten Facharbeiters in eine Angestelltentätigkeit führt zu keinem Verlust des Berufsschutzes, wenn eine entsprechende Nahebeziehung zum bisher ausgeübten Beruf besteht.

Der am 2.6.1957 geborene Kläger (KI) hat den Beruf eines Maurers erlernt und in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag (1.8.2007) überwiegend ausgeübt. Aufgrund seiner im Einzelnen festgestellten gesundheitlichen Einschränkungen kann er diese Tätigkeit nicht mehr ausüben, weil die Berufsanforderungen die ihm verbliebene Leistungsfähigkeit übersteigen (er kann ua keine körperlich schweren Arbeiten mehr verrichten). Da er Berufsschutz als gelernter Maurer genießt, ist seine Invaliddität nach § 255 Abs 1 ASVG zu beurteilen. All dies ist unstrittig.

Das *Erstgericht* erkannte die beklagte Pensionsversicherungsanstalt (Bekl) schuldig, dem KI die Invaliditätspension [...] zu gewähren. Dazu traf es Feststellungen zu den Anforderungen der Berufe eines Baumarktfachberaters und eines Baustofffachverkäufers, wonach ersterer [...] dem KI nach seinem Leistungskalkül nicht mehr mögliche [...] Arbeiten [...] zu verrichten habe [...]; während der Baustofffachverkäufer eine kaufmännische, körperlich leichte Tätigkeit im Sitzen im Büro als Angestellter (eingestuft im Kollektivvertrag [KolIV] der Handelsangestellten in Beschäftigungsgruppe 3) ausübe. Die letztgenannte Tätigkeit stelle keine Verweisungsmöglichkeit für den Beruf des Maurers dar, weil dabei die wesentlichen Fähigkeiten und Kenntnisse dieses Lehrberufs *nicht* eingesetzt werden könnten. Die Tätigkeiten des Baumarktfachberaters und des Baustofffachverkäufers seien als Verweisungsberufe für den KI somit ausgeschlossen. Mangels Verweisbarkeit auf Berufe derselben Berufsgruppe erfülle er daher die Voraussetzungen für die Gewährung einer Invaliditätspension.

Das *Berufungsgericht* gab der [...] Berufung der Bekl nach mündlicher Berufungsverhandlung mit Beweisergänzung nicht Folge und bestätigte das Ersturteil [...]. Es traf [...] ergänzende Feststellungen zum „medizinischen Bereich“ [...]. Eine kalkülsrelevante Verbesserung der Krankheitsbilder des KI kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.“

Als weitere Beweisergänzung holte das Berufungsgericht ein gemeinschaftliches Gutachten der beiden berufskundlichen Sachverständigen [...] zu den Anforderungen an Verkaufsberater in Selbstbedienungs-(SB-)

Baumärkten einerseits und in Kombi-Märkten andererseits ein. Dazu führte es aus, bei der Frage der Verweisbarkeit gelernter Maurer auf die Tätigkeit des Fachmarktberaters sei bisher nicht (bzw nicht ausreichend) zwischen der Tätigkeit in Baustoffabteilungen „klassischer“ SB-Baumärkte (*Anm: wie Obi, Baumax, Bauhaus etc*) und solchen in „Misch- oder Kombi-Märkten“ (*Anm: wie Quester, Öbau, Raiffeisen-Lagerhaus etc*) differenziert worden. Daher seien die genannten Sachverständigen als Proponenten der – vor allem hinsichtlich der Leistungsanforderungen – unterschiedlichen Richtungen mit einem gemeinsamen Gutachten beauftragt worden, um die bestehenden Divergenzen zu beseitigen und ein „differenzierteres“ Anforderungsprofil zu erheben. [...]

Auch das Berufungsgericht schloss die Tätigkeit in SB-Märkten infolge Überschreitung des medizinischen Leistungskalküls des KI [...] als möglichen Verweisungsberuf aus. Eine Verweisung auf die (ihm ohne Kalkülsüberschreitung mögliche) Tätigkeit in sogenannten „Kombi-Märkten“ komme hingegen aus rechtlichen Erwägungen nicht in Betracht, weil hier eine umfassendere, komplexere und individuellere Fachberatung gefordert werde als im „klassischen“ SB-Baumarkt. Auch wenn Fachwissen als Maurer „zweifellos“ mitverwertet werden könne, würden die praktischen und theoretischen Kenntnisse des Handwerkers gegenüber der Beratungs- und Verkaufstätigkeit (Erstellung von Offerten und Kostenvoranschlägen sowie Abwicklung von Reklamationen) so weit in den Hintergrund treten, dass von einer berufsschutzerhaltenden Teiltätigkeit (mangels entsprechender Nahebeziehung) nicht mehr gesprochen werden könne. Die hier erforderliche besondere Eignung für anspruchsvollere und komplexere Beratungs- und Verkaufsgespräche unter umfangreicher, wenn auch standardisierter PC-Tätigkeit – insb soweit sie „fachkaufmännisch-administrative“ Kenntnisse benötigt würden – seien jedenfalls nicht Teil des Berufsbildes des gelernten Maurers. Daher seien in solchen Tätigkeiten, selbst wenn „in geringem Umfang auch Facharbeiter, darunter auch Maurer“, beschäftigt würden, vorwiegend Absolventen des Lehrberufs Einzelhandel-Baustoff anzutreffen. Da für den KI keine berufsschutzerhaltenden Verweisungstätigkeiten auf dem Arbeitsmarkt mehr bestünden, sei er invalid gem § 255 Abs 1 ASVG.

Die Revision sei zulässig, weil die bisherige höchstgerichtliche Rspr zur Verweisbarkeit gelernter Maurer auf Fachmarktberater nicht zwischen Beratern in SB-Märkten und solchen in Kombi-Märkten differenziert habe und offen sei, ob die Tätigkeit eines Bauproduktfachberaters in Kombi-Märkten noch eine den Berufsschutz erhaltende Teiltätigkeit sei. [...]

Die Revision [der Bekl] ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig und auch berechtigt.

Zu Recht beruft sich die Revisionswerberin auf die stRspr des OGH, dass eine Verweisung gelernter (angelernter) Arbeiter auf eine Angestelltentätigkeit grundsätzlich zulässig ist; in diesem Zusammenhang sind nämlich folgende Grundsätze, von denen die bekämpfte Beurteilung abweicht, zu beachten:

### § 255 Abs 1 ASVG

OGH  
31.5.2011  
10 ObS 101/10s  
  
OLG Wien  
16.12.2009  
8 Rs 5/ 09b  
  
LG Eisenstadt  
12.9.2008  
23 Cgs 165/07f

1. Der Angestellte bzw der gelernte (angelernte) Arbeiter darf nicht auf eine Tätigkeit verwiesen werden, durch deren Ausübung er den Berufsschutz verlieren würde. Es darf daher ein Angestellter nicht auf eine Tätigkeit als Arbeiter verwiesen werden, durch die er den Berufsschutz nach § 273 ASVG verlieren würde (10 ObS 85/95 = SSV-NF 9/48 mwN ua; RIS-Justiz RS0084837).

2. Demgegenüber hält die Rspr die Verweisung eines gelernten (angelernten) Arbeiters auf Angestelltentätigkeiten grundsätzlich für zulässig, weil der berufliche Aufstieg besonders qualifizierte Facharbeiter in Angestelltenpositionen bringe und diese Verweisung zu keinem Verlust des Berufsschutzes führe, da die Ausübung dieses Verweisungsberufes einen Berufsschutz nach § 273 ASVG begründe (10 ObS 178/94 = SSV-NF 8/75, 10 ObS 2088/96y = SSV-NF 10/58).

3. In der Rspr wird auch eine Verweisung auf solche Angestelltentätigkeiten, die als „qualifizierte Teiltätigkeiten“ eines erlernten oder angelernten Arbeiterberufes angesehen werden können, grundsätzlich für zulässig erachtet. So wurde etwa die Verweisbarkeit eines Tischlers auf Wohn- und Verkaufsberater in Einrichtungshäusern, eines Maurers auf den Beruf eines Fachmarktberaters/Fachmarktverkäufers, eines Malers und Anstreichers auf den Beruf eines Fachberaters in einem Baumarkt, eines Karosseurs auf die Tätigkeit eines Kundendienstberaters oder auch eines Installateurs auf die Tätigkeit eines Fachberaters (Verkaufsberaters) für den Installationsbedarf in Groß- und Baumärkten ausdrücklich bejaht (siehe dazu die Judikaturnachweise in 10 ObS 263/01a = SSV-NF 15/107).

4. Begründet wird dies damit, dass der Wechsel eines qualifizierten Facharbeiters in eine Angestelltentätigkeit zu keinem Verlust des Berufsschutzes führe, wenn eine entsprechende *Nahebeziehung* zum bisher ausgeübten Beruf bestehe (10 ObS 263/01a = SSV-NF 15/107 uva; RIS-Justiz RS0084541 [T18; T35]; 10 ObS 332/00x = SSV-NF 14/149; 10 ObS 106/09z mwN).

5. An dieser Rspr hat der OGH – auch nach Vorliegen der hier bekämpften Berufungsentscheidung – in zahlreichen Entscheidungen festgehalten, in denen sich die Rechtsmittelwerber jeweils darauf beriefen, dass die die Verweisbarkeit bejahende Rspr des OGH (RIS-Justiz RS0084541) vom OLG Wien zu „8 Rs 5/09b“ (also im vorliegenden Verfahren) „zutreffenderweise“ mit der Begründung in Zweifel gezogen worden sei, dass zwischen dem erlernten Beruf und dem Verweisungsberuf keinerlei Verwandtschaft bestehe; was sich etwa darin zeige, dass eine Anrechnung der Lehrzeit des Maurers auf die Lehrzeit des Einzelhandelskaufmanns mit Schwerpunkt Baustoffhandel nicht vorgesehen sei. Die erforderliche Nahebeziehung fehle auch bei einer Verweisung auf die Tätigkeit eines „*Baustofffachmarktberaters*“ in „*Mischmärkten*“, wo umfassende, komplexe und individuelle Fachberatungen einschließlich kaufmännischer Aspekte gefordert würden. Der Schwerpunkt liege auf der Beratungs- und Verkaufstätigkeit, die jedenfalls keine Teiltätigkeit des Lehrberufs Maurer darstelle, weshalb eine Verweisung mit dem Verlust des Berufsschutzes als Maurer verbunden sei.

5.1. Der Senat hat dazu bereits in den ersten beiden Entscheidungen 10 ObS 114/10b und 10 ObS 120/10k

(jeweils vom 17.8.2010) auf die ständige höchstgerichtliche Rspr (10 ObS 194/02f; 10 ObS 218/03m = SSV-NF 18/3) verwiesen, wonach der Umstand, dass die am 1.7.2000 in Kraft getretene Einzelhandel-Ausbildungsordnung für den Lehrberuf Einzelhandel mit Schwerpunkt Baustoffhandel (BGBl II 2000/186) keine Anrechnung von im Lehrberuf Maurer zurückgelegten Lehrzeiten vorsieht, noch nicht bedeutet, dass beim *Baustofffachmarktberater* die Kenntnisse eines Maurers nicht gefragt sind und eine entsprechende Nahebeziehung des Verweisungsberufes zum bisher ausgeübten Beruf fehlt.

5.2. Der Befürchtung, durch die Verweisung ginge der Berufsschutz als Maurer verloren, hat der OGH jeweils erwidert, die stRspr gründe sich vor allem darauf, dass die handwerkliche Ausbildung und die dabei erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten ein Anstellungs- und Ausübungskriterium des Verweisungsberufes bildeten und diese qualifizierten Facharbeiter als Kunden- und Verkaufsberater in Baustofffachmärkten auch tatsächlich Verwendung fänden. Daher handle es sich bei diesem Verweisungsberuf um eine qualifizierte Teiltätigkeit des jeweiligen Lehrberufs. Der Wechsel eines qualifizierten Facharbeiters in eine Angestelltentätigkeit führe zu keinem Verlust des Berufsschutzes, wenn eine entsprechende Nahebeziehung zum bisher ausgeübten Beruf bestehe (10 ObS 122/10d; 10 ObS 124/10y; 10 ObS 132/10z jeweils mwN).

5.3. Die zur Klärung dieser Frage erhobenen außerordentlichen Revisionen wurden daher jeweils mit der Begründung zurückgewiesen, es bestehe keine Veranlassung, von der gefestigten Rspr zur Verweisbarkeit von qualifizierten Facharbeitern auf korrespondierende Angestelltentätigkeiten abzugehen. Dabei hat der erkennende Senat in allen Fällen den Standpunkt vertreten, dass die Beurteilung, wonach auch eine solche Verweisungstätigkeit (als Baustofffachmarktberater in Misch- bzw Kombimärkten) eine *entsprechende Nahebeziehung* zum bisher ausgeübten Beruf habe, keiner Korrektur durch den OGH bedarf (10 ObS 114/10b; 10 ObS 120/10k; 10 ObS 122/10d; 10 ObS 124/10y; 10 ObS 132/10z; vgl auch: 10 ObS 127/10i und zuletzt 10 ObS 141/10y [zum Installateur]).

6. An dieser Rspr ist im vorliegenden Fall schon deshalb festzuhalten, weil auch das Berufungsgericht seine – davon abweichende – E nur auf die vom erkennenden Senat bereits als nicht stichhaltig beurteilten Argumente stützt; wobei es aber gleichzeitig selbst ausdrücklich einräumt dass das Fachwissen des Kl als Maurer „zweifellos“ nicht nur im „klassischen“ SB-Baumarkt, sondern auch im Rahmen der Tätigkeit eines Bauproduktfachberaters in „Kombi-Märkten“ mitverwertet werden kann und dass in dieser Tätigkeit auch tatsächlich Facharbeiter, darunter auch Maurer beschäftigt werden.

6.1. Maßgebend ist der dazu (im Rahmen der Beweisergänzung durch das Berufungsgericht) ermittelte Sachverhalt. Demnach steht zum „Bauproduktfachberater“ (bezüglich Anstellungserfordernisse und Facharbeiteranteil dem Gutachten folgend) aber ausdrücklich fest, dass ein Lehrabschluss – im Gegensatz zu SB-Märkten – hier (sogar) eine „übliche Anstellungsvoraussetzung“ ist, und dass (zwar) „zumeist“ der Lehrberuf „Einzelhandel-Baustoffhandel“ angetroffen wird, in „geringerem Umfang“ jedoch auch Fach-

arbeiter aus diversen Fachsparten, „vorzugsweise aus dem Baufach“ anzutreffen sind [...].

6.2. Die erforderliche Nahebeziehung zwischen dem Beruf des *Bauproduktfachberaters in Kombi-Märkten* und dem bisher ausgeübten Lehrberuf des Kl als Maurer ist also nach Ansicht des erkennenden Senats auch dann noch zu bejahen, wenn man von der vom Berufungsgericht – wie die Revision meint, unter Verletzung von Verfahrensvorschriften [...] ergänzten Tatsachengrundlage ausgeht. Auf die in der Revision geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens ist daher nicht weiter einzugehen.

6.3. Insgesamt bilden auch die ergänzten Feststellungen keine Grundlage für die von der Bekl zu Recht bekämpfte (rechtliche) Beurteilung, die Verweisung auf die Tätigkeit eines Bauproduktfachberaters in sogenannten „Kombi-Märkten“ komme – im Hinblick auf die hier „umfassender, komplexer und individueller“ geforderte Fachberatung (als in einem „klassischen“ SB-Baumarkt) – aus „rechtlichen Erwägungen“ nicht in Betracht. Da die praktischen Produkt- und Verarbeitungskennnisse, die der Kl als Maurer erworben hat, auch für eine optimale Kundenberatung zweifellos von ganz wesentlicher Bedeutung sind, bieten die Rechtsausführungen des Berufungsgerichts für den erkennenden Senat keinen Anlass für ein Abgehen von der stRspr in vergleichbaren Fällen.

6.4. Dass die Verweisbarkeit des Kl auf die Tätigkeit eines Bauproduktfachberaters in Kombi-Märkten angesichts seines Leistungskalküls zu bejahen wäre, zieht er im Revisionsverfahren selbst nicht (mehr) in Zweifel. In Stattgebung der Revision der Bekl sind die bekämpften Entscheidungen daher im klageabweisen den Sinn abzuändern. [...]

### Anmerkung

Dem Kl im vorliegenden Verfahren wurde vom Erstgericht im September 2008 eine Invaliditätspension ab 1.8.2007 zuerkannt. Nach einem unüblichen Beweisergänzungsverfahren, konkret der Einholung eines gemeinsamen Sachverständigengutachtens zweier Gutachter aus dem Fachgebiet der Berufskunde, wurde das positive Urteil durch das Berufungsgericht im Dezember 2009 bestätigt. Nun wurde das Urteil – neuerlich fast 1,5 Jahre später – vom OGH in klagsabweisendem Sinn abgeändert. Die zu klärende Rechtsfrage, nämlich ob – vereinfacht gesagt – gelernte Handwerker auf Verkaufsberufe verwiesen werden können ohne den Berufsschutz zu verlieren, beschäftigt die Sozialgerichte schon seit Jahren. Die lange Verfahrensdauer in diesem Verfahren spricht für eine besonders gründliche Prüfung. Der OGH hält an seiner die Verweisung bejahenden stRspr fest.

## 1. Problemstellung

Ein gelernter (angelernter) Arbeiter gilt als invalid, wenn seine Arbeitsfähigkeit infolge seines körperlichen oder geistigen Zustandes auf weniger als die Hälfte der eines körperlich und geistig gesunden Versicherten von ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten herabgesunken ist (§ 255 Abs 1 ASVG). Während Angestellte nicht

auf Arbeitertätigkeiten, durch die der Berufsschutz nach § 273 ASVG verloren geht, verwiesen werden dürfen, stellt sich das bei Arbeitern anders dar. Die Rspr hält die Verweisung auf Angestelltentätigkeiten für zulässig. Als Begründung finden sich zwei Varianten (meist kumulativ verwendet): Die Verweisung sei zulässig, weil der berufliche Aufstieg besonders qualifizierte Facharbeiter in Angestelltenpositionen bringe und diese Verweisung zu keinem Verlust des Berufsschutzes führe, da die Ausübung dieses Verweisungsberufes einen (Anm: *neuen*) Berufsschutz nach § 273 ASVG begründe (ua bereits OGH 20.9.1994, 10 ObS 178/94; 11.6.1996, 10 ObS 2088/96y). In beiden genannten E wird im Übrigen an das Erstgericht zur Ergänzung der Feststellungen zurückverwiesen.

In der E 10 ObS 2088/96y wurden vom OGH Feststellungen für erforderlich gehalten, ob ein gelernter Tischler sich auf Wohnberater (Verkaufsberater) verweisen lassen muss und gehalten ist, sich zuvor einer entsprechenden (kaufmännischen) Ausbildung zu unterziehen. In der E 10 ObS 178/94 wird klar differenziert, dass eine Nachschulung, nicht hingegen eine Umschulung zumutbar ist.

Die zweite Variante einer Begründung für eine zulässige Verweisbarkeit ist der *Erhalt* des bestehenden Berufsschutzes. Die Rspr hält auch eine Verweisung auf solche Angestelltentätigkeiten für zulässig, die als „qualifizierte Teiltätigkeiten“ eines erlernten oder angelernten Arbeiterberufes angesehen werden können. Der Wechsel in die Angestelltentätigkeit führe zu keinem Verlust des Berufsschutzes, wenn eine entsprechende Nahebeziehung zum bisher ausgeübten Beruf besteht. Die E 10 ObS 236/01a (eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht) betrifft einen Gas-, Wasser- und Heizungsinstallateur; fraglich war (nur mehr), ob 100 Arbeitsplätze vorhanden sind. Die handwerkliche Ausbildung und die dabei erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten bilden ein Anstellungs- und Ausübungskriterium des Verweisungsberufes und qualifizierte Facharbeiter finden als Kunden- und Verkaufsberater in Groß- und Baumärkten auch tatsächlich Verwendung. Die Argumentation mit dem Hinweis auf die tatsächliche Verwendung stellt bei genauer Betrachtung der Rspr eine dritte Begründung für die Zulässigkeit der Verweisung dar. Maurer, Installateure, Maler und Anstreicher, Kfz-Mechaniker, Tischler und andere gelernte (angelernte) Arbeiter werden iS dieser Judikatur auf Verkaufsberufe verwiesen. Während in den ersten E noch eine Aufhebung und Zurückverweisung an die Tatsacheninstanzen erfolgt, werden später – genau diese (nur aufhebenden) E – als stRspr vom OGH und den Erstgerichten immer wieder zitiert.

## 2. Tatfragen und Rechtsfragen

### 2.1. Literatur

Die Literatur hat sich mit dieser Thematik bisher wenig befasst. Unter Berufung auf eine vorliegende berufskundliche Expertise, die zwei Berufe (Baumarktverkaufsberater und Baustofffachverkäufer) unterscheidet, wird in einem Aufsatz darauf hingewiesen, es „wäre wünschenswert, dass diese Ergebnisse in die Rspr einfließen, wobei freilich zu berücksichtigen ist, dass die

*Rspr ihrerseits von den im Einzelnen festgestellten Tatsachen und damit wiederum von den Schlussfolgerungen des jeweils konkreten medizinischen und berufskundlichen Sachverständigen abhängig ist“ (vgl Eckersdorfer/Kreil, Invaliditätspension: Sind Maurer auf den Beruf des Baumarkt-Fachberaters verweisbar?, RdW 2008, 787).*

Sowohl die Frage der Qualifikationsanforderungen der Fachmarktberatertätigkeit im Vergleich zu denen des erlernten Handwerkerberufes (als Grundlage für die Verwertbarkeit der Kenntnisse und Fähigkeiten des handwerklichen Berufes zur Beantwortung der Rechtsfrage der Berufsschutzerhaltung) als auch die Frage der körperlichen und geistigen Anforderungen der Fachmarktberatertätigkeit (als Grundlage für die Verweisbarkeit des konkreten Pensionswerbers) sind Tatfragen (10 ObS 131/01t) (vgl Sonntag in Sonntag [Hrsg], ASVG [2010] Rz 96).

Diese deutliche Unterscheidung zwischen Tatfragen und Rechtsfrage wird in der Judikatur zur Verweisbarkeit im Bereich der Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit nicht immer strikt beachtet.

## 2.2. Zur vorliegenden Entscheidung

Trotz Vorliegens ausführlicher (neuer) Feststellungen des OLG auf Basis des eingeholten gemeinsamen

Gutachtens hat sich der OGH meiner Ansicht nach mit diesen – von seiner stRspr abweichenden – Feststellungen nicht detailliert genug auseinandergesetzt. Dass „in geringerem Umfang“ auch Facharbeiter tätig sind, stellt noch keine ausreichende Begründung für die Zulässigkeit einer den Berufsschutz erhaltenden Verweisung dar. Auch die Schlussfolgerung, dass die praktischen Produkt- und Verarbeitungskennnisse, die der Kl als Maurer erworben hat, für eine optimale Kundenberatung zweifellos von ganz wesentlicher Bedeutung sind, bieten keine ausreichende Grundlage für eine zulässige Verweisung. Die Teiltätigkeit, auf die ein Versicherter verwiesen werden kann, muss sich qualitativ hervorheben und darf nicht bloß untergeordnet sein (ua OGH 15.6.1993, 10 ObS 95/93). Inwiefern dies im vorliegenden Fall zutrifft, wenn bei der Tätigkeit des Bauproduktfachberaters in Kombimärkten eine komplexe individuelle Fachberatung und Kundenbetreuung im Mittelpunkt steht, Offerte eingeholt und Kostenvoranschläge erstellt werden müssen, Lieferscheine, Rechnungen ausgestellt und Warenbestellungen und Kundenreklamationen bearbeitet werden müssen, wird vom OGH nicht näher begründet.

MONIKA WEISSENSTEINER (WIEN)

## 53.

### Festhalten des OGH am Begriff der journalistischen Tätigkeit

#### § 1 Abs 1 JournG

OGH  
18.8.2010  
8 ObA 48/10g

OLG Graz  
21.4.2010  
7 Ra 15/10w

LGZ Graz  
17.12.2009  
46 Cga 101/09p

1. Die teilweise Erstellung von fehlenden Texten zu Werbeinseraten und von redaktionellen Gratisartikeln nach Vorschlägen bzw Vorgaben der Kunden erfordert nicht den besonderen Gesinnungsschutz des Journalistengesetzes.

2. Die Bearbeitung vorhandener Bilder durch Größenänderung oder durch Veränderung des Bildausschnittes stellt keine journalistische Tätigkeit dar.

Der Kläger (Kl) war knapp zwei Jahre bei der Beklagten (Bekl), die damals die Gratiszeitung \* herausgab, beschäftigt. Im Jahr 2007 wurde mit dem Kl ein neuer schriftlicher Dienstvertrag abgeschlossen, in dem sein Aufgabenbereich mit „Technik-Produktivitäten“ beschrieben wurde. Konkret war der Kl in erster Linie mit der Erstellung des Layouts der Gratiszeitung beschäftigt, wobei entsprechende Vorgaben zu berücksichtigen waren. Er verfasste aber auch teilweise fehlende Texte zu bezahlten Anzeigen und zuweilen auch redaktionelle Gratisartikel nach den Textvorschlägen bzw Vorgaben der Kunden. Darüber hinaus war er mit der (technischen) Bildbearbeitung befasst, wobei er im Wesentlichen Vergrößerungen oder Verkleinerungen vornahm. Er erstellte auch Fotomontagen nach entsprechenden Vorgaben oder Besprechungsergebnissen. Das Dienstverhältnis endete durch Kündigung der Bekl infolge „Einstellung des Betriebs“. Die Kündigung erfolgte in Beachtung der Bestimmungen des AngG. Der Kl stützt seine Ansprüche auf die (zumindest) sechsmonatige Kündigungsfrist nach § 10 des Journalisten-

gesetzes (JournG) mit der Behauptung, dass er bei der Bekl als Redakteur beschäftigt gewesen sei.

Der Kl begehrte Kündigungsentschädigung samt Urlaubersatzleistung. Neben den Layout-Tätigkeiten habe er auch Bilder und Fotomontagen gestaltet, Inseratstexte sowie PR-Beiträge verfasst sowie Überschriften und Texte redaktionell überarbeitet.

Die Bekl entgegnete, dass der Aufgabenbereich des Kl auf das „Producing“ beschränkt gewesen sei. Mit der Verfassung von (redaktionellen) Texten oder der Zeichnung von Bildern sei er nicht betraut gewesen. Als „Layouter“ bedürfe der Kl nicht des besonderen journalistischen Gesinnungsschutzes. [...]

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die vom Kl nach den Vorgaben und Wünschen der Kunden verfassten Werbetexte stünden weder mit einer Information der Öffentlichkeit noch mit dem aktuellen Geschehen im Zusammenhang. Die von seinem Aufgabenbereich erfasste Bildbearbeitung habe sich auf die technische Beratung und auf optische Gesichtspunkte bezogen. Für derartige Tätigkeiten sei der im JournG vorgesehene Gesinnungsschutz nicht erforderlich.

Das Berufungsgericht bestätigte diese E. Die vom Kl erledigten Aufgaben stellten keine Tätigkeit iSd § 1 Abs 1 JournG dar. Die Revision sei zulässig, weil sich die E 9 ObA 229/98m in erster Linie mit dem Begriff der „Zeitungsunternehmung“ befasse und mit Ausnahme dieser E eine oberstgerichtliche Rspr zur Auslegung des § 1 Abs 1 JournG nicht vorliege.

Gegen diese E richtet sich das – irrtümlich als „außerordentliche Revision“ bezeichnete – Rechtsmittel des Kl wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in der Weise



abzuändern, dass dem Klagebegehren zur Gänze stattgegeben werde.

Mit ihrer Revisionsbeantwortung beantragt die Bkl, die Revision des Kl zurückzuweisen, in eventu dieser den Erfolg zu versagen.

#### *Rechtliche Beurteilung*

Entgegen des Zulässigkeitsausspruchs des Berufungsgerichts (RIS-Justiz RS0042392) ist die Revision mangels Vorliegens einer entscheidungsrelevanten erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

**1.** Das JournG gilt nach seinem § 1 Abs 1 für alle mit der Verfassung des Textes oder mit der Zeichnung von Bildern betrauten Mitarbeiter einer Zeitungsunternehmung, die mit festen Bezügen angestellt sind und diese Tätigkeit nicht bloß als Nebenbeschäftigung ausüben (Redakteure, Schriftleiter).

Entgegen des Zulässigkeitsausspruchs beschäftigt sich die E 9 ObA 229/98m keineswegs nur mit der Frage, ob die dortige Bkl eine Zeitungsunternehmung iSd § 1 JournG sei. Vielmehr traf der OGH grundlegende Aussagen zum Anwendungsbereich des JournG auch im Hinblick auf den Begriff des „Redakteurs“. Für das Vorliegen einer gesicherten Rspr genügt auch nur eine ausführlich begründete und vom Schrifttum nicht abgelehnte E des Höchstgerichts (RIS-Justiz RS0103384). Die zur Bestimmung des fraglichen Anwendungsbereichs des JournG maßgebenden Grundsätze sind in der Rspr somit geklärt. Der vom Kl aufgeworfenen Rechtsfrage, ob er als ein mit bestimmten Tätigkeiten befasster Zeitungsmitarbeiter als Journalist zu qualifizieren sei, kommt keine erhebliche Bedeutung zu. Die entscheidungserhebliche Kasuistik des Einzelfalls schließt eine beispielgebende E des OGH in der Regel aus (RIS-Justiz RS0042405).

**2.1** In der bereits zitierten E 9 ObA 229/98m wurde – nach ausführlicher Auseinandersetzung mit den Materialien, dem Schrifttum und der Rspr und nach Darlegung des Gesetzeszwecks – ein Journalist als ein Medienmitarbeiter definiert, der in Medien in Schrift, Druck, Bild (Foto, Film, Elektronik) oder Ton Informationsinhalte (auf politischem, wirtschaftlichem, kulturellem und sportlichem Gebiet) mit Bezug auf aktuelles Geschehen für einen größeren Personenkreis verfasst oder gestaltet. Der Gesetzgeber verfolge den Zweck, den Journalisten einen möglichst wirkungsvollen Gesinnungsschutz angedeihen zu lassen, um dem öffentlichen Leben einen geistig selbständigen und sittlich widerstandsfähigen Journalistenstand zu erhalten. Es sei eine der vornehmsten Aufgaben der Journalisten, der Allgemeinheit Einblick in das aktuelle Geschehen zu geben und dabei gleichzeitig durch die Auswahl der Berichte bzw deren Aufmachung oder Kommentierung einen wertungsbedonten Standpunkt einzunehmen. Die Allgemeinheit werde daher durch den Journalisten nicht nur informiert, sondern auch geistig und sittlich in erheblichem Ausmaß beeinflusst. So wirke der Journalist maßgebend an der öffentlichen Meinungsbildung mit. Er verrichte eine vorwiegend schöpferische Tätigkeit, die zu ihrer vollen Entfaltung der geistigen Selbständigkeit, der sittlichen Widerstandsfähigkeit und eines stets wachsenden Verantwortungsbewusstseins gegenüber der Allgemeinheit bedürfe. Der Begriff des „aktuellen Tagesgeschehens“ sei nicht eng auszulegen. Es genüge,

dass der Inhalt für den angesprochenen Publikumskreis vermutlich neu sei. Zum aktuellen Tagesgeschehen gehöre auch etwa die Information der Allgemeinheit aus dem Bereich der Unterhaltung. Der E lässt sich weiters entnehmen, dass das JournG auf Mitarbeiter von reinen Fachschriften und Werbeschriften im Allgemeinen nicht Anwendung findet (vgl RIS-Justiz RS0063016).

**2.2** Nach diesen Grundsätzen muss ein Journalist mit der Gestaltung von Texten oder der Herstellung von Bildern über das aktuelle Geschehen befasst sein. Bei der Journalistentätigkeit handelt es sich um eine vorwiegend schöpferische Tätigkeit, durch die aktuelle Informationsinhalte verfasst oder gestaltet werden. Der besondere Gesinnungsschutz, der einem Journalisten zugute kommen muss, resultiert aus der Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung.

**3.1** Die Vorinstanzen sind von diesen Grundsätzen nicht abgewichen. Ihre Schlussfolgerung, dass die teilweise Erstellung von fehlenden Texten zu Werbeinseraten und von redaktionellen Gratisartikeln nach den Textvorschlägen bzw Vorgaben der Kunden weder mit einem Informationsgehalt für die Öffentlichkeit noch mit dem aktuellen Geschehen in Beziehung stehe und der besondere Gesinnungsschutz nach dem JournG dafür nicht erforderlich sei, erweist sich als nicht korrekturbedürftig. Das Gleiche gilt für die Beurteilung, dass auch die Bearbeitung vorhandener Bilder durch Vergrößerungen oder Verkleinerungen oder durch (gelegentliche) Veränderungen des Bildausschnitts keine journalistische Tätigkeit darstelle. Entgegen der Ansicht des Kl rechtfertigen auch die übrigen von ihm ausgeübten Tätigkeiten, wie etwa die Erstellung von Fotomontagen nach konkreten Vorgaben oder Besprechungsergebnissen, kein anderes Ergebnis.

Dem Kl ist beizupflichten, dass sich § 1 JournG nicht nur auf gezeichnete Bilder, sondern ebenso auf fotografierte oder anders hergestellte Bilder bezieht (vgl auch JA 595 BlgNR 7. GP 1 zur Novelle BGBl Nr 1955/158). Von einer schöpferischen Herstellung oder Bearbeitung von Bildern, die dem Rollenbild eines Redakteurs iSd JournG entsprechen würde, kann bei den von ihm erbrachten Arbeitsleistungen aber nicht gesprochen werden. [...]

**4.** Insgesamt vermag der Kl mit seinen Ausführungen die Zulässigkeit der Revision nicht zu begründen. Mangels Vorliegens einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung war die Revision zurückzuweisen. [...]

### **Anmerkung**

#### **1. Zur Unzulässigkeit der Revision**

Vorliegender Beschluss des OGH ist ohne Kenntnis der diesem zugrunde liegenden E OGH 9.12.1998, 9 ObA 229/98m (RIS-Zitat) nicht zu erfassen. Der OGH wiederholt daher die für den Beschluss wesentlichen Ausführungen der damaligen E.

Dem Höchstgericht ist insofern zuzustimmen, dass die Grundentscheidung unter Berufung auf *Kuderna* (DRdA 1964, 341 ff) neben Ausführungen zur notwendigen Qualität eines Zeitungsbetriebes gem JournG auch grundsätzliche Überlegungen zum Telos des Schutzes journalistischer Arbeitsverhältnisse und den Grundzügen journalistischer Tätigkeit enthält.

Demnach besteht eine vom Gesetz geschützte journalistische Tätigkeit darin, der Allgemeinheit Einblick in das aktuelle Geschehen zu geben, wobei kein rein informativer, sondern wertungsbetonter Standpunkt eingenommen wird. Durch diese vorwiegend schöpferische Tätigkeit soll der Journalist maßgebend auf die öffentliche Meinungsbildung mitwirken.

Diese Grundsatzentscheidung beschäftigt sich somit auch mit der Tätigkeit des Journalisten iS von JournG im Allgemeinen. Inwieweit aber ein geschütztes Dienstverhältnis auch dann vorliegt, wenn eine journalistische Tätigkeit nur einen Teil der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers (AN) ausmacht, wurde in dieser Grundsatzbetrachtung nicht behandelt.

Insofern ist fraglich, ob man das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage iS von § 502 Abs 1 ZPO auch bejahen hätte können. Unterliegt zwar die Lösung des Einzelfalles in nicht unerheblichen Maße dem festgestellten Sachverhalt, kann die grundsätzliche Problemstellung, in welchem Ausmaß eine Arbeitspflicht zur journalistischer Tätigkeit vorliegen muss, um in den Schutz des JournG zu fallen, durchaus als erhebliche Rechtsfrage gesehen werden, da die grundsätzliche Lösung dieser Rechtsfrage jedenfalls die Leitfunktion des OGH berührt und für die Klärung zukünftiger Streitfälle tauglich gewesen wäre (*Zechner* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen IV<sup>2</sup> [2005] § 502 Rz 35 und 43). Da diese Kernfrage durch eine höchstgerichtliche Rspr bis dato noch nicht aufgearbeitet wurde, wäre bei einigem Wohlwollen des Höchstgerichtes ein Grund für die Zulassung der Revision als gegeben anzusehen gewesen.

Diffiziler stellt sich jedoch die Frage nach der notwendigen Präjudizialität für diese E (*Zechner*, aaO Rz 60 unter Berufung auf *Kodek* und *Kuderna*). Oben formulierte Rechtsfrage hat sich nach vorliegendem Beschluss vom Berufungsgericht nicht gestellt. Ist nun der OGH an die Ausführung des Berufungsgerichtes hinsichtlich der Rechtsfragen zwar nicht gebunden (*Kodek*, ZPO<sup>3</sup> [2006] § 508a Rz 1), muss die Lösung der Rechtsfrage jedoch grundlegend für die E sein.

Den zusammengefassten Feststellungen des Erstgerichtes zufolge stünden die vom Kl verfassten Texte weder mit einer Information der Öffentlichkeit noch mit einem aktuellen Geschehen in Zusammenhang. Die Bildbearbeitung habe sich lediglich auf technische Beratung und optische Gesichtspunkte bezogen. Der ausführlicheren Wiedergabe des festgestellten Sachverhaltes im OLG Graz zufolge, verfasste der Kl zwar PR-Artikel, diese wurden jedoch nach Wünschen und Vorgaben der jeweiligen Kunden gestaltet, nahm keine Recherche vor und besuchte auch keine Pressekonferenzen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Kl keinerlei journalistische Tätigkeit iS obiger Definition auszuführen hatte und auch nicht ausführte. Bleibt noch zu prüfen, ob die vom Kl vorgenommene Bildbearbeitung den Kriterien einer journalistischen Tätigkeit iSd gegenständlichen Norm entspricht.

ME ist der Tatbestand „Zeichnen von Bildern“ insofern weit zu fassen, dass auch die gängigen technischen Hilfsmittel berücksichtigt werden können. ISd anerkannten Definition einer journalistischen Tätigkeit muss jedoch die Bearbeitung des Bildes kreativ sein und wertungsbetont allgemeines Geschehen beurteilen, um unter den Geltungsbereich des JournG zu

fallen. Werden daher Bilder (bzw Fotos) beispielsweise im Rahmen einer zusammenhängenden Erzählung zusammengereiht, und die sichtbaren Personen mit Texten in Form von Sprechblasen versehen, die das politische Geschehen kommentieren und erläutern, kann davon ausgegangen werden, dass eine journalistische Tätigkeit vorliegt. Die beispielhafte Anführung der Tätigkeit eines Karikaturisten in der E des OLG Graz ist deshalb so als zu eng anzusehen. Da der Kl jedoch lediglich technische Umarbeitung an Bildern vorgenommen hat, ist auch in diesem Bereich keine journalistische Tätigkeit von ihm ausgeführt worden.

In diesem Sinne ist die aufgeworfene Rechtsfrage der Mischttätigkeit nicht entscheidungsrelevant. Die Zurückweisung der Revision durch den OGH trotz Zulassung durch das OLG Graz ist daher zu Recht erfolgt.

## 2. Auswirkungen einer gemischten Tätigkeit

Aufgrund der fehlenden Relevierung der Rechtsfrage des Vorliegens eines Zeitungsunternehmens, einer notwendigen Voraussetzung für die Anwendung des JournG auf das Dienstverhältnis ist offensichtlich, dass die Tatsache des Vorliegens eines Zeitungsunternehmens bereits unterinstanzlich außer Streit gestellt bzw rechtskräftig, weil nicht bekämpft, entschieden wurde. Es ist daher davon ausgegangen worden, dass die Bekl die Anforderungen des JournG an ein Zeitungsunternehmen erfüllt. Das notwendige Kriterium eines Zeitungsunternehmens erschließt sich der ständigen Judikatur folgend aus einer Negativdefinition, nämlich des Nichtvorliegens reiner Fach- und Werbeschriften (OGH 1998/DRdA 1999/45 ff [*Machacek*] = ASoK 2000, 360). Danach reicht es jedoch bereits aus, dass ein ausreichender Aktualitätsbezug bei Behandlung und Kommentierung von Freizeit- und Hobbythemen im Rahmen eines periodischen Erscheinens für einen größeren Leserkreis gegeben ist. Im vorliegenden Fall handelte es sich um eine Gratis-Zeitung, die aus durchschnittlich 25 % verkauften Inseraten bestand, wobei diese Inserate jedenfalls den Umfang der Zeitung bestimmten (Feststellungen des OLG Graz).

Gerade bei kleineren Zeitungsunternehmen ist der Sachverhalt vorstellbar, dass eine Trennung von journalistischen Aufgabenstellungen von kaufmännischen Aufgabenstellungen nicht durchgehend gegeben ist. Die Frage nach der Abgrenzung den journalistischen „Gesinnungsschutz“ bei solchen gemischten Tätigkeiten betreffend, stellt daher eine zentrale Rechtsfrage des Geltungsbereiches des JournG dar.

*Machacek* betont in seiner Glosse zu OGH 9.12.1998, 9 ObA 229/98m (DRdA 1999/45) zu Recht die Bedeutung der Grundrechte der Pressefreiheit und öffentlichen Meinungsfreiheit, als deren Ausgestaltung das JournG gesehen werden muss (siehe zu § 2 MedienG: *Berka* in *Kneihls/Lienbacher* [Hrsg], Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht<sup>7</sup> [2011], Vorbem StGG Rz 86). Der Zweck des Sondergesetzes liegt also in einem möglichst wirkungsvollen Gesinnungsschutz, um dem öffentlichen Leben einen geistig selbständigen und sittlich widerstandsfähigen Journalistenstand zu erhalten. Würde nun eine gemischte Arbeitsverpflichtung automatisch zum Verlust dieses Gesinnungsschutzes führen, stünden einer Umgehung dieses Schutzes Tür und Tor offen. Eine Abgrenzung der Anwendbarkeit des Gesetzes ana-

log zum AngG, welches ein Überwiegen der kaufmännischen bzw höheren nicht kaufmännischen Tätigkeit als Notwendigkeit der Anwendung fordert (*Schrammel* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz 30. Lfg [2008] § 1 Rz 84; *Löschnigg* in *Löschnigg*, Angestelltengesetz<sup>8</sup> [2007] § 1 Rz 117 f), erscheint daher nicht sachgerecht. Eine Abhängigkeit des Gesinnungsschutzes allein vom Ausmaß der schützenswerten journalistischen Tätigkeit im Vergleich zum Gesamtaufgabenbereich ist daher abzulehnen. Andererseits erscheint es überschießend, dass eine gänzlich untergeordnete Tätigkeit geeignet sein soll, den gegenständlichen Schutz auszulösen.

Der Gesetzestext selbst bezieht sich bei der Einschränkung des Geltungsbereiches des JournG lediglich auf eine sogenannte Nebenbeschäftigung. Als Nebenbeschäftigung wird jede Erwerbstätigkeit des AN außerhalb des Arbeitsverhältnisses, welches diesen hauptsächlich in Anspruch nimmt, gewertet (*Löschnigg* in *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> [2011] Rz 6/118 mwN). Das BDG definiert als Nebenbeschäftigung jede Tätigkeit, die nicht zur Erfüllung der Dienstpflichten zählt, egal ob diese selbständig oder unselbständig, entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wird (*Fellner*, Beamtendienstrechtsgesetz 57. ErgLfg [2011] 146/2 zu § 56 BDG 1979). Im Unterschied zur Nebenbeschäftigung führt das BDG die sogenannte Nebentätigkeit an, bei welcher es sich allgemein gesprochen um Tätigkeiten für denselben Arbeitgeber (AG), jedoch in einem anderen Wirkungsbereich als dem den Beamten zugewiesenen, handelt (*Fellner*, Beamtendienstrechtsgesetz 57. ErgLfg, 108/8f zu § 37 Abs 1). Der hier geschilderte Sachverhalt ist daher begrifflich der Nebentätigkeit und nicht der Nebenbeschäftigung zu unterstellen, da insgesamt die unterschiedlichen Tätigkeiten beim selben AG verrichtet werden.

Problematischer (insb aus europarechtlicher Sicht) erscheint die Normierung der Nichtanwendung des

JournG auf Teilzeitbeschäftigte (*Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup> Rz 4/091), wenn diese Tätigkeit die Erwerbstätigkeit des AN nicht hauptsächlich in Anspruch nimmt (so OGH 1952/Arb 5515; *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht 132. ErgLfg [2011] § 1 JournG E 10). Erbringt der AN bei mehreren Zeitungsunternehmen journalistische Tätigkeiten, wäre mE jedenfalls in jedem Arbeitsverhältnis der Schutz des JournG zuzuerkennen (in diese Richtung gehend OGH 1962/Arb 7621; *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht 132. ErgLfg [2011] E 11).

Gemischte Tätigkeiten im Ausmaß einer Vollzeitbeschäftigung, die bei demselben Zeitungsunternehmen erbracht werden, sind aber jedenfalls vom Geltungsbereich des JournG umfasst. Als Abgrenzung, welche gemischte Tätigkeit nun unter den Schutz des JournG fällt, muss auf den Telos des Gesinnungsschutzes, welcher durch das JournG gewährt werden soll, zurückgegriffen werden. Gesinnungsschutz kann wohl nur dem zukommen, der regelmäßig geplant journalistisch tätig wird. Eine zufällige, nicht regelmäßige und selten ausgeübte journalistische Tätigkeit, welche vielleicht auch noch einen Grenzfall darstellt, wie dies beim Sachverhalt der E OGH 9.12.1998, 9 ObA 229/98m, der Fall war, fielen daher nicht unter den Geltungsbereich des JournG.

Abseits dieser Überlegungen ist der Rechtsansicht des OGH bei gegenständlicher Fallkonstellation sowie den Entscheidungen der Vorinstanzen voll und ganz zuzustimmen.

Grundsätzlich wäre der Gesetzgeber gefordert, aufgrund der zunehmenden Anzahl von freien Dienstnehmern bei Zeitungsunternehmen, diesen denselben Gesinnungsschutz zukommen zu lassen, wie dies bereits seit langer Zeit im Rahmen von Arbeitsverträgen tätigen Journalisten zugestanden wird.

WOLFGANG KOZAK (WIEN)

## Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff<sup>1)</sup>

54.

**1.** Für die Arbeitnehmereigenschaft ist neben der persönlichen Abhängigkeit auch entscheidend, dass „Dienste für einen anderen“ iSd § 1151 ABGB geleistet werden. Ist das nicht der Fall, ist der Vertrag auch dann nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, wenn der Dienstleistende persönlich abhängig ist.

**2.** „Dienste für einen anderen“ iS von § 1151 ABGB grenzt den Arbeitsvertrag von Tätigkeiten ab, die aus religiösen, karitativen oder sozialen Motiven geleistet werden, und von Beschäftigungen, die zur Erziehung oder Behandlung erfolgen.

**3.** Ob „Dienste für einen anderen“ geleistet werden, bemisst sich danach, ob die Tätigkeit geprägt ist vom Interesse des Dienstleistenden an der Erbringung der Dienstleistung, oder vom Interesse des Dienstleistungsempfängers, die Tätigkeiten zu seinem Nutzen entgegenzunehmen und zu verwerten. Überwiegt das Interesse des Dienstleistenden, entfällt die Arbeitnehmereigenschaft. Ein wichtiges Indiz für ein überwiegendes Interesse des Dienstleistenden ist das weite Auseinanderklaffen von Kosten und Erträgen beim Leistungsempfänger.

### § 1151 ABGB

OGH  
26.1.2010  
9 ObA 105/09w

OLG Linz  
10.3.2009  
12 Ra 5/09f

LG Ried im Innkreis  
27.6.2008  
14 Cga 123/07p

<sup>1)</sup> Siehe dazu den Besprechungsaufsatz von *Kietaibl/Reiner*, Kein Arbeitsrecht am zweiten und dritten Arbeitsmarkt? Zur Bedeutung von Nutzenverteilung und Interessenlage für den Arbeitnehmerbegriff in diesem Heft, DRdA 2011, 526 ff.

Der Beklagte (Bekl) ist ein eingetragener, nicht auf Gewinn gerichteter Verein, der ausschließlich gemeinnützige und mildtätige Zwecke verfolgt. [...] Er betreibt [...] einen sozialökonomischen Betrieb, der in Form

einer geschützten Werkstätte Berufskleidung für Krankenhäuser, Altersheime und Wirtschaftsbetriebe produziert.

Die Klägerin (KI) war vom 2.11.2006 bis 7.5.2007 in diesem Betrieb als Näherin mit einem Beschäftigungsmaß von 38 Wochenstunden beschäftigt. Das Beschäftigungsverhältnis endete durch einvernehmliche Auflösung. Der monatliche Bruttolohn betrug zunächst 411 € und ab 1.1.2007 421 €.

Die KI begehrt vom Bekl 7.515,28 € brutto sA. Auf das Dienstverhältnis sei der Kollektivvertrag (KollV) für Arbeitnehmerinnen, die bei Mitgliedern der Berufsvereinigung von Arbeitgebern für Gesundheits- und Sozialberufe (BAGS) beschäftigt sind, anzuwenden. [...] Die KI sei begünstigte Behinderte nach dem BEinstG. Die Herausnahme von Beschäftigungsverhältnissen nach sozialhilfe- bzw behindertenrechtlichen Bestimmungen der Länder aus dem Geltungsbereich des KollV widerspreche dem Diskriminierungsverbot des BEinstG. [...] Die KI erhebe Anspruch auf eine Entschädigung für persönliche Beeinträchtigung in Höhe von 360 €. Zudem habe der Bekl auch das Gleichbehandlungsgebot verletzt, da mehrere Arbeitskolleginnen, die vergleichbare Tätigkeiten verrichteten, nach dem BAGS-KollV entlohnt werden. Die KI übe eine Tätigkeit aus, die alle Kriterien eines Arbeitsverhältnisses erfülle. Der ausgezahlte Lohn sei für die geleistete Arbeit unangemessen und auch nicht vereinbart worden. Er widerspreche den guten Sitten. [...]

Das Erstgericht gab der Klage im Umfang von [...] statt. [...]

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der KI nicht Folge, wohl aber der Berufung des Bekl. [...]

Das Arbeitsverhältnis habe die Leistung abhängiger, fremdbestimmter Arbeit zum Inhalt, deren entscheidendes Merkmal sei, dass sie in persönlicher Abhängigkeit geleistet werde. Als weiteres Merkmal komme aber hinzu, dass die Dienste „für einen anderen“ geleistet werden müssen (§ 1151 Abs 1 ABGB). Darin komme zum Ausdruck, dass Gegenstand des Arbeitsvertrags nur Tätigkeiten sein könnten, an deren Durchführung der Vertragspartner ein eigenes Interesse habe, das über das Interesse am Wohlergehen des Tätigen hinausreiche. Es gehe um die Abgrenzung des Arbeitsvertrags von den Tätigkeiten aus religiösen, karitativen und sozialen Motiven des Leistenden und von der Beschäftigung von Personen, die vorwiegend zur Erziehung oder Behandlung beschäftigt werden, also von Tätigkeiten, an denen der Leistende in der Regel ein größeres (objektives) Interesse hat als der Leistungsempfänger. [...] Für die Qualifikation sei entscheidend, ob das Interesse der Tätigen an der Möglichkeit zu arbeiten oder das Interesse der Empfängerin an den Arbeitsleistungen die Beziehung präge. Ein Arbeitsvertrag scheidet aus, wenn der nicht ökonomische (austauschfremde) Zweck dominiere, wenn also die Tätigkeit primär im Eigeninteresse der tätigen Person erfolge. Dies sei insb der Fall, wenn der andere Teil beträchtliche Aufwendungen für die Betreuung bei der Tätigkeit habe, aber auch wenn die Dienste leistende Person unter der Verantwortung einer Einrichtung stehe. Ein geringes Taschengeld führt noch nicht zur Qualifikation als Arbeitsvertrag.

Dominiere der austauschfremde Zweck nicht klar, so liege ein Austauschvertrag vor, für dessen Qualifikation dann die allgemeinen Kriterien gelten.

Grundlage des Dienstverhältnisses sei ein Bescheid der OÖ Landesregierung, mit dem Hilfe durch geschützte Arbeit nach dem bis 31.8.2008 in Geltung gestandenen OÖ BhG gewährt werde. [...] Die Tätigkeit der KI habe daher in einem Umfeld stattgefunden, das von den am Arbeitsmarkt üblichen Bedingungen erheblich abweiche. Der Bekl verfolge als humanitäre Organisation mit der Beschäftigung von Dienstnehmern keine ökonomischen Interessen, sondern das Wohlergehen der Arbeitnehmer. Dies komme dadurch zum Ausdruck, dass durch die Produktionstätigkeit nicht einmal die Hälfte des Finanzierungsaufwands erwirtschaftet werde. Produktivität und Arbeitsdisziplin seien im Vergleich zu üblichen Arbeitsbedingungen weitgehend herabgestuft; während der Arbeitszeit werde auch psychosoziale Betreuung angeboten. Bei Nichterreichung von Zielen drohten keine Konsequenzen. Es dominiere also klar der nicht-ökonomisch (austauschfremde) Zweck, weil die Tätigkeit primär im Eigeninteresse der tätigen Personen aus psychosozialen Gründen erfolge. Ziel des Beschäftigungsverhältnisses sei nicht der zu leistende Dienst, an dem der Bekl mangels Wirtschaftlichkeit kein Interesse haben könne, sondern das Wohlergehen der Dienstnehmer durch Ermöglichung einer Beschäftigung mit ihren positiven psychosozialen Effekten und sozialversicherungsrechtlicher Absicherung. [...] Diese Art der Leistung könne nicht als Dienstvertrag iSd § 1151 ABGB qualifiziert werden.

Allerdings haben die Streitparteien in Anlehnung an den BAGS-KollV einen Dienstvertrag abgeschlossen, der Bestimmungen über die Arbeitszeit, über die Probezeit, über den Urlaub und andere Regelungen enthalte, die in Dienstverträgen üblich seien. Darin sei auch die Vereinbarung enthalten, dass Grundlage des Dienstverhältnisses der Zuweisungsbescheid der OÖ Landesregierung auf Basis des OÖ BhG ist. [...]

Auf Verträge über Dienste, die keine Dienstverträge sind, könne Arbeitsrecht aufgrund des Parteiwillens anwendbar gemacht werden. In diesem Fall beruhe die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts nicht auf Gesetz, sondern auf Vertrag. [...] Aus der Bezeichnung des Vertrags als Dienstvertrag in Anlehnung an den BAGS-KollV und der Gestaltung der Rechte und Pflichten nach arbeitsrechtlichen Prinzipien lasse sich der Schluss ziehen, dass die Streitparteien, soweit keine besondere Vereinbarung getroffen worden sei, konkludent die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Bestimmungen vereinbart haben. Die KI habe den Dienstvertrag, mit dem sie hinsichtlich des Entgelts nicht einverstanden war, nicht unterschrieben. Der Dissens beziehe sich lediglich auf die Entgelthöhe, nicht aber auf die übrigen Vertragsbestimmungen, die eingehalten worden seien. Die von der KI angestrebte Entlohnung nach dem BAGS-KollV scheidet schon deswegen aus, weil die Einstufungs- und Entgeltbestimmungen dieses KollV vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen worden seien. Da kein Arbeitsvertrag vorliege, gelte der KollV auch nicht aufgrund des Gesetzes (§ 1 Abs 1 iVm § 11 Abs 1 ArbVG). Die von der KI aufgeworfene Frage, ob die Herausnahme von Beschäftigungsverhältnis-



sen aufgrund sozialhilfe- bzw behindertenrechtlicher Bestimmungen der Länder (§ 2 BAGS-KollV) eine Entgeltdiskriminierung nach § 7 Abs 1 Z 2 BEinstG darstellt, stelle sich hier daher nicht.

Da mangels Konsens keine Entgeltvereinbarung zustande gekommen sei, sei auf den vertraglich anzuwendenden § 1152 ABGB zurückzugreifen, wonach ein angemessenes Entgelt als bedungen gelte. Angemessen iS dieser Bestimmung sei jenes Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das ergebe, was unter ähnlichen Umständen geleistet werde oder worden sei. Im Vertrag zwischen dem Land und dem Bekl (Leistungsvertrag Hilfe durch geschützte Arbeit) sei ein Entlohnungsschema festgelegt, das sich an jenem der geschützten Werkstätten orientiere. Die Entlohnung entspreche also dem, was auch in geschützten Werkstätten anderer Rechtsträger unter ähnlichen Umständen geleistet werde. Insofern sei die Entlohnung auch ortsüblich, weil sie in dem relevanten einheitlichen Arbeitsmarkt (der geschützten Werkstätten) üblich sei. [...]

Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot liege nicht vor. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz [...] hindere den Arbeitgeber [...] nicht daran, in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren und Vergünstigungen ab einem bestimmten Zeitpunkt in Betracht kommenden Arbeitnehmer nicht mehr zu gewähren. Stichtagsregelungen seien im Zusammenhang mit zeitlicher Differenzierung grundsätzlich zulässig und könnten sachlich durchaus gerechtfertigt sein. Hier gebe es hinreichende Argumente für eine sachliche Rechtfertigung der entgeltmäßigen Differenzierung zwischen den vor und nach dem 31.12.2005 eingetretenen Mitarbeiterinnen. Ursprünglich sei das Projekt vom Bundessozialamt mit dem Ziel finanziert worden, Personen auf den ersten Arbeitsmarkt zu vermitteln. Wegen des geringen Vermittlungserfolgs und aus wirtschaftlichen Überlegungen habe der Bund die Finanzierung des Projekts eingestellt. Durch die Umstellung des Projekts auf das System der geschützten Werkstätten mit Finanzierung des Landes habe sich eine Änderung der Unternehmensphilosophie und der wirtschaftlichen Basis ergeben. Zielgruppe seien nunmehr nicht Transitarbeitskräfte, sondern Personen, die am allgemeinen Arbeitsmarkt unvermittelbar seien und denen im Rahmen der Behindertenhilfe des Landes Dauerarbeitsplätze nach den Bedürfnissen des Einzelnen (§ 11 Abs 1 OÖ BhG) geboten werden. Alle ab 1.1.2006 beschäftigten Personen werden nach den neuen Kriterien behandelt. [...] Auch eine Verletzung des BEinstG liege nicht vor, weil Grund für die unterschiedliche Entlohnung nicht eine körperliche oder geistige Behinderung sei. [...]

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Kl.

Die Bekl beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben. [...]

Die Revision ist [...] nicht berechtigt. [...]

Das Berufungsgericht hat die Rechtslage umfassend und richtig beurteilt. Seiner Rechtsauffassung ist beizupflichten. [...]

Die Revisionswerberin hält an ihrer Auffassung fest, dass – weil das Beschäftigungsverhältnis alle

Kriterien eines echten Arbeitsvertrags aufweise – von einem Arbeitsvertrag iSd § 1151 ABGB auszugehen sei. Die vom Berufungsgericht unter Berufung auf *Rebhahn* (in ZellKomm, § 1151 ABGB Rz 78) vertretene Auffassung, wonach von einem Arbeitsverhältnis nur dann die Rede sein könne, wenn die Dienste „für einen anderen“ geleistet werden, akzeptiert sie nur als Abgrenzungskriterium in Fällen, in denen sich der Arbeitgeber selbst anstelle. Hingegen seien die Ausführungen *Rebhahns* nicht als Kriterium für das (Nicht-)Vorliegen eines Arbeitsvertrags zu verstehen.

Dieser Einwand wird den überzeugenden Ausführungen *Rebhahns*, denen sich auch der OGH anschließt, nicht gerecht. *Rebhahn* weist ausdrücklich darauf hin, dass dieses Kriterium für die Abgrenzung des Arbeitsvertrags von den Tätigkeiten aus religiösen, karitativen und sozialen Motiven des Leistenden und von der Beschäftigung von Personen, die vorwiegend zu ihrer Erziehung oder Behandlung beschäftigt werden, maßgebend sei. Es wurde daher vom Berufungsgericht zu Recht auch hier als entscheidend erachtet. [...]

Im Übrigen bestreitet die Revisionswerberin, dass es dem Bekl am Eigeninteresse an der Beschäftigung mangle. Schließlich erwirtschaftete er ca 350.000 € im Jahr. Damit lässt die Revisionswerberin aber außer Acht, dass diesem im Jahr 2007 erwirtschafteten Betrag Kosten von 1.000.000 € gegenüberstanden. Von einem wirtschaftlichen Eigeninteresse, das über das Interesse des Bekl am Wohlergehen der Beschäftigten hinausgeht, kann daher nicht die Rede sein. Vielmehr trifft es zu, dass die Beziehung der Streitteile – wie das Berufungsgericht richtig ausgeführt hat – in erster Linie durch das Interesse der Beschäftigten an der Möglichkeit zu arbeiten geprägt wird.

Aus eben diesem Grund versagt der Einwand der Bekl, dass nach der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts die Beschäftigung eines Langzeitarbeitslosen auch in einem „normalen“ Betrieb kein Arbeitsverhältnis wäre. Auf einen nach üblichen Kriterien organisierten und wirtschaftenden Betrieb treffen – auch wenn er einen bisher Langzeitarbeitslosen beschäftigt – bei der gebotenen objektiven Betrachtung die hier angestellten Überlegungen nicht zu. [...]

Weiters wendet die Revisionswerberin ein, auch unter der Annahme einer nur vereinbarten Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen sei es sittenwidrig, alle arbeitsrechtlichen Verpflichtungen eines Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren, die Entgeltbestimmungen aber auszunehmen. Die mangelnde Leistungsfähigkeit des Bekl bzw der Umstand, dass das der Kl zufließende Entgelt vom Land Oberösterreich finanziert werde, müsse dabei außer Betracht bleiben, weil andernfalls dem Bekl zurechenbare Gründe für den mangelnden wirtschaftlichen Erfolg (Organisations- oder Dispositionsfehler) unbeachtet blieben. [...]

Dass das von der Bekl angebotene Projekt durch den Erwerbzweck geprägt sei, ist durch die Feststellungen in keiner Weise gedeckt. Auch irgendwelche Organisations- oder Dispositionsängel, die das Missverhältnis zwischen Einnahmen und Kosten erklären könnten, sind weder behauptet noch festgestellt worden. Vielmehr geht aus dem festgestellten Sachverhalt völlig klar hervor, dass der Bekl ein Projekt anbietet,

das von den Interessen der Beschäftigten geprägt ist, das durch seine Gestaltung, durch die angebotenen Umstände und die Anforderungen an die Beschäftigten nicht in der Lage sein kann, kostendeckend zu arbeiten oder gar einen Gewinn zu erzielen. [...]

Das unter der Überschrift „Diskriminierung“ erstattete Vorbringen der Revisionswerberin geht abermals davon aus, dass es sich beim Beschäftigungsverhältnis der Streitparte um ein Arbeitsverhältnis nach § 1151

ABGB handelt, und leitet daraus die zwingende Anwendung des KollV ab. Dazu kann auf die oben angestellten Überlegungen verwiesen werden, mit denen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneint wird. [...]

Zum Vorbringen der Revisionswerberin zur Verletzung des Gleichbehandlungsgebots reicht es aus, auf die zutreffenden Ausführungen der zweiten Instanz [...] zu verweisen. Auch die Sachlichkeit [...] hat das Berufungsgericht zutreffend begründet. [...]

## Judikaturspiegel

### Europarecht

#### RL 1999/70/EG

##### Richtlinie über befristete Arbeitsverträge

###### § 5 Nr 1 der Rahmenvereinbarung: Aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge mit Flugbegleiterin

EuGH 10.3.2011, Rs C-109/09 – Deutsche Lufthansa

Eine Arbeitnehmerin (AN), die seit dem Jahr 1991 als Flugbegleiterin in einem unbefristeten Dienstverhältnis stand, erhielt ab Vollendung des 55. Lebensjahres nur noch jährlich befristete Arbeitsverträge. Mit Vollendung des 60. Lebensjahres erfolgte keine weitere Befristung mehr. Die Wirksamkeit der letzten ausgelaufenen Befristung wird ua auf eine nationale Regelung gestützt, wonach die Befristung keines sachlichen Grundes bedarf, wenn der AN bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat und kein enger sachlicher Zusammenhang zwischen der Befristung und einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber (AG) besteht.

Diese nationale Regelung ist im Einklang mit § 5 Nr 1 der Rahmenvereinbarung auszulegen, nach dem ein Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden ist. Der Begriff „enger zeitlicher Zusammenhang“ findet daher auch auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung, in dem einem befristeten Vertrag nicht unmittelbar ein unbefristeter Vertrag mit demselben AG vorausging, sondern zwischen diesen Verträgen bereits mehrere befristete Verträge abgeschlossen worden sind.

#### RL 2000/78/EG

##### Gleichbehandlungsrahmen-Richtlinie

###### Art 1 Abs 1: Zwangswise Versetzung von Staatsanwälten in den Ruhestand – Altersdiskriminierung?

EuGH 21.7.2011, Rs C-159/10 – Fuchs, Rs C-160/10 – Köhler

Ein nationales Gesetz sieht die zwangswise Versetzung von Beamten auf Lebenszeit (im vorliegenden Fall von Staatsanwälten) in den Ruhestand mit Vollendung des 65. Lebensjahres vor, wobei die Beamten höchstens bis zum vollendeten 68. Lebensjahr weiterarbeiten dürfen, wenn es im dienstlichen Interesse liegt.

Die RL 2000/78/EG steht dieser Regelung nicht entgegen, sofern sie zum Ziel hat, eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen, um die Einstellung und die Beförderung von jüngeren Berufsangehörigen zu begünstigen, die Personalplanung zu optimieren und damit Rechtsstreitigkeiten über die Fähigkeit des Beschäftigten, seine Tätigkeit über ein bestimmtes Alter hinaus auszuüben, vorzubeugen.

Die Angemessenheit und Erforderlichkeit der fraglichen Maßnahme ist nachgewiesen, wenn sie im Hinblick auf das verfolgte Ziel nicht unvernünftig erscheint und auf Beweismittel gestützt ist, deren Beweiskraft das nationale Gericht zu beurteilen hat.

*StRspr des EuGH zur Zulässigkeit von Altersgrenzen vgl zuletzt ebenso EuGH 18.11.2010, Rs C-250/09, Georgiev.*

#### RL 80/987/EWG

##### Insolvenzrichtlinie

###### Art 3: Haftung der Garantieeinrichtung am Sitz des insolventen AG

EuGH 10.3.2011, Rs C-477/09 – Defossez

Wenn ein Unternehmen nicht über einen Betrieb in dem Mitgliedstaat verfügt, in dem der AN seine Tätigkeit ausübt, und dieses Unternehmen Sozialbeiträge als AG an den Mitgliedstaat seines Sitzes entrichtet, ist die gem Art 3 der RL 80/987/EWG zuständige Garantieeinrichtung für die Befriedigung der Ansprüche des AN aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des AG die Garantieeinrichtung des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sich der Sitz des AG befindet.

Die RL 80/987/EWG schließt außerdem nicht die Möglichkeit für den AN aus, sich auf die Garantie einer anderen Einrichtung als der in Anwendung dieser RL ermittelten zu berufen, wenn dies für ihn günstiger ist und das nationale Recht es vorsieht.

#### RL 98/59/EG

##### Massenentlassungsrichtlinie

###### Art 1 bis 3: Fehlende Anhörung der AN-Vertreter durch Liquidator

EuGH 3.3.2011, Rs C-235/10 bis C-239/10 – Claes

Im Fall der Insolvenz besteht die Rechtspersönlichkeit des Betriebs, dessen Auflösung und Liquidation durch

eine gerichtliche Entscheidung angeordnet wurden, nur für bestimmte Zwecke, namentlich für die Erfordernisse dieses Verfahrens und bis zur Veröffentlichung der Schlussrechnung nach Beendigung der Liquidation, fort. Ein solcher Betrieb hat bis zum Zeitpunkt der endgültigen Auflösung der Rechtspersönlichkeit den in den Art 2 und 3 der RL 98/59/EG vorgesehenen, den AG obliegenden, Verpflichtungen nachzukommen.

Die dem AG nach diesen Bestimmungen obliegenden Verpflichtungen müssen von der Leitung des fraglichen Betriebs erfüllt werden, sofern diese, wenn auch mit beschränkten Befugnissen hinsichtlich der Geschäftsführung des Betriebs, fortbesteht. Wird die Geschäftsführung des fraglichen Betriebs hingegen vollständig von einem Liquidator übernommen, so hat dieser den sich aus der RL ergebenden Verpflichtungen nachzukommen.

## Arbeitsmarkt

### AusIBG

#### Ausländerbeschäftigungsgesetz

**§ 18, Nr 5 Anhang X der Liste nach Art 24 Beitrittsakte der Republik Ungarn:  
Das Ausnützen der „3. Phase“ der Übergangsfristen ist nicht zu beanstanden**

VwGH 30.5.2011, 2011/09/0082

Jeder Mitgliedstaat kann die Frage, ob eine schwerwiegende Störung des Arbeitsmarktes (die ein Ausnützen der Übergangsfristen für die vollen sieben Jahre rechtfertigt) vorliegt, selbständig beantworten. Die EU-Organe sind an der Entscheidungsfindung nicht beteiligt. Der VwGH hat keine Zweifel, dass die in der Mitteilung Österreichs an die Europäische Kommission enthaltenen Gründe die Gefahr einer drohenden schwerwiegenden Störung des Arbeitsmarktes in realistischer Form aufzeigen und deshalb die Übergangsregelungen für die am 1.5.2004 beigetretenen Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Zypern und Malta weiterhin bis 30.4.2011 in Geltung standen.

### FPG

#### Fremdenpolizeigesetz

**§ 9:  
Berufungsinstanz für Aufenthaltsverbote muss ein Tribunal sein**

VwGH 31.5.2011, 2011/22/0097

Ein Aufenthaltsverbot gem § 60 FPG (*Anm: nunmehr § 63 FPG*) unterliegt dem Anwendungsbereich der Rückführungs-RL (RL 2008/115/EG). Seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist für diese RL am 24.12.2010 ist die Einrichtung der Sicherheitsdirektionen als Berufungsinstanz in dem von der Rückführungs-RL erfassten Bereich nicht ausreichend. Vielmehr bedarf es der Einschaltung von Tribunalen, über entsprechende Berufungen müssen daher die Unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern entscheiden.

### NAG

#### Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz

**§ 47:  
Überstundenpauschale bei der Berechnung der notwendigen Unterhaltungsmittel zu berücksichtigen**

VwGH 21.6.2011, 2008/22/0356

Für die Nichtberücksichtigung einer Überstundenpauschale als Einkommensbestandteil gibt es keine gesetzliche Grundlage. Daher muss eine solche bei der Beurteilung der Tragfähigkeit einer Haftungserklärung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels berücksichtigt werden.

## Arbeitsrecht

### ABGB

#### Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

**§ 879:  
Abgabe von „Tischgeld“ an andere AN**  
OGH 30.3.2011, 9 ObA 37/10x

Wenn – wie auch im vorliegenden Fall – keine lohngestaltende Vorschrift zur Anwendung kommt, dann ist nahezu jede Entgeltvereinbarung gültig. Die Grenze bildet die Ausbeutung wegen eines im auffallenden Missverhältnis zum Wert der Dienstleistung stehenden „Hungerlohns“, mithin die Sittenwidrigkeit zufolge Lohnwuchers gem § 879 ABGB.

Eine Vereinbarung mit dem AN, vom erhaltenen Trinkgeld regelmäßig bestimmte Beträge („Tischgeld“) abzugeben, damit diese Tischgelder nach einem bestimmten Schlüssel auf die übrigen AN verteilt werden können, die nicht unmittelbar Trinkgeld empfangen, verstößt nicht gegen die guten Sitten nach § 879 ABGB.

### AngG

#### Angestelltengesetz

**§ 27 Z 1:  
Installation privater Programme auf Personalcomputer des AG**  
OGH 30.3.2011, 9 ObA 11/11z

In der Installation eines Computerkriegsspiels und von Hardware, wie etwa eines Brennerprogramms, kann auch ohne ausdrückliche gegenteilige Weisung eine Verletzung der Interessen des AG iS einer Vertrauensunwürdigkeit gesehen werden. Dennoch fehlt es in diesem Einzelfall an der Unzumutbarkeit der Fortbeschäftigung des AN zumindest für die Dauer der Kündigungsfrist als Voraussetzung für die Berechtigung der Entlassung. So gab es keine allgemeine Anweisung, dass die Installation privater Soft- oder Hardwarekomponenten auf den Rechnern des AG zu unterbleiben hat; es war weder üblich, dass die Computer des AG kontrolliert wurden, noch erhielt der AN eine Mahnung oder Anweisung, private Soft- oder Hardware zu entfernen; auch wurde die Arbeitstätigkeit des AN während der neun Jahre dauernden Beschäftigung im Unternehmen, in der er sich die Position des Abteilungsleiters erarbeitete, nicht beanstandet.

## BEinstG

### Behinderteneinstellungsgesetz

#### § 2 Abs 1 und 4:

#### **Auswirkungen eines deutschen Gleichstellungsbescheids auf die Begünstigteneigenschaft**

OGH 30.3.2011, 9 ObA 52/10b

Einem AN, er ist deutscher Staatsbürger mit ständigem Aufenthalt in Deutschland, wurde vom zuständigen deutschen Amt für soziale Angelegenheiten wegen „dauernder Einbuße der körperlichen Beweglichkeit“ ein Grad der Behinderung mit 40 % zuerkannt. In weiterer Folge wurde er auf Antrag gem § 2 Abs 3 SGB IX (Sozialgesetzbuch Neuntes Buch) vom zuständigen Arbeitsamt einem schwer behinderten Menschen – dies sind Personen mit wenigstens 50 %-iger Behinderung – gleichgestellt. Fraglich ist nun, ob aufgrund des Staatsvertrages BGBl 1964/218, im Verhältnis zwischen Deutschland und Österreich eine Verpflichtung der inländischen österreichischen Behörden zur Anerkennung deutscher Bescheide über das Ausmaß der Behinderung einer Person vorgesehen ist.

Aus der verfassungsrechtlich gebotenen statischen Auslegung des Staatsvertrages ergibt sich, dass ein deutscher Staatsbürger nur dann Ansprüche aus dem Vertrag geltend machen kann, wenn er zu einer der Personengruppen gehört, die im Jahre 1964 vom deutschen SchwerbeschädigtenG erfasst waren (wie etwa Kriegsoffer und deren Hinterbliebene, durch Arbeitsunfall und Berufskrankheit geschädigte Personen). Da dies im vorliegenden Fall nicht zutrifft und die Erweiterung der Begünstigung auch auf andere behinderte Personen, wie „Zivilinvaliden“, erst viel später erfolgte, kann der AN aus dem Abkommen keinen vom Grad der Behinderung unabhängigen Anspruch aufgrund eines deutschen Bescheides ableiten. Er fällt daher nur dann unter die Bestimmungen des BEinstG und kann sich auf den besonderen Kündigungsschutz berufen, wenn er einen Behinderungsgrad von mindestens 50 % nachweisen kann.

*Erste Rspr des OGH zu den Auswirkungen eines deutschen Gleichstellungsbescheids auf die Eigenschaft als begünstigter behinderter Arbeitnehmer iSd § 2 Abs 1 BEinstG.*

## EFZG

### Entgeltfortzahlungsgesetz

#### §§ 4 Abs 1 und 3:

#### **Übermittlung der Krankenstandsnachweise per Telefax**

OGH 30.3.2011, 9 ObA 51/10f

Wenn der AN Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen per Telefax an den AG übermittelt, ergibt der „OK-Vermerk“ eines Telefax-Sendeberichts an sich keinen (Anscheins-)Beweis für den Zugang beim Empfänger. Ein Telefax reist im Prinzip auf Gefahr des Versenders; bloß erwiesene Störungen des Empfangsgeräts (dem ist wohl die nicht ausreichende Ausstattung mit Druckerpapier gleichzuhalten) fallen in den Risikobereich des Empfängers. Der Zugangszeitpunkt ist der Signaleingang während der Geschäftszeit, sonst mit Beginn des nächsten Arbeitstags. Keinesfalls reicht daher eine Feststellung aus,

dass der AN Krankenstandsnachweise per Telefax übermittelt hat, weil sich daraus noch kein notwendiger Zugang beim Empfänger ergibt.

*Erste E des OGH zu relevanten Rechtsfragen des Zugangs eines Telefax.*

## GewO 1859

### Gewerbeordnung 1859

#### § 82 lit g:

#### **Verspätete Entlassung nach schwerer Körperverletzung**

OGH 26.4.2011, 8 ObA 14/11h

Ein Betriebsleiter, dessen Verhalten dem AG zuzurechnen ist, hat während des mehrwöchigen Zeitraums vom Vorfall bis zur Entlassung trotz Kenntnis der wesentlichen Umstände keinerlei weitere Aufklärung veranlasst, die das lange Zuwarten mit dem Entlassungsausspruch rechtfertigen hätte können, und er hat weiters dem AN gegenüber auch nicht unmissverständlich klargestellt, dass dies keinen Verzicht auf arbeitsrechtliche Konsequenzen bedeutet. Durch dieses Verhalten hat er dem AN schlüssig zu erkennen gegeben, dass der AG die Aufrechterhaltung seines Arbeitsverhältnisses zumindest für die Dauer der Kündigungsfrist nicht als unzumutbar ansieht. Das grundsätzlich zustehende Entlassungsrecht ist damit verwirkt.

## IESG

### Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz

#### § 3 Abs 3:

#### **Vertragliche Kündigungsfristen und Beschränkung des Insolvenz-Entgelts**

OGH 26.4.2011, 8 ObS 12/10p

Ein Anspruch auf Insolvenz-Entgelt für eine Kündigungsentschädigung, der ausschließlich aus der das gesetzliche Ausmaß übersteigenden vertraglichen Kündigungsfrist resultiert, besteht auch dann nicht, wenn der AN bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen seines AG aus wichtigem Grund vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten ist. Zweck der Begrenzung der Sicherung nach § 3 Abs 3 IESG ist eine von den Einzelvereinbarungen unabhängige Dauer der Sicherung. Es sind nach dem Wortlaut dieser Bestimmung daher alle gesicherten Ansprüche erfasst, deren Berechnung Kündigungsfristen und -termine zugrunde liegen, ohne jedoch nach ihrer Fälligkeit vor oder nach Eintritt des Insolvenztatbestands nach § 1 Abs 1 IESG zu unterscheiden.

*Der OGH folgt in dieser Frage somit den in der OGH-E 12.3.2004, 8 ObS 4/04b, zugrunde liegenden Erwägungen.*

#### § 3a:

#### **Fristhemmung durch Präsenzdienst**

OGH 26.4.2011, 8 ObS 7/10b

Die Bestimmungen des Arbeitsplatz-Sicherungsgesetzes (APSG) dienen dem Schutz der arbeitsrechtlichen Situation



ua von Präsenzdienern, deren Arbeitsverhältnis durch die Einberufung gem § 4 APStG unberührt bleiben soll. Auch die in § 6 Abs 1 Z 1 APStG angeordnete Fortlaufhemmung von Fristen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis, die auf Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Einzelvertrag beruhen, dient diesem Schutzzweck. Erfasst ist nicht nur die Geltendmachung von Ansprüchen dem AG gegenüber, sondern ebenso die Geltendmachung von in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Ansprüchen gegenüber Dritten, zB nach dem IESG. Der Zeitraum des Präsenzdienstes ist somit bei der Berechnung der in § 3a Abs 1 IESG normierten Frist von sechs Monaten nicht zu berücksichtigen.

*Erste Rspr des OGH zum Verhältnis zwischen § 6 APStG und § 3a Abs 1 IESG.*

## KollV

### Rahmenkollektivvertrag für das graphische Gewerbe

#### § 10:

#### **Berufserfahrungszulage**

OGH 30.3.2011, 9 ObA 24/11m

Schon aus dem Wortlaut des § 10 Z 1 KollV ergibt sich, dass die Betriebserfahrungszulage anhand der in den gültigen Lohn Tabellen festgesetzten kollV-lichen Wochenlöhne zu berechnen ist, und nicht aufgrund des tatsächlich bezahlten, um die bisherige Betriebserfahrungszulage erhöhten Wochenlohns des einzelnen Facharbeiters. Dies ergibt sich aus der unterschiedlichen Behandlung der Begriffe „Lohn“ (§ 9 Z 1 KollV) und „Zuschlag“ (§ 9 Z 2 lit a KollV) durch den KollV.

## Sozialrecht

## AIVG

### Arbeitslosenversicherungsgesetz

#### § 8:

#### **Entkräftung eines medizinischen Gutachtens nur auf gleicher fachlicher Ebene möglich**

VwGH 6.7.2011, 2008/08/0101

Die bloße Behauptung arbeitsfähig zu sein, reicht nicht aus, um ein Arbeitsfähigkeit verneinendes medizinisches Gutachten in Frage zu stellen. Auch wurde kein Vorbringen erstattet, das die Schlüssigkeit des Gutachtens in Frage gestellt oder eine Neubewertung der Arbeitsfähigkeit notwendig gemacht hätte.

#### § 9:

#### **Berufsschutz und Leiharbeit**

VwGH 25.5.2011, 2008/08/0072

Der Berufsschutz iSd § 9 Abs 3 erster Satz AIVG stellt nach dem klaren Wortlaut der Norm auf die vermittelte Tätigkeit, nicht aber auf die Art des Dienstgebers (DG) ab. Eine Tätigkeit ist daher auch dann zumutbar, wenn es sich beim

potentiellen DG um ein Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen handelt, sofern die im Rahmen des angebotenen Dienstverhältnisses zu leistenden Dienste der bisherigen Tätigkeit des Arbeitslosen entsprechen.

#### § 12 iVm §§ 24, 25:

#### **Kommanditgesellschaft – eigenes Zurechnungs-subjekt von Rechten und Pflichten**

VwGH 25.5.2011, 2008/08/0057

Der Betrieb einer Kommanditgesellschaft kann, auch wenn die Ehefrau des Arbeitslosen einzige Komplementärin ist, nicht als „Betrieb der Ehegattin“ angesehen werden. Es wäre daher allenfalls eine selbständige Tätigkeit des Arbeitslosen zu prüfen gewesen.

*Vgl auch die Judikatur zu einer GmbH – VwGH 31.5.2000, 96/08/0024 sowie zu einer KEG – VwGH 4.6.2008, 2005/08/0022.*

#### § 34:

#### **Ausschluss vom Anspruch auf die Gewährung von Pensionsversicherungszeiten jener Personen, die vor dem 1.1.1955 geboren sind, ist eine Diskriminierung**

VwGH 25.5.2011, 2007/08/0035

Die Nichtzuerkennung von Pensionsversicherungszeiten an Personen, die vor dem 1.1.1955 geboren sind, ist eine aus sozialpolitischen Gründen nicht zu rechtfertigende Diskriminierung iSd Art 4 der Gleichbehandlungs-RL 79/7/EWG. Für diese Altersgruppe hat § 617 Abs 3 ASVG iZm § 34 AIVG unangewendet zu bleiben.

## ASVG

### Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

#### §§ 33, 111, 453:

#### **Außerkrattreten einer Satzungsbestimmung**

VwGH 27.4.2011, 2008/08/0231

§ 33 ASVG in der ab 1.1. 2008 geltenden Fassung enthält keine Ermächtigung einer satzungsmäßigen Verlängerung der Meldefrist mehr. Fehlt einer entsprechenden Satzungsbestimmung die gesetzliche Grundlage, tritt sie außer Kraft, ohne dass es eines gesonderten Aufhebungsaktes bedarf.

#### § 162:

#### **Berechnung des Wochengeldes und „stock options“**

OGH 12.4.2011, 10 ObS 33/11t

Einkünfte, die aus der Ausübung von Aktienbezugsrechten (stock options) resultieren, welche im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertrag vom AG eingeräumt wurden, sind nicht in die Bemessung des Wochengeldes gem § 162 Abs 3 ASVG einzubeziehen. Aktienoptionen stehen nicht in einem direkten Austauschverhältnis zur Arbeitsleistung, da damit nicht die Leistung einer bestimmten Periode mit einem bestimmten oder auch nur bestimmbareren Entgelt abgegolten

werden kann. Die Einbeziehung der aus den stock options lukrierten Einkünfte hat jedenfalls zu unterbleiben, wenn diese Vorteile unabhängig vom Beschäftigungsverbot ohne Aliquotierung ohnedies bezogen wurden.

*Zur arbeitsrechtlichen Einordnung von stock options vgl. OGH 2003/DRdA 2004/23, 303 (Jabornegg).*

**§§ 175, 176:**  
**Kein Unfallversicherungsschutz für Vorbereitungsgespräche eines Notstandshilfebezieher zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit**  
OGH 29.3.2011, 10 ObS 25/11s

Für Arbeitslose besteht keine Verpflichtung, eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder von sich aus alle zumutbaren, gebotenen Anstrengungen zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit zu unternehmen. Der Weg von einem „Vorbereitungsgespräch“ zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit nach Hause steht daher nicht unter Unfallversicherungsschutz.

**§ 183:**  
**Gewöhnung bzw Anpassung kann wesentliche Besserung sein**  
OGH 29.3.2011, 10 ObS 15/11w

Eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, die zu einer Entziehung der Versehrtenrente berechtigt, kann ua in der Wiederherstellung oder Besserung des körperlichen oder geistigen Zustandes, im Abklingen akuter Symptome oder in der Gewöhnung oder Anpassung an den Leidenszustand liegen. Bei einer „Schwellenrente“ von 20 % der Vollrente kann schon das – an sich – geringfügige Absinken des Grades der Minderung der Erwerbsfähigkeit – im gegenständlichen Fall um 5 % – zum Wegfall der Rente führen.

**§ 255:**  
**Verweisbarkeit von gelernten Maurern**  
OGH 31.5.2100, 10 ObS 101/10s

Die Angestelltentätigkeit eines Baustofffachmarktberaters in Misch- bzw Kombimärkten hat eine ausreichende Nahebeziehung zum erlernten Beruf des Maurers. Eine Verweisung ist zulässig, da der Berufsschutz erhalten bleibt. Auch das vom Berufungsgericht eingeholte gemeinsame Gutachten zweier Sachverständiger für Berufskunde bietet keine Grundlage, von der stRspr abzugehen.

*Entscheidungsbesprechung in DRdA 6/2011 folgt.*

**§ 264:**  
**Berechnung einer Witwenpension**  
OGH 29.3.2011, 10 ObS 182/10b

Eine Abfindung des früheren AG, die angespart und in der Folge zumindest teilweise zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten verwendet wurde, wird schon deshalb nicht in die Berechnungsgrundlage gem § 264 ASVG einbezogen, da Einkünfte aus Ersparnissen und Vermögen beim Einkommensvergleich keine Berücksichtigung finden.

## BPGG

### Bundespflegegeldgesetz

**§ 4:**  
**Erschweriszuschlag bei Beurteilung des Pflegebedarfs von Jugendlichen**  
OGH 1.3.2011, 10 ObS 187/10p

Der in einem Landespflegegeldgesetz vorgesehene Fall, dass auch bei Vorliegen (nur) einer schweren Funktionseinschränkung, die in ihren Auswirkungen der erheblich erschwerenden Pflegesituation zweier schwerer Funktionseinschränkungen gleichzuhalten ist, ein Erschweriszuschlag gebühren kann, ist eng auszulegen.

## ASGG

### Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz

**§§ 67,73:**  
**Krankenbehandlung im Ausland und Klagebegehren**  
OGH 1.3.2011, 10 ObS 166/10z

Wenn der Versicherte sein ursprüngliches Klagebegehren auf Genehmigung einer Krankenbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat iSd Art 20 der VO 883/2004 (früher Art 22 Abs 1 lit c Z i VO 1408/71) nicht weiter verfolgen möchte, sondern statt dessen eine Kostenerstattung anstrebt, hat er die Möglichkeit, den Bescheid des Sozialversicherungsträgers über das Nichtbestehen des Anspruchs auf Auslandsbehandlung mittels Feststellungsklage zu bekämpfen. Ist das Verfahren erfolgreich, führt dies zur rechtskräftigen und damit für einen allfälligen Nachfolgeprozess wegen Kostenerstattung bindenden Feststellung, dass die Voraussetzungen für eine Krankenbehandlung im Ausland vorliegen.

**§ 72:**  
**Unrichtiger Wiederholungsbescheid**  
OGH 1.3.2011, 10 ObS 10/11k

In einem sogenannten Wiederholungsbescheid gem § 72 Z 2 lit c zweiter Halbsatz ASGG nach Zurückziehung einer Klage ist neuerlich (nur) die Feststellung zu treffen, dass die festgestellten Gesundheitsstörungen Folge eines Arbeitsunfalls sind. Wird im Wiederholungsbescheid dagegen ausgesprochen, dass kein Anspruch auf eine Versehrtenrente besteht, fehlt dafür die Rechtsgrundlage und dem Bescheid kann keine Rechtskraftwirkung iSd § 183 Abs 1 ASVG zukommen. Eine neuerliche Geltendmachung eines Anspruchs auf Versehrtenrente ist daher zulässig.

## ZPO

### Zivilprozessordnung

**§ 530:**  
**Unzulässige Wiederaufnahmsklage**  
OGH 29.3.2011, 10 ObS 13/11a

Stützt eine Klägerin die Wiederaufnahmsklage allein darauf, dass ein Arzt ihre Angaben in einem Befund (im Rahmen der Anamneseerhebung) wiedergegeben hat, macht sie keine neuen Tatsachen (oder Beweismittel) iSd § 530 Abs 1 Z 7 ZPO geltend.

MARTINA CHLESTIL/JUTTA KEUL/JOHANNES PEYRL/  
MONIKA WEISSENSTEINER (WIEN)

## Der praktische Fall

# Probleme bei der Stellungnahme zur Kündigung

DIETER WEISS (LINZ)

*Im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes kommt dem Verhalten des Betriebsrates (BR) im betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahren eine wesentliche Bedeutung zu. Trotz der bereits mehr als 35-jährigen Geltungsdauer der entsprechenden Bestimmungen des ArbVG tauchen im (gerichtlichen) Alltag immer wieder Probleme in diesem Zusammenhang auf.*

### Sachverhalt<sup>1)</sup>

Rudolf R war ab 1.8.2008 bei der A GmbH als Reisekaufmann im Außendienst beschäftigt. Am Montag, dem 8.2.2010, sprach der Geschäftsführer der A GmbH, Gerhard G, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses – unter Einhaltung der vereinbarten dreimonatigen Kündigungsfrist – zum 31.5.2010 aus; der ordnungsgemäß verständigte BR hatte keine Erklärung abgegeben. Diese Kündigung wurde von Rudolf R wegen Sozialwidrigkeit angefochten. Im Rahmen der Vorbereitungen auf die anberaumte Gerichtsverhandlung brachte zum einen Rudolf R in Erfahrung, dass der BR (erst) am Montag, dem 1.2.2010, von der Kündigungsabsicht verständigt worden war – im Betrieb der A GmbH wird wöchentlich von Montag bis Freitag gearbeitet – und erhob daraufhin am Mittwoch, dem 3.3.2010, Klage auf Feststellung des aufrechten Bestandes des Arbeitsverhältnisses.

Die A GmbH ihrerseits unterzog die Reisespesenabrechnungen des Rudolf R einer näheren Überprüfung, wobei sich Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten ergaben, verständigte in der Folge am Mittwoch, dem 10.3.2010, neuerlich den BR-Vorsitzenden Franz F von der Kündigungsabsicht und informierte ihn über den Verdacht falscher Reisespesenabrechnungen durch Rudolf R. In der daraufhin – unstrittig ordnungsgemäß – für Montag, den 15.3.2010,

einberufenen BR-Sitzung wurde mit 3:1 Stimmen die Zustimmung zur Kündigung beschlossen. Am 17.3.2010 verständigte der BR-Vorsitzende den Geschäftsführer von der Zustimmung.

Rudolf R ficht nunmehr auch die am 23.3.2010 zum 30.6.2010 ausgesprochene Kündigung wegen Sozialwidrigkeit an; die Zustimmung durch den BR sei nichtig, weil sie entweder aufgrund der falschen Informationen durch den Geschäftsführer der A GmbH – die von ihm gelegten Reisekostenabrechnungen seien einwandfrei – oder im sittenwidrigen Zusammenwirken zwischen BR und A GmbH erfolgt sei, um seine Möglichkeiten der Anfechtung zu beschneiden.

### Lösung

#### 1. Allgemeines

Die Mitwirkungsrechte des BR konzentrieren sich im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes vor allem auf das betriebsverfassungsrechtliche Vorverfahren, in dessen Rahmen der Betriebsinhaber (BI) zunächst den BR gem § 105 Abs 1 ArbVG von der Kündigungsabsicht zu verständigen hat.<sup>2)</sup>

Innerhalb einer Frist von fünf Arbeitstagen kann dieser hiezu Stellung nehmen und zu diesem Zwecke auch eine Beratung mit dem BI verlangen. Grundlage für die – vom BR-Vorsitzenden an den BI zu übermittelnde<sup>3)</sup> – Stellungnahme des BR ist ein Beschluss des BR als Kollegialorgan.<sup>4)</sup> Auf beiden Ebenen – und zwar zum einen unmittelbar bei der Beschlussfassung, zum anderen im Zusammenhang mit der Mitteilung – können Probleme auftreten, deren Auswirkungen näher beleuchtet werden sollen.

Nach Abschluss des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens kann die Kündigung in einem engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen und anschließend allenfalls angefochten werden; insb der Umfang der Anfechtungsmöglichkeiten hängt dabei maßgeblich von der Stellungnahme des BR ab, zumal – was im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist – die Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit bei Zustimmung durch den BR gem § 105 Abs 6 ArbVG ausgeschlossen ist.<sup>5)</sup>

- 1) Dem Sachverhalt liegen drei am LG Linz als Arbeits- und Sozialgericht anhängig gewesene, jedoch mit Vergleich beendete Verfahren zugrunde.
- 2) Zur Verständigung und den in diesem Zusammenhang zu beachtenden Umständen vgl näher etwa *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVR 3<sup>4</sup> [2009] § 105 Erl 8 ff.*
- 3) *Gahleitner in Cerny ua, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 Erl 18; Wolligger in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 105 ArbVG Rz 57.*
- 4) Vgl nur *Gahleitner in Cerny ua, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 Erl 17; Wolligger in Zeller Kommentar § 105 ArbVG Rz 52.*
- 5) Bis zur Änderung der einleitenden Wortfolge des § 105 Abs 3 ArbVG mit der Novelle BGBl 1990/411 – in Kraft getreten mit 1.8.1990 – war die Anfechtung der Kündigung bei Zustimmung durch den BR gänzlich ausgeschlossen.

## 2. Stellungnahme des BR

### 2.1. Allgemeines

Die „Stellungnahme des BR“ ist strukturell in zwei Teile zu untergliedern, und zwar zunächst als Grundlage die Beschlussfassung durch den BR einerseits – wobei die in diesem Zusammenhang möglichen Mängel systematisch gesehen wiederum in Verfahrens- und Willensmängel untergliedert werden können – und die Mitteilung des Ergebnisses dieser Beschlussfassung an den BI durch das nach außen vertretungsbefugte Organ, in der Regel also den BR-Vorsitzenden.<sup>6)</sup> Nichtsdestotrotz ist sie – wie aus § 105 Abs 2 Satz 2 ArbVG abzuleiten ist – ein einheitlicher Vorgang, weshalb der Mitteilung an den BI für den Inhalt maßgebliche Bedeutung zukommt.<sup>7)</sup>

Nur solange aufgrund des gefassten Beschlusses noch keine Rechtsfolgen entstanden sind – was regelmäßig der Fall sein wird, solange der BR-Vorsitzende das Ergebnis nicht nach außen mitgeteilt und etwa eine Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung abgegeben oder eine Betriebsvereinbarung (BV) unterzeichnet hat –, können im BR-Kollegium aufgetretene Mängel durch neuerliche Abstimmung saniert werden.<sup>8)</sup>

Nach diesem Zeitpunkt sind beide Teile getrennt voneinander zu beurteilen.

### 2.2. Verfahrensmängel bei der Beschlussfassung<sup>9)</sup>

Weil die Willensbildung des BR zwingend in Sitzungen zu erfolgen hat – eine konkludente Beschlussfas-

sung ist ebenso unzulässig wie eine solche im Umlaufverfahren oder mittels telefonischer Umfrage<sup>10)</sup> –, ist zunächst eine solche gem § 67 Abs 1 ArbVG vom Vorsitzenden – bzw bei dessen Verhinderung von dessen Stellvertreter<sup>11)</sup> – unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben einzuberufen. Die BR-Mitglieder sind daher, sofern nicht besondere Gründe den sofortigen Zusammentritt des BR erfordern, mindestens einen Tag vor der Sitzung unter Bekanntgabe von Zeit und Ort derselben zu verständigen;<sup>12)</sup> darüber hinaus ist ihnen rechtzeitig die Tagesordnung bekannt zu geben, was jedoch nicht unbedingt gleichzeitig mit der Einladung erfolgen muss.<sup>13)</sup>

In dieser Sitzung ist bei Anwesenheit mindestens der Hälfte der Mitglieder ein Beschluss mit einer entsprechenden Mehrheit zu fassen. Für die Zustimmung zur Kündigung oder Entlassung ist dabei eine Mehrheit von zwei Drittel der abgegebenen Stimmen erforderlich, für den (ausdrücklichen) Widerspruch reicht hingegen eine einfache Mehrheit.<sup>14)</sup>

Die Verletzung von Verfahrensvorschriften im Vorfeld oder im Zusammenhang mit der Beschlussfassung führt – sofern sie nicht geheilt ist<sup>15)</sup> – zur relativen Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse, wenn der Verfahrensfehler einen Einfluss auf die Beschlussfassung haben konnte.<sup>16)</sup> Diese Nichtigkeit kann freilich nur von den vom Verfahrensmangel betroffenen Mitgliedern des BR – in einem Feststellungsverfahren oder auch in einem anderen Verfahren – geltend gemacht werden.<sup>17)</sup> Aus der Nichtigkeit des Beschlusses über die Stellungnahme zur Kündigung resultierende Rech-

- 6) Vgl etwa *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (13. ErgLfg 2006) § 67 Rz 5; *Mosler in Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (Loseblatt-Slg, 1. Lfg 2005) § 67 Rz 2.
- 7) Krit insofern *Adamovic*, Die Geschäftsführung des Betriebsrates in *Tomandl* (Hrsg), Offene Fragen des Betriebsverfassungsrechts (1989) 12.
- 8) Vgl in diesem Sinne *Kallab in Zeller* Kommentar § 68 ArbVG Rz 11.
- 9) Vgl dazu schon eingehend *Mosler*, Ein mangelhafter Betriebsratsbeschluss und eine problematische Kündigung, DRdA 2005, 74.
- 10) Vgl dazu näher *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 3 mwN; vgl auch OGH 2001/DRdA 2002, 41 (*Pfeil*) = infas 2001 A 48; *Kallab in Zeller* Kommentar § 68 ArbVG Rz 9; *Wolligger in Zeller* Kommentar § 105 ArbVG Rz 52; eingehend *Mosler*, DRdA 2005, 79 f; krit *Preiss in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller*, ArbVR 2<sup>4</sup> (2010) § 68 Erl 2.
- 11) Wurde die Sitzung von einem nicht dazu Berechtigten einberufen, können keine wirksamen Beschlüsse gefasst werden, es sei denn, es wären dennoch alle BR-Mitglieder zur Sitzung erschienen; vgl *Mosler in Tomandl*, ArbVG § 67 Rz 4; *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 4; *Preiss in Cerny ua*, ArbVR 2<sup>4</sup> § 67 Erl 4; aA EA Leoben 1977/ArbSlg 9632, wonach der Einberufungsmangel schon durch Erzielung der erforderlichen Mehrheit saniert wäre.
- 12) Vgl dazu § 14 Abs 4 BR-GO; nach Auffassung von *Mosler in Tomandl*, ArbVG § 67 Rz 5, muss die Verständigung zwar am Vortag erfolgen; es ist jedoch nicht erforderlich, dass zwischen ihr und der Sitzung 24 Stunden liegen.

- 13) Vgl etwa *Mosler in Tomandl*, ArbVG § 67 Rz 7. Über Themen, die nicht in der Tagesordnung aufscheinen, kann nur rechtswirksam abgestimmt werden, wenn alle BR-Mitglieder anwesend sind und keines der Beschlussfassung widerspricht; vgl nur *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 19.
- 14) Vgl § 68 ArbVG. Stimmen mehr als die Hälfte, aber weniger als zwei Drittel der Anwesenden für eine Zustimmung, ist folglich eine Beschlussfassung nicht möglich; der Rest ist Schweigen, also ein sog „schlichter Widerspruch“.
- 15) So kann etwa eine mangelhafte Einberufung durch die Anwesenheit aller BR-Mitglieder geheilt werden; vgl § 14 Abs 6 BR-GO; dazu OGH 1990/DRdA 1991, 140 (*M. Binder*) = ArbSlg 10.848 = infas 1990 A 117 = JBI 1990, 732 = ARD 4177/14/90; *Preiss in Cerny ua*, ArbVR 2<sup>4</sup> § 67 Erl 5.
- 16) In diesem Zusammenhang werden die Wertungen des – die Anfechtung einer BR-Wahl wegen Verletzung wesentlicher Bestimmungen des Wahlverfahrens oder leitender Grundsätze des Wahlrechtes betreffenden – § 59 Abs 1 ArbVG herangezogen; vgl etwa *Rebhahn*, ZAS 1991, 17; *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 18; *Mosler in Tomandl*, ArbVG § 68 Rz 13; vgl auch *Adamovic in Tomandl*, Offene Fragen 8 f.
- 17) Vgl etwa OGH RIS-Justiz RS0051045; *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 3, § 68 Rz 12; *Kallab in Zeller* Kommentar § 68 ArbVG Rz 10; *Preiss in Cerny ua*, ArbVR 2<sup>4</sup> § 67 Erl 1; *Mosler in Tomandl*, ArbVG § 68 Rz 13; vgl auch *Adamovic in Tomandl*, Offene Fragen 9, der zudem eine unverzügliche Geltendmachung fordert.



te<sup>18)</sup> können daher vom Arbeitnehmer (AN) und vom BI erst abgeleitet werden, wenn diese auf Grund der Klage eines BR-Mitgliedes rechtskräftig festgestellt wurde.<sup>19)</sup>

### 2.3. Inhaltsmängel des Beschlusses

Abgesehen von Formfehlern kann der Beschluss des BR-Kollegiums auch inhaltliche Mängel aufweisen.

Hier kommen zunächst vor allem *Willensmängel* des BR-Kollegiums in Frage – etwa dadurch, dass die Mitglieder des BR bei der Abstimmung von falschen Tatsachen ausgegangen sind oder durch ungerechtfertigte Mittel zur Stimmabgabe in einer bestimmten Weise veranlasst wurden.<sup>20)</sup> Sofern sich nach Aufklärung des Irrtums bzw Wegfall der Drucksituation für die Abänderung des Beschlusses im BR-Kollegium eine ausreichende Mehrheit findet, kann der Beschluss abgeändert werden.<sup>21)</sup>

Wenn sich jedoch – aus welchen Gründen auch immer – im BR-Kollegium keine Mehrheit für eine Abänderung des Beschlusses findet, käme zur Bekämpfung eines solchen Beschlusses nur die Anfechtung durch die irrenden (bzw bedrohten) BR-Mitglieder in Frage. Eine solche inhaltliche Überprüfung des BR-Beschlusses ist jedoch unzulässig; sie liefe nämlich auf eine richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung hinaus, die jedenfalls in jenen Bereichen, in denen es um die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens oder um die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe

geht, den Strukturprinzipien der Interessenvertretung widerspräche.<sup>22)</sup>

Damit scheidet die gerichtliche Geltendmachung von Irrtum und List im Zusammenhang mit der Beschlussfassung im BR-Kollegium in aller Regel aus. Soweit freilich BR-Mitglieder durch Drohung zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten veranlasst werden, wird – sofern dadurch das Abstimmungsergebnis beeinflusst wurde – wohl auch eine gerichtliche Geltendmachung in Betracht kommen.

Neben Verfahrens- und Willensmängeln könnte ein Beschluss eines BR auch mit *Gesetz- oder Sittenwidrigkeit* behaftet sein.

Auf Grund des dem BR eingeräumten fast unbeschränkten Ermessens kommt eine Gesetzeswidrigkeit von BR-Beschlüssen kaum in Betracht;<sup>23)</sup> eine Sittenwidrigkeit könnte sich insb wegen des dem BR-Beschluss zu Grunde liegenden Motivs ergeben.<sup>24)</sup> Abgesehen davon, dass auf Grund des dem BR eingeräumten Ermessens ein breites Feld von Kriterien für alle Entscheidungen offen steht,<sup>25)</sup> würde die (generelle) Möglichkeit der Geltendmachung sitten- oder rechtswidriger Motive wiederum zu einer – nach hA unzulässigen<sup>26)</sup> – gerichtlichen Nachprüfung der im BR-Kollegium stattgefundenen demokratischen Willensbildung führen und scheidet daher grundsätzlich aus.

Seine Grenze findet der Ausschluss staatlicher Kontrolle freilich dort, wo die Ausübung der Mitwirkungsbefugnisse offenbar den Zweck verfolgt,

18) Dazu zählt insb auch der aufrechte Bestand des Arbeitsverhältnisses, wenn die Kündigung bereits vor Ablauf der fünfzügigen Wartefrist erklärt wurde, der Beschluss des BR jedoch nichtig war und der BI nicht auf dessen Gültigkeit vertrauen durfte; vgl dazu auch *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 68 Rz 12.

19) *Mosler in Tomandl*, ArbVG § 68 Rz 14 (FN 31). Gegebenenfalls bildet ein derartiges Feststellungsurteil einen Wiederaufnahmsgrund im Kündigungsanfechtungsverfahren des AN; sinnvollerweise wird das Anfechtungsverfahren allerdings gegebenenfalls zu unterbrechen sein.

20) Für die Rechtsfragen im Innenverhältnis des BR ist es dabei bedeutungslos, ob der Irrtum vom BI, vom BR-Vorsitzenden oder von einem Dritten (arglistig) herbeigeführt wurde.

21) Im Außenverhältnis ist freilich – wegen der gesonderten Beurteilung des Beschlusses selbst und seiner Mitteilung nach außen – eine Abänderung nur möglich, solange auf Grund des Beschlusses noch keine Rechtsfolgen entstanden sind; vgl dazu etwa *Floretta in Floretta/Strasser*, ArbVG-HK (1975) §§ 105-107 Anm 6.2.3.2 [664 f]; *M. Binder*, DRdA 1991, 144; *Kallab in Zeller Kommentar* § 68 ArbVG Rz 11.

22) Vgl dazu etwa OGH RIS-Justiz RS0051052, insb 1989/ZAS 1991, 14 (*Rebhahn*) = infas 1990 A 2 = ArbSlg 10.821 = DRdA 1990, 73 = RdW 1990, 89 = ARD 4120/20/89 = ARD 4120/23/89; 1990/DRdA 1991, 140 (*M. Binder*) = ArbSlg 10.848 = infas 1990 A 117 = JBI 1990, 732 = ARD 4177/14/90; *Rebhahn*, ZAS 1991, 18; *Adamovic in Tomandl*, Offene Fragen 9; *Mosler in Tomandl*, ArbVG § 68 Rz 16.

23) *Mosler in Tomandl*, ArbVG § 68 Rz 15; *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 68 Rz 13; vgl dazu auch *Rebhahn*, ZAS 1991, 18.

24) Vgl in diesem Sinne zur Sittenwidrigkeit von Kündigungen OGH RIS-Justiz RS0016680. Zumal etwa das GIBG „nur“ die Kündigung auf Grund des Geschlechts oder der Religion – nicht aber die Zustimmung zu solcher – für rechtswidrig und anfechtbar erklärt, sind auch solche BR-Beschlüsse dogmatisch in die Gruppe (allenfalls) sittenwidriger Entscheidungen einzuordnen; zutr insofern *Morgenstern*, Sittenwidrige Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bei Kündigungen, PVInfo 2008 H 6, 25. Daraus, dass der BI die Kündigung aus sittenwidrigen Motiven aussprechen will, folgt nicht automatisch die Sittenwidrigkeit der Zustimmung des BR; vgl OLG Wien 1989/ARD 4068/14/89.

25) Gerade im Zusammenhang mit der Stellungnahme zu einer Kündigung können dabei viele verschiedene Argumente eine Rolle spielen, und zwar – jedenfalls zu einem gewissen Grad – auch die Störung des Betriebsklimas durch den betreffenden AN.

26) Vgl dazu bereits oben. Nur in wenigen Angelegenheiten ist eine Kontrolle der Sachlichkeit von Entscheidungen des BR (gesetzlich) vorgesehen, so etwa in den Fällen der ersetzbaren Zustimmung nach § 96a ArbVG, bei erzwingbaren BVen nach § 97 Abs 1 Z 1-6a ArbVG, der Zustimmung zu einer Versetzung nach § 101 ArbVG und im Zusammenhang mit der Verhängung von Disziplinarmaßnahmen nach § 102 ArbVG, wobei hier der betroffene AN die Verhängung bekämpfen kann (vgl *Reissner in Zeller Kommentar* § 102 ArbVG Rz 26); vgl dazu *Adamovic in Tomandl*, Offene Fragen 9. In diesen Fällen erfolgt freilich im Grunde keine Überprüfung der Entscheidung, sondern geht die Entscheidungskompetenz auf eine außerbetriebliche Stelle iS einer quasi „sukzessiven Kompetenz“ über.

den anderen zu schädigen.<sup>27)</sup> In diesem Fall kommt zunächst die in § 1295 Abs 2 ABGB dafür vorgesehene Rechtsfolge – nämlich eine Schadenersatzpflicht der missbräuchlich handelnden BR-Mitglieder – in Betracht.<sup>28)</sup> Ein in Schädigungsabsicht gefasster Beschluss – etwa auf Zustimmung zur Kündigung – wäre allerdings auch sittenwidrig iSd § 879 ABGB und damit nichtig.<sup>29)</sup>

Weil der Ausschluss der Anfechtbarkeit der Kündigung infolge einer ausdrücklichen Zustimmung gesetzliche Folge derselben ist, reicht es für die Annahme der Schädigungsabsicht nicht aus, wenn dies – ohne weitere Hintergedanken – der Grund für die Zustimmung war.<sup>30)</sup>

Eine erfolgreiche Berufung auf die Sittenwidrigkeit des BR-Beschlusses – insb einer Zustimmung zur Kündigung – scheidet in der Praxis freilich in der Regel an der Beweislast des Betroffenen.<sup>31)</sup>

#### 2.4. Mängel bei der Abgabe der Stellungnahme

Die Mitteilung des Beschlusses an den BI erfolgt gem § 71 ArbVG durch den BR-Vorsitzenden – bzw bei dessen Verhinderung durch seinen Stellvertreter – oder ein beauftragtes Mitglied, wobei der gutgläubige und schutzwürdige Erklärungsempfänger darauf vertrauen kann, dass der Erklärung ein gültiger Beschluss des BR zu Grunde liegt.<sup>32)</sup> Der BI ist weder verpflichtet noch berechtigt, Nachforschungen über die Willensbildung des BR anzustellen.<sup>33)</sup> Bei Gutgläubigkeit des Erklärungsempfängers – sofern diesem also die allenfalls unterlaufene Verletzung der Vorschriften über die Willensbildung innerhalb des BR oder die mangelhafte

Willensbildung an sich weder bekannt war noch aufzufallen musste – schadet es der Rechtswirksamkeit der Stellungnahme nicht einmal, wenn der befugte Vertreter den BR überhaupt nicht mit der Angelegenheit befasst hat;<sup>34)</sup> umso weniger wirken sich die Motive für die Beschlussfassung aus.<sup>35)</sup>

Wenn der Erklärungsempfänger jedoch die Rechtswidrigkeit des Beschlusses erkennen konnte, besteht der Vertrauensschutz nicht.<sup>36)</sup> Das ist etwa dann der Fall, wenn der BI Kenntnis von der – unsaniert – mangelhaften Einberufung der BR-Sitzung oder vom Fehlen der qualifizierten Mehrheit für die Zustimmung zur Kündigung hat<sup>37)</sup> oder der Beschluss über die Zustimmung in sittenwidrigem Zusammenwirken zwischen BR und BI zustande gekommen ist.<sup>38)</sup>

Aus der Erklärung muss deutlich hervorgehen, in welcher Weise der BR Stellung nimmt; unklare Formulierungen können dabei – wiederum unabhängig vom zu Grunde liegenden Beschluss – zu Lasten des AN gehen.<sup>39)</sup> Nach ihrer Abgabe kann die Stellungnahme nicht mehr ohne Weiteres widerrufen werden.<sup>40)</sup>

Wenn der zu Grunde liegende Beschluss aber mit Willensmängeln behaftet war, kann die Stellungnahme – nach Abänderung des Beschlusses im BR-Kollegium – dem BI gegenüber angefochten werden, wenn dieser den Willensmangel zu vertreten hat, also den Irrtum veranlasst hat oder ihm dieser auffallen musste bzw er unzulässigen Druck ausgeübt hat.<sup>41)</sup>

In den Fällen der Sittenwidrigkeit – abgesehen von einem kollusiven Zusammenwirken zwischen BR

27) Vgl dazu näher *Spielbüchler*, *Wider die Zähmung der Räte* in FS-Strasser (1983) 631; unter Hinweis auf diesen *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 68 Rz 13; vgl auch *Rebhahn*, ZAS 1991, 18; *Floretta*, DRdA 1985, 290.

28) Vgl dazu *Floretta*, Das „Sperrecht“ des Betriebsrates im Lichte der jüngsten VfGH-Erkenntnisse, wbl 1987, 79 f mwN, der im Falle rechtsmissbräuchlicher Untätigkeit des BR im betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahren zur Schadenersatzpflicht gelangt (81).

29) Vgl dazu VfGH 1984/DRdA 1985, 285 (zust *Floretta*) = infas 1985 A 71 = ÖJZ 1986/12 (VfGH) unter Berufung auf *Firlei*, Rechtswissenschaft und Arbeiterbewegung (1976) 139 ff; *Floretta*, wbl 1987, 80; offen lassend *Spielbüchler* in FS-Strasser 631; *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 68 Rz 13.

30) In diesem Sinne wohl OGH 1986/DRdA 1987, 291 (*Floretta*) = infas 1987 A 77 = wbl 1987, 102 = RdW 1987, 267 = ARD 3855/14/87 = ZASB 1987, 13.

31) Vgl dazu OGH 1986/DRdA 1987, 291 (*Floretta*) = infas 1987 A 77.

32) HA; vgl nur OGH RIS-Justiz RS0051485; 1998/infas 1998 A 71 = RdW 1998, 692 = ARD 4949/23/98; 1999/DRdA 1999, 395 = infas 1999 A 88 = ArbSlg 11.858 = RdW 2000/664 = ARD 5064/43/99; 2001/DRdA 2002, 41 (*Pfeil*) = infas 2001 A 48 = RdW 2001/572 = ARD 5290/13/2002; *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 5; *Mosler* in *Tomandl*, ArbVG § 71 Rz 12; *Kallab* in Zeller Kommentar § 71 ArbVG Rz 4; *Gahleitner* in *Cerny ua*, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 Erl 18.

33) Vgl nur *Wolligger* in Zeller Kommentar § 105 ArbVG Rz 57 mwN.

34) Vgl dazu die bei *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht (Loseblattausgabe) § 105 ArbVG E 118 zit Judikatur. In diesem Fall schließt *Gahleitner* in *Cerny ua*, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 Erl 18 allerdings eine zivilrechtliche Haftung des Vorsitzenden nicht aus; vgl auch *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 7.

35) Vgl dazu die bei *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht § 105 ArbVG E 133 zit Judikatur; auch dass der BR bei der Beschlussfassung von falschen Tatsachen ausgegangen ist, schadet nicht; vgl nur OLG Wien 2007/ARD 5782/6/2007.

36) Vgl dazu etwa *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 5 mwN.

37) *Mosler* in *Tomandl*, ArbVG § 71 Rz 15.

38) In diesem Sinne OGH 2007/infas 2008 A 25 = DRdA 2008, 173 = ARD 5860/4/2008, der pauschal davon spricht, es läge in einem solchen Fall „kein rechtswirksamer Zustimmungsbeschluss des Betriebsrates vor“; *Gahleitner* in *Cerny ua*, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 Erl 18b. Gerade im Fall der Kollusion widerspräche eine Berufung des BI auf eine Zustimmung auch dem Grundsatz des „ex iniuria ius non oritur“.

39) Vgl dazu *Gahleitner* in *Cerny ua*, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 Erl 15 mwN.

40) OGH 1952/ArbSlg 5457; EA Linz 1952/ArbSlg 5370; EA Innsbruck 1952/ArbSlg 5384; EA Wien 1960/ArbSlg 7249; vgl auch *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 67 Rz 6.

41) Vgl dazu etwa OGH 1989/ZAS 1991, 14 (*Rebhahn*) = infas 1990 A 2 = ArbSlg 10.821 = DRdA 1990, 73; 1990/DRdA 1991, 140 (*M. Binder*) = infas 1990 A 117 = ArbSlg 10.848 = JBI 1990, 732 = ARD 4177/14/90 = ARD 4174/20/90; vgl dazu auch *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 68 Rz 2.

und BI – schlägt der Ausschluss der Überprüfung der Willensbildung im BR-Kollegium auf die Beurteilung der Wirksam- bzw Anfechtbarkeit der Stellungnahme durch. Mangels Abänderbarkeit des Beschlusses selbst ist die Abgabe der Stellungnahme der diesbezüglichen Überprüfung entzogen.

### 2.5. Frist für die Stellungnahme

Dem BR steht für die Stellungnahme gem § 105 Abs 1 ArbVG eine Frist von fünf Arbeitstagen zur Verfügung,<sup>42)</sup> wobei gem § 65 Abs 1 BRGO der Tag der Verständigung nicht mitgerechnet wird. Als Arbeitstage sind gem § 63 Abs 1 BRGO nur solche Tage zu zählen, an denen auf Grund der betrieblichen Arbeitszeiteinteilung die Mehrzahl der AN im Betrieb beschäftigt ist.<sup>43)</sup>

Die Stellungnahme muss – bei sonstiger Unwirksamkeit, also Qualifikation als „schlichter Widerspruch“ – innerhalb dieser Frist entweder dem BI zukommen oder zumindest zur Post gegeben werden.<sup>44)</sup>

### 3. Zeitliche Wirksamkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens

Wenn auch das betriebsverfassungsrechtliche Vorverfahren nach § 105 Abs 1 ArbVG (unspezifiziert) „vor“ jeder Kündigung durchzuführen ist – was rein vom Wortlaut her auch Monate oder Jahre davor sein könnte –, so ist doch seit jeher unbestritten, dass zwischen der Durchführung des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens und dem Ausspruch ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang bestehen muss.<sup>45)</sup> Ein derartiger Zusammenhang besteht jedenfalls, wenn es sich um einen einzigen Kündigungsfall handelt und die Kündigung zum ehest zulässigen Termin oder innerhalb einer Frist von wenigen Wochen ausgesprochen<sup>46)</sup> oder die Kündigung wegen Rechtsunwirksamkeit der ersten Kündigung wiederholt wird.<sup>47)</sup>

42) Zur Fristenberechnung vgl eingehend *Gahleitner in Cerny ua*, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 ArbVG Erl 16. Im Landarbeitsrecht beträgt die Frist für die Stellungnahme gem § 210 LAG acht (Kalender-)Tage, sodass in diesem Bereich Probleme mit der Berechnung der Frist verringert sind.

43) An Tagen, an denen infolge der betrieblichen Urlaubseinteilung nur 20 % der Belegschaft beschäftigt sind, läuft diese Frist daher nicht; vgl dazu OGH 1999/DRdA 2000, 413 (*Trost*) = infas 2000 A 19 = ArbSlg 11.954 = ecolex 2000/156 = ASoK 2000, 218 = RdW 2000/663 = ZASB 2000, 9 = ARD 5105/2/2000.

44) Vgl § 169 ArbVG iVm § 33 Abs 3 AVG bzw § 65 Abs 5 BRGO. Privilegiert in dem Sinne, dass die Tage des Postenlaufes nicht in die Frist eingerechnet werden, ist nur die Übergabe an einen Zustelldienst iSd § 2 Z 7 ZustG – also die Post oder einen anderen Universaldienstbetreiber gem § 5 Abs 1 bis 3 PostG 1997 bzw einen elektronischen Zustelldienst –, nicht aber für die Übermittlung per Telefax oder e-mail; vgl nur VwGH 2003/ZfVB 2005/727, 2009/ecoex 2009/285 = ZfVB 2009/1934 = JAP 2009/2010/16.

### 4. Anwendung im konkreten Fall

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich für den Fall folgendes Bild:

#### 4.1. Verfahren im Zusammenhang mit der ersten Kündigung

Die am 8.2.2010 ausgesprochene Kündigung ist verfrüht erfolgt, weil zu diesem Zeitpunkt die fünftägige Wartefrist noch nicht abgelaufen war, ohne dass der BR seine Stellungnahme dazu abgegeben hätte. Weil eine solche Kündigung nach der ausdrücklichen Anordnung des § 105 Abs 2 Satz 2 ArbVG rechtsunwirksam ist, wäre die Klage auf Anfechtung der Kündigung – mangels rechtswirksamer Kündigung – abzuweisen gewesen.<sup>48)</sup> Die Klage auf Feststellung des aufrechten Bestandes wurde hingegen zu Recht erhoben.

#### 4.2. Anfechtung der zweiten Kündigung

##### 4.2.1. Notwendigkeit der Erneuerung des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens

Die neuerliche Verständigung des BR von der Kündigungsabsicht war an sich nicht erforderlich, weil bei Wiederholung einer vor Ablauf der Überlegungsfrist des BR ausgesprochenen Kündigung der zeitliche Zusammenhang zum vorhergegangenen betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahren noch gegeben war. Dennoch wurde durch sie ein neues betriebsverfassungsrechtliches Vorverfahren eingeleitet, sodass das Verhalten des BR in diesem für die Frage der Anfechtbarkeit ausschließlich maßgeblich ist.

45) Vgl dazu schon die Judikatur zu § 25 BRG: OGH 1951/ArbSlg 5239; 1952/ArbSlg 5442; zum ArbVG vgl nur OGH RIS-Justiz RS0051425; *Floretta* in ArbVG-HK §§ 105-107, Anm 6.2.5, 6.2.6.2; *Strasser/Jabornegg*, ArbVG<sup>3</sup> § 105 Anm 7; *Gahleitner in Cerny ua*, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 Erl 13; *Tinhofer in Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht (Loseblatt-Slg), Kap XVIII Rz 17; *Wolligger* in Zeller Kommentar § 105 ArbVG Rz 42; zur gesamten Thematik vgl näher *Weiß*, DRdA 2009, 354.

46) OGH 1995/ArbSlg 11.362 = RdW 1995, 436 = DRdA 1995, 422 = wbl 1995, 337 = ARD 4659/15/95; 2002/DRdA 2003, 144 (*Pfeil*) = ArbSlg 12.194 = ASoK 2003, 242 = ARD 5330/42/2002; vgl dazu schon vgl dazu *Floretta* in ArbVG-HK, §§ 105-107, Anm 6.2.6.2.

47) OGH 2002/DRdA 2003, 144 (*Pfeil*) = infas 2002 A 75 = ArbSlg 12.194 = ASoK 2003, 242; vgl *Gahleitner in Cerny ua*, ArbVR 3<sup>4</sup> § 105 Erl 13, die als Anwendungsfall ausdrücklich den neuerlichen Ausspruch einer zunächst vor Ablauf der Überlegungsfrist für den BR ausgesprochenen Kündigung anführt.

48) Vgl nur *Wolligger* in Zeller Kommentar § 105 ArbVG Rz 19 mwN. Kostenfolgen resultieren daraus für Rudolf R schon deshalb nicht, weil in Kündigungsanfechtungsverfahren – die als Verfahren gem § 50 Abs 2 ASGG zu qualifizieren sind – gem § 58 Abs 1 ASGG Kostenersatz erst im Verfahren vor dem OGH zusteht und auch keine Gerichtsgebühr anfällt.

Sofern die in diesem Verfahren erteilte Zustimmung nicht unwirksam ist, scheidet daher gem § 105 Abs 6 ArbVG eine Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit aus.

#### 4.2.2. Stellungnahme auf Grund falscher Informationen

Auf einen – durch wen auch immer verursachten – Irrtum der BR-Mitglieder bei der Abstimmung über die Stellungnahme zur Kündigung kann sich der gekündigte AN nicht berufen, weil die gerichtliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung innerhalb des BR-Kollegiums ausgeschlossen ist. Nur die Mitglieder des BR können – im Innenverhältnis – einen mit Willensmängeln behafteten Beschluss wieder abändern. Solange ein derartiger Abänderungsbeschluss nicht gefasst ist, bleibt daher die erklärte Zustimmung jedenfalls wirksam.

Auch nach einem neuerlichen Beschluss ist freilich die Geltendmachung der Willensmängel im Außenver-

hältnis gesondert zu beurteilen: Die Stellungnahme selbst kann gegenüber dem BI nur vom BR bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen dafür – insb also dass der Irrtum durch den BI veranlasst war, diesem auffallen musste oder rechtzeitig (also vor Ausspruch der Kündigung) aufgeklärt wurde – angefochten werden.

#### 4.2.3. Sittenwidriges Zusammenwirken von BR und BI

Wenn es Rudolf R im Verfahren nicht gelingt, andere Motive für die Zustimmung durch den BR als die (bloße) Beschränkung seiner Anfechtungsmöglichkeiten glaubhaft zu machen, wird der Anfechtungsklage – unabhängig davon, ob wesentliche Interessen R's durch die Kündigung beeinträchtigt sind, ohne dass persönliche oder betriebliche Gründe dafür vorliegen – kein Erfolg beschieden sein.

## Aus der Praxis - für die Praxis

### Was hat Vulkanasche mit einer „neutralen Sphäre“ zu tun?

Vulkanasche stellt – zumindest in größeren Konzentrationen – eine gravierende Gefahr für die Luftfahrt dar. Im Zeitraum von 1973 bis 2000 wurden ca 100 Begegnungen von Luftfahrzeugen mit Aschewolken dokumentiert. Schadensereignisse haben dabei eine Reichweite von bis zu 3.300 km Entfernung vom Vulkan.<sup>1)</sup> Der Vulkanausbruch des Eyjafjallajökull 2010 war wohl der spektakulärste in letzter Zeit.<sup>2)</sup> Mit hoher Wahrscheinlichkeit war es allerdings nicht der letzte,<sup>3)</sup> weshalb es sich lohnt, die Frage abzuhandeln, welche Konsequenzen solche Ereignisse auf die Risikoverteilung zwischen ArbeitgeberInnen (AG) und ArbeitnehmerInnen (AN) haben, wenn Letztere nicht rechtzeitig am Arbeitsplatz erscheinen können, weil Flugraumsperrungen verhängt werden.<sup>4)</sup>

#### 1. Entgeltfortzahlung bei Arbeitsverhinderungen

Die Frage, wie es mit der Entgeltfortzahlung aussieht, ist umstritten, weil insb die Interpretation der Paragraphen, die die Arbeitsverhinderung regeln sowie ihr Verhältnis zueinander Spielraum lässt und die Einordnung des Sachverhalts im Rahmen der „Sphärentheorie“ Probleme zu machen scheint.<sup>5)</sup>

Wird der Arbeitsablauf gestört, so ergibt sich die Frage, wer die Arbeitsverhinderung zu vertreten hat. In der hL wird überwiegend von der Sphärentheorie ausgegangen, die zumeist drei<sup>6)</sup> Sphären unterscheidet. Differenziert wird, welchem Vertragspartner das Unterbleiben der Arbeitsleistung zuzurechnen ist, also wer das wirtschaftliche Risiko zu tragen hat. Die gesetzlichen Grundlagen für diese Zuordnung des Entgelttrisikos sind insb in § 1154b Abs 5 bzw für Angestellte in § 8 Abs 3 AngG und § 1155 Abs 1 ABGB zu finden.

#### 2. „Arbeitnehmersphäre“

Gründe, die in der AN-Sphäre eintreten, haben diese nicht jedenfalls zu vertreten. AN wird aus sozialpolitischen Gründen ein Entgeltanspruch eingeräumt. Handelt es sich um *Angestellte*, die der Arbeit fern blei-

- 1) WIKIPEDIA [http://de.wikipedia.org/wiki/Vulkanische\\_Asche](http://de.wikipedia.org/wiki/Vulkanische_Asche).
- 2) Im Mai dieses Jahres brach der isländische Vulkan Grimsvötn aus und führte zu einer Flugraumsperrung im europäischen Flugraum und bereits im Juni dieses Jahres gab es erneut Flugraumsperrungen für Flüge über die Südhalbkugel durch einen südchilenischen Vulkan der Caille-Kette.
- 3) UNISDR Presseausendung vom 24.1.2011, wonach die CERD ein Wachstum von Natur- und Umweltkatastrophen prognostiziert [http://cred.be/sites/default/files/Press\\_Release\\_UNISDR2011\\_03.pdf](http://cred.be/sites/default/files/Press_Release_UNISDR2011_03.pdf).
- 4) Dass weder ein Entlassungsgrund nach § 27 Z 4 AngG bzw § 82 lit f GewO vorliegt, wird hier nicht näher ausgeführt, weil in der Praxis erfreulicherweise keine Anfragen wegen Entlassung in der AK Wien gestellt wurden.
- 5) *Burger*, Entgeltfortzahlung bei Luftraumsperrungen – Ohne Arbeit doch Lohn?, ZAS 2010/48, 293.
- 6) *Tomandl et al* unterscheiden nochmals die „neutrale Sphäre“ in AG- und AN-Bereich, damit also vier Sphären, so zB auch *Ettmayer*, Die Risikoverteilung bei Verhinderung aus persönlichen Gründen, DRdA 2007, 193. *Burger*, ZAS 2010/48, 293 (295) führt mE richtig aus: „Verkehrsstörungen, die den AN betreffen, sind jedenfalls als Hinderungsgrund nach § 1154b Abs 5 anerkannt, auch wenn es sich dabei um eine Massenerscheinung handelt, die auch zahlreiche andere AN betrifft“ mit Verweis auf OGH 16.12.1987, 9 ObA 202/87; 27.1.1988, 9 ObA 27/88 und 24.2.1988, 9 ObA 42/88.



ben, so liegt nach § 8 Abs 3 AngG ein „anderer wichtiger, [ihre] Person betreffender Grund“ vor, weshalb sie ihren Entgeltfortzahlungsanspruch während einer verhältnismäßig kurzen Zeit behalten. Voraussetzung ist, dass die Angestellten ihre Verhinderung gemeldet haben und alles Zumutbare getan haben, um so schnell wie möglich zurück zum Arbeitsplatz zu gelangen.

§ 1154b Abs 5 ABGB regelt die „anderen wichtigen, die Person des AN betreffenden Gründe“ für AN, in denen diesen ein Entgeltfortzahlungsanspruch gesichert wird. Da die Bestimmung seit dem ARÄG 2000 wortgleich mit § 8 Abs 3 AngG ist, wird im Folgenden, wo es keine Unterschiede gibt, § 1154b Abs 5 ABGB<sup>7)</sup> abgehandelt.

Wesentlicher Unterschied zwischen Angestellten- und ArbeiterInnenregelung ist allerdings, dass für *Arbei-*

*terInnen* der Entgeltfortzahlungsanspruch nach Abs 6 abdingbar ist. Enthält der für ArbeiterInnen zutreffende Kollektivvertrag (KollV) eine taxative Aufzählung der Dienstverhinderungsgründe, ist der Entgeltfortzahlungsanspruch auf selbige beschränkt. Wenn diese Liste der Gründe, eine Verkehrsstörung, die ArbeiterInnen daran hindert, rechtzeitig zur Arbeitsleistung zu erscheinen, nicht enthält, besteht idR nach derzeitiger Rechtslage kein Entgeltfortzahlungsanspruch. Ob diese rechtliche Differenzierung allerdings nicht nur historisch bedingt, aber aufgrund des weitgehenden Wegfalls der ursprünglichen Unterscheidungsmerkmale<sup>8)</sup> uU nicht mehr verfassungskonform ist, sollte nicht nur sozialpolitisch, sondern auch auf rechtlicher Ebene geprüft werden.

Enthält allerdings der KollV keine taxative Aufzählung oder entfaltet kein KollV Wirkung für ArbeiterInnen, behalten sie ihren Anspruch aufgrund § 1154b Abs 5.

Zu diesen „anderen“ Dienstverhinderungsgründen, die also nicht Krankheit und Unfall sind, zählen Gründe nach Sitte und Herkommen, öffentlich-rechtliche Pflichten und – wie im vorliegenden Fall wesentlich – tatsächliche Hinderungsgründe.

An der Verhinderung darf AN kein Verschulden treffen.<sup>9)</sup> Ob bereits leichte Fahrlässigkeit schadet, ist in der Lehre umstritten.<sup>10)</sup> Bei der Frage des Verschuldens spielt bei vorhersehbaren Hindernissen eine Rolle, inwieweit es AN zumutbar war, Vorsorgemaßnahmen zu treffen. Auch die Rückkehr zur Arbeit wird an Zumutbarkeitskriterien gemessen. Welche Maßnahmen sind AN zumutbar zu setzen, um das Hindernis möglichst schnell zu beseitigen?<sup>11)</sup> Außerdem muss die Verhinderung AG so rasch wie möglich gemeldet und nachgewiesen werden. Das ABGB enthält keine Regelungen über eine Melde- bzw Nachweispflicht. Ein Teil der Lehre leitet diese von der Treuepflicht der AN ab. Ein anderer Teil der Lehre vertritt aber auch die Auffassung, dass ArbeiterInnen ein allfälliges Meldeversäumnis hinsichtlich des Entgeltfortzahlungsanspruches nicht schadet.<sup>12)</sup> Eine konkrete zeitliche Beschränkung kann seit der Novelle BGBl I 2000/44 am Gesetz nicht mehr fest gemacht werden, weshalb im Einzelfall zu prüfen ist, was „verhältnismäßig kurze Zeit“ in der konkreten Situation zu bedeuten hat.<sup>13)</sup>

Der Entgeltfortzahlungsanspruch richtet sich nach dem Ausfallsprinzip. AN erhalten das Entgelt, das sie erhalten hätten, wenn die Verhinderung der Arbeitsleistung nicht eingetreten wäre.

### 3. „Arbeitgebersphäre“

§ 1155 ABGB regelt den Entgeltanspruch, wenn die Arbeitsleistung auf Seiten des/der AG unmöglich wird. In diesem Fall muss der/die AN leistungsbereit sein und diese Leistungsbereitschaft auch bekunden.<sup>14)</sup> Je länger das Dienstverhältnis gedauert hat, desto niedriger ist die Frequenz der Bekundungsnotwendigkeit anzusetzen.<sup>15)</sup> Es handelt sich dabei um einen Erfüllungsanspruch.<sup>16)</sup> Dh, dass er/sie sich auf seine Entgeltforderung anrechnen lassen muss, was er/sie sich infolge Unterbleibens seiner/ihrer Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeitsleistung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat,<sup>17)</sup> es sei denn, der/die AG erhebt rechtsmissbräuchlich Ein-

- 7) Im Weiteren wird – soweit klar – nur mehr der Paragraph genannt, nicht mehr das Gesetz.
- 8) Chr. Klein, Arbeitsrechtänderungsgesetz 2000, ASoK 2000, 146; Pastner/Flecker, Statt „ArbeiterInnen und Angestellte“ – einfach ArbeitnehmerInnen? Materielle und symbolische Ungleichheit und Strategien der Vereinheitlichung, FORBA Schriftenreihe 3/1995.
- 9) OGH 1987/RdW 1988, 169 = ZAS 1988, 167 (Schnorr) = JBl 1988, 802 (zust. Holzer) = SZ 60/284; 1992/RdA 1993, 45 (48) (Ritzberger-Moser). AA Martinek/Schwarz/Schwarz, AngG<sup>7</sup> (1991) 241.
- 10) Für einen Entgeltausschluss bei leichter Fahrlässigkeit Burger, Entgeltfortzahlung bei Luftraumsperrungen – Ohne Arbeit doch Lohn?, ZAS 2010/48, 293 (295) mwV; krit. Heinz-Ofner, Andere wichtige Dienstverhinderungsgründe des Arbeitnehmers, DRdA 2008, 114 (123).
- 11) Burger, Entgeltfortzahlung bei Luftraumsperrungen – Ohne Arbeit doch Lohn?, ZAS 2010/48, 293 (295) – vgl. auch die E des OLG Wien 16.12.2004, 10 Ra 156/04s, in der bei gemeinsamer Nutzung eines PKW durch Eheleute im Falle eines Streiks öffentlicher Verkehrsmittel, der für die AN vorhersehbar war, das Nichterscheinen am Arbeitsplatz nicht als Dienstverhinderungsgrund anerkannt wurde.
- 12) Rebhahn in ZellKomm § 1154b Rz 8.
- 13) Gerhartl, Entgeltfortzahlung: Probleme der neutralen Sphäre, DRdA 2007, 19 begründet die Notwendigkeit der Einzelfallprüfung plausibel mit dem Wegfall der Beschränkung auf „eine Woche“ aus dem ABGB durch die Novelle BGBl I 2000/44. Differenzierend Burger, ZAS 2010/48, 293 (297) – vier Wochen seien allerdings seiner Ansicht nach zu lang. AA Schrank, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (2006) 348 und Schrenk, Die Dienstverhinderung im Arbeitsrecht, taxlex 2010, 254, die trotz Novelle von einer zeitlichen Limitierung auf maximal eine Woche ausgehen. Hier spielen wohl Komponenten, wie gravierend der Grund ist bzw wie lange die konkrete Verhinderung dauert, wie lange ein/e AN bereits bei diesem AG beschäftigt ist etc, eine Rolle. Burger, ZAS 2010/48, 293 (295) postuliert allerdings, dass bei besonders lang andauernden Dienstverhinderungen (Entführung) die Entgeltfortzahlung nicht den gesamten Zeitraum hindurch gewährt werden müsse.
- 14) Die Anforderungen an die Bekundung der Leistungsbereitschaft müssen dem AN zumutbar sein.
- 15) Rebhahn in ZellKomm § 1155 Rz 24.
- 16) Seit der III. TN 78 BlgHH 21. Sess 1912, 211 handelt es sich nicht mehr um einen Schadenersatzanspruch.
- 17) Rebhahn in Windisch-Graetz, § 1155 ABGB und Anrechnung erworbenen Einkommens, eolex 2001/64 plädiert in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 49 ff für eine dreimonatige Anrechnungsfreiheit versäumten Erwerbs.

wand gegen die Entgeltforderung.<sup>18)</sup> Dieser Anspruch ist grundsätzlich unbegrenzt, kann uU abbedungen werden.<sup>19)</sup> In Arbeiter-KollVen kommen zeitliche und Höhenbeschränkungen vor. Jedenfalls muss ein Abbedingen des Entgeltanspruchs dem Sittenwidrigkeits-Maßstab des § 879 ABGB standhalten, sonst steht wiederum das Entgelt dennoch zu.<sup>20)</sup>

#### 4. „Neutrale Sphäre“?

Ob eine Arbeitsleistung aufgrund umfassender, die Allgemeinheit betreffender Konsequenzen weder auf Seiten des/der AG noch auf Seiten des/der AN liegt und ein Entgeltanspruch für diese Fälle daher verneint werden kann, ist in der Lehre umstritten. Eine Grenzlinie zwischen Fällen, die der AG-Sphäre noch zuzurechnen sein sollten und einen Entgeltanspruch auslösen und welche nicht mehr, erscheint allerdings schwer zu ziehen. Begrifflichkeiten wie „Elementarereignis“,<sup>21)</sup> „höhere Gewalt“,<sup>22)</sup> „allgemeine Kalamität“,<sup>23)</sup> „äußerer Zufall“,<sup>24)</sup> uÄ sollen die vollkommene Unberechenbarkeit dieser Vorkommnisse und die Ferne zum Arbeitsverhältnis unterstreichen. Ob sie der rechtlichen Zuordnung von Ereignissen dienlich sind, bleibt mE fragwürdig.

##### 4.1. Definition der Katastrophe

Zur Bildung eines Solidaritätsfonds hat die EU eine „Katastrophe größeren Ausmaßes“ bzw „außergewöhnliche Katastrophe hauptsächlich natürlicher Art“ folgendermaßen definiert: „Eine Katastrophe, die in zumindest einem der betroffenen Staaten Schäden verursacht, die auf über 3 Mrd €, ... oder mehr als 0,6 % seines BIP geschätzt werden ....“ Ein natürliches Ereignis in einer Region, „welche[s] den größten Teil der Bevölkerung in Mitleidenschaft zieht und schwere und dauerhafte Auswirkungen auf die Lebensbedingungen und die wirtschaftliche Stabilität der Region hat.“<sup>25)</sup> In diese Kategorie der EU fallen etwa ein Dutzend Ereignisse der letzten 100 Jahre in Europa, von denen die Hitzewelle 2003 mit 70.000 Todesopfern und das Elbehochwasser 2002 mit Schäden in Höhe von etwa 18 Mrd € als verheerendste zu verzeichnen sind. Auch wenn Österreich derzeit nur mittelbar von Katastrophen größeren Ausmaßes betroffen ist, darf doch die hohe Mobilität von AN nicht unterschätzt werden.

Schon die Materialien zur III. TN des ABGB (78. BlgHH 21. Sess 1912, 221) sprechen davon, dass „alle in der Sphäre des DG vorkommenden Zufälle“ von diesem zu tragen sind. In der III. TN ging es um die Zuordnung nicht nur der die Person des/der AG treffenden Ereignisse, sondern auch „„äußerer“ Zufälle wie etwa BetriebsEinstellung, Zerstörung des Gegenstandes der Bearbeitung udgl.“<sup>26)</sup>

##### 4.2. Bejahende Judikatur zur Entgeltfortzahlung

Seitens der Judikatur wurde AN die Entgeltfortzahlung ua in folgenden Fällen, in denen der Betrieb eingestellt oder maßgeblich eingeschränkt werden musste, zugesprochen wie zB in einem Walzwerk

aufgrund von Wasserarmut des Werksbaches, in einer Gießerei, in der ein Kuppelofen eingefroren ist, in einem Hotelbetrieb, den die Besatzungsmacht in Beschlag genommen hat, bei witterungsbedingter vorübergehender Stilllegung, im Baugewerbe, wenn wegen Schlechtwetters nicht gearbeitet werden kann, in einem Walzwerk in einem Gebirgstal, in dem wegen Schneechaos und Straßensperren nicht genügend AN den Betrieb erreichen konnten, dass der Betrieb aufgenommen hätte werden können, bei Todesfall eines Alleingeschäftsführers einer GmbH und bei einem sich außerhalb des Betriebsgeländes ereignenden Kabelbruch.

##### 4.3. Verneinende Judikatur zur Entgeltfortzahlung

Verneint wurde der Entgeltfortzahlungsanspruch bei Einhaltung des Allerheiligenfeiertags in jener Firma, in der ein Bauauftrag ausgeführt werden sollte sowie bei einem einmaligen – also nicht regelmäßig eintretenden – Hochwasser.<sup>27)</sup> Die Begründungen des OGH lassen allerdings keine klaren Kriterien der Abgrenzung zwischen zurechenbarem und nicht mehr zurechenbarem Zufall erkennen. Neuere Entscheidungen zum Thema „neutrale Sphäre“ iZm Naturkatastrophen und Risikoverteilung zwischen AG und AN ergingen soweit ersichtlich in letzter Zeit nicht.

##### 4.4. Lehrmeinungen zur „neutralen Sphäre“

Die Lehre hat unterschiedliche Grenzziehungen zu einer sogenannten „neutralen Sphäre“, in der der

18) OGH 2010/ecolex 2011/64 (Windisch-Graetz).

19) Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>11</sup> (2011) 452; vgl OGH 1987/DRdA 1987, 224 (Beck-Managetta).

20) Rebhahn in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 5. Ein genereller Ausschluss der Entgeltfortzahlung ist nach Schrenk, Die Dienstverhinderung im Arbeitsrecht, taxlex 2010, 254 ausgeschlossen. Mir scheint allerdings den dort genannten Abbedingungsbeispielen das Verbot entgegenzustehen, das Unternehmerrisiko auf AN überzuwälzen.

21) Rauch, Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung durch Schneechaos?, ASoK 1999, 114, 117.

22) M. Binder, Die Beendigung arbeitsvertraglicher Bindungen bei Eintritt dauernder Leistungsunmöglichkeit, in FS-Strasser 285 ff.

23) Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup>§ 1155 Rz 18.

24) 78 BlgHH 21. Sess 221.

25) Art 2 Abs 2 Verordnung (VO) (EG) 2012/2002 des Rates vom 11.11.2002 zur Errichtung des Solidaritätsfonds der EU.

26) Rebhahn in ZellKomm § 1155 Rz 30.

27) Beispiele aus Naderhirm, Gedanken zur Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei höherer Gewalt, DRdA 2005, 17 mit ausführlicher Übersicht über die Lehrmeinungen. Weitere Beispiele für Einwirkung auf den Betrieb durch Kriegsgeschehnisse bei Binder, Wegfall der Geschäftsgrundlage und das Arbeitsrecht, JBI 2009, 269. Sowohl bei Lahmlegung des Betriebes durch Kriegsausbruch 1915 als auch bei Stilllegung eines Rüstungsbetriebes zu Kriegsende 1946 besteht für den AG Entgeltspflicht während der gesamten Kündigungsfrist bzw ein Entschädigungsanspruch.

Entgeltanspruch der AN nicht mehr bestehen solle, mit unterschiedlichsten Nuancierungen vorgenommen, die mE alle mehr oder weniger unbefriedigend bleiben.

Im Ansatz führen *Adler/Höller*<sup>28)</sup> aus, dass § 1155 jedenfalls auch Fälle erfasse, bei denen die Dienstverhinderung durch einen Zufall verursacht wurde. Daran ändere sich auch nichts, wenn der Zufall den Charakter einer höheren Gewalt angenommen habe. Ferner sei belanglos, ob dieses Ereignis nur das betreffende Unternehmen berühre oder es sich um einen allgemeinen Notstand handle, wie Krieg, Überschwemmung und Erdbeben. Diese Ereignisse kämen nämlich für das Dienstverhältnis nur dadurch in Erscheinung, dass sie das *Unternehmen treffen*. Diese Umstände müssten auch nicht in gleicher Weise auf alle Unternehmen wirken. Den/Die UnternehmerIn treffe nach dem Gesetz die volle Betriebsgefahr, nicht nur die individuelle seines/ihrer Betriebes. Völlig unverständlich bleibt bei diesem Ansatz die nicht weiter ausgeführte Grenzziehung zu „neutralen Gründen“ wie Unwetter, welche die landwirtschaftliche Arbeit oder die Bauarbeit unmöglich machen, Frost, Verhängung einer Landestrauer uam. In solchen Fällen gelte mangels Vorhandenseins einer Ausnahmebestimmung die Regel, dass ohne Dienstleistung auch ein Anspruch auf Entgelt nicht bestehe.

Andere AutorInnen – wie zB *Holzer*<sup>29)</sup> – haben das Kriterium, dass ein Ereignis in die *AG- und AN-Sphäre in gleicher Weise* eingreife, entwickelt bzw – wie *Martinek/Schwarz/Schwarz*<sup>30)</sup> und *Mayer-Maly*,<sup>31)</sup> dass es so umfassend sei, dass es neben dem Betrieb *in vergleichbarer Weise die Allgemeinheit* betreffe bzw nach *Schnorr*,<sup>32)</sup> *Binder*,<sup>33)</sup> *Krejci*,<sup>34)</sup> *Spielbüchler*<sup>35)</sup> und *Löschnigg*<sup>36)</sup> eine derart *seltene Ausnahme*, dass

der Einflussphäre des/der AG nicht mehr zurechenbar und nach *Strasser/Reischauer*,<sup>37)</sup> *Burger*<sup>38)</sup> und *Ettmayer*<sup>39)</sup> *nicht regelmäßig oder periodisch wiederkehrend* sei.

Den mE richtigen Ansatz von *Adler/Höller*, dass höhere Gewalt keine Ausnahme für die Entgeltfortzahlungspflicht des/der AG generiere, hat *Holler*<sup>40)</sup> konsequent fortgeführt, indem sie zum ersten Mal ganz generell iZm Smogalarm die Verzichtbarkeit einer „neutralen Sphäre“ argumentiert.

*Naderhirm* führt den Ansatz grundsätzlich ebenfalls aus und verwirft nach und nach anhand einleuchtender Beispiele bzw Fragestellungen die Ausnahmen von der Entgeltspflicht. Es seien hier die wichtigsten kurz angerissen und teilweise durch eigene Fragen ergänzt.

#### 4.5. Beispiele für die „neutrale Sphäre“

Beispielsweise wurden ua bei *Rauch*<sup>41)</sup> und *Burger*<sup>42)</sup> als Ereignisse, die auch die Allgemeinheit betreffen, *Seuchen, Krieg, Revolution, Terror* angeführt, bei *Tomandl*<sup>43)</sup> *Erdbeben* und *unvorhersehbares Hochwasser*, bei *Krejci*<sup>44)</sup> *Zusammenbruch des Stromnetzes*, bei *Floretta/Spielbüchler/Strasser*<sup>45)</sup> *allgemeine Lahmlegung des Verkehrs* und bei *Gerhart*<sup>46)</sup> *Einführung der Sommerzeit*.

#### 4.6. Kriterien der „neutralen Sphäre“

##### 4.6.1. Vorhersehbarkeit bzw Abwendbarkeit oder Beherrschbarkeit

Wenn dieses Kriterium zur Abgrenzung herangezogen wird, AG also als schutzwürdiger angesehen werden sollten als die dann ebenfalls betroffenen AN, die ihre Arbeitskraft nicht anbieten können, muss die Größenordnung des Ereignisses unbeachtlich bleiben. Es kann dann nicht erheblich sein, wie viele andere AG ebenfalls von diesem Ereignis (Lawine, Erdbeben, Hochwasser, Brand, Blitzschlag) betroffen sind.

##### 4.6.2. Periodizität

Teilweise wurde auch versucht, die Unterscheidung bei Naturereignissen an der Häufigkeit des Auftretens fest zu machen. Dabei wurde allerdings auch keine klare Abgrenzungslinie gefunden. Was ist häufig? Wenn der Fluss jedes Jahr über die Ufer tritt, alle zwei Jahre oder immer wieder durchschnittlich alle fünf Jahre, um als vorhersehbar zu gelten? Weiters haben es Naturereignisse so an sich, dass sie eben in ihrer Konkretheit nicht vorhersehbar sind, man kann lediglich im Nachhinein statistisch auswerten und zu einer Aussage kommen, wann ein Naturereignis ähnlicher Größenordnung zuletzt stattgefunden hat. Auch das „Jahrtausendhochwasser“ bezeichnete lediglich die Zeitspanne, innerhalb deren das Wasser keinen vergleichbaren Hochstand mehr gehabt hat und sagt keineswegs, dass das nächste Hochwasser dieser Dimension erst in 1.000 Jahren wieder auftreten wird.

28) *Klang*, Kommentar  $\sqrt{2}$  (1954) 283 ff.

29) *Holzer*, Die Dienstverhinderung aus anderen wichtigen die Person des Dienstnehmers betreffenden Gründen, DRdA 1970, 112.

30) *Martinek/Schwarz/Schwarz*, Angestelltengesetz<sup>7</sup>, 212 f.

31) *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht I (1987) 129.

32) *Schnorr*, Entgeltansprüche bei Nichtleistung der Arbeit, in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979) 41 f.

33) *Binder*, Die Beendigung arbeitsvertraglicher Bindungen bei Eintritt dauernder Leistungsunmöglichkeit, in FS-Strasser 285 ff.

34) *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1155 Rz 12, 18.

35) *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (1998) 69.

36) *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>11</sup>, 453.

37) *Strasser/Reischauer*, Der Arbeitskampf (1972) 70.

38) *Burger*, ZAS 2010/48, 293 (297).

39) *Ettmayer*, Die Risikoverteilung bei Verhinderung aus persönlichen Gründen, DRdA 2007, 193 (194).

40) *Holler*, Smogalarm, DRdA 1985, 225.

41) *Rauch*, Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Dienstverhinderung bei Schneechaos?, ASoK 1999, 114, 117.

42) *Burger*, ZAS 2010/48, 293 (297).

43) *Tomandl*, Der Lohnanspruch Arbeitswilliger im Arbeitskampf, AcP 1964, 203 f.

44) *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1155 Rz 12, 18.

45) *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup>, 69.

46) *Gerhart*, Arbeitsrechtliche Tücken der Umstellung auf Sommerzeit, RdW 2011/228.



#### 4.6.3. Zeitliche Dimension

Interessant ist bei dem Kriterium der Vorhersehbarkeit auch die Frage, wie oft ein Ereignis vor Errichtung eines Betriebes bereits stattgefunden haben muss, damit es als vorhersehbar gilt. Es stellt sich darüber hinaus die Frage, inwieweit Umweltveränderungen, die durch Eingriffe in die Natur, die von AG keineswegs beeinflussbar sind, die aber Ereignisse dann vorhersehbar machen, beherrschbar sind oder nicht.

#### 4.6.4. Zumutbarkeit

Was ist AG zumutbar, um ein vorhersehbares Ereignis abzuwenden? Bau eines Dammes oder Pflanzung eines Schutzwaldes gegen Vermurungen? Müssen AG dafür das entsprechende Grundstück erwerben, um den Wald überhaupt pflanzen zu können? Müssen sie schließlich, wenn Maßnahmen von ihnen nicht getroffen werden können, dort, wo der Betrieb angesiedelt ist, sogar den Betrieb absiedeln, um sich der Risikozurechnung entziehen zu können?

#### 4.6.5. Größenordnung bzw Betroffenheit der Allgemeinheit

Dieses Kriterium bleibt ebenfalls in der Lehre unklar. Wie viele Betriebe müssen betroffen sein? Genügt es, wenn ein Betrieb betroffen ist und gleichzeitig auch Privatpersonen? Ist damit die Betroffenheit einer ganzen Branche, eines ganzen Gebietes gemeint? Wie groß muss das betroffene Gebiet sein? Ist wesentlich, dass viele Betriebe betroffen sind oder genügt es, dass eine große Anzahl von Privatpersonen betroffen ist?

#### 4.6.6. Gefährdung der Betriebsexistenz

Es wurde auch releviert, ob eine Entgeltfortzahlungspflicht dann unbillig ist, wenn AG, deren Betrieb durch ein Ereignis erheblichen Schaden genommen hat oder zerstört wurde, auch die Entgeltfortzahlung trifft. Diese Frage stellt sich unabhängig davon, ob nur der AG-Betrieb betroffen ist oder auch die Allgemeinheit. Das Argument, dass durch Entfall der Entgeltfortzahlungsverpflichtung die Erhaltung der Arbeitsplätze erreicht werden könne, erscheint sehr realitätsfern. Betriebswirtschaftlich ist der Entgeltfortzahlungsanspruch des § 1155 ja weitgehend zeitlich durch eine allfällige Kündigungsmöglichkeit und finanziell durch die Anrechnungsbestimmung eingeschränkt. Für Schadensereignisse gibt es außerdem Versicherungsmöglichkeiten. Und schließlich müssen AG ohnehin Beendigungsansprüche ihrer AN in der Kalkulation als potentielle Ausgaben bzw Rücklagen berücksichtigen.

Naderhirm hat die Sinnhaftigkeit einer „neutralen Sphäre“ in vielen Punkten hinterfragt, allerdings den letzten Schritt dann doch nicht gemacht und der „neutralen Sphäre“ generell die Existenzberechtigung abgesprochen. Sie meint, dass die maßgebliche Abgrenzung direkt aus § 1155 abgeleitet werden solle. Die Entgeltfortzahlungspflicht komme nämlich nur dann zum Tragen, wenn der/die AN arbeitsbereit sei. Es sei davon auszugehen, dass die Reichweite des § 1155 dort ende, wo infolge eines Ereignisses auch die AN typischerweise ihre Arbeitskraft dem/der konkreten AG nicht mehr anbieten könnten. Daher sollte im Einzelfall darauf abgestellt werden, wie

viele AN konkret den Betrieb erreichen könnten. Sei dies der Mehrzahl der AN möglich, bestünde der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 1155, andernfalls nicht (auch nicht für die an sich arbeitsbereiten AN). Auf diese Weise wäre die „neutrale Sphäre“ im Einzelfall abgesteckt.

Gegen diesen Lösungsansatz spricht mE einerseits, dass die Aufrechterhaltung des Betriebes nicht notwendigerweise von der Mehrzahl der AN abhängt. ZB kann der Ausfall eines Vorarbeiters dazu führen, dass bestimmte Maschinen nicht zum Einsatz kommen können, obwohl alle an diesen Maschinen arbeitenden MitarbeiterInnen ihre Arbeit anbieten. Umgekehrt können gegen diesen Ansatz die Argumente angeführt werden, die zur Gefährdung der Betriebsexistenz vorgebracht wurden.

Schließlich haben Gerhartl<sup>47)</sup> und Burger<sup>48)</sup> der Existenz der neutralen Sphäre generell die Berechtigung abgesprochen. Sie begründen dies einerseits damit, dass dem Gesetzeswortlaut der §§ 1154b und 1155 nicht zwingend die Existenz einer neutralen Sphäre zu entnehmen ist.

Gerhartl betont, dass die Hinzufügung einer „neutralen Sphäre“ nicht etwa die Zuordnung des Risikos an eine dritte Instanz generiert, sondern eine Einschränkung der Risikoordnung zu AG eine solche jedenfalls zu Lasten der AN bedeutet. Außerdem ergebe sich ein Wertungswiderspruch zum DHG, wenn bei einem Maschinenschaden der durch einen AN verursacht wird, vom AG gegenüber den übrigen AN, die ihre Leistung nicht erbringen können, getragen werden muss und im Falle des § 1155 nicht.<sup>49)</sup> Schon das vorarbeitsrechtliche ABGB hat den AN von den Risiken des Produktionsablaufs entlastet. Die III. TN hat § 1155 noch ausgebaut. Die verstärkte Zuweisung des Entgelttrisikos an AG beruht auch auf dem Gedanken, dass beim Arbeitsvertrag grundsätzlich AG das wirtschaftliche Risiko tragen sollen, insb weil ihnen der Residualertrag der Arbeitsleistung zukommt.<sup>50)</sup> Burger<sup>51)</sup> gibt mE auch der finanziellen Bedeutsamkeit kurzfristiger Entgeltfortzahlungen wegen Dienstverhinderungen durch die Aussage, dass eine „neutrale Sphäre“ auch aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht geboten sei, den richtigen Stellenwert.

### 4.7. Arbeitsbereitschaft der AN

Voraussetzung für die Entgeltfortzahlungspflicht nach § 1155 ist die tatsächliche Arbeitsbereitschaft der AN. Es ist also zu prüfen, ob das den Betrieb störende oder lahmlegende Ereignis auch AN daran hindert, ihre Arbeit anzubieten.

47) Gerhartl, Entgeltfortzahlung: Probleme der neutralen Sphäre, DRdA 2007, 19.

48) Burger, ZAS 2010/48, 293 (298). Schrenk postuliert zwar grundsätzlich die neutrale Sphäre, räumt aber zumindest ein, dass wenn man dem Vulkanausbruch und den damit einhergehenden Flugraumsperrungen die Qualität eines „umfassenden Umstand[es], der weit über die Arbeitgeber- oder Arbeitnehmer-Sphäre hinausgeht“ und eine „neutrale Sphäre verneine“, der Terminus wohl gänzlich zu streichen wäre.

49) Radlingmayer verfolgt einen ähnlichen Ansatz in Vulkanausbruch auf Island – Entgeltfortzahlung ja oder nein?, SozSi 2010, 254.

50) Rebhahn in ZellKomm § 1155 ABGB Rz 4.

51) Burger, ZAS 2010/48, 293 (298).



Bzw muss man umgekehrt im Falle einer Naturkatastrophe fragen, ob diese nur die AN an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung hindert oder auch einen Einfluss auf den Betrieb hat, sodass dieser (vorübergehend oder ganz) eingestellt werden muss.

#### 4.8. Verhältnis von § 1155 und 1154b Abs 5 ABGB

In der Literatur wird einmal dem jeweiligen Paragraphen die Rolle der *lex specialis* zugeordnet. *Tomandl*<sup>52)</sup> gibt diese Funktion § 1155 ABGB. § 1154b regelt generell einen Lohnanspruch im Falle einer Arbeitsverhinderung. § 1155 kommt nur zur Anwendung, wenn zusätzlich eine Behinderung der AG eintrete, die Arbeitsleistung entgegen zu nehmen. Das führt zu folgender Konsequenz: Wenn AN durch Hochwasser der Weg zur Arbeitsstätte abgeschnitten wird, der Betrieb davon aber unbeeinflusst bleibt, erhalten sie Entgeltfortzahlung. Wird durch das Hochwasser auch der Betrieb in einer Weise beeinträchtigt, die die Entgegennahme der Arbeitsleistung der AN verhindert, so schlage § 1155 durch und der Anspruch entfalle. *Schrammel*<sup>53)</sup> hingegen räumt der zwingenden Bestimmung des § 1154b den absoluten Vorrang ein. Bei Zusammentreffen mit einer Verhinderung nach § 1155 bleibt AN immer der Entgeltfortzahlungsanspruch gewahrt wie im Falle ihrer vollen Arbeitsfähigkeit. *Spielbüchler*<sup>54)</sup> meint, dass mangelnde Arbeitsbereitschaft des/der AN nicht in Betracht komme, wenn wichtige Gründe auf Seiten der AN während einer Zeit

auftreten, für die der AG schon nach § 1155 Entgelt zu zahlen hat. *Schnorr*<sup>55)</sup> ordnet den beiden Paragraphen ein Verhältnis eines tatbestandlichen Aliuds zu.

Der OGH sprach einem in einer Schlechtwetterperiode erkrankten Arbeiter Entgeltfortzahlung in Höhe der Schlechtwetterentschädigung gem § 1154b zu, weil ein kranker AN nicht zur Arbeitsleistung bereit sein könne. Es komme deshalb auch nicht zu einer Anrechnung nach § 1155.<sup>56)</sup>

#### 5. Schlussfolgerung

Für AN, die aufgrund eines Naturereignisses ihre Arbeitsstelle nicht rechtzeitig erreichen können, ohne dass sie ein Verschulden an dieser Situation trifft, sollen mE – sofern sie das korrekt gemeldet haben und alles Zumutbare dafür getan haben, die Arbeitsstelle schnellstmöglich zu erreichen – für den Zeitraum der Verzögerung, insoweit es sich um eine verhältnismäßig kurzen handelt, das Entgelt fortgezahlt erhalten. Die Konstruktion einer „neutralen Sphäre“ ist nicht geeignet, diesen Grundsatz außer Kraft zu setzen. Die Konturen des juristischen Konstrukts der „neutralen Sphäre“ erscheinen, wie zu zeigen war, nicht hinreichend deutlich und sachlich differenzierend, um befriedigende Ergebnisse zu liefern. Keines der in der Lehre eingeführten Kriterien – Betroffenheit der Allgemeinheit, Seltenheitswert oder Beherrschbarkeit (Vorhersehbarkeit, Periodizität und Zumutbarkeit der Abwehr) des Ereignisses noch die vor Eyjafjallajökull angeführten Beispiele (bei denen Flugraumsperren nicht zu finden sind, obwohl Vulkanausbrüche und Vulkanasche im Luftraum keine grundsätzlich neue Erscheinung sind) – geeignet, eine zufriedenstellende Abgrenzung zu generieren, weshalb mit *Gerhartl* und *Burger* dem Konstrukt der „neutralen Sphäre“ die Existenzberechtigung abgesprochen wird.

DORIS LUTZ (WIEN)

## Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Kuriositäten im Lehrbeauftragtengesetz

Lehrbeauftragte an pädagogischen Hochschulen wurden sozialversicherungs-(sv-)rechtlich bislang – ebenso wie Lehrbeauftragte an Universitäten – als Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG qualifiziert.<sup>1)</sup> Nach nunmehriger, auf § 1 Abs 3 LehrbeauftragtenG<sup>2)</sup> gestützter Ansicht des BMUK begründen derartige Tätigkeiten hingegen weder ein Dienstverhältnis zum Bund, noch – sofern sie nicht Hauptberuf und Hauptquelle der Einnahmen bilden – eine SV-Pflicht

iSd ASVG.<sup>3)</sup> Demzufolge liegt etwa bei einer/m als Lehrbeauftragte/n an einer pädagogischen Hochschule tätigen Hausfrau bzw Hausmann zwar eine DienstnehmerInnen-(DN-)eigenschaft vor, die aber vom ASVG ausgenommen ist. ME rechtfertigt es diese geänderte Sichtweise (die nicht zu unterschätzende praktische Konsequenzen nach sich zieht), einen kurzen Blick auf die ihr zugrunde liegende Norm des § 1 Abs 3 LehrbeauftragtenG zu werfen.<sup>4)</sup>

1) E-MVB 004-ABC-L-001.

2) BGBl 1987/656 idF BGBl I 2007/71.

3) Referentenbesprechung vom 1.3.2011, 32-MVB-51.1/11 Dm/Sdo.

4) Eine umfassende(re) Auseinandersetzung mit der Problematik der Lehrbeauftragten (etwa unter Einbeziehung organisatorischer Sondervorschriften sowie der steuerrechtlichen Problematik) muss hier unterbleiben.

5) BGBl 1962/242.

6) BGBl 1974/140 bzw I 2006/30.

### 1. Vom Anwendungsbereich erfasste Personengruppen

Vom Geltungsbereich des § 1 Abs 1 LehrbeauftragtenG sind folgende Personengruppen erfasst:

- Lehrbeauftragte iSd SchOG;<sup>5)</sup>
- SportlehrerInnen iSd BG über Schulen zur Ausbildung von LeibeserzieherInnen und SportlehrerInnen oder des HochschulG;<sup>6)</sup>

- BesuchskindergärtnerInnen und BesuchserzieherInnen;<sup>7)</sup>
- FremdsprachenassistentInnen.<sup>8)</sup>

## 2. Interpretation der Bestimmung

Der Inhalt des § 1 Abs 3 LehrbeauftragtenG erschöpft sich in der Statuierung von Ausschlussbeständen. So bestimmt Satz 1, dass durch die Ausübung der in Abs 1 leg cit genannten Tätigkeiten kein Dienstverhältnis zum Bund begründet wird.<sup>9)</sup> Dies lässt demnach offen, welche (positiven) Konsequenzen die Verrichtung einer derartigen Tätigkeit nach sich zieht. In Frage kommt dabei prinzipiell, dass diese Norm überhaupt ausschließt, dass ein Vertragsverhältnis eingegangen wird, oder dass (lediglich) die Begründung eines Dienstverhältnisses ausgeschlossen wird. Der Ausschluss eines Vertragsverhältnisses, obwohl das Eingehen einer vertraglichen Beziehung intendiert wird, wäre ein massiver gesetzgeberischer Eingriff in die Privatautonomie und hätte zur Folge, dass dem Lehrbeauftragten seine (somit rechtsgrundlos) erbrachten Leistungen nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen abzugelten wären. ME würde dieses Auslegungsergebnis der Parteienabsicht daher am radikalsten entgegenstehen und ist somit der Interpretation im Zweifel nicht zugrunde zu legen.<sup>10)</sup> Diese Überlegung wird durch den Umstand gestützt, dass die Intention des LehrbeauftragtenG wohl (lediglich) darin besteht, den Bund von den arbeits- und sv-rechtlichen Kosten eines Dienstverhältnisses zu entlasten, nicht aber darin, zu normieren, dass die Leistungen von Lehrbeauftragten ohne Rechtsgrund erbracht werden sollen.

Wird demnach durch § 1 Abs 3 LehrbeauftragtenG (bloß) die Begründung eines Dienstverhältnisses ausgeschlossen, so stellt sich weiters die Frage, welches Vertragsverhältnis an die Stelle des Dienstverhältnisses tritt. Um der Absicht der Vertrag schließenden Parteien (zumindest) so weit wie möglich Rechnung zu tragen, muss dies mE der dem Dienstvertrag sachlich am nächsten stehende Vertragstypus sein. Diese Voraussetzung erfüllt der freie Dienstvertrag, zu dessen Merkmalen gehört, dass (ebenfalls) die Erbringung von Arbeitsleistungen geschuldet wird. Arbeitsrecht ist auf freie Dienstverhältnisse aber grundsätzlich nur dann anzuwenden, wenn dies gesetzlich bestimmt ist.<sup>11)</sup> Da überdies diejenigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen, die nicht auf die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit abstellen, auf den freien Dienstvertrag analog angewendet werden,<sup>12)</sup> stellt § 1 Abs 3 LehrbeauftragtenG mE im Ergebnis zwar keine absolute *lex fugitiva* aus dem Arbeitsrecht dar, entzieht Lehrbeauftragten iS dieser Norm aber immerhin zahlreichen arbeitsrechtlichen (Schutz)Vorschriften.

In ähnlicher Weise normiert Satz 2 dieses Absatzes, dass durch derartige Tätigkeiten (auch) keine SV iSd ASVG begründet wird, sofern diese Tätigkeit nicht als Hauptberuf ausgeübt wird und die Hauptquelle der Einnahmen (des/r Lehrbeauftragten) bildet. Die (negativen) Konsequenzen dieser Bestimmung reichen mE aber noch über Satz 1 hinaus, da in die SV gem § 4 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 bzw Abs 4 ASVG sowohl DN als auch arbeitnehmer-(AN-)ähnliche freie DN einbezogen sind.<sup>13)</sup> Ist das zugrunde liegende Vertragsverhältnis

zivilrechtlich als freier Dienstvertrag iSd § 4 Abs 4 ASVG zu qualifizieren, beschränkt sich die Besonderheit des § 1 Abs 3 LehrbeauftragtenG daher auf den Ausschluss aus der SV, handelt es sich hingegen zivilrechtlich betrachtet um einen Dienstvertrag, kommen sowohl die arbeitsrechtlichen als auch die sv-rechtlichen Spezifika dieser Bestimmung zur Anwendung. Da § 1 Abs 3 Satz 2 LehrbeauftragtenG jedwede SV nach dem ASVG ausschließt, bewirkt somit auch eine – iS von Satz 1 leg cit vorgenommene – Qualifikation eines zivilrechtlichen Dienstverhältnisses als (AN-ähnlicher) freier Dienstvertrag keine Einbeziehung in das ASVG.<sup>14)</sup>

Aber auch die Voraussetzungen für eine Einbeziehung in das GSVG liegen idR nicht vor: Lehrbeauftragte sind typischerweise weder Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft (und somit auch nicht von § 2 Abs 1 Z 1 GSVG erfasst) noch sind die Voraussetzungen des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (Versicherung als „neuer Selbständiger“) erfüllt, da die Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit in den gegenständlichen Konstellationen fehlen.<sup>15)</sup> Zwar wird eine steuerpflichtige Tätigkeit ausgeübt (Einkünfte aus unterrichtender Tätigkeit werden in § 22 Z 1 lit a EStG ausdrücklich erwähnt), doch umfasst § 2 Abs 1 Z 4 GSVG ausdrücklich nur „selbständig erwerbstätige“ Personen. Eine Subsumierung unter diese Bestimmung setzt somit voraus, dass die Merkmale der selbständigen Beschäftigung (gegenüber den Kennzeichen einer unselbständigen Tätigkeit) überwiegen. Gerade daran fehlt es aber in den hier interessierenden Konstellationen typischerweise.<sup>16)</sup> Im

7) Das sind Personen, die die Schüler der Bildungsanstalten für Kindergartenpädagogik sowie der Bildungsanstalten für Sozialpädagogik im Rahmen der lehrplanmäßig vorgesehenen Praxis an den Besuchspraxisstätten dieser Bildungsanstalten während des Unterrichtsjahres betreuen.

8) Unter bestimmten, in § 3a LehrbeauftragtenG näher geregelten Voraussetzungen.

9) Problematisch ist dies (lediglich), wenn unter Zugrundelegung der „normalen“ Abgrenzungskriterien ein Dienstverhältnis anzunehmen wäre. Ist dies nicht der Fall, normiert die Bestimmung ohnehin (bloß) Selbstverständliches.

10) Vgl zB *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 428 ff; *ders*, Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht (1995) 12 ff.

11) ZB *Risak*, Dienstzettelpflicht auch für freie Dienstnehmer, ZAS 2004, 201.

12) Vgl *Radner* in *Mazal/Risak* (Hrsg), Arbeitsrecht, Kap I (2009) Rz 40 ff mwN.

13) Die Erfüllung der Merkmale der AN-Ähnlichkeit iSd § 4 Abs 4 ASVG wird in Konstellationen, in denen bei zivilrechtlicher Betrachtung der Typus eines Dienstverhältnisses vorliegt, im Regelfall keine Probleme bereiten.

14) Vgl *Resch*, Sozialversicherungspflicht für freie Dienstverträge, DRdA 2000, 15.

15) Eine SV-Pflicht iSd § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 GSVG würde einer SV als AN-ähnlicher freier DN aufgrund der Subsidiaritätsregel des § 4 Abs 4 lit a ASVG ohnehin vorgehen.

16) Eine Versicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG käme in den hier interessierenden Konstellationen mE daher nur in Betracht, wenn es sich um ein freies Dienstverhältnis handelt, der Lehrbeauftragte zwar die Leistungen im Wesentlichen persönlich erbringt und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt, aber bei einer Gesamtbetrachtung dennoch die Merkmale der selbständigen Beschäftigung überwiegen.

Ergebnis unterliegt die Ausübung einer Tätigkeit iSd § 1 Abs 3 LehrbeauftragtenG somit im Normalfall weder der Versicherungspflicht nach dem ASVG noch nach dem GSVG.

### 3. Gleichheitsrechtliche Bedenken

Unter dem Aspekt des – auch den Gesetzgeber bindenden – Gleichheitssatzes ist § 1 Abs 3 LehrbeauftragtenG mE überaus problematisch.<sup>17)</sup> So schließt Satz 1 iVm Abs 1 dieser Bestimmung die Anwendung arbeitsrechtlicher Regelungen aus, obwohl der Typus eines Dienstverhältnisses vorliegt. Satz 2 legt erweitert dieses Schutzdefizit um die sv-rechtliche Komponente. Damit werden identische Sachverhalte unterschiedlichen Rechtsfolgen unterworfen.<sup>18)</sup> Dem Gesetzgeber ist es aber verwehrt, sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen vorzunehmen.<sup>19)</sup> Dies gilt auch für die Frage, welcher Personenkreis in die SV einbezogen bzw davon ausgeschlossen wird.<sup>20)</sup> Ein solcher Grund kann etwa darin bestehen, dass die Erbringung von Arbeitsleistungen nicht auf einer vertraglichen Grundlage beruht, sodass zB der Ausschluss von während der Straftat erbrachten Tätigkeiten aus der Pensionsversicherung sachlich gerechtfertigt ist.<sup>21)</sup>

Ein sachlicher Grund für die im LehrbeauftragtenG vorgenommene Differenzierung ist mE jedoch nicht ersichtlich: § 1 Abs 1 LehrbeauftragtenG enthält eine kasuistische Aufzählung bestimmter Lehrbeauftragter, für deren Vertragsverhältnisse zum Bund Abs 3 legt gesonderte Rechtsfolgen anordnet. Lehrbeauftragte, die nicht von dieser Norm erfasst sind, unterscheiden sich von Lehrbeauftragten iSd § 1 Abs 1 Lehrbeauf-

tragtenG vor allem dadurch, dass ihr Vertragspartner auch über Gesetzgebungskompetenz verfügt. Diesen (aus Sicht des/r Lehrbeauftragten) gesonderten Status nützt der Bund dazu, um – zu Lasten des/r Lehrbeauftragten – vom Normalfall abweichende Bestimmungen für Rechtsgeschäfte zu implementieren, bei denen er im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung als Vertragspartner auftritt.<sup>22)</sup>

Der Ausschluss aus der SV-Pflicht nach dem ASVG ist mE insb dann krass systemwidrig, wenn es sich um Dienstverhältnisse iSd zivilrechtlichen Typologie handelt, da er der – ua in § 4 Abs 4 ASVG zum Ausdruck kommenden – Tendenz des Gesetzgebers, die SV auch auf dem Dienstverhältnis verwandte Vertragstypen auszudehnen, diametral zuwiderläuft. Eine Regelung, die bestimmte Dienstverhältnisse aus der SV ausnimmt (und somit den „Kernbereich“ der in den SV-Schutz einbezogenen Verträge reduziert), kann damit nur schwerlich in Einklang gebracht werden. Dabei kann § 1 Abs 3 Satz 2 LehrbeauftragtenG mE nicht damit gerechtfertigt werden, dass dieser Umstand nur eintritt, wenn die Lehrtätigkeit (zum Bund) nicht als Hauptberuf ausgeübt wird und die Hauptquelle der Einnahmen bildet. Dieser Ausschluss von „Nebentätigkeiten“ aus der SV stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Mehrfachversicherung (innerhalb des ASVG) dar,<sup>23)</sup> die daher (wiederum) einer gesonderten sachlichen Rechtfertigung bedürfte.

Eine derartige Rechtfertigung kann aber etwa auch eine Analogie zu § 4 Abs 4 lit b ASVG nicht abgeben. Nach dieser Bestimmung sind AN-ähnliche freie Dienstverhältnisse, denen eine Nebentätigkeit iSd § 19 Abs 1 Z 1 lit f B-KUVG zugrunde liegt, von der SV-Pflicht ausgenommen. Wie sich sowohl aus dem Anwendungsbereich des B-KUVG als auch dem auf § 25 GehG verweisenden § 19 Abs 1 Z 1 lit f B-KUVG ergibt, handelt es sich dabei um (nicht zum Gegenstand der Dienstverrichtung gehörende) Tätigkeiten, die von Personen ausgeübt werden, die (bereits) in einem Dienstverhältnis (zum Bund) stehen und zu denen die Betreffenden von ihrem DG herangezogen werden. Dafür bezogene Vergütungen fließen gem § 19 Abs 1 Z 1 lit f B-KUVG in die Beitragsgrundlage ein. Somit erweist sich § 4 Abs 4 lit b ASVG aber nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Mehrfachversicherung, sondern als dessen Bestätigung: Weil die von dieser Norm erfassten Tätigkeiten ohnehin in die nach dem B-KUVG bestehende Versicherung einfließen, ist es nur konsequent, dass diese keine (weitere) SV-Pflicht nach dem ASVG begründen.

### 4. Conclusio

Die arbeits- und sozialrechtliche Situation von Lehrbeauftragten wird zu Recht nicht nur als (hoch) komplex, sondern als geradezu grotesk bezeichnet.<sup>24)</sup> ME könnte diese Qualifikation noch um das Etikett „verfassungswidrig“ angereichert werden. Generell unterstreicht die Problematik mE die Notwendigkeit einer – das Arbeits- und SV-Recht umfassenden sowie eine Vereinheitlichung herbeiführenden – Reform des AN-Begriffs.<sup>25)</sup>

ANDREAS GERHARTL (WIEN)

17) ZB VfGH 1985/VfSlg 10.492; 1992/VfSlg 13.178.

18) Vgl zB VfGH 1984/VfSlg 10.090 („Unterschiede im Tatsächlichen“).

19) ZB VfGH 1985/VfSlg 10.365; 1993/VfSlg 13.581.

20) Günther, Verfassung und Sozialversicherung (1994) 72; Tomandl/Aigner, Verfassungsprobleme bei der Sozialversicherung dienstnehmerähnlicher Beschäftigungsverhältnisse, ZAS 1997, 35; Schrammel, Gleichbehandlung und Sozialversicherung, ZAS 1999, 33.

21) ZB OGH 1990/SSV-NF 4/31; 2010/RdW 2010/392, 359; 31.5.2011, 10 Obs 46/11d; EGMR 7.7.2011, 37452/02, *Stummer vs Austria*.

22) ME wäre dies etwa damit vergleichbar, dass gesetzlich geregelt wird, durch vom Bund getätigte Einkäufe werde kein Kaufvertrag begründet.

23) Dies gilt sowohl für die Ausübung mehrerer sv-pflichtiger Tätigkeiten zu einem Dienstgeber (DG) als auch für die Begründung von Dienstverhältnissen zu verschiedenen Vertragspartnern. Die Höhe des Einkommens macht nur bezüglich der Frage, in welche Versicherungszweige der Versicherte einbezogen wird, einen Unterschied, da eine Vollversicherung die Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze voraussetzt.

24) Shubshizky, Lehrbeauftragte an pädagogischen Hochschulen – Versicherungspflicht, ASoK 2011, 279. Vgl auch Karl, Zur rechtlichen Qualifikation von Sprachlehrern, ASoK 1999, 277.

25) Vgl Entschließung des Nationalrats vom 15.6.2011, [http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR\\_2011/PK0596](http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2011/PK0596).

## Das Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission – Update 2011

Neben den in den Medien prominent besprochenen Änderungen im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) durch die Novelle 2011 – wie etwa der Einführung von Einkommensberichten oder verpflichtenden Gehaltsangaben in Stelleninseraten – kam es auch im dazugehörigen Verfahrensrecht zu einigen Änderungen.<sup>1)</sup> Folgender Beitrag widmet sich nun diesem Aspekt der Novelle 2011 und hat das Ziel, das „Verfahren neu“ vor der Gleichbehandlungskommission (GBK) für die Praxis darzustellen.<sup>2)</sup>

### 1. Die Ausgangslage

Das Verfahren zur Durchsetzung von Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes ist in Österreich durch ein *paralleles Rechtsschutzangebot* gekennzeichnet. Personen, die sich nach den im GIBG normierten Gründen für diskriminiert erachten, können sich an die ordentlichen Gerichte und/oder an den zuständigen Senat der GBK wenden, um ihre Ansprüche geltend zu machen. Diese beiden Wege können parallel zueinander oder nacheinander beschritten werden, es besteht keine Bindung an die Entscheidung der jeweils anderen Rechtsschutzeinrichtung. Die GBK soll als „niederschwellige“ Rechtsschutzeinrichtung von Diskriminierung betroffenen Personen relativ formfrei, vertraulich und kostenlos, eine erste Einschätzung des Falles durch ein Gremium von Expertinnen und Experten aus dem GIBG ermöglichen.

Wendet sich die betroffene Person nach dem Verfahren vor der GBK an das zuständige Gericht, kann das Prüfungsergebnis der GBK als Beweismittel vorgelegt werden und unterliegt der Beweiswürdigung des zuständigen Richters bzw der zuständigen RichterIn. Diese/n trifft gem § 61 GIBG eine Begründungspflicht, wenn vom Ergebnis des Verfahrens vor der GBK abgegangen wird.<sup>3)</sup>

Das GBK-Verfahren vor der Novelle 2011 war insb durch seine strenge Vertraulichkeit charakterisiert (§ 14 Abs 4 GBK/GAW-G,<sup>4)</sup> § 5 GBK-GO<sup>5)</sup>).

Von der Vertraulichkeit waren nicht nur der Inhalt des Beweisbeschlusses und der Beilagen, sondern auch die Protokolle über die Aussagen der Auskunftspersonen umfasst. Protokollabschriften wurden nur über die eigene Aussage erstellt; Auskünfte, welche Personen vom Beweisbeschluss umfasst waren, wurden nicht erteilt. Die Auskunftspersonen wurden einzeln befragt, es kam zu keiner Gegenüberstellung von Antragsteller/innen und Antragsgegner/innen.<sup>6)</sup>

### 2. Änderungen durch die Novelle 2011

Aus den Erläuterungen zu der am 1.3.2011 in Kraft getretenen Novelle des GIBG und des GBK/GAW-G geht hervor, dass neben der Verbesserung der Einkommenstransparenz und der Erhöhung des Schutzniveaus beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen auch die Verbesserung des Instrumentariums zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein Ziel der Novelle darstellt.

Zu diesem Zweck sind mehrere Änderungen im Verfahren vor der GBK vorgenommen worden, zwei

davon werden hier exemplarisch hervorgehoben und in der Folge kurz dargestellt: Der neue § 10 Abs 2a GBK/GAW-G gibt den Mitgliedern des Senates und der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) in Einzelfällen die Möglichkeit, bei vermuteten Verletzungen des Gleichbehandlungsgebotes Einkommensdaten sogenannter Vergleichspersonen beim zuständigen Sozialversicherungs-(SV-)träger einzuholen. Mit § 14 Abs 4 GBK/GAW-G wurde implizit die Vertraulichkeit des Verfahrens vor der GBK aufgehoben, in dem statt der Vertraulichkeit nunmehr nur die Nicht-Öffentlichkeit des Verfahrens ausdrücklich normiert wird.

#### 2.1. Die Einholung von Einkommensdaten beim zuständigen Sozialversicherungsträger

Zur Feststellung von Diskriminierungen beim Entgelt (§§ 3 Z 2, 17 Abs 1 Z 2 GIBG) ist es immer erforderlich glaubhaft zu machen, dass einer anderen Person, mit der sich der/die Antragsteller/in vergleicht („Vergleichsperson“), für die gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ohne sachliche Rechtfertigung mehr bezahlt wird. Dies darzulegen war in der Praxis aus Sicht der Antragsteller/innen ein schwieriges Unterfangen, da Einkommensdaten der Vergleichspersonen in den meisten Fällen nicht zur Verfügung standen. Anträge bezüglich Entgeltdiskriminierung waren daher oft auf Vermutungen gestützt, nur selten konnten die behaupteten Benachteiligungen objektiviert werden.

Diesem Problem soll nun der neu geschaffene § 10 Abs 2a GBK/GAW-G entgegenwirken.

„*Vermutet der Senat die Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgesetzes gemäß § 3 Z 2 oder § 17 Abs 1 Z 2 GIBG, kann er den in Betracht kommenden Träger der Sozialversicherung um Auskunft über die sozialversicherungsrechtliche Beitragsgrundlage nach dem BMSVG von Personen ersuchen, deren Einkommen für die Entscheidung über die vermutete*

- 1) Änderungen des GIBG und des Gesetzes über die GBK und die Gleichbehandlungsanwaltschaft ua durch das BGBl I 2011/7 vom 15.2.2011, in Kraft getreten am 1.3.2011; Änderung der GBK-Geschäftsordnung (-GO) durch Verordnung (VO) der Bundesministerin für Frauen und öffentlichen Dienst, BGBl II 2011/102 vom 9.4.2011.
- 2) Die Autorin, Dr.in Eva Matt, ist seit 1.7.2008 Vorsitzende von Senat I der GBK. Persönliche Eindrücke beziehen sich auf ihre bisherigen Wahrnehmungen des neuen Verfahrens.
- 3) Dazu ausführlich Hopf, Begründungspflicht des Gerichtes nach § 61 GIBG: Eine Schnittstelle zur Gleichbehandlungskommission, DRdA 1/2007, 3-10.
- 4) § 14 Abs 4 GBK/GAW-G: „Die Sitzungen des Senates sind vertraulich und nicht öffentlich. ...“
- 5) § 5 GBK-GO: „Die Senatssitzungen sind nicht öffentlich und vertraulich. Die Teilnahme einer Auskunftsperson und/oder deren Vertreter/in an der Befragung einer anderen Auskunftsperson ist daher unzulässig.“
- 6) Zum Verfahren vor der Novelle 2011 siehe: Matt, Das Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission, DRdA 5/2009, 443-444.



*Verletzung des Gleichbehandlungsgebots unbedingt erforderlich sind. (...) Die in Betracht kommenden Träger der Sozialversicherung sind verpflichtet, dem Senat diese Auskünfte zu erteilen. (...)*<sup>7)</sup>

Der Antrag an den zuständigen SV-Träger muss die erforderlichen Daten der Vergleichsperson – Name, Geburtsdatum und Versicherungsnummer – sowie den Namen der Arbeitgeber/innen (AG) enthalten. Einkommensdaten unterliegen dem Schutz des Grundrechts auf Datenschutz gem § 1 Abs 1 DSGVO. Der Eingriff in dieses Grundrecht erfordert eine gesetzliche Grundlage, „ein dem Geheimhaltungsanspruch überwiegendes berechtigtes Interesse“ und muss außerdem aus den in Art 8 Abs 2 EMRK<sup>7)</sup> genannten Gründen notwendig sein. Die Erläuterungen zu § 10 Abs 2a GBK/GAW-G kommen zu dem Schluss, dass die Befugnis der Senate der GBK und der GAW, Einkommensdaten von Vergleichspersonen bei Verdacht auf einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes einzuholen, grundsätzlich einem berechtigten Interesse – nämlich der Verfolgung rechtlich geschützter Interessen im Fall einer Entgelt-diskriminierung – dient und dem Geheimhaltungsinteresse der Vergleichsperson daher überwiegt.<sup>8)</sup> Für die Mitglieder (Ersatzmitglieder) der Senate ist für diese Fälle ausdrücklich eine Verschwiegenheitspflicht über die bekanntgewordenen Daten normiert.

Die ersten Erfahrungen des Senates I der GBK mit diesem Instrument sind durchwegs positiv. Werden die entsprechenden Daten zur Verfügung gestellt und an den SV-Träger weitergeleitet, wurde dem Ersuchen des Senates I bisher immer prompt entsprochen und

die gewünschte Auskunft erteilt. Durch Zugrundelegen der dadurch bekannten Einkommensdaten werden die Senatsmitglieder in die Lage versetzt, neben den unmittelbar durch die Befragung entstandenen Eindrücken des Falles, anhand objektiver Beweise zu entscheiden, ob eine Entgelt-diskriminierung vorliegt oder nicht. Auch für die weitere Verwertbarkeit des Prüfungsergebnisses in einem anschließenden Gerichtsverfahren erscheint diese Ermächtigung der Senate der GBK als sehr sinnvolle Neuerung im Verfahren vor der GBK.

## 2.2. Die Aufhebung der Vertraulichkeit

Gemäß den Regelungen des § 14 Abs 4 GBK/GAW-G idF vor der Novelle waren die Sitzungen der Senates der GBK vertraulich. Die Auskunftspersonen wurden einzeln befragt, Rechtsvertreter/innen oder Antragsgegner/innen durften bei den Einvernahmen der jeweiligen Gegenseite nicht anwesend sein und erhielten auch kein Protokoll über die getätigten Aussagen. Die Akteneinsicht war nicht zulässig. Aus Sicht von Senat I der GBK, der sich mit Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts und Mehrfachdiskriminierungen in der Arbeitswelt befasst, war diese Regelung in vielen Fällen durchaus sinnvoll. Ehemalige Arbeitskolleginnen oder -kollegen konnten auf diese Weise – geschützt von der Vertraulichkeit des Verfahrens – als Auskunftspersonen aussagen, ohne Nachteile von AG-Seite erwarten zu müssen.

Diese Konstruktion führte jedoch zu Rechtsschutzdefiziten auf Antragsgegner/innen-Seite, da nicht die gesamten Beweismittel offen gelegt wurden. Auf die durchaus berechtigte Kritik, dass durch diese Konstruktion ein Spannungsverhältnis zum Recht auf ein faires Verfahren entstünde, reagierte der Gesetzgeber mit der Abschaffung der Vertraulichkeit des GBK-Verfahrens. Die neuen Regelungen sollen der Verfahrensbeschleunigung dienen und das Verfahren vor der GBK transparenter machen.

Nunmehr findet das Verfahren vor der GBK grundsätzlich im Beisein von Antragsteller/innen und Antragsgegner/innen statt. Jede Auskunftsperson kann zwar einen Antrag auf abgesonderte Befragung stellen, das Protokoll ihrer Aussage wird jedoch jedenfalls der antragsgegnerischen Seite übermittelt. Diskriminierungen von Auskunftspersonen im Anschluss an ein Verfahren vor der GBK, etwa durch deren Aussagen oder Engagement in einem bestimmten Fall, sind – wie schon bisher – durch die Bestimmung des § 13 GIBG „Benachteiligungsverbot“ erfasst.<sup>9)</sup> In Fällen sexueller Belästigung ist grundsätzlich die abgesonderte Befragung vorgesehen, außer es wird ausdrücklich eine gemeinsame Befragung in Anwesenheit von Antragsgegner oder Antragsgegnerin beantragt. Die Möglichkeit einer abgesonderten Befragung soll dem Schutz der Persönlichkeitssphäre dienen und die direkte Konfrontation von Antragsteller/in und Antragsgegner/in verhindern, sofern diese nicht erwünscht ist.<sup>10)</sup>

Die Einführung der gemeinsamen Befragung ist als ein verfahrensrechtliches Instrumentarium gedacht, das auch der Verfahrensbeschleunigung dienen soll.

Einen Anspruch auf gemeinsame Befragung – ein „Recht auf Konfrontation“ – gibt es im neuen Verfahren

7) Art 8 Abs 2 EMRK: „Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

8) Siehe EB zur RV 938 Blg 24. GP 12.

9) § 13 GIBG: „Als Reaktion auf eine Beschwerde darf ein/e Arbeitnehmer/in durch den/die Arbeitgeber/in innerhalb des betreffenden Unternehmens (Betriebes) oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. Auch ein/e andere/r Arbeitnehmer/in, der/die als Zeuge/Zugin oder Auskunftsperson in einem Verfahren auftritt oder eine Beschwerde eines/einer anderen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin unterstützt, darf als Reaktion auf eine solche Beschwerde oder auf die Einleitung eines solchen Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht entlassen, gekündigt oder anders benachteiligt werden. § 12 gilt sinngemäß.“

10) Aus den neuen Regeln ergibt sich eine vor diesem Hintergrund widersprüchlich scheinende Situation: Obwohl die eigene Befragung abgesondert durchgeführt werden kann, etwa um ein Zusammentreffen zu vermeiden, können beide Verfahrensparteien der Befragung weiterer Auskunftspersonen gemeinsam beiwohnen. Um einer Konfrontation über diesen Wege zu entgehen, können Antragsteller/innen oder Antragsgegner/innen jedoch auf die Teilnahme an der Einvernahme der Auskunftsperson verzichten, das Protokoll über deren Aussage erhalten sie jedenfalls.

vor der GBK nicht.<sup>11)</sup> Erscheinen Antragsteller/in und/oder Antragsgegner/in nicht zum Befragungstermin der Auskunftsperson, wird deren Befragung ohne sie stattfinden. Das Protokoll über die Befragung erhalten die Verfahrensparteien jedenfalls.

Ein „Fragerecht“ der Verfahrensparteien ist nicht ausdrücklich geregelt. Das Wort zu erteilen und Fragen an die Auskunftspersonen zuzulassen, liegt in der Entscheidung der oder des Vorsitzenden (§ 12 Abs 3 GBK-GO). Dienen die Fragen der Aufklärung von Widersprüchen und der Erhellung des Sachverhaltes, steht deren Beantwortung aber sicherlich nichts im Wege.

### 3. Abschluss

Mit den neuen Verfahrensregeln ist die GBK ein Stück von ihrer ursprünglichen Funktion einer „niederschweligen“ Rechtsschutzeinrichtung, in deren Verfahren die Vertraulichkeit und Formfreiheit domi-

niert haben, weggerückt. Die nunmehr stattfindenden Verhandlungen erinnern – bei gemeinsamer Befragung mehrerer rechtsanwaltlich verteilter Auskunftspersonen – immer mehr an „normale“ Gerichtsverfahren.

Erste Erfahrungen mit dem „neuen Verfahren“ zeigen, insb in der Tagung in Ausschüssen,<sup>12)</sup> dessen mögliche Vorteile.

Fälle können rascher abgewickelt, Auskunftspersonen effektiver befragt und Sitzungen flexibler abgehalten werden. Durch den Entfall der Vertraulichkeit des Verfahrens können Antragsteller/innen und Antragsgegner/innen an den jeweiligen Befragungen selbst teilnehmen. Widersprüche fallen im Rahmen dieser Befragungen schneller auf und können unmittelbar aufgeklärt werden. Auch entstehen ganz andere Wahrnehmungen, wenn sich nun Antragsgegner/innen und Antragsteller/innen vor den Augen der Mitglieder des Senates gegenüber treten. Die verstärkte Transparenz ist sicherlich ein Vorteil für die Verwertbarkeit der Verfahrensergebnisse, der weiterhin nicht starre Rahmen ist für das Führen von Vergleichsgesprächen anregend.

Aus meiner Sicht kann die Grundkonstruktion der GBK als ein mit Expertinnen und Experten besetztes Gremium, das fristenwährend vor dem Einschlagen des Gerichtswegs zur Entscheidung von Einzelfällen angerufen werden kann, kombiniert mit den neuen Verfahrensregeln noch besser als bisher dafür genutzt werden, dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Österreich zur Durchsetzung zu verhelfen.

EVA MATT (WIEN)

<sup>11)</sup> Hier würde sich auch die Frage nach dessen Durchsetzbarkeit stellen.

<sup>12)</sup> Diese in § 15 GBK/GAW-G und § 16 GBK-GO geregelte Möglichkeit der Tagung in „kleiner Besetzung“ wird seit Juli 2008 von Senat I der GBK erfolgreich genutzt. Die Beratungen erfolgen in einem Fünfer-Senat, bestehend aus jeweils einem Mitglied von WKO, IV, AK und ÖGB sowie der Vorsitzenden. Ursprünglich wurden im Ausschuss nur Fälle sexueller Belästigung behandelt, seit Mai 2009 werden nun auch Fälle von Begründungs- und Beendigungsdiskriminierung der Behandlung durch den Ausschuss zugeteilt.

## Aktuelle Sozialpolitik

### Die Europäische Sozialcharta

#### 1. Einleitung

Die Europäische Sozialcharta, die im Jahre 1961 als eines der ersten verbindlichen Instrumente auf dem Gebiet der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte beschlossen worden ist, stellt heute einen der Grundpfeiler für die soziale Gerechtigkeit in Europa mit persönlichem Geltungsbereich für 800 Mio Menschen in den 47 Mitgliedstaaten des Europarates dar.

Die Europäische Sozialcharta ist im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte das Gegenstück zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), die den Schutz der bürgerlichen und politischen Grundrechte und Grundfreiheiten gewährleistet.

An die Entwicklungen im Arbeitsrecht und in der Sozialpolitik hat sich die Charta nicht nur durch das extensive Case Law angepasst, sondern auch durch Zusatzprotokolle, die ihren Inhalt und den Überwachungsmechanismus verstärken. 1996 wurde die überarbeitete Sozialcharta angenommen. Damit wurde den geänderten rechtlichen und sozialen Rah-

menbedingungen in den Vertragsstaaten Rechnung getragen, aber auch eine Anpassung an die EU-Rechtsvorschriften im Bereich des Arbeitsrechts vorgenommen.

Von den 47 Mitgliedstaaten des Europarates sind 12 Mitgliedstaaten noch an die Charta aus 1961 gebunden, 31 Mitgliedstaaten (inklusive Österreich seit 20.5.2011) haben bereits die revidierte Charta von 1996 ratifiziert.<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> In alphabetischer Reihenfolge – nach dem englischen Alphabet – sind dies: Albanien, Andorra, Armenien, Österreich, Aserbaidschan, Belgien, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Kroatien, Zypern, die Tschechische Republik, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Deutschland, Griechenland, Ungarn, Island, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Moldawien, Montenegro, die Niederlande, Norwegen, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Schweden, die ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien, die Türkei, die Ukraine und das Vereinigte Königreich.

## 2. Die Abkommen

### 2.1. Die Europäische Sozialcharta von 1961

Die Europäische Sozialcharta von 1961 garantiert 19 Rechte. Der Text der Charta weist von der Struktur her eine Besonderheit auf: Während der erste Teil ein politisches Instrument mit Zielbestimmungen für die soziale Entwicklung darstellt, enthält der zweite Teil bindende Rechtsvorschriften. Rechtstechnisch gesehen ist die Charta in Artikel und Absätze unterteilt.

Die in der Europäischen Sozialcharta verankerten Rechte können in drei Kategorien eingeteilt werden:

#### 1. Schutz der Beschäftigung.

- Das Recht auf Arbeit, auf Berufsberatung und auf berufliche Ausbildung. Umfasst sind insb das Recht, seinen Lebensunterhalt durch eine frei gewählte Tätigkeit zu verdienen, das Verbot der Zwangsarbeit und eine auf die Sicherung der Vollbeschäftigung gerichtete Sozial- und Wirtschaftspolitik.
- Der Schutz der Arbeitsumwelt. Dieser umfasst das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen, wie Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen, bezahlte Feiertage und Urlaub; gerechte Entlohnung, einschließlich des Rechts von Frauen und Männern auf gleiche Entlohnung für gleichwertige Arbeit und das Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen.
- Das Vereinigungsrecht und das Recht auf Kollektivverhandlungen, einschließlich des Streikrechts.
- Einen besonderen Schutz für bestimmte ArbeitnehmerInnen-(AN-)gruppen, wie Kinder und Jugendliche, Frauen, Menschen mit Behinderung und Wander-AN.

#### 2. Sozialer Schutz für die gesamte Bevölkerung.

Dazu zählen das Recht auf Gesundheitsschutz, das Recht auf soziale Sicherheit, das Recht auf soziale und ärztliche Hilfe, also auf Fürsorge, und das Recht auf Inanspruchnahme sozialer Dienste.

3. Spezieller Schutz außerhalb der Arbeitswelt für bestimmte Personengruppen, wie Kinder und Jugendliche, Mütter, Familien, Menschen mit Behinderung sowie Wander-AN und ihre Familien.

Die Europäische Sozialcharta muss – im Gegensatz zu anderen völkerrechtlichen Verträgen – nicht in ihrer Gesamtheit ratifiziert werden. Ein Vertragsstaat kann auch nur einzelne Artikel bzw nur einzelne Absätze in einer bestimmten, in der Charta selbst festgelegten Mindestanzahl für sich verbindlich erklären. Es gibt sogenannte Hardcore-Artikel, die die grundlegenden Rechte festlegen. Diese sind das Recht auf Arbeit (Art 1), das Vereinigungsrecht und das Recht auf Kollektivverhandlungen (Art 5 und 6), das Recht auf soziale Sicherheit (Art 12), das Recht auf Fürsorge (Art 13), das Recht der Familien auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz (Art 16) und das Recht der Wander-AN und ihrer Familien auf Schutz und Beistand (Art 19). Jeder Vertragsstaat muss jedenfalls fünf von diesen insgesamt sieben Hardcore-Artikeln ratifizieren. Weiters sind noch mindestens zehn Artikel oder 45 (nummerierte) Absätze zu ratifizieren.

### 2.2. Die überarbeitete (revidierte) Europäische Sozialcharta von 1996

Die Europäische Sozialcharta wurde lange nicht an die internationale Entwicklung der sozialen Rechte angepasst. Erst in den 1990-er Jahren wurde ein aus RegierungsvertreterInnen und BeobachterInnen zusammengesetzter Ausschuss eingesetzt, der Vorschläge zur Verbesserung der Wirksamkeit der Europäischen Sozialcharta, insb der Wirkungsweise ihres Überwachungsmechanismus, erarbeitete. Im Oktober 1994 wurde der Entwurf einer revidierten Europäischen Sozialcharta dem Ministerkomitee vorgelegt, das den Entwurf am 3.4.1996 annahm.

Nach der Ratifikation durch drei Staaten ist die revidierte Europäische Sozialcharta am 1.7.1999 in Kraft getreten. Österreich hat die revidierte Europäische Sozialcharta am 20.5.2011 ratifiziert. Sie ist für Österreich am 1.7.2011 in Kraft getreten (BGBl III 2011/112).

Ziel der revidierten Europäischen Sozialcharta ist eine Modernisierung und Anpassung an die Entwicklungen, die seit der Abfassung der Charta im Jahr 1961 im Arbeitsrecht und in der Gestaltung der Sozialpolitik, insb durch die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) und die EU, eingetreten sind. Die Spruchpraxis des Ausschusses für soziale Rechte wurde berücksichtigt, ebenso die Rechte aus dem Zusatzprotokoll von 1988. Die Struktur folgt dem Grundsatz der Charta aus 1961: Teil I enthält die anzustrebenden Ziele, Teil II legt die einzelnen Rechte fest und Teil III enthält die Umsetzungsbestimmungen. Entsprechend den Rechtsetzungsetappen setzt sich die revidierte Charta aus drei nicht besonders gekennzeichneten Abschnitten zusammen:

- die 19 Rechte der Charta von 1961, zum Teil mit wichtigen Änderungen, Anpassungen und Ergänzungen,
- die vier Rechte aus dem Zusatzprotokoll von 1988 und
- die neuen, zusätzlichen Rechte, die in Anlehnung an Rechtsakte der EU oder Übereinkommen der IAO gestaltet wurden.

Zwei neue Hardcore-Artikel wurden eingeführt:

- Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz. Diese Bestimmung entspricht Art 7 der Charta von 1961, wobei jedoch das Schutzniveau angehoben wurde.
- Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, das aus dem Zusatzprotokoll von 1988 stammt.

Als wesentliche Änderungen der schon in der Sozialcharta von 1961 vorgesehenen Rechte sind zu nennen:

- Verlängerung des bezahlten Jahresurlaubes von zwei auf vier Wochen (Art 2 Abs 2, siehe Arbeitszeitrichtlinie [-RL] 2003/88/EG).
- Neudefinition der nationalen Politik auf dem Gebiet der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN, die vorrangig auf die Beseitigung oder Verringerung der Ursachen von Gefahren in der Arbeitsumwelt abzielt (Art 3). Auch diese Bestimmung entspricht den Intentionen des AN-

- Schutzes der EU, der in erster Linie auf Prävention und Gefahrenvermeidung abstellt, einschließlich eines betriebsärztlichen Dienstes, und weniger auf Ausgleichsmaßnahmen wie zB die Verkürzung der Arbeitszeit oder die Verlängerung desurlaubes bei gesundheitsgefährdenden Tätigkeiten, wie dies in der Charta von 1961 vorgesehen ist (Rahmen-RL 89/391/EWG).
- Festsetzung des Mindestalters für die Zulassung zur Beschäftigung in bestimmten gefährlichen oder gesundheitsschädlichen Berufen mit 18 Jahren und Anhebung der Altersgrenze für die Begrenzung der Arbeitszeit von Jugendlichen auf 18 Jahre in Art 7 (Jugendarbeitsschutz-RL 94/33/EG).
  - Neugestaltung der Schutzbestimmungen für Frauen in Art 8: Um dem Gleichstellungsgrundsatz Rechnung zu tragen, wurden die entsprechenden Bestimmungen der Charta so geändert, dass sie Frauen ausschließlich im Fall der Mutterschaft schützen. Die Regelung der Nacharbeit wurde geschlechtsneutral gefasst und das Verbot der Beschäftigung mit Untertagearbeiten im Bergbau und sonstigen gefährlichen, gesundheitsschädlichen oder beschwerlichen Arbeiten auf die Fälle der Mutterschaft eingeschränkt. Dadurch wurde den modernen Anforderungen hinsichtlich der Gleichstellung von Frauen und Männern Rechnung getragen. Weiters erfolgte eine Anpassung an die Mutterschutz-RL (92/85/EWG). Der Mutterschaftsurlaub (Schutzfrist) wurde auf 14 Wochen, die Mindestdauer des Kündigungsschutzes für Schwangere auf den Zeitraum ab Meldung der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs verlängert.
  - Normierung besonderer Maßnahmen zur Umschulung und Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen in Art 10.
  - Neufassung und Erweiterung der Rechte von Menschen mit Behinderung in Art 15 durch die Verankerung des Rechts von Menschen mit Behinderung auf Eigenständigkeit, insb auf eigenständige Lebensführung sowie auf soziale Eingliederung und auf Teilhabe am Leben der Gemeinschaft. Beratung, schulische und berufliche Bildung sollen soweit wie möglich im Rahmen des allgemeinen Systems erfolgen. Diese neuen Rechte stützen sich auf das IAO-Übereinkommen Nr 159 über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Menschen mit Behinderung.
  - Klarstellung in Art 16, dass der Begriff „Familie“ auch die Ein-Elternteil-Familie erfasst.
  - Verbesserung des Schutzes der Kinder und Jugendlichen außerhalb der Arbeitswelt in Art 17.
  - Herabsetzung des Alters für den Familiennachzug von Kindern von 21 Jahren auf den Zeitpunkt der Volljährigkeit im Aufnahmestaat, Sprachförderung sowohl hinsichtlich der Muttersprache als auch der Landessprache des Aufnahmestaates (Art 19).
- Aus dem Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta vom 5.5.1988 wurden folgende Rechte übernommen (Art 20 bis 24):
- Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Diese Rechte sind der EU-Gleichbehandlungs-RL 76/207/EWG (nunmehr 2006/54/EG) nachgebildet. Art 20 ist ein neuer Hardcore-Artikel.
  - Unterrichtung und Anhörung der AN oder ihrer VertreterInnen hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Lage des Unternehmens und über Entscheidungen, die die Interessen der AN erheblich berühren können.
  - Beteiligung der AN oder ihrer VertreterInnen an der Festlegung und Verbesserung der Arbeitsbedingungen und der Arbeitsumwelt.
  - Das Recht älterer Menschen auf sozialen Schutz. Den älteren Menschen soll durch die Zurverfügungstellung von ausreichenden Mitteln und Diensten die Möglichkeit gegeben werden, ein menschenwürdiges, eigenständiges und aktives Leben zu führen. Folgende neue Rechte wurden verankert:
  - Das Recht auf Schutz bei Kündigung iSd IAO-Übereinkommens Nr 158 (Übereinkommen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den/die ArbeitgeberIn [AG]).
  - Der Schutz der AN bei Zahlungsunfähigkeit des/der AG. Dieses neue Recht beruht auf der sogenannten Insolvenz-RL (2008/94/EG), die die Einrichtung eines Garantiefonds vorsieht, um AN-Ansprüche bei Insolvenz des/der AG zu befriedigen, sowie dem IAO-Übereinkommen Nr 173.
  - Unterrichtung der AN über den wesentlichen Inhalt ihres Arbeitsvertrages. Diese Regelung entspricht den Grundsätzen der sogenannten Nachweis-RL (91/533/EWG), die die Verpflichtung enthält, AN eine schriftliche Aufzeichnung über den wesentlichen Inhalt des Arbeitsvertrages auszuhändigen. Ausnahmen dazu bestehen für Arbeitsverhältnisse von kurzer Dauer oder Gelegenheitsarbeiten sowie Tätigkeiten von besonderer Art, sofern objektive Gründe die Nichtanwendung rechtfertigen.
  - Das Recht der AN auf Würde am Arbeitsplatz, das den Schutz vor sexueller Belästigung und vor Mobbing umfasst. Vgl dazu die Empfehlung der Kommission 92/131/EWG zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz sowie die Mitteilung der Kommission zur Übermittlung der von den europäischen Sozialpartnern am 26.4.2007 unterzeichneten Rahmenvereinbarung zu Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz, KOM (2007) 686.
  - Das Recht der AN mit Familienpflichten auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung. Dieses Recht entspricht dem IAO-Übereinkommen Nr 156 über AN mit Familienpflichten.
  - Das Recht der AN-VertreterInnen auf Schutz und Erleichterungen im Betrieb, das vor allem einen Kündigungsschutz und ein Benachteiligungsverbot für AN-VertreterInnen enthält und sich an das IAO-Übereinkommen Nr 135 anlehnt. Dieser Schutz ergänzt die Bestimmungen des Art 5 über Vereinigungsfreiheit, der nur GewerkschaftsvertreterInnen erfasst.
  - Information und Anhörung der AN-VertreterInnen in Verfahren bei Massenentlassungen (entspricht der Massenentlassungs-RL 98/59/EG).
  - Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung. Erfasst sind nicht nur Personen, die bereits in sol-



chen prekären Verhältnissen leben, sondern auch solche, die Gefahr laufen, in Armut oder soziale Ausgrenzung zu fallen.

- Das Recht auf Wohnung. Es sind Maßnahmen zu ergreifen, um den Zugang zu Wohnraum zu ausreichendem Standard zu fördern, der Obdachlosigkeit vorzubeugen und sie schrittweise abzubauen sowie die Wohnkosten für Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, so zu gestalten, dass sie tragbar sind.

Im Anhang zur revidierten Sozialcharta sind diese Bestimmungen näher präzisiert. Die revidierte Charta stellt in Art E auch klar, dass sich das in der Präambel der Charta von 1961 verankerte Diskriminierungsverbot auf alle Bestimmungen der Charta bezieht. Eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist jedoch möglich.

Der persönliche Geltungsbereich der Charta wird im Anhang definiert. Danach sind ausländische Staatsangehörige als gleichberechtigt anzusehen, wenn sie Staatsangehörige von Vertragsstaaten der Charta sind und sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet des betreffenden Vertragsstaates aufhalten oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind.

Auch die revidierte Sozialcharta kann „à la carte“ ratifiziert werden. Von den nunmehr neun Hardcore-Artikeln sind jedenfalls sechs anzunehmen und von 31 Artikeln 16 oder mindestens 63 Absätze. Österreich hat bei seiner Ratifikation sechs Hardcore-Artikel (Art 1, 5, 12, 13, 16 und 20) sowie 76 nummerierte Absätze für sich als bindend anerkannt. Näheres siehe BGBl III 2011/112.

Die revidierte Sozialcharta ist – wie schon die Charta von 1961 – in Österreich nicht unmittelbar anwendbar, da sie mit einem Erfüllungsvorbehalt versehen wurde. Es handelt sich somit um einen völkerrechtlichen Vertrag, der lediglich eine völkerrechtliche Verpflichtung des Staates schafft, seine Gesetzgebung und Praxis entsprechend zu gestalten. Der/Die Einzelne kann aus der Sozialcharta jedoch keine Rechte ableiten.

### 3. Das Überwachungssystem

Die Vertragsstaaten legen jedes Jahr einen Bericht über die Umsetzung der Charta vor. Die Artikel wurden in vier Gruppen eingeteilt, die im Vier-Jahres-Rhythmus überprüft werden:

*Gruppe 1:* Erwerbstätigkeit, Bildung und Chancengleichheit; Art 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 und 25.

*Gruppe 2:* Gesundheit, Sozialversicherung und sozialer Schutz; Art 3, 11, 12, 13, 14, 23 und 30.

*Gruppe 3:* Arbeitsbedingungen; Art 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 und 29.

*Gruppe 4:* Kinder, Familien und Ausländer; Art 7, 8, 16, 17, 19, 27 und 31.

Die Berichte der einzelnen Vertragsstaaten erfolgen auf Grundlage eines Fragebogens (Berichtsformulares), der vom Ausschuss der Regierungsvertreter gemeinsam mit dem Ausschuss für soziale Rechte ausgearbeitet und vom Ministerkomitee angenommen wurde.

Die Berichte sind in den offiziellen Sprachen des Europarates, also in Englisch oder Französisch vorzulegen.

Diese nationalen Berichte werden vom Ausschuss für soziale Rechte diskutiert und bewertet. Das Ergebnis dieser Diskussion und Bewertung wird in sogenannten Schlussfolgerungen niedergelegt, die nach Art eines Urteiles begründet sind. Sie sind ausschließlich eine rechtliche Würdigung darüber, ob die Staaten die Forderungen der Europäischen Sozialcharta erfüllt haben.

Der Ausschuss für soziale Rechte setzt sich aus 15 ExpertInnen aus den Vertragsstaaten zusammen, die vom Ministerkomitee gewählt werden. Eine Funktionsperiode beträgt sechs Jahre, Wiederwahl ist möglich. Die Auswahl der ExpertInnen erfolgt nach geografischen Gesichtspunkten.

Nächste Station des Überwachungsverfahrens ist der Regierungsausschuss, der nun nach politischen, sozialen und wirtschaftlichen Kriterien entscheidet, wie bei vom Ausschuss für soziale Rechte festgestellten Verstößen weiter verfahren werden soll. Der Regierungsausschuss setzt sich aus den VertreterInnen der Vertragsparteien der Europäischen Sozialcharta zusammen und wird unterstützt vom Europäischen Gewerkschaftsbund (EGB), der Union der Industrie- und AG-Verbände Europas (Businesseurope) und der Internationalen AG-Organisation (IOE). In der Charta selbst ist als einzige Sanktion das Instrument der Empfehlung vorgesehen. Der Regierungsausschuss kann seine Entscheidung jedoch auch verschieben und den kritisierten Vertragsstaat ersuchen, genauere Informationen vorzulegen oder eine „Warnung“ aussprechen. Letztendlich entscheidet das Ministerkomitee, welche Empfehlungen an einen Vertragsstaat wegen Nichterfüllung der Verpflichtungen aus der Charta ausgesprochen werden.

Das Ministerkomitee hat auch Österreich in einigen Fällen empfohlen, die Rechtslage mit der Charta in Einklang zu bringen, und zwar betreffend Art 5 (Schutz vor Kündigung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit in Betrieben mit weniger als fünf AN sowie fehlendes passives Wahlrecht zum Betriebsrat für Staatsangehörige der Vertragsstaaten der Charta, die keine EWR-BürgerInnen sind) und Art 8 (fehlender Kündigungsschutz für bestimmte schwangere Hausangestellte). In all diesen Fällen wurde die österreichische Rechtslage entsprechend geändert.

Ein Vertragsstaat muss jedoch nicht nur regelmäßig über die Umsetzung der von ihm ratifizierten Bestimmungen berichten, sondern auch über die nicht angenommenen Bestimmungen. Der Zeitpunkt dieser Berichterstattung wird vom Ministerkomitee festgelegt (Art 22).

### 4. Ausblick

Die Absicht der Mitgliedstaaten des Europarates im Jahre 1961 bestand darin, ein vollwertiges Pendant zur EMRK zu schaffen, beschlossen wurde aber letztlich nur ein schwacher Gegenpart mit der Möglichkeit der Auswahl bestimmter Artikel und einem schwachen Überwachungsverfahren. Eine Aufwertung erfuhr die Charta erst im Jahr 1996 mit dem Inkrafttreten der revidierten Charta mit nunmehr 31 anstelle der 19 Artikel der alten Charta und der Annahme des Zusatzprotokolls über Kollektivbeschwerden, das 1998 in Kraft

getreten und mittlerweile von 14 Mitgliedstaaten des Europarates ratifiziert worden ist.

Auch wenn die Rechte der Sozialcharta nicht in gleicher Weise wie die in der EMRK niedergelegten Rechte ausgestaltet sind, so spielen sie doch im Alltagsleben der EuropäerInnen eine bedeutende Rolle. Die Sozialcharta ist trotz mancher Schwächen ein wirksames Instrument, um Millionen von Menschen im Alltag die Achtung grundlegender Menschenrechte zu gewährleisten. Die im Rahmen des Überwachungsverfahrens ergangenen Entscheidungen führten in vielen Fällen dazu, dass die Vertragsstaaten ihre Gesetzgebung oder innerstaatliche Praxis geändert haben, um sie mit der Sozialcharta in Einklang zu bringen.<sup>2)</sup>

Durch die Feiern anlässlich des 50. Jahrestages der Annahme der Europäischen Sozialcharta am 18.10.2011 könnte ein weiterer Impuls für die Verstärkung des durch die Charta gebotenen Schutzes und die Verbesserung der Effizienz des Überwachungssystems erfolgen. Zahlreiche Vorschläge zur Reform der

Europäischen Sozialcharta werden bereits im Rahmen von Seminaren und Veranstaltungen im Zusammenhang mit dem 50. Jahrestag der Annahme der Charta diskutiert. Sie reichen von pragmatischen Vorschlägen zur Verbesserung des Berichtssystems bis hin zu sehr weit reichenden Konzepten wie die Aufwertung der sozialen und wirtschaftlichen Grundrechte zu individuellen Rechten, die Zusammenführung von EMRK und Sozialcharta in einem einzigen Vertrag und die Unterstellung der sozialen und wirtschaftlichen Grundrechte unter das Rechtsschutzsystem des EGMR.

SUSANNE PIFFL-PAVELEC/ELISABETH FLORUS (WIEN)

- 2) Einzelheiten solcher bereits durchgeführter Änderungen und der gegenwärtigen Entwicklungen sind in den „Country Factsheets“ zu den einzelnen Vertragsstaaten auf der Website der Charta <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/> einsehbar.

## Europarecht

# Betrachtungen zum Kriterium des gewöhnlichen Arbeitsortes in EVÜ und Rom I-VO

WOLFGANG KOZAK (WIEN)

*Hin und wieder entstehen durch die Arbeit der Gerichte Spannungsverhältnisse zwischen den Rechtsauffassungen nationaler und internationaler Gerichte. Folgender Beitrag behandelt ein solches in Bezug auf das Anknüpfungskriterium des gewöhnlichen Arbeitsortes. Hier vertritt mittlerweile der OGH eine zur Rspr des EuGH unterschiedliche, verfehlte Rechtsauffassung. Folgender Beitrag beschäftigt sich daher ausschließlich mit diesem autonom auszulegenden Anknüpfungskriterium.*

### Übersicht

1. Einleitung
2. Die aktuelle Rechtsansicht des OGH
3. Die Rechtsansicht des EuGH im Fall Koelzsch
4. Gewöhnlicher Arbeitsort und Ausweisklausel
5. Gewöhnlicher Arbeitsort und internationale Zuständigkeit
6. Conclusio

## 1. Einleitung

Das Spannungsverhältnis der aktuellen EuGH-Judikatur (Fall Koelzsch)<sup>1)</sup> zur zuletzt geäußerten Rechtsansicht des OGH<sup>2)</sup> lädt zu einer näheren Betrachtung des Anknüpfungskriteriums des gewöhnlichen Arbeitsortes des europäischen Kollisionsrechts<sup>3)</sup> geradezu ein. Diese Anknüpfungskriterien der europäischen Kollisionsnormen dienen der Feststellung, welches Recht als gesetzliches Vertragsstatut (= anzuwendendes Recht aufgrund der Kollisionsnormen) zu beachten

- 1) EuGH 15.3.2011, Rs C-29/10, Koelzsch/État du Großherzogtum Luxemburg, Slg 2011 00000.  
 2) OGH 2008/ZAS 2011/01, 35 ff (*Pacic*).  
 3) Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht BGBl III 1998/208; für Sachverhalte ab 17.12.2009 Verordnung (VO) (EG) 593/2008 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO).

ist. Dieses wird als Vergleichsbasis des Schutzniveaus arbeitsrechtlicher Normen benötigt, um im Falle einer Rechtswahl die Einhaltung des Schutzniveaus der Rechtsordnung des gesetzlichen Vertragsstatutes – nur günstigere Normgruppen der gewählten Arbeitsrechtsordnung entfalten Wirkung – zu sichern. Bei fehlender Rechtswahl stellt das gesetzliche Vertragsstatut die anwendbare Rechtsordnung dar.

Diese Anknüpfungskriterien sind nach ständiger Lehre und Judikatur<sup>4)</sup> autonom, daher unabhängig von den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen auszulegen. Die Beziehungssetzung beider Entscheidungen im Rahmen dieser autonomen Interpretation ist daher rechtlich jedenfalls möglich und mE auch geboten. Gleichzeitig gilt es, das zentralste Anknüpfungsmoment in ein systematisches Verhältnis zur sogenannten Ausweichklausel und dem Begriff des gewöhnlichen Arbeitsortes der internationalen Zuständigkeitsnormen<sup>5)</sup> zu setzen. Hervorzuheben sind hierbei die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak zum Fall Koelzsch, die insb das Verhältnis des gewöhnlichen Arbeitsortes in EVÜ, Rom I-VO und EuGVÜ/EuGVVO untersuchte.

## 2. Die aktuelle Rechtsansicht des OGH

In gegenständlicher E des OGH musste im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, welches zum Zwecke der Arbeitskräfteüberlassung geschlossen wurde, geprüft werden, ob ein gewöhnlicher Arbeitsort in Österreich vorlag. Festgestellt wurde, dass die Arbeitnehmerin (AN), die in Vorarlberg wohnte, während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses zu einem liechtensteinischen Arbeitskräfteüberlasser nur in Österreich eingesetzt wurde. Die Einsatzvereinbarung im Arbeitsvertrag war dergestalt, dass Arbeitseinsätze in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz vom Arbeitgeber (AG) angeordnet hätten werden können. Der OGH betrachtete in der Folge lediglich diese Einsatzvereinbarung, um daraus folgend den gewöhnlichen

Arbeitsort Österreich zu verneinen. Das Höchstgericht stellte hierbei isoliert auf den Aufnahmezeitpunkt ab. Selbst wenn man auf die Rechtsansicht *Schwimanns* abstellt,<sup>6)</sup> der für die Lokalisation des gewöhnlichen Arbeitsortes lediglich die Parteienabrede beachtet wissen will, kann zur Beurteilung dieses Anknüpfungskriteriums nicht ausschließlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt werden.<sup>7)</sup> Gegenständlicher Sachverhalt ist also geradezu symptomatisch dafür, dass die Parteiendisposition zu einem das ganze Arbeitsverhältnis hindurch territorial gleichbleibenden Einsatz geführt hat. Das dem AG vertraglich eingeräumte Gestaltungsrecht, die AN in anderen Ländern einzusetzen, ist mE nicht geeignet, das Schutzprinzip der europäischen Kollisionsnormen außer Kraft zu setzen. Reichte eine vertragliche Vereinbarung der Einsatzmöglichkeit in mehreren Ländern im Wege der Arbeitskräfteüberlassung aus das Anknüpfungskriterium des gewöhnlichen Arbeitsortes auszuschalten, wäre es ein Leichtes, den AN jenen Schutz zu entziehen, den die Rechtsordnung des Staates des überwiegenden Einsatzes den AN bietet.<sup>8)</sup> Ändert nun die Vereinbarung genereller Arbeitskräfteüberlassung etwas an der Beurteilung des Anknüpfungskriteriums des gewöhnlichen Arbeitsortes? Als Grundsatz stellen die Erwägungen zB zu Rom I-VO<sup>9)</sup> auf, dass die schwächere Vertragspartei durch die günstigere (Sonder-)Kollisionsnormen geschützt werden sollen, der AN nicht dem Schutz einseitig zwingender Bestimmungen entzogen werden darf. *Giulano/Lagarde* stellen in ihrem Bericht zum EVÜ<sup>10)</sup> fest, dass der gewöhnliche Arbeitsort auf den Ort der Verrichtung der Arbeit abstellt. Erwägungen, dass dies im Falle der Arbeitskräfteüberlassung nicht der Fall sein sollte, sind in ihrem Bericht nicht erwähnt. Da der gewöhnliche Arbeitsort, wie bereits erwähnt, autonom auszulegen ist, sind (nationale) Überlegungen wie sie etwa der OGH zur atypischen Überlassung angestellt hat, obsolet.<sup>11)</sup> Bereits ohne Kenntnis des Falles Koelzsch hätte man daher zum Ergebnis kommen müssen, dass der gewöhnliche Arbeitsort Österreich war, österreichisches Recht daher als gesetzliches Vertragsstatut heranzuziehen gewesen wäre.

Noch deutlicher erscheint diese unzutreffende Rechtsauffassung im Lichte der aktuellen EuGH-Judikatur. Da die AN auch in Österreich wohnte, trat sie von Österreich aus regelmäßig ihre Arbeit an, wobei der Einsatzort zusätzlich dauernd in Österreich lag. Es ist daher im vorliegenden Fall geradezu undenkbar, nicht zum Schluss zu gelangen, dass ein gewöhnlicher Arbeitsort in Österreich vorlag. Eine Thematisierung von Staatshaftung, wie dies im Fall Koelzsch gegenüber dem Großherzogtum Luxemburg angedacht wurde, führt nicht zum gewünschten Ziel, da dies bereits die Generalanwältin *Trstenjak* mit der Begründung, dass das Unionsrecht einen Schadenersatz durch Vertragsstaaten nicht vorsehe, wenn diese gegen das EVÜ verstoßen hätten,<sup>12)</sup> verneinte.

## 3. Die Rechtsansicht des EuGH im Fall Koelzsch

Einen ähnlichen, die Disposition des Arbeitseinsatzes betreffenden, Sachverhalt hatte der EuGH vor kurzem zu entscheiden. Ein Lkw-Fahrer, der bei einem

4) *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 113 mwN.

5) *Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsrechtssachen von 1968* (EugVÜ), für Sachverhalte ab 1.3.2002 (Dänemark 1.7.2007) VO (EG) 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO).

6) *Schwimann in Rummel*, ABGB<sup>2</sup> (1992) § 44 IPRG Rz 2a.

7) *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 133.

8) *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 134.

9) Anm 23, Anm 35.

10) Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Herrn *Mario Giulano*, Professor an der Universität Mailand und Herrn *Paul Lagarde*, Professor an der Universität Paris I, ABI C 282 vom 31.10.1980 Art 6 Abs 3.

11) OGH 2003/DRdA 2004/47 (*Balla*) = *ecolex* 2004/141.

12) *Trstenjak*, Schlussanträge der Generalanwältin zu Rs Koelzsch/État du Großherzogtum Luxemburg – EuGH 16.12.2010, Rs C-29/10, Rz 43.

dänischen Transportunternehmen beschäftigt war, wohnte in Deutschland und trat seine Arbeit immer von Deutschland aus an. Der AN war zur luxemburgischen Sozialversicherung gemeldet, die Lastwagen des Unternehmens waren in Luxemburg zugelassen. Seine Fahrten führten ohne erkennbares Schwergewicht durch ganz Europa, sodass die luxemburgischen Gerichte das Vorliegen eines gewöhnlichen Arbeitsortes verneinten und zur Feststellung des gesetzlichen Vertragsstatuts den Sitz des Unternehmens, Luxemburg, heranzogen. Auf das Dienstverhältnis sind die Kollisionsnormen des EVÜ anzuwenden.

Der EuGH hält zu Recht fest, dass die Anknüpfungskriterien des EVÜ und der Rom I-VO autonom auszulegen sind.<sup>13)</sup> Gleichzeitig betont das Gericht, dass nicht nur allein die Norm des Art 6 Abs 2 lit a EVÜ für die Auslegung entscheidend sei, sondern dass diese vielmehr unter Beachtung der Normierungen des gleichen Anknüpfungskriteriums in der EuGVVO<sup>14)/</sup> EuGVÜ und in der Rom I-VO<sup>15)</sup> zu erfolgen habe.

Der EuGH zieht zur Auslegung sodann die Kriterien des Art 5 Z 1 EuGVÜ sowie die Präambel des EVÜ heran, wonach grundsätzlich ein Aktivgerichtsstand am Ort der Dienstleistung gegeben ist bzw die Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechtes ein Ziel des europäischen Kollisionsrechtes darstellt. Weiters ruft der Gerichtshof den Telos des Kollisionsrechtes bei Arbeitsverträgen in Erinnerung. Sinn des Anknüpfungskriteriums des gewöhnlichen Arbeitsortes sei es, dass der AN nicht dem Schutz der Rechtsordnung des Staates entzogen wird, in der er seine berufliche (also die wirtschaftliche und soziale) Tätigkeit ausübt,<sup>16)</sup> da das geschäftliche und politische Umfeld dieses Staates die Arbeitstätigkeit beeinflusse. Daher sei das Anknüpfungskriterium des gewöhnlichen Arbeitsortes weit auszulegen, sodass auch ein gewöhnlicher Arbeitsort vorliege, wenn der AN von diesem Ort aus regelmäßig seine Arbeit antritt. Wie der EuGH betont, hat die Auslegung auch noch jenen Vorteil, dass nun derselbe Begriffsumfang in EVÜ und Rom I-VO vorliegt.

Isoliert betrachtet ist sowohl der Generalanwältin als auch dem Gerichtshof unumschränkt zuzustimmen. Diese Zustimmung gilt insb unter Beachtung der besonderen Umstände eines Arbeitsverhältnisses in der Güterbeförderungsbranche. Kritischerwert an dieser Auslegung ist jedoch mE, dass bei dieser extensiven Interpretation Gedanken zur Einbettung der Ausweichklausel keinen Eingang gefunden haben.

#### 4. Gewöhnlicher Arbeitsort und Ausweichklausel

Die Ausweichklausel gilt als Korrektiv der Anknüpfungskriterien der europäischen Kollisionsnormen. Fraglich ist, ob diese nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn kein gewöhnlicher Arbeitsort vorliegt, und die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung nicht sachgerecht erscheint. Je weiter daher der gewöhnliche Arbeitsort gefasst ist, umso eher wird die Anwendung der Ausweichklausel zur absoluten Ausnahme.<sup>17)</sup> Systematisch gesehen wird dadurch eine erste Umstandsprüfung eines Sachverhaltes, die durch die Norm erst als Korrektiv vorgesehen ist,

bereits in die Grundprüfung vorverlagert. Diese betrifft aber mE vor allem nur jenen Bereich, der dem Auffinden des Aktivgerichtsstandes dient, wie in Pkt 5 noch ausgeführt wird. Ab diesem Zeitpunkt gehen – bildlich gesprochen – internationale europäische Zuständigkeitsnormen und internationale europäische Kollisionsnormen spätestens nach gegenständlicher E des EuGH unterschiedliche Wege. Ist die Prüfung im Rahmen der (internationalen) Zuständigkeitsnormen durch Auffinden eines gewöhnlichen Arbeitsortes beendet, muss im Rahmen der Kollisionsnormen nun überprüft werden, ob durch diese Festlegung des gewöhnlichen Arbeitsortes ein sachgerechtes Ergebnis erzielt wird. Liegt nun der Schwerpunkt nicht beim festgestellten gewöhnlichen Arbeitsort, so ist im Rahmen der Anwendung der Ausweichklausel das Recht jenes Staates als gesetzliches Vertragsstatut anzuwenden, zu welchem im Arbeitsverhältnis die engere Beziehung besteht. Als Indizien für engere Beziehungen können Orte, von denen aus der AN Weisungen und Arbeitsaufträge erhält, an welchem er Meldepflichten erfüllen muss etc, gesehen werden.<sup>18)</sup> Diese Sachverhaltselemente wurden jedoch augenscheinlich von den luxemburgischen Gerichten nicht erhoben, da diese in der Wiedergabe des Sachverhaltes sowohl in den Schlussanträgen der Generalanwältin<sup>19)</sup> als auch in der E des EuGH<sup>20)</sup> nicht enthalten sind.

Die Ausweichklausel ist daher immer noch nicht als ultima ratio anzusehen, sondern neben den beiden Anknüpfungskriterien des gewöhnlichen Arbeitsortes und der einstellenden Niederlassung zu sehen.<sup>21)</sup>

#### 5. Gewöhnlicher Arbeitsort und internationale Zuständigkeit

Bemerkenswert an gegenständlichem Fall ist, dass als internationale Zuständigkeitsnormen noch das EuGVÜ heranzuziehen ist, da sich der Sachverhalt vor Geltung der EuGVVO (ab 1.3.2002) ereignete. Die Begrifflichkeit des EuGVÜ findet in der EuGVVO seine Fortsetzung,<sup>22)</sup> sodass die E des EuGH auch für die jetzige Rechtslage als maßgeblich angesehen werden kann.

Vergleicht man die europäischen Kollisionsnormen des Arbeitsvertragsrechtes mit jenen Zuständigkeitsregeln der EuGVVO/EuGVÜ, fällt auf, dass im Rahmen

13) EuGH Rn 32.

14) Art 19 Abs 2 lit a, Art 5 Z 1 EuGVVO.

15) Art 8 Abs 2 Rom I-VO.

16) EuGH Rn 42.

17) So bereits *Verschraegen in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2004) Art 6 EVÜ Rz 30.

18) Beispiele siehe *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 168.

19) *Trstenjak*, Schlussanträge der Generalanwältin zu Rs Koelzsch/État du Großherzogtum Luxemburg – EuGH 16.12.2010, Rs C-29/10, Rz 16 ff.

20) EuGH Rn 13.

21) So auch *Rudisch in Czernich/Heiss*, Das europäische Schuldvertragsübereinkommen (1999) Art 6 EVÜ Rz 39.

22) *Czernich in Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht<sup>3</sup> (2009) Art 18 EuGVVO Rz 1.



der Zuständigkeitsfestlegung ein der Ausweisklausel vergleichbares Korrektiv fehlt. Ginge man daher bei der Auslegung des gewöhnlichen Arbeitsortes immer von der Begriffsgleichheit bei den internationalen Zuständigkeitsregeln und den arbeitsvertragsrechtlichen Kollisionsnormen aus, zeigt dieses Manko, dass man einen unterschiedlichen Begriffsumfang des gewöhnlichen Arbeitsortes in der EuGVVO/EuGVÜ zu jenem von EVÜ und Rom I-VO jedenfalls argumentieren könnte. So warnt die Generalanwältin aufgrund der unterschiedlichen teleologischen Zielsetzung von Kollisionsnormen und internationalen Zuständigkeitsregeln vor allzu großzügiger paralleler Auslegung.<sup>23)</sup>

Systematisch könnte diese weite Auslegung des Arbeitsortes im Rahmen der internationalen Zuständigkeitsvorschriften dazu führen, dass ein zusätzlicher Aktivgerichtsstand des AN geschaffen würde. Überwiegend wird der Ort, von dem aus der AN seine Arbeit antritt, den gewöhnlichen Wohnsitz des AN darstellen. Sowohl EuGVÜ als auch die EuGVVO sehen als Aktivgerichtsstände bei Arbeitsverträgen jedoch nur den Wohnsitz bzw Sitz des AG, den gewöhnlichen Arbeitsort des AN, jenen der einstellenden Niederlassung, der Zweigniederlassung vor.<sup>24)</sup> Der Wohnort des AN ist explizit nicht erwähnt. Geht diese extensive Auslegung des gewöhnlichen Arbeitsortes durch den EuGH also zu weit?

Dies lässt sich dann verneinen, wenn man die Situation bei jenen Arbeitsverhältnissen betrachtet, bei denen die Arbeitsleistung nicht mit überwiegender Reisetätigkeit verbunden ist. In diesen Fällen wird sich der Wohnsitz des AN in unmittelbarer Nähe bzw erreichbarer Pendelentfernung vom regelmäßigen Einsatzort befinden. Neigt man sich dieser Sichtweise zu, so ist der Schritt zu der weiten Auslegung des gewöhnlichen Arbeitsortes durch den EuGH nur mehr ein kleiner und umso mehr verständlich, dass spezielle, branchenübliche Arbeitssituationen jedenfalls nicht zu Lasten des AN – zumindest im Bereich der internationalen Aktivgerichtsstände des AN – gehen dürfen. Betrachtet man nun ältere Entscheidungen, zeigt sich, dass die vom EuGH vertretene Rechtsansicht durchaus früheren Entscheidungsergebnissen entspricht. Beispielhaft

sei hier nur der Fall eines AN erwähnt, der in mehreren Staaten tätig wurde, wobei zumindest 60 % seiner Tätigkeit in Österreich lag. Hier nahm der OGH als gewöhnlichen Arbeitsort Österreich an.<sup>25)</sup> Bei jenem Fall, in welchem ein Mitarbeiter auf einem Donauschiff immer von Passau aus seine Arbeit antrat, nahm der OGH daher in Übereinstimmung auch mit der jetzigen E zu Recht an, dass der gewöhnliche Arbeitsort nicht in Österreich lag.<sup>26)</sup>

Die vom EuGH vorgenommene Auslegung führt also im Ergebnis dazu, dass der Aktivgerichtsstand des gewöhnlichen Arbeitsortes dem AN auch bei branchenspezifischen Situationen wie im grenzüberschreitenden Güter- und Reiseverkehr weitgehendst erhalten bleibt. Andere Auslegungen würden im Fall des Zuständigkeitsrechtes zur Einschränkung der Aktivgerichtsstände des AN führen und sind abzulehnen, da eine einschränkende Interpretation bei Arbeitsverhältnissen, bei denen die Arbeitsleistung überwiegend aus Reisetätigkeit besteht, zum einen mittlerweile gegen den Wortlaut von Art 8 Rom I-VO verstieße, zum anderen in den Bereich der europäischen Zuständigkeitsnormen zu zwei Klassen von Arbeitsverhältnissen führte. Jenen, bei denen durch einen statischen Erfüllungsort ein gewöhnlicher Arbeitsort gegeben wäre, und jenen Arbeitsverhältnissen, die durch eine örtlich bewegliche Erfüllung einen Aktivgerichtsstand entbehren müssten. Die Anwendung der Ausweisklausel auf letztere Arbeitsverhältnisse ist als Korrektiv diesen Arbeitsverhältnissen immanent.

## 6. Conclusio

Die Gegenüberstellung der E des OGH zu der E des EuGH zum gewöhnlichen Arbeitsort zeigt deutlich auf, dass sich der OGH mit der in gegenständlicher E geäußerten Rechtsansicht eindeutig in Widerspruch zu der europäischen Auslegung des gewöhnlichen Arbeitsortes befindet. In der Rs Koelzsch wird exemplarisch aufgezeigt, dass gelebte Sachverhalte (die ja auch der Übereinkunft der Arbeitsvertragsparteien entspringen) als Beurteilung des Vorliegens eines gewöhnlichen Arbeitsortes heranzuziehen sind und nicht alleine auf in schriftlichen Arbeitsverträgen getroffene (nicht gelebte) Vereinbarungen von Einsatzmöglichkeiten zurückgegriffen werden darf. Da die Kriterien des gewöhnlichen Arbeitsortes autonom auszulegen sind, wäre daher diese Rechtsauffassung auch auf die Rechtsfrage in der E des OGH zur Anwendung zu bringen gewesen.

Letztlich überzeugt die Rechtsauffassung des EuGH auch dadurch, dass die Gleichheit der Begrifflichkeiten in den europäischen Zuständigkeitsnormen und europäischen Kollisionsnormen beibehalten wird, ohne dass es zu systematischen Brüchen kommt.

Abschließend ist zu bemerken, dass die E des OGH auch im Schrifttum auf Ablehnung<sup>27)</sup> stieß, es kann also davon ausgegangen werden, dass vorliegende E nicht als gesicherte Judikatur anzusehen ist.

23) *Tristenjak*, Schlussanträge der Generalanwältin zu Rs Koelzsch/État du Großherzogtum Luxemburg – EuGH 16.12.2010, Rs C-29/10, Rz 82 f.

24) Die Entsendungs-RL normiert noch den Ort der Entsendung.

25) OGH 10.7.2008, 3 ObA 33/08y; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 118 mwN.

26) OGH 2009/ecolex 2009/428, 1084 = DRdA 2010/446 (*Kozak*).

27) So *Niksova*, Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung aus Liechtenstein nach Österreich – kein Abfertigungsanspruch, ZAS 2011/01, 35 ff; *Wagnest*, Abfertigungsanspruch bei dauerhafter Arbeitskräfteüberlassung aus Liechtenstein nach Österreich, RdA 2010/42, 417 ff.

## Aus der Geschichte des Arbeitsrechts und des Sozialrechts

### 90 Jahre Angestelltengesetz

Jenes Gesetz, das am 11.5.1921 beschlossen wurde, hielt man mit Recht für „eines der fortschrittlichsten Sozialgesetze der Welt“ (Klenner, Die österreichischen Gewerkschaften I [1951] 573), und es darf dieser Befund noch gegenwärtig bestätigt werden. Auch heute noch zählen die zwingenden Regelungen über Entgeltfortzahlung und Kündigung zu den herausragenden sozialen Leistungen, die dieses Gesetz für die von seinem Geltungsbereich erfassten ArbeitnehmerInnen (AN) bietet.

Dennoch – oder gerade deshalb – lohnt sich aus historisch sozialpolitischer Perspektive die kritische Frage nach der Bewertung der Entwicklung dieses Gesetzes aus dem Blickwinkel der AN der damaligen Zeit. Denn einmalig ist nebst dem Inhalt auch, dass das AngG nicht als erkämpfter Erfolg der solidarisch geschlossenen ArbeiterInnenbewegung dargestellt werden kann – wenigstens, wenn man ArbeiterInnenbewegung iSd ausgehenden 19. Jahrhunderts als Zusammenschluss des Proletariats begreift. Wie aber passen Zeitdokumente in diese Geschichte, welche von „Proletarisierung der Angestellten“ sprechen? Und: Sollte uns das nicht an jenen Zustand erinnern, für den man am Beginn des 21. Jahrhunderts den Begriff „Prekariat“ erfunden hat? Und welche Rolle spielt in dieser Entwicklung das Phänomen „Solidarität“? Natürlich können diese Fragen nicht in wenigen Zeilen beantwortet werden. Denkanstöße sind aber aus der Geschichte allemal zu gewinnen.

Kennzeichnend für die Positionierung der Angestellten in der ArbeiterInnenbewegung ist, dass erst zwei Jahre nach Schaffung des AngG ernsthaft die gemeinschaftliche Organisation in der Gewerkschaftsbewegung diskutiert und betrieben wurde. In den Protokollen des Zweiten Ordentlichen Deutschösterreichischen Gewerkschaftskongresses vom 25.6. bis 28.6.1923 lesen sich Stellungnahmen hierzu beispielsweise, wie folgt:

*„Ein Angestellter ist ein Mensch, der den Unternehmer in seiner Funktion zu unterstützen hat. Die Angestellten kommen aus einer ganz anderen Welt. Die Arbeiter holen sich bei ihrer Agitation ihre neuen Mitglieder aus dem großen Reservoir der Indifferenten heraus; der Bund der Industriangestellten musste sie aus einer Welt holen, die von ganz anderen Anschauungen vergiftet war. Die Angestellten sind noch lange nicht die Schlacken aus dieser Zeit losgeworden. Aber ebenso wie sie sind auch die Arbeiter nicht reif für eine einheitliche Organisation der Hand- und Kopfarbeiter.“* (Delegierter Stein, Metallergewerkschaft; zit nach Klenner, aaO 645).

Was diesen Gewerkschafter und zahlreiche seiner Kollegen zu dieser differenzierenden Einschätzung einer Vereinheitlichung bringt, basiert faktisch nicht nur auf der unmittelbar zurückliegenden verhältnismäßig kurzfristigen Entwicklung des AngG, sondern auf der

jahrhundertealten Geschichte der Angestelltenposition an sich. Der Begriff „Angestellter“ allerdings entwickelte sich erst um 1889, jene Zeit, als sich auch die Vereinigung der Handlungsgehilfen in Handelsangestellten-Vereinigung umbenannte (vgl Baryli, Die Geschichte des Dienstrechts der Angestellten in Österreich, in Steindl [Hrsg], Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte [1984] 339 ff). Es war dies der letzte Schritt zur Entstehung der Beschäftigtenkategorie der Angestellten. Der Beginn reicht indes bis in das 14. Jahrhundert zurück, jener Zeit, als erstmals der Geschäftsbetrieb von Unternehmern nicht mehr ausschließlich von diesen selbst und deren Familienangehörigen betrieben werden konnte. Familienfremde Hilfskräfte, die sich durch technisches oder kaufmännisches Wissen auszeichneten, wurden für Teilbereiche mit Unternehmerfunktion betraut und als „Beamte“ bezeichnet (vgl zB Drs, Arbeiter und Angestellte [1999] 2; Ogris, Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert, RdA 1967, 286 ff [292]; Fellner, Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten aus historischer Sicht – Ein Beitrag zur Diskussion um einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff [Dipl.Arb. Linz 2007] 22). Einen Teil ihrer Pflichten konnten diese „Privatbeamten“ (dieser Begriff zur Unterscheidung von öffentlichen Beamten; zu deren Verhältnis und dem Kampf um Gleichstellung vgl Lakenbacher, Die österreichischen Angestelltengewerkschaften [1967] 13) an Gehilfen, sogenannte Hilfsbeamte, wie insb Kommis, Skontisten, Adjunkte, Faktoren, Werkführer, Zeichner oder Schreiber übertragen und diese auch mit entsprechenden Anordnungsbefugnissen ausstatten (vgl Baryli, aaO 308 f). (Privat-)Beamte und Hilfsbeamte waren daher funktional über Jahrhunderte hinweg gleichsam als „der verlängerte Arm“ des Unternehmers zu betrachten.

Wenn man nun meint, in diesen frühen Erscheinungsformen des Privatbeamten und Hilfsbeamten etwa bis zur zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts den typischen Angestellten der Gegenwart nicht wiederzuerkennen, so täuscht dieser Eindruck nicht. Was sich in dieser Phase zeigt, erinnert nach heutigem Verständnis am ehesten an den „leitenden Angestellten“ (entspräche dem Privatbeamten) und einen Typus, den es nach österr Recht nicht als eigene interessenpolitische Kategorie gibt, nämlich den in Deutschland unter dieser Bezeichnung bekannten „außertariflichen Angestellten“ (entspräche etwa den historischen Hilfsbeamten). Beide Gruppen sehen sich bis zum ausgehenden 19. Jahrhundert noch in ihrem Selbstverständnis näher dem öffentlichen Beamtentum als der ArbeiterInnen-schaft und streben daher tendenziell eine Angleichung an den Status der Beamten an (vgl Kocka, Die Angestellten in der deutschen Geschichte 1850-1980 [1981] 147). Dieses eigene Statusbewusstsein basiert zum einen auf der exklusiven individuellen „Sachkom-

petenz“ (vgl. *Franke*, Der außertarifliche Angestellte [1991] 55 f) und zum anderen auf der historischen Positionierung dieser Privatbeamten, die in dieser Funktion (eben wiederum aufgrund ihrer Spezialkenntnisse) im (fremden) Unternehmen eine Übergangszeit zubringen, bis sie selbst ein Unternehmen gründen und für eigene Rechnung ihre Fähigkeiten einsetzen (vgl. zB *Baryli*, aaO 318 f; *Franke*, aaO 55 f).

In beiden Punkten tritt schließlich im Zuge der Industrialisierung und mit Beginn der Massenproduktion eine Änderung mit weit reichenden Folgen ein. Die Konzentration und Ausweitung der Produktion und des Handels an einzelnen Standorten in einer Unternehmerhand erschwert zunehmend den Weg in die Selbstständigkeit und die stärker arbeitsteilig organisierten Abläufe lassen die ursprünglich spezialisierten Privatbeamten mehr und mehr zu austauschbaren Angestellten mit teilweise schematisierten Teilaufgabenbereichen werden (vgl. *Lakenbacher*, aaO 29; *Baryli*, aaO 325 ff; *Franke*, aaO 56). An dieser Stelle in der Geschichte setzt erst die eigentliche Entwicklung zum heute bekannten Angestellten ein.

Der Weg vom Sein zum (neuen) Bewusstsein liegt für die damaligen Angestellten zwischen dem AHGB (RGBl 1863/1) und dem AngG (BGBl 1921/292).

Basierend auf dem Grundsatz des „freien“ Vertrages (*Mayer/Grünberg*, Dienstvertrag der Handlungsgehilfen – Anmerkungen und Entscheidungen [1911] IX) regeln die Art 57 bis 65 des deutschen AHGB den Dienstvertrag der Handlungsgehilfen vor dem Hintergrund ihrer Individualität und dem persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Unternehmer und Gehilfen. Mechanisierung der Arbeit und Ersetzbarkeit – auch dieser – Beschäftigten lassen zum Ende des 19. Jahrhunderts einen rasanten Wandel zur Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der Handlungsgehilfen und sonstigen Angestellten eintreten.

Der Gefahr der „Proletarisierung der Angestellten“ entgegenzuwirken wurde noch in der Monarchie als Notwendigkeit erkannt. Das HandlungsgehilfenG war 1910 ein erstes Ergebnis der Bemühungen in diese Richtung (RGBl 1910/20). Diese dringend notwendig gewordene Absicherung einer ehemals privilegiert erscheinenden Beschäftigtengruppe zeigt in manchen Belangen deutliche Anzeichen der Ambivalenz. Einerseits präsentiert sich der Inhalt (in Anlehnung an die frühere günstige Stellung der AN-Gruppe) einzigartig sozialpolitisch fortschrittlich, was etwa in den Regelungen über die Entgeltfortzahlung und im Besonderen in der Zuerkennung eines zehntägigen Urlaubsanspruchs (§ 17 HandlungsgehilfenG) zum Ausdruck kommt. Andererseits hat man bewusst darauf geachtet, den Kreis der vom Gesetz Erfassten möglichst eng zu halten.

Bis zu dieser Zeit und im darauf folgenden Jahrzehnt ist der Angestellte längst nicht mehr nur „Individuum“. Die Folgen der Industrialisierung haben auch diese Gruppe zum Zusammenschluss im Kollektiv gebracht, wenn auch ein Brückenschlag zur ArbeiterInnenbewegung noch nicht in Sicht war. So war auch der Kampf um das AngG ein solcher der Angestelltengewerkschaft und nicht der ArbeiterInnenbewegung insgesamt. Die Bestrebungen waren zunächst auf eine Novellierung des HandlungsgehilfenG ausgerichtet, wobei allerdings

die Ausweitung des Geltungsbereichs von zentralem Interesse war. Einem diesbezüglichen Initiativantrag der Sozialdemokraten wurde von den Christlich-Sozialen fürs erste eine Abfuhr erteilt. Dass zu dieser Zeit eine flächendeckende Verständigungsbasis zwischen ArbeiterInnen und Angestellten gewerkschaftlicherseits noch lange nicht gegeben war, machte das Vorgehen nicht leichter. Umgekehrt war aus der Perspektive der ArbeiterInnen nachvollziehbar, warum die Heraushebung der Rechte einer einzelnen (noch dazu historisch als privilegiert betrachteten) Gruppe nicht von allen als vordringlichstes Kampfziel der gesamten Bewegung gesehen werden konnte. Wenn auf diese Weise das AngG das Ergebnis sonderbarer politischer Taktiken war und letztlich die Wahlkämpfe des Jahres 1920 die Hauptrolle spielten, verwundert daher nicht. Von den Angestelltengewerkschaften in den Blickpunkt gerückt, wurde die Novellierung des HandlungsgehilfenG zum Wahlkampfthema Nummer Eins der Christlich-Sozialen, die sich durch diese Gruppe der Beschäftigten einen Zuwachs im bürgerlichen Lager erhofften. Sie waren es auch, die in diesem Kontext einen sehr großzügigen Initiativantrag einbrachten, der schließlich von den Sozialdemokraten zur Abstimmung gebracht wurde. Bei dieser Abstimmung stimmten allerdings die Christlich-Sozialen gegen ihren eigenen Antrag und schlossen sich einer weniger weit reichenden Regelung der Großdeutschen an. In dieser abgeschwächten Version wurde das AngG beschlossen (vgl. *Lakenbacher*, aaO 100, 206 f).

In der Geschichte der Bewegungen der unselbstständig Erwerbstätigen war mit dem AngG 1921 der historisch bedeutende Grundstein gelegt worden für die Aufnahme des „bürgerlichen Mittelstandes“ in die ArbeiterInnenbewegung. Dass dieser wichtige Schritt als Grundlage für den Fortschritt überhaupt möglich war, und dass es nicht vor der Schaffung des AngG zu einer noch stärkeren Polarisierung der Interessen gekommen ist, war nicht zuletzt der parallel gelaufenen sozialpolitischen Entwicklung zu verdanken. So war zB ein wesentlicher Schritt zur Wahrnehmung der Einheit der abhängig Beschäftigten das BetriebsräteG 1919, dessen Bedeutung *Klenner* (aaO 562) treffend, wie folgt, beschreibt: *„Der im Obrigkeitsstaat vorhanden gewesene, oft sehr schroffe Gegensatz zwischen Arbeitern und Angestellten wurde erfreulicherweise durch diese Interessengemeinschaft gemildert oder ganz zum Verschwinden gebracht.“* Als noch gewichtigere Errungenschaft im Interesse der Einheit und Solidarisierung erscheint aber das am 30.7.1919 beschlossene ArbeiterurlaubsG. Mit diesem konnte jene Kluft geschlossen werden, welche seit dem HandlungsgehilfenG von 1910 unmittelbar für die Betroffenen fühlbar zwischen Arbeitern und Angestellten gelegen war.

*„Wenn man aber eine Gewerkschaft gegen die andere ausspielt, kann man den Gewerkschaftsgeist nicht wecken“*, führte am Wiener Gewerkschaftskongress 1923 der Delegierte der Postgewerkschaft *Jakl* aus.

*„Und wenn man nicht erkennt, wann Gruppen mit ursprünglich getrennten Interessen gemeinsame Interessen haben und daher auch gemeinschaftlich auftreten und vorgehen sollten, wird jede einzelne*

*Gruppe eine solche der Verlierer sein*“, sollte man aus der Geschichte der Angestellten schließen und den Versuch starten, daraus für Gegenwart und Zukunft zu lernen.

Übersetzt in das 21. Jahrhundert heißt das: So wie die Angestellten von damals als „unternehmernahe“ und „arbeitgeberähnliche fast schon Selbstständige“ einen langen Weg gehen mussten, um selbst zu erkennen, wann der Gefahr der Verarmung und des sozialen Abstiegs nur mehr mit der Eingliederung in ein Kollektiv begegnet werden kann, und so wie die ArbeiterInnengewerkschaften damals erkennen mussten, dass die vor der „Proletarisierung“ stehenden ehemaligen „Unternehmerähnlichen“ zu den „Ihren“ gehören, so müssen die Gewerkschaften heute Offenheit zeigen

für das „neue Proletariat“ der Gegenwart: freie Dienstnehmer, neue Selbstständige, Scheinselbstständige, „Ich-Gesellschaften“, Werkauftragnehmer, Heimarbeiter, Tele-AN und ähnliche mehr. Denn viele von denen, die als freie, selbstständige, *privilegierte Individuen* in die Werkstätigkeit gestartet sind, haben mittlerweile – kaum mehr in der Lage, sich Miete, Heizung und Nahrung zu leisten – für sich und ihre Gruppe die Bezeichnung „Prekariat“ angenommen. Sie sind es vor allem, die die ArbeiterInnenbewegung 90 Jahre später vor eine ähnlich große Herausforderung stellen: Nichts Geringeres als ein weiteres Mal die Neudefinition von „Solidarität“.

BARBARA TROST (LINZ)

## Neue Bücher

### Besprechungen

Maier/Thöny

#### **Verfall und Verjährung im Arbeitsrecht**

LexisNexis Verlag, Wien 2011, 176 Seiten, kartoniert, € 29,-

Verfall und Verjährung sind wichtige Themen im Arbeitsrecht. Nach *Vollmaier*, der sich im Rahmen seiner Dissertation (veröffentlicht im *Manz-Verlag*, Wien 2009) mit diesem Thema intensiv beschäftigt hat, liegt nunmehr im *LexisNexis Verlag* in der Reihe „Rechtspraxis“ ein Buch zum selben Thema vor, geschrieben von den ReferentInnen für Arbeitsrecht in der Rechtsabteilung der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Vorarlberg, Dr. *Tamara Thöni* und Dr. *Christian Maier*, LL.M.

Das hier zu besprechende Buch stellt keinen wissenschaftlichen Anspruch, sondern soll helfen, „*finanzielle Nachteile im Gefolge von arbeitsrechtlichen Verfalls- und Verjährungsbestimmungen zu vermeiden*“, wie es im Vorwort heißt. Diesem Ziel wird das Werk auch gerecht. Es bietet einen Überblick über die Grundlagen des Verjährungs- und Verfallsrechts, insb im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Ansprüchen und Rechten.

Ein großer Teil des Buchs ist den Verfallsregelungen in Kollektivverträgen (KollVe) gewidmet. Dabei werden die Bestimmungen vieler KollVe dargestellt und die Rspr dazu angeführt.

Wer sich in dieses Rechtsgebiet einlesen möchte, ist mit diesem Buch gut bedient. Für eine vertiefende Lektüre bedarf es aber der Heranziehung der arbeitsrechtlichen Kommentare.

Zielrichtung und (geringer) Umfang des Buches gestatten verständlicherweise nicht, in diesem weiten Feld genauer auf die einzelne Rechtslage einzugehen, wie es manchmal erforderlich wäre. Als Beispiele seien dennoch das Genügen des Kennenmüssens von Schaden und Schädiger für den Beginn des Verlaufs der Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch, die Aufrechnung im Prozess als Form der gerichtlichen Geltendmachung, die ungefähre Dauer der Untätigkeit für die nicht gehörige Fortsetzung des Verfahrens nach Unterbrechung oder Ablaufhemmung der Frist, die Grenze der Sitten-

widrigkeit bei vertraglicher Verkürzung der Fristen sowie der nach der Rspr des OGH nicht erfolgte Beweis des Zugangs einer Erklärung durch ein Fax-Sendungsprotokoll und durch eine E-Mail-Sendebestätigung genannt.

Auch ist an einigen Stellen „*der Dativ dem Genetiv sein Tod*“. Unrichtigkeiten finden sich wenige, aber doch, nämlich, dass auf den Abfertigungssprung während fiktiver Kündigungsfrist bei unbegründeter Entlassung oder begründetem vorzeitigen Austritt die sechsmonatige Verfallsbestimmung des § 1162d ABGB bzw § 34 AngG anzuwenden wäre (nach der neueren Rspr des OGH gilt die dreijährige Verjährungsfrist des § 1486 Z 5 ABGB, weil es sich auch insoweit um einen Abfertigungsanspruch handelt), dass der Arbeitgeber bei unbegründetem vorzeitigem Austritt des Arbeiters die Möglichkeit hätte, dessen Wiedereintritt gem § 1162a ABGB zu verlangen (dieser Regelung wurde nach einhelliger Ansicht zwischenzeitig derogiert) und dass die sechsmonatige Verfallsfrist des § 6 DHG auch bei grob fahrlässiger Schädigung des Dienstnehmers (DN) durch den Dienstgeber auf den Schadenersatzanspruch des DN zur Anwendung kommt (es bedarf nach zutreffender hA einer wertungsmäßigen Berichtigung des Gesetzeswortlautes).

Wer sich einen Überblick über Verfall und Verjährung im Arbeitsrecht verschaffen will, für den stellt dieses Nachschlagewerk einen guten Behelf dar. Nicht mehr sollte nach Absicht der Autorin und des Autors bewirkt werden. Insofern ist diesen zu Ihrer Arbeit uneingeschränkt zu gratulieren.

ERNST EYPELTAUER (LINZ)

Mayrhofer

#### **Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2010/11**

Weiss Verlag, Wien 2010, 476 Seiten, € 68,20

Die alljährlich erscheinende Neuauflage dieses Arbeitsrechts-Praxishandbuchs berücksichtigt in der aktuellen Auflage die Gesetzesänderungen bis August 2010 und wurde von



*Mayrhofer* wieder mit interessanten Gerichtsentscheidungen erweitert bzw. ergänzt.

In bewährter Form wird das Arbeitsrecht im Frage-Antwort-Stil aufbereitet. Dem Titel gerecht werdend wird nicht nur die Theorie behandelt, sondern auch auf Praxisprobleme bzw. deren Lösung hingewiesen. Gespickt mit wichtigen und aktuellen höchstgerichtlichen Entscheidungen ist „Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis“ damit ein Nachschlagewerk sowohl für Arbeitsrechts-NeueinsteigerInnen, aber auch Routiniers in diesem Bereich.

In der aktuellen Auflage wurden insb. die mit 1.1.2010 in Kraft getretenen Änderungen beim Kinderbetreuungsgeld, etwa das Hinzukommen der einkommensabhängigen Variante, berücksichtigt. Die diversen Varianten des Bezuges wurden übersichtlich dargestellt. Darüber hinaus wäre es aber wünschenswert, den Unterschied bzw. die Unabhängigkeit der arbeitsrechtlichen Karenz vom Kinderbetreuungsgeld noch stärker zu betonen und auf die Besonderheiten bei unterschiedlicher Dauer von Karenz und Kinderbetreuungsgeldbezug einzugehen (zB fehlende Sozialversicherung, Zuverdienstgrenze).

Weiters wurden in dieser Neuauflage die Änderungen im Berufsausbildungsgesetz, im Bauarbeiter-Urlaubs- und -Abfertigungsgesetz, im Arbeitnehmerschutzrecht sowie das Gesetz über eingetragene Partnerschaften, soweit arbeitsrechtlich relevant, eingearbeitet.

Als Abschluss finden sich im Anhang ein ausgezeichnetes Stichwortverzeichnis sowie eine Mustersammlung für diverse arbeitsrechtliche Vereinbarungen in der Praxis, die sich aber vorwiegend an die ArbeitgeberInnen richten.

Insgesamt gesehen ist *Mayrhofer's* Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis ein gelungenes Nachschlagewerk, das sich zu Recht seit Jahren großer Beliebtheit erfreut.

JASMIN HAINDL (WIEN)

*Laux/Schlachter*

### **Teilzeit- und Befristungsgesetz**

2. Auflage, C.H. Beck-Verlag, München 2011

XXIII, 546 Seiten, Leinen, € 88,-

Das vorliegende nunmehr in zweiter Auflage erschienene Werk stellt eine umfassende Kommentierung des deutschen Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) idF BGBl I 2007/538 dar. Anders als der österr. Gesetzgeber, der für diese arbeitsrechtlichen Phänomene mit zwei Bestimmungen (§ 19d AZG: Teilzeitarbeit, § 19 AngG/§ 1158 ABGB: Befristung) auszukommen scheint, hat der deutsche Gesetzgeber diesen beiden Instrumenten ein eigenes Gesetz gewidmet, das aus 23 Paragraphen besteht. Nun kann man unterschiedlicher Auffassung sein, wie dicht das Netz gesetzlicher Regulierung sein sollte. Gerade bei der Teilzeitarbeit und bei Befristungen handelt es sich aber um hochsensible Bereiche, da hier die Interessensgegensätze zwischen Arbeitsplatzsicherheit und Flexibilität besonders stark ausgeprägt sind. Es ist daher fraglich, ob man den notwendigen Interessensausgleich tatsächlich ausschließlich der Rspr. überlassen sollte. Gerade für die österr. Arbeitsrechtspraxis ist daher eine Auseinandersetzung mit der deutschen Rechtslage von besonderem Interesse.

Eine wichtige Hilfestellung gibt in diesem Zusammenhang der vorliegende Kommentar von zwei ausgewiesenen Arbeitsrechtsexpertinnen aus Theorie und Praxis. Der Kommentar überzeugt nicht nur inhaltlich, sondern auch durch

seinen Aufbau. So ist es gerade für einen ersten Überblick hilfreich, dass zuerst das Gesetz in unkommentierter Form wiedergegeben wird und im Anschluss eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Bestimmungen erfolgt. Auch das umfangreiche und übersichtlich gestaltete Literaturverzeichnis stellt einen wichtigen Arbeitsbehelf dar.

Vor der eigentlichen Kommentierung gibt eine allgemeine Einführung nicht nur Auskunft über die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, sondern auch über statistische Daten zur Teilzeitbeschäftigung in Deutschland. Auch die beschäftigungspolitischen Auswirkungen des TzBfG werden dargestellt. Aus den angeführten Zahlen und Daten lassen sich Entwicklungstendenzen ableiten, die für die juristische Auseinandersetzung von Interesse sind. Ebenfalls noch in der Einleitung findet sich eine Aufarbeitung der deutschen Rspr. zum Befristungsrecht noch vor Erlass des TzBfG, das nicht zuletzt wegen der mangelnden Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen erlassen worden ist. Ein Problem, mit dem die österr. Arbeitsrechtspraxis (noch immer) konfrontiert ist.

Im Hinblick auf die Gesetzessystematik ist die unterschiedliche rechtspolitische Bewertung von Teilzeitarbeit im Vergleich zu Österreich hervorzuheben. So ergibt sich aus der programmatischen Regelung des § 1 TzBfG, dass es Ziel des Gesetzes ist, Teilzeitarbeit zu fördern. Auch bestehen im Gegensatz zum österr. AZG gesetzliche Flexibilisierungsmöglichkeiten der Teilzeitarbeit durch den Abschluss von Arbeitsverträgen auf Abruf. In der vielzitierten E zu den Bedarfsarbeitsverträgen hat der OGH flexible Arbeitszeitmodelle für unzulässig erklärt, die weder Ausmaß noch Lage der Arbeitszeit festlegen (OGH 2004/DRdA 2005, 417 [B. Schwarz]). Die damit verbundenen einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers haben auch den deutschen Gesetzgeber veranlasst, verpflichtend im Vorhinein eine Vereinbarung über das Ausmaß der Abrufarbeitszeit vorzusehen. In Ermangelung eines solchen gilt gem. § 12 Abs. 1 TzBfG ein wöchentliches und tägliches Mindestarbeitszeitausmaß von zehn bzw. drei Stunden als vereinbart. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts sollen aber auch arbeitsvertragliche Bandbreitenregelungen zulässig sein. Die kritische Auseinandersetzung mit dieser Judikatur und der dazu ergangene Literatur (§ 12 Rz 44) ist ein gutes Beispiel für die tiefgehende und differenzierende Kommentierung des Gesetzes. Aus den vorgebrachten Argumenten lässt sich auch Einiges für die Diskussion über eine Flexibilisierung der Arbeitszeit und deren Grenzen in Österreich gewinnen.

Ebenfalls von Interesse für das österr. Arbeitsrecht sind die Ausführungen zu § 14 TzBfG, der detaillierte Regelungen über die Zulässigkeit von Befristungen enthält. Nach dieser Bestimmung bedarf grundsätzlich jede Befristung eines sachlichen Grundes. Dies wird für Österreich mit Verweis auf die Privatautonomie abgelehnt und erst bei aufeinander folgenden Befristungen wegen der Umgehungsmöglichkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes verlangt. Das führt freilich dort zu argumentativen Schwierigkeiten, wo eine Umgehung gar nicht möglich ist, da der Kündigungsschutz nicht zur Anwendung kommt. Ein allgemeines Sachlichkeitsgebot für Befristungen hat daher tatsächlich Einiges für sich. Nicht eindeutig gelöst ist hingegen auch in Deutschland die Frage, wie die Befristung von einzelnen Vertragsbestandteilen zu beurteilen ist (§ 14 Rz 22 ff.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vorliegende Kommentar eine grundlegende und umfassende Aufarbeitung des TzBfG darstellt, die auf einem ausgewogenen Verhältnis zwischen praxisrelevanten Informationen und wis-

senschaftlicher Auseinandersetzung basiert. Gerade für den österr. Leser ist dieses Werk daher eine empfehlenswerte Quelle zum deutschen Teilzeit- und Befristungsrecht.

ELIAS FELTEN (SALZBURG)

Haas/Ohlendorf

**Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds der Aktiengesellschaft**

2. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2010  
VII, 328 Seiten, kartoniert, mit CD-ROM, € 38,-

Die beiden Rechtsanwälte (beide auch Fachanwälte für Arbeitsrecht), Dr. *Hermann H. Haas* und Dr. *Bernd Ohlendorf*, bringen dieses Musterbuch (Beck'sche Musterverträge, Bd 43) zum deutschen Aktienrecht nunmehr in zweiter Auflage heraus. Die verdienstvolle Zielsetzung bleibt nach wie vor, dem Rechtsanwender ein praxisbezogenes Werk mit umfangreichen Vertragsmustern an die Hand zu geben.

In gewohnter Manier erhält der Leser eine umfangreiche Einführung, in der die Autoren einen kompakten Überblick zur rechtlichen Position des Vorstandsmitglieds einer AG bieten. Bei dieser überblicksmäßigen Darstellung werden die Anstellung eines Vorstandsmitglieds, die Rechte und Pflichten des Vorstands sowie seine sozialversicherungsrechtliche Stellung umrissen. Augenmerk wird dabei besonders auf haftungsrechtliche Themen gelegt. Insb. für den im deutschen Aktienrecht nicht bewanderten Leser bietet dieser Überblick eine gute Hilfestellung bei – größtenteils – analogen Themen im österreichischen Rechtsbereich.

An die Einführung schließt ein Vertragsmuster für einen Anstellungsvertrag eines Vorstandsmitglieds an. Dabei wird zunächst der gesamte Vertragstext zur Verfügung gestellt und in einem zweiten Schritt jede einzelne Bestimmung (unter nochmaligem Abdruck des Vertragstextes) umfassend erläutert. Die Autoren bieten dabei praxismgerechte Formulierungen zu allen wichtigen Regelungsbereichen wie Tätigkeitsbeschreibung, Arbeitszeit und Nebentätigkeiten, Bezüge, Schutzrechte, Wettbewerbsverbot, Krankheit, Urlaub, Befristung und Kündigung sowie Alters- und Hinterbliebenenversorgung. Komplettiert wird das ausführliche Vertragsmuster durch einen Formulierungsvorschlag für eine Schiedsklausel. Die gesonderte Behandlung der einzelnen Vertragsbestimmungen erleichtert es dem Anwender punktuell auf die Mustertexte zurückzugreifen. Die Autoren bieten dem Rechtsanwender an vielen Stellen mehrere Formulierungsoptionen und umfangreiche Hintergrundinformation für die Auswahl. An mancher Stelle ist die Gliederung allerdings etwas unübersichtlich.

Abgerundet werden die Erläuterungen zum Anstellungsvertrag im Anhang durch ein Muster für einen Aufhebungsvertrag sowie einen Formulierungsvorschlag für die Geschäftsordnung des Vorstandes. Besonders begrüßenswert ist der Umstand, dass die diversen Vertragsmuster auf der beiliegenden CD-ROM zur Verwendung im Word-Format zur Verfügung gestellt werden. Daneben findet der Leser auch den Text des deutschen Corporate Governance Codex.

Das österreichische und deutsche Aktienrecht sind seit jeher miteinander verwoben und die deutsche Rechtsentwicklung hat die österreichische maßgeblich beeinflusst. Viele Bestimmungen in den bezughabenden Gesetzen sind nahezu deckungsgleich formuliert und vor allem bei wenig ausdifferenzierten Themenkreisen ist der Blick in die deutsche Rspr.

und Lehre nahezu obligatorisch. Vor diesem Hintergrund ist es umso erfreulicher, dass das vorliegende Musterbuch ein detailliertes Literatur- und Rspr.-Verzeichnis aufweist, welches wertvolle Unterstützung bietet.

Das vorliegende Werk aus der bekannten Reihe der Beck'schen Musterverträge ist allen mit Arbeits- und Gesellschaftsrecht befassten RechtsanwenderInnen sehr zu empfehlen.

SUSANNE KAPPEL (WIEN)

Felten

**Leistungs- und erfolgsbezogenes Entgelt als Alternative zum Zeitlohn**

LexisNexis Verlag, Wien 2010, 306 Seiten, € 49,-

Über Flexibilisierung des Arbeitsrechts zu schreiben, ist – möchte man meinen – keine Kunst und hat nach den Erfahrungen des letzten Jahrzehnts schon gar nichts mit Wissenschaft zu tun, grassieren doch auf diesem Gebiet regelrecht marktschreierische propagandistische Artikel in allen Medien.

*Elias Felten* hat es geschafft: Er hat die Thematik in herausragender Manier zur Wissenschaftlichkeit zurückgeführt!

Die hoch interessante Fragestellung dieser an der Universität Salzburg vorgelegten Dissertation bewegt sich an der Grenze des Arbeitsrechts. Der Begriff „Entgelt“ im Titel lässt dies noch nicht erwarten. Im Kontext „Leistungs- und erfolgsbezogenes Entgelt als Alternative zum Zeitlohn“ verwundert es daher auf den ersten (arbeitsrechtlich orientierten) Blick, dass der Autor den Titel nicht mit einem Fragezeichen versehen hat. Die Divergenz klärt sich rasch: Zur Abgrenzung wird zwischen arbeitnehmer-(AN-) und unternehmensbezogenem Entgelt unterschieden (S 23). Fundiert untersucht und begründet *Felten*, wie viel – bzw. wie wenig – unternehmensbezogener Einfluss auf die Entgelthöhe mit dem Wesen des Arbeitsvertrages vereinbar ist. Wäre also im Extremfall ausschließlich eine Erfolgsvergütung vereinbart, deren Zustandekommen und Höhe wiederum von Umständen bestimmt werden, die nicht in der Einflussosphäre des AN liegen, läge eben Unternehmertum und kein Arbeitsverhältnis vor. Warum dennoch hinter dem Titel kein Fragezeichen steht, liegt wohl daran, dass der Autor von der tatsächlich geübten Praxis ausgeht und zunächst zur Kenntnis nimmt, dass das verbreitete Bedürfnis nach einer Flexibilisierung des Entgelts, also einer Wegentwicklung vom Zeitlohn, besteht, und die Unternehmenspraxis in ihrer Vielfalt kaum Grenzen kennt. Er macht es sich zur Aufgabe, den rechtlichen Rahmen für diese geübte Praxis mit höchster Präzision darzustellen und die Grenzen des rechtlich Zulässigen exakt aufzuzeigen.

Geprüft werden alle maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen, im Besonderen gesetzliche Vorgaben, die Möglichkeiten arbeitsvertraglicher Vereinbarungen, die Regelungsmöglichkeiten des Kollektivvertrages (KollV) und damit verbunden auch, inwieweit kollV-liche Regelungen der Einführung leistungs- und erfolgsbezogener Entgelte Schranken setzen, und schließlich auch die Möglichkeiten und Grenzen betrieblicher Regelungen, bis hin zu den Konsequenzen rechtlich nicht korrekter Entgeltfestlegungen.

Weil im Gesetz bekanntlich keine verpflichtende Regelung einer Entgeltvereinbarung vorgesehen ist, kommt allen anderen Regulativen eine immense Bedeutung zu, allen voran dem KollV. Nach gründlicher Untersuchung aller Aspekte und

nach Auseinandersetzung mit bisherigen Meinungen beweist *Felten* methodisch einwandfrei die absolute Unzulässigkeit dispositiver KollV-Bestimmungen (S 74). Breiten Raum nimmt naturgemäß der inhaltliche Umfang der Regelungsmacht der KollV-Parteien ein. Hier steht im Mittelpunkt die Betrachtung von Gewinnbeteiligungssystemen unter dem Blickwinkel des § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG. Die umstrittene Problematik löst der Autor differenzierend, gelangt aber am Ende zu einer diesbezüglich weit reichenden Regelungsmacht der KollV-Parteien (S 98). Zurecht stellt er im Übrigen fest, dass in der Praxis stark leistungsorientierte, gewinnorientierte bzw überhaupt vom Zeitfaktor gelöste Entgeltformen überwiegend bei leitenden Angestellten vorkommen, was natürlich in weiterer Folge heißt: Die Verlockung, mindestens teilweise Unternehmerrisiko zu überwälzen, wächst auch sonst mit abnehmender Bedeutung und Reichweite von KollVen. Wo kein KollV gilt, ist auch praktisch der Entgelt-„Flexibilisierung“ keine Grenze gesetzt.

An der Schnittstelle zwischen (AN-bezogenem) Leistungslohn und (unternehmensbezogener) Erfolgsvergütung steht seit jeher die Provision. Man kann diese überwiegend als in der Nähe eines Arbeitsentgelts angesiedelt sehen, oder aber als Anteil am Unternehmenserfolg (Gewinnbeteiligung). Die eine Sicht orientiert sich stärker an der Betrachtung der Belastung des AN, der durch Intensivierung der Leistung seine Entgelthöhe beeinflusst, die andere Sicht stellt den Geschäftserfolg als Maßstab für die Vergütung in den Mittelpunkt. *Felten* erkennt beide Aspekte und setzt sich an mehreren Stellen gründlich damit auseinander, so etwa zur Frage der Günstigkeit hinsichtlich des Mindestlohns, wo er (entgegen *Jabornegg*, der stärker auf den Aspekt der Belastung hinweist) eine geringfügige Überschreitung für die Günstigkeit genügen lässt (S 91 f).

Auch in einer zweiten Frage zum Thema Provision setzt sich *Felten* gründlich mit den gegensätzlichen Meinungen auseinander, nämlich mit den Möglichkeiten kollektiver Regelung von Provisionen. Hier ist vorwegzuschicken, dass das Buch in einem Zeitpunkt entstanden ist, in dem die jüngste Novelle BGBl I 2010/101 noch nicht ergangen war, sodass von der uneingeschränkt (nur durch das Nichtvorliegen einer kollV-lichen Regelung bedingten) zwingenden Mitbestimmung auszugehen war. Möglicherweise könnte man jetzt die Thematik in einem neuen Licht sehen, auch was die alte Thematik der Einbeziehung oder Nicht-Einbeziehung der Provision in den Begriff der Leistungsentgelte nach § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG anbelangt. In einer kritisch-analytischen Weise setzt sich der Autor hier eingehend mit den historischen Kontroversen auseinander und findet eine sauber begründete Lösung, die jedenfalls Respekt verdient (S 124).

Von zentraler Bedeutung ist das Kapitel über die Möglichkeiten und Grenzen betrieblicher Entgeltregelungen (S 104 ff). Neben der Betrachtung der Reichweite der gesetzlichen Tatbestände zur Regelung ausgewählter besonderer Entgeltvarianten, wie eben erwähnter Leistungsentgelte nach § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG oder auch der Systeme der Gewinnbeteiligung, befasst sich der Autor auch mit beeindruckender wissenschaftlicher Gründlichkeit mit den Praxisfragen rund um die generelle Transferierung von Entgeltregelungen auf betrieblicher Ebene. Dazu gehören vor allem die Grenzen der kollV-lichen Ermächtigung (die *Felten* ua auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionsfreiheit ausleuchtet), die methodisch einwandfrei belegte Unzulässigkeit von Öffnungsklauseln sowie Rechtsfragen rund um tatsächliche Gestaltungen außerhalb des Arbeitsverfassungsrechts, wie insb betriebliche Übungen (S 117). Zu Letz-

teren belegt *Felten* mit höchster wissenschaftlicher Präzision die ausschließlich individualrechtliche Fundierung und erbringt den Nachweis, warum diese einzelvertragliche Wirksamkeit der Disposition von Belegschaftsorganen entzogen ist.

Diese und manche andere Fragen werden in dieser Arbeit mit derartiger Logik und Genauigkeit analysiert und folgerichtigen Lösungen zugeführt, dass es schwer sein dürfte, andere Ergebnisse in nächster Zukunft nicht nur zu behaupten, sondern auch (ebenso logisch) zu beweisen.

Davon abgesehen erfüllt dieses wissenschaftlich beeindruckende Buch aber auch noch einen anderen, einen sozialpolitischen Zweck: Es zeigt mit erschreckender Deutlichkeit, wie schmal der Grat zwischen AN-Eigenschaft und (persönlich abhängigem) Unternehmertum ist und welche Wichtigkeit den KollV-Partnern in dieser Welt des Umbruchs zur sogenannten „Flexibilisierung“ (= „Abschaffung zwingender AN-Rechte“) zukommt.

BARBARA TROST (LINZ)

---

*Piller/Heider*

### **Arbeitsstättenverordnung**

---

3. Auflage, Verlag des ÖGB, Wien 2011, 256 Seiten, € 29,80

Arbeitsbedingungen beeinflussen in besonders hohem Maß Gesundheit und Krankheit, Lebensfreude, Lebensqualität und auch die Lebenserwartung. Mehr als 100.000 Arbeitsunfälle und zehntausende arbeitsbedingte Erkrankungen pro Jahr verursachen viel unnötiges Leid, betriebs- und volkswirtschaftliche Kosten in Milliardenhöhe und zeigen, dass der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz eine ganz wichtige Bedeutung zukommt.

*Alexander Heider* ist Leiter der Abteilung Sicherheit, Gesundheit und Arbeit in der Arbeiterkammer Wien. *Ernst Piller* ist im Zentralarbeitsinspektorat im Bereich Technischer Arbeitnehmer-(AN-)schutz tätig. Es handelt sich um zwei Experten, die sich seit Jahrzehnten mit dem AN-Schutz beschäftigen, die auch an Verhandlungen betreffend Novellen gestaltend mitwirken und die in Theorie und Praxis immer wieder mit den Problemen vor Ort konfrontiert werden. Ein idealer Hintergrund für die Kommentierung einer so vielschichtigen, nicht zuletzt mit rechtlichen und technischen Fragen beladenen Materie.

Die mit 1.1.1999 auf der Grundlage des ASchG in Kraft getretene und mehrmals novellierte *Arbeitsstättenverordnung (ASStV)* enthält wichtige Regelungen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeitsplätze is einer Anpassung der Arbeit und der Arbeitsbedingungen an den Menschen. Diese werden in der nunmehr vorliegenden dritten Auflage gegliedert in die Abschnitte

- Allgemeine Bestimmungen für Arbeitsstätten
- Sicherung der Flucht
- Anforderungen an Arbeitsräume
- Sanitäre Vorkehrungen und Sozialeinrichtungen
- Erste Hilfe und Brandschutz
- Gebäude auf Baustellen und
- Übergangs- und Schlussbestimmungen

behandelt.

Es handelt sich um Bestimmungen, die idR zwingend vorgeben, was zB von Architekten bereits bei der Planung und Errichtung von Arbeitsstätten zu berücksichtigen ist,

damit die Sicherheit und der Schutz der Gesundheit der AN gewährleistet werden kann. Das betrifft zB die Beleuchtung und Belüftung von Räumen, die Anforderungen an Fluchtwege und Notausgänge oder das Raumklima (Temperaturen, Luftfeuchtigkeit etc), aber auch sanitäre Vorkehrungen, Sozialeinrichtungen usw.

Die dritte Auflage wurde wegen der Novelle zur AstV (BGBl II 2009/256) betreffend die Regelungen über die Ersthelfer und die Bestellung von Personen für die Brandbekämpfung und Evakuierung notwendig. Die Autoren haben die Neuauflage genützt und die Erläuterungen erheblich erweitert. Erstmals wurden auch für die Praxis wichtige Erlässe und veröffentlichte Kommentare und Erläuterungen des Zentral-Arbeitsinspektorates in das Buch aufgenommen.

Obwohl es sich bei der AstV um eine sehr komplexe Materie handelt, wurde sie von den Autoren leicht verständlich, aber dennoch sehr umfassend behandelt. Ein detailliertes Stichwortverzeichnis erleichtert das Auffinden von Regelungen. Das Werk stellt somit für Planer von Arbeitsstätten, für Behördenvertreter sowie für jeden, der in einem Betrieb Verantwortung oder Mitverantwortung für die Arbeitssicherheit und den Schutz der Gesundheit von AN trägt, zB *Arbeitgeber, Sicherheitsvertrauenspersonen, Sicherheitsfachkräfte, Arbeitsmediziner, Arbeits- und Organisationspsychologen* und den *Betriebsrat* einen nahezu unentbehrlichen Arbeitsbehelf dar.

WALTER NÖSTLINGER (LINZ)

---

*Stenslik*

***Diskriminierende Arbeitgeberkündigungen und die europäischen Diskriminierungsverbote***

Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2010, 286 Seiten, € 76,-

BetreuerInnen wissenschaftlicher Arbeiten zögern gelegentlich mit der Vergabe von Themen rund um das europäische Antidiskriminierungsrecht. Der Grund ist zumeist, dass die Fülle des Normenmaterials und der Entscheidungen des EuGH dazu verleitet, wiederkehrend deskriptiv und lehrbuchartig Vorhandenes darzustellen und Originalität hintanzustellen. Umso erfreulicher ist es, wenn – so wie in der vorliegenden, an der Ruhr-Universität Bochum vorgelegten Dissertation – das mittlerweile schon „traditionelle“ Thema aus einem interessanten Blickwinkel beleuchtet und kreativ bearbeitet wird. Die zentrale Problematik, nämlich die Frage nach der tatsächlichen Bedeutung der Einschränkung in § 2 Abs 4 AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), wonach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und zum besonderen Kündigungsschutz gelten (und daher nicht § 7 Abs 1 AGG), ist zwar nicht neu (vgl nur zB *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*<sup>3</sup> [2007] Grundlagen J Rn 71 ff), doch lohnt es sich in jedem Fall, sich den Einzelfragen sowie dem Grundsatzproblem intensiver zu widmen (wie es im hier vorliegenden Buch auf 286 Seiten geschehen ist).

Die deutsche Arbeitsrechtsordnung ist, so wie die österreichische, auch ein System aus historisch gewachsenen Normen, dessen Komplexität insb beim Umgang mit Fragen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sehr deutlich zutage tritt. Es verwundert daher nur mäßig, wenn der Gesetzgeber gesamthaften Übernahmen „anderer“ Systeme zunächst mit Zurückhaltung begegnet. Als ein solches „anderes“ System wird offenkundig mitunter die europäische Rechtsordnung gesehen. Wenn bei verhältnismäßig

hohem arbeitsrechtlichem Standard ein nationaler Gesetzgeber zögert, eine europäische Richtlinie (RL) uneingeschränkt zu übernehmen, so muss dies nicht unbedingt die Folge einer inhaltlichen Ablehnung der Grundwerte sein. So kann auch dem deutschen Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er wollte mit § 2 Abs 4 AGG in Hinkunft diskriminierende Kündigungen generell zulassen. Eine ähnliche Konstellation ist aus dem österreichischen Arbeitsrecht hinsichtlich der (unzureichenden) Umsetzung der Betriebsübergangs-RL im Beendigungsrecht bekannt. Der Grund liegt in solchen Fällen meist in der Überzeugung, das hervorragende, alle Eventualitäten berücksichtigende, nationale Recht entspräche ohnehin in jeder Weise den europarechtlichen Vorgaben und gewährleiste eine Erreichung der Ziele der RL.

Ob dies – trotz § 2 Abs 4 AGG – den Tatsachen entspricht, untersucht *Bastian-Peter Stenslik* in der vorliegenden Arbeit. Er tut dies gründlich, mit viel wissenschaftlicher Fantasie und Kreativität, indem er zahlreiche praktisch mögliche Fallbeispiele mit detaillierten Varianten konstruiert, um diese, bearbeitet nach nationalem Recht, am Prüfstand der Antidiskriminierungs-RLen zu messen. In der Tat stellt sich heraus, dass die größte Zahl der Fälle unter Anwendung von BGB, KSchG und Sondergesetzen durchaus RLen-konform gelöst werden kann. Dieser Befund befriedigt in mehrfacher Hinsicht. Insb wird damit klar, dass es nicht zwingend erforderlich ist, ein gewachsenes System eines Teilrechtsgebietes mit einer generellen Grundsatznorm so zu überlagern, dass womöglich disharmonische Strukturen zum Anwendungschaos führen und positive Errungenschaften in den Hintergrund gedrängt würden. Zudem wird aber umgekehrt auf diese Weise deutlich, wo im nationalen Recht die Umsetzungsmängel tatsächlich bestehen, und wo die Grenzen der RLen-konformen Auslegung liegen. *Stenslik* ortet diese vor allem bei Fragen der Altersdiskriminierung.

Verdienstvoll an dieser wissenschaftlich präzisen Arbeit ist im Besonderen der Nachweis, dass in der schwierigen Frage der Umsetzung des europäischen Antidiskriminierungsrechts in Deutschland mit wenigen und das Gesamtsystem schonenden Gesetzesänderungen ein diskriminierungsfreier und damit auch europarechtskonformer Zustand hergestellt werden könnte.

Möglicherweise erweist sich dieser „sanfte“ Weg als leichter gangbar, weil eher konsensfähig, verglichen mit anderen, vorgeschlagenen Stoßrichtungen, wie zB dem Abschaffen oder dem faktischen Ignorieren des § 2 Abs 4 AGG.

Über die Frage allerdings, ob die vom deutschen Gesetzgeber gewählte „Umsetzungsstrategie“ durch Herausnahme des Kündigungsschutzes in § 2 Abs 4 AGG die Günstigste aller möglichen Varianten war, kann und soll im Rahmen einer Buchbesprechung nicht geurteilt werden. Was aber die hier vorliegende Untersuchung des Themas betrifft: Diese ist jedenfalls lesenswert!

BARBARA TROST (LINZ)

---

*Steiner*

***Johann Böhm in der österreichischen Sozialversicherung***

Verlag des ÖGB, Wien 2011, 252 Seiten, € 36,-

*Günther Steiners* Buch ist eine ziemlich ungewöhnliche Festschrift. Publiziert wurde es zum 125. Geburtstag *Johann*



*Böhms*, Baugewerkschafter, Gründungspräsident des Österreichischen Gewerkschaftsbunds und erster Präsident des Hauptverbands der österreichischen Sozialversicherungsträger. Das interessante Konzept, einen speziellen Wirkungsbereich ins Zentrum zu stellen statt die Lebensgeschichte linear zu erzählen, geht auf. Herausgekommen ist eine wichtige Studie zum Wieder- und Neuaufbau des österreichischen Sozialversicherungssystems ab 1945, zum Teil auch zu der für das Verständnis der damaligen Entscheidungen und Positionen notwendigen Vorgeschichte. Ein Problem stellt dabei allerdings die extreme Personalisierung dar, die *Böhm* als eine Art autokratischen Alleinherrscher erscheinen lässt, während das komplexe Beziehungs- und Macht Netzwerk, in das selbstverständlich auch er eingebunden war, nur in Ansätzen erkennbar wird. Davon abgesehen und abgesehen von der Übernahme der Darstellung historischer Entwicklungsprozesse und Facts aus der (qualifizierten) gängigen Literatur, die im Hinblick auf die Geschichte von Gewerkschaftsbewegung und ArbeiterInnenbewegung insgesamt erhebliche Mängel aufweist, kann *Steiners* Arbeit aber für alle am Thema Interessierten als unbedingt lesenswert empfohlen werden.

Gestützt auf Quellen aus dem Archiv des Hauptverbands, gelang vor allem ein überzeugender Einblick in den schwierigen und komplexen Neubeginn des Sozialversicherungssystems auf demokratischer Grundlage nach elf Jahren Diktatur und Faschismus. Dass die Vorgeschichte einbezogen ist, hat nicht nur für ein besseres Verständnis von *Böhms* persönlicher Prägung Relevanz, sondern auch hinsichtlich der interessenpolitischen Argumentationslinien und Erfahrungshorizonte, die ab 1945 wieder zum Tragen kamen. Das zeigt sich besonders eindrücklich an den Auseinandersetzungen um die Neueinführung einer demokratisch basierten Selbstverwaltung in der Überleitungsphase nach der NS-Herrschaft. Die geplanten (dann nicht realisierten) provisorischen Beiräte mit durch das Ministerium eingesetzten VersichertenvertreterInnen riefen unter den im Untergrund gegen die austrofaschistische Ständestaat-Diktatur aktiv gewesenen ArbeitnehmerInnenvertreterInnen heftige Proteste hervor. Die Entdemokratisierung der Selbstverwaltung durch staatlich vorgenommene Besetzung ab 1934 war ja noch in frischer Erinnerung. Neben der Arbeitsgemeinschaft der Sozialversicherungsinstitute, vertreten durch *Johann Schorsch*, Metalller und 1928-1934 Erster Sekretär (= Generalsekretär) des Bundes der Freien Gewerkschaften, machte sich der spätere SPÖ-Vorsitzende und Vizekanzler *Bruno Pittermann* als Erster Sekretär (= Direktor) der Arbeiterkammer für Wien, Niederösterreich und Burgenland zum Sprachrohr der Ablehnungsfront. Am 4. Österreichischen Arbeiterkammertag im Oktober 1946 bezeichnete er das Vorhaben der Ministerialbürokratie als „Führererlass“. *Pittermann* sah die Sozialversicherung – unter Einschluss der Arbeitslosenversicherung – als eine der unverzichtbaren politischen Einflussphären der Gewerkschaftsbewegung und warnte davor, sich auf die sogenannten gewerkschaftlichen „Kernaufgaben“ zu beschränken. Sein außerhalb des gedruckten Protokolls in *Steiners* Buch erstmals veröffentlichtes Statement hat so starken Aktualitätsbezug, dass es hier im Wortlaut wiedergegeben werden soll: „Wenn wir nicht mehr über die Sozialversicherung verfügen, wenn uns die Arbeitsvermittlung dauernd entgleitet, wenn wir also praktisch darauf beschränkt sind, in Zeiten der Krise zu große Reduktionen in den Löhnen zu verhindern, na, dann werden die Gewerkschaften eine Krise durchzumachen haben, die ihnen größte

*Bestandsschwierigkeiten bereitem dürfte.*“ (Österreichischer Arbeiterkammertag, Protokoll des 4. Arbeiterkammertages, abgehalten am 4. und 5.10.1946 in Wien, 1946, S 63; zitiert in *Steiner*, Johann Böhm, S. 119.)

Der unreflektierte rein technokratische Umgang mit dem gesetzlichen „Erbe“ der Ständestaat-Diktatur war übrigens keine Spezialität der Ministerialbürokratie des Jahres 1946. Auch jeder faschistischen Sympathie unverdächtige und seriöse WissenschaftlerInnen hatten und haben in dieser Hinsicht manchmal wenig Problembewusstsein. Das gilt auch für den verdienstvollen *Herbert Hofmeister*, auf den sich der Autor mit Recht vielfach stützte, wo ihm keine Originalquellen zur Verfügung standen. So kann für historisch uninformierte LeserInnen durch die Beschränkung auf den organisationstechnischen Aspekt und dem Ausblenden der sozialstaatlichen und demokratiepolitischen Fragestellungen der Eindruck entstehen, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz 1935 (GSVG) sei ein großer Fortschritt und Muster für das Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz der Zweiten Republik gewesen. Das GSVG 1935 sah selbstverständlich keine demokratisch gewählte Selbstverwaltung vor und fuhr zudem Anspruchsberechtigungen und Leistungen extrem herunter. Außerdem ignoriert die Kontinuitätsthese den historisch-verfassungsrechtlichen Hintergrund: Die Zweite Republik erklärte sich durch die Übernahme der Verfassung 1920/29 ausdrücklich als legitime Nachfolgerin der mit der Ausschaltung des Parlaments 1933 de facto und mit der Ständeverfassung vom 1. Mai 1934 auch formal beendeten Ersten Republik. Zudem akzeptierten die alliierten Sieger über Hitler-Deutschland, die als Besetzungsregime jedes österreichische Gesetz freigeben mussten, keine durch die Ständestaat-Diktatur in Kraft gesetzte Bestimmung.

Was die gewerkschaftsgeschichtlichen Mängel und die Fehler hinsichtlich der Geschichte der Sozialdemokratie betrifft, so ist dem Autor ebenfalls wenig Vorwurf zu machen – er ist ja kein Spezialist in diesem Forschungsfeld. Es wäre zB an der Zeit, sich von der These eines „kommunistischen Putschs“ im Herbst 1950 zu verabschieden, auch wenn ua *Böhm* sie (aus Überzeugung und aus strategischen Gründen) vehement vertrat und sie auch später noch lange gängig war. Denn – das ist mittlerweile (fast) allgemeiner Konsens unter HistorikerInnen – einer wissenschaftlichen Analyse unter Einbeziehung aller bekannten Fakten hält sie nicht stand. Die reinen Faktenfehler im Text dürften wohl zumeist auf Druckfehlern beruhen, die über die Standardwerke durch Weiterzitation „fixiert“ wurden. So erfolgte die Einigung der sozialdemokratischen ArbeiterInnenbewegung samt Aufruf zur Gewerkschaftsgründung „unter Einschluss der männlichen und weiblichen Hilfsarbeiter“ nicht 1900, sondern um die Jahreswende 1888/1889. Ein anderes Beispiel: Der Bund der Freien Gewerkschaften entstand erst 1928, vorher hieß die gesamtösterreichische Koordinationsplattform (die noch kein Verein war) „Reichskommission der Freien Gewerkschaften“.

Klar- und Richtigstellungen in diesen Punkten, dazu vielleicht auch in manchen Fällen relevantere biographische Hinweise zu genannten Personen und die Berücksichtigung wichtiger zeitgenössischer Literatur, stünden für eine etwaige zweite Auflage auf meinem Wunschzettel für *Steiners* über das engere Thema hinaus wertvolle Studie. Sie ist übrigens, da gut aufgebaut und geschrieben, einfach auch eine spannende Lektüre.

BRIGITTE PELLAR (WIEN)

## Büchereingang

*Peyrl/Neugschwendtner/Cayci*

### Gesetzessammlung Asyl- und Fremdenrecht

2. Auflage, e-Book inside, Verlag des ÖGB, Wien 2011  
576 Seiten, € 36,-

*Wachter (Hrsg)*

### Altersdiskriminierung – Jahrbuch 2011

Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien/Graz 2011, 311 Seiten,  
broschiert, € 48,-

*Trattner*

### Ausländerbeschäftigung kompakt

Linde Verlag, Wien 2011, 304 Seiten, kartoniert, € 38,-

*Karl/Marko-Herzeg/Aschauer (Hrsg)*

### Sozialversicherungsrecht – Jahrbuch 2011

Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien/Graz 2011, 247 Seiten,  
broschiert, € 48,-

*Klein/Heilegger/Schwarz*

### Arbeitszeitgesetz

3. Auflage, e-Book inside, Verlag des ÖGB, Wien 2011  
672 Seiten, € 48,-

*Schmidt (Hrsg)*

### Jahrbuch des Arbeitsrechts

Erich Schmidt Verlag, Berlin 2011, 528 Seiten, € 154,-

*Stöckel*

### Das Amt des Betriebsrats nach Umstrukturierungen

Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2011  
252 Seiten, broschiert, € 78,-

*Zedler*

### Rechtsrisiko als Betriebsrisiko?

Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2011, 332 Seiten, broschiert,  
€ 88,-

*Mazal/Risak (Hrsg)*

### Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar

16.+17. Lieferung, LexisNexis Verlag, Wien 2011  
Stand: April 2011, Gesamtwerk in 2 Mappen, € 180,-



Bestellung: im Web: [www.oegbverlag.at](http://www.oegbverlag.at) | per Mail: [bestellung@oegbverlag.at](mailto:bestellung@oegbverlag.at)  
per Fax: +43 1 405 49 98-136 | in jeder Buchhandlung oder  
direkt in der Fachbuchhandlung des ÖGB-Verlags

**OGB VERLAG**

garantiert gut informiert

## THEATERARBEITSGESETZ



Gesetze und Kommentare 183

Wolfgang Kozak, Matthias Balla, Sebastian Zankel

2. Auflage 2011 || 424 Seiten || € 40,-

Jetzt mit „e-Book inside“! || Mit Code zum Download!

ISBN: 978-3-7035-1475-3

Mit 1. Jänner 2011 fand im Bereich der Theater für das künstlerisch tätige Personal eine einschneidende Novellierung statt.

Das seit 1922 mit wenigen Änderungen in Geltung stehende Schauspielergesetz trat mit Jahresende 2010 außer Kraft. An seine Stelle tritt das Theaterarbeitsgesetz als Fortführung des veralteten Schauspielergesetzes.

Das bewährte Kommentatorenteam des Schauspielergesetzkommentares befasst sich nun im Kommentar des Theaterarbeitsgesetzes ausführlich mit der geänderten Rechtslage und deren Einbettung in sonstige arbeitsrechtliche Normen.

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH || Fachbuchhandlung || Rathausstraße 21 | 1010 Wien  
Telefon: +43 1 405 49 98-132 | Fax: +43 1 405 49 98-136 || E-Mail: [fachbuchhandlung@oegbverlag.at](mailto:fachbuchhandlung@oegbverlag.at) | [www.oegbverlag.at](http://www.oegbverlag.at)

# Ankündigung

## **47. Wissenschaftliche Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht**

**Zell am See 22. und 23. März 2012**

### **Rudolf Strasser-Gedächtnis-Tagung**

Die *Österreichische Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht* veranstaltet am **22. und 23. März 2012** ihre 47. Tagung, welche traditionell in Zell am See stattfindet und heuer im Zeichen des Gedenkens an den Mitgründer Professor Rudolf *Strasser* steht. Im Sinne der Zielvorstellungen der Gesellschaft stehen wieder aktuelle arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Problemkreise auf dem Programm.

Am **Donnerstag, dem 22. März 2012** referieren über

„Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben“ – heute

– Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung  
o. Univ.-Prof. Dr. Peter *Jabornegg* (Universität Linz) und

– Entwicklungstendenzen im Kollektivvertragsrecht  
a. Univ.-Prof. Dr. Rudolf *Mosler* (Universität Salzburg).

Am **Freitag, dem 23. März 2012** geht es um:

Das Entgelt im Beitrags- und im Steuerrecht  
Univ.-Prof. Dr. Tina *Ehrke-Rabl* (Universität Graz) und

Neue Probleme bei der Invaliditätspension  
GD-Stv. Gabriele *Eichhorn*, MBA (Pensionsversicherungsanstalt Wien).

Im Anschluss an die Referate finden Diskussionen statt.

Neben den angeführten Vorträgen wird am **Donnerstag, dem 22. März 2012** von 16:30–18:00 Uhr oder 17:30–19:00 Uhr ein Seminar über das Thema „Arbeitsrecht und Fremdenrecht“, von MR Mag. Dr. Ingrid *Nowotny* (BMASK / Sektion Arbeitsmarkt) angeboten.

**Die Tagung findet im Ferry Porsche Congress Center  
5700 Zell am See, Brucker Bundesstrasse 1a, statt.**

**Anmeldebeginn: Montag, 9. Jänner 2012**

**Anmeldeschluss: Montag, 12. März 2012**

Teilnahmegebühr: 65 EUR (an: Österreichische Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, KtNr.: 771005501 bei Oberbank 15000)

Anmeldungen und Anfragen richten Sie bitte an Frau Astrid *Bönisch-Weilguny*  
Tel.: 0043/732/2468-8270, Fax: 0043/732/2468-8259, e-mail: astrid.boenisch@jku.at  
Postanschrift: p.A. Johannes Kepler Universität Linz, Altenbergerstr. 69, 4040 Linz

Die Kurverwaltung der Stadt Zell am See (e-mail: welcome@europasportregion.info / www.europasportregion.info) übernimmt auf Wunsch Zimmerreservierungen.

**Die Schriftleitung**

**OGB VERLAG**

garantiert gut informiert

Verlag des Österreichischen  
Gewerkschaftsbundes GmbH  
Kontaktadresse: Fachbuchhandlung  
Rathausstraße 21 | 1010 Wien  
Telefon: +43 1 405 49 98-132  
Fax: +43 1 405 49 98-136  
fachbuchhandlung@oegbverlag.at  
www.oegbverlag.at

## ARBEITNEHMERINNENBETEILIGUNG IN UNTERNEHMENSORGANEN IM INTERNATIONALEN VERGLEICH



Internationales und vergleichendes Arbeits- und Sozialrecht  
Band 3

Günther Löschnigg (Hg.)

2011 || 300 Seiten || € 45,- (inkl. USt., exkl. Versandkosten)

ISBN: 978-3-7035-1509-5

Die „Internationalen Arbeitsrechtlichen Dialoge“ haben sich mittlerweile als fester Bestandteil der Rechtsvergleichung im Arbeits- und Sozialrecht etabliert. Die Beiträge zur vierten Veranstaltung dieser internationalen Tagungsreihe finden sich im vorliegenden Buch.

Thema der Tagung war die Beteiligung der ArbeitnehmerInnen in Unternehmensorganen in ihren unterschiedlichen Facetten. Entsprechend der jeweiligen Rechtstradition und den unterschiedlichen sozialpolitischen Grundeinstellungen und Aktionsmustern der Sozialpartner ergeben sich völlig unterschiedliche nationale Beteiligungsmodelle.

Vor allem die Rollenverteilung zwischen innerbetrieblicher und überbetrieblicher ArbeitnehmerInnenvertretung und das Selbstverständnis der nationalen Gewerkschaften prägen die Form der Beteiligung in Unternehmensorganen.

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH | Fachbuchhandlung  
Rathausstraße 21 | 1010 Wien | Telefon: +43 1 405 49 98-132 | Fax: +43 1 405 49 98-136  
E-Mail: fachbuchhandlung@oegbverlag.at | www.oegbverlag.at