

Das Recht der Arbeit

Aus dem Inhalt:

Rechtsprechung:

Diskriminierung von Frauen durch automatische Vertragsbeendigung bei Erreichung des Regelpensionsalters

ANDREAS MAIR

Ausgleichszulage und Aufenthaltsrecht für BezieherInnen einer Pension aus einem anderen Mitgliedstaat

WALTER J. PFEIL

Sozialversicherungspflicht und Mit-Arbeit im Verein

GÜNTHER LÖSCHNIGG

Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit

ELIAS FELTEN

„Sperrrecht“ des Betriebsrates – sittenwidrige Zustimmung zur Kündigung?

PETER JABORNEGG

Entgeltfortzahlung für arbeitsfreie Zeiten nach DO.A und DO.B

NORA MELZER-AZODANLOO

Monate der Pflichtversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG – keine Beitragsmonate für die Erfüllung einer „Ewigen Anwartschaft“

BARBARA FÖDERMAYR

Anfechtung einer Übertragungsvereinbarung nach § 47 Abs 3 BMSVG

MICHAELA FISCHER

Zum Kostenersatz einer Augenlaserbehandlung

ELISABETH PETRIC

Legalitätsprinzip und Vertrauensschutz bei Leistungen aus der zusätzlichen PV

STEFAN LEO FRANK

Fallweise Beschäftigung als zulässige Kettenbefristung

MARTIN RISAK

Handynutzung durch nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder während der Arbeitszeit

KLAUS MAYR

Anspruch auf aliquote Sonderzahlungen trotz Entlassung eines Angestellten

MARTA J. GLOWACKA

Entlassung eines Betriebsratsmitglieds wegen eines beleidigenden Facebook-Postings

HANNES SCHNELLER

Schriftleitung

CHRISTOPH KLEIN, RUDOLF MOSLER

Wissenschaftlicher Beirat

Hon.-Prof. Dr. Josef Cerny

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 VfGH iR 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



ÖSTERREICH

www.drda.at

4

2014 AUGUST
64. JAHR . HEFT 351

AutorInnen des Heftes

- Hon.-Prof. Dr. Josef Cerny**,
josef.cerny@aon.at
Ass.-Prof. Mag. Dr. Elias Felten,
elias.felten@sbg.ac.at
Univ.-Ass.in Mag.a Michaela Fischer,
michaela.fischer@sbg.ac.at
Ass.-Prof.in Mag.a Dr.in Barbara Födermayr,
barbara.foedermayr@jku.at
DDr. Stefan Leo Frank,
s.frank@vfgg.gv.at
Univ.-Ass.in LL.M. Marta Glowacka,
marta.glowacka@wu.ac.at
Univ.-Ass.in Mag.a Irene Hofstätter M.A.,
irene.hofstaetter@jku.at
o.Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg,
peter.jabornegg@jku.at
Univ.-Prof. MMag. DDr. Günther Löschnigg,
guenther.loeschnigg@uni-graz.at
Ass.-Prof. Dr. Andreas Mair,
a.mair@uibk.ac.at
Mag. Dr. Klaus Mayr LL.M.,
mayr.k@akooe.at
Vertr.-Ass.in Mag.a Dr.in Nora Melzer-Azodanloo,
nora.melzer@uni-graz.at
Univ.-Ass.in MMag.a Dr.in Diana Niksova,
diana.niksova@univie.ac.at
Univ.-Ass.in Mag.a Elisabeth Petric,
elisabeth.petric@univie.ac.at
Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil,
walter.pfeil@sbg.ac.at
Univ.-Prof. Dr. Robert Rebhahn,
robert.rebhahn@univie.ac.at
MMag.a Charlotte Reiff,
charlotte.reiff@akwien.at
ao.Univ.-Prof. Mag. Dr. Martin Risak,
martin.risak@univie.ac.at
Mag. Hannes Schneller,
hannes.schneller@akwien.at
SektChefin iR Prof.in Dr.in Eva-Elisabeth Szymanski,
eva-elisabeth.szymanski@bka.gv.at
- Universität Salzburg, Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht
Universität Salzburg, Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht
Universität Salzburg, Fachbereich Privatrecht
Universität Linz, Institut für Recht der sozialen Daseinsvorsorge und Medizinrecht
Verfassungsgerichtshof, stv. Generalsekretär
Wirtschaftsuniversität Wien, Institut für österreichisches und europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht
Universität Linz, Institut für Arbeits- und Sozialrecht
Universität Linz, Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht
Universität Graz, Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht
Universität Innsbruck, Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich, Sekretär der Abt. Arbeitsrecht
Universität Graz, Institut für Arbeits- und Sozialrecht
Universität Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht
Universität Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht
Universität Salzburg, stv. Fachbereichsleiter des Bereiches Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht
Universität Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Abt. Sozialpolitik
Universität Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Abt. Sozialpolitik
Vorsitzende der Personalvertretungsaufsichtsbehörde beim Bundeskanzleramt

Impressum

Herausgeber, Medieninhaber (Verleger)

Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte,
A-1040 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20–22, alle Rechte vorbehalten
Für den Inhalt verantwortlich: Dr. Christoph Klein

Redaktion

Martina Pichler
A-1040 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20–22,
Tel 01-501 65-2243, Fax 01-501 65-42243
e-mail: drda@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 69,-; Einzelheft EUR 18,50
inkl Versandkosten und 10% MWSt

Hersteller und Abonnentenverwaltung

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH,
A-1020 Wien, Johann-Böhm-Platz 1, Tel: 01 662 3296-0,
Fax: 01 662 3296-39793, Abo: drda@oegbverlag.at,
Web: www.drda.at

Verlagsort: Wien

Herstellungsort: Wien

Website: www.drda.at



Die in der Zeitschrift abgedruckten namentlich gekennzeichneten Beiträge entsprechen nicht notwendigerweise der Meinung der Schriftleitung bzw des Medieninhabers und Herausgebers.

<http://www.drda.at/offenlegung>

Aus der Rechtsprechung

Entscheidungsbesprechungen

Diskriminierung von Frauen durch automatische Vertragsbeendigung bei Erreichung des Regelpensionsalters	295
ANDREAS MAIR zu EuGH vom 12.9.2013, C-614/11, <i>Kuso</i>	
Ausgleichszulage und Aufenthaltsrecht für BezieherInnen einer Pension aus einem anderen Mitgliedstaat	299
WALTER J. PFEIL zu EuGH vom 19.9.2013, C-140/12, <i>Brey/Pensionsversicherungsanstalt</i> und OGH vom 17.12.2013, 10 ObS 152/13w	
Sozialversicherungspflicht und Mit-Arbeit im Verein	311
GÜNTHER LÖSCHNIGG zu VwGH vom 6.8.2013, 2013/08/0111	
Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit	314
ELIAS FELTEN zu VwGH vom 4.9.2013, 2011/08/0230	
„Sperrrecht“ des Betriebsrates – sittenwidrige Zustimmung zur Kündigung?	319
PETER JABORNEGG zu OGH vom 25.6.2013, 9 ObA 38/13y	
Entgeltfortzahlung für arbeitsfreie Zeiten nach DO.A und DO.B	324
NORA MELZER-AZODANLOO zu OGH vom 30.8.2013, 8 ObA 47/13i	
Monate der Pflichtversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG – keine Beitragsmonate für die Erfüllung einer „Ewigen Anwartschaft“	330
BARBARA FÖDERMAYR zu OGH vom 12.9.2013, 10 ObS 109/13x	
Anfechtung einer Übertragungsvereinbarung nach § 47 Abs 3 BMSVG	334
MICHAELA FISCHER zu OGH vom 27.9.2013, 9 ObA 83/13s	
Zum Kostenersatz einer Augenlaserbehandlung	338
ELISABETH PETRIC zu OGH vom 22.10.2013, 10 ObS 111/13s	
Legalitätsprinzip und Vertrauensschutz bei Leistungen aus der zusätzlichen PV	342
STEFAN LEO FRANK zu OGH vom 22.10.2013, 10 ObS 128/13s	
Fallweise Beschäftigung als zulässige Kettenbefristung	346
MARTIN RISAK zu OGH vom 28.10.2013, 8 ObA 50/13f	

Handynutzung durch nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder während der Arbeitszeit	351
KLAUS MAYR zu OGH vom 28.10.2013, 8 ObA 58/13g	
Anspruch auf aliquote Sonderzahlungen trotz Entlassung eines Angestellten	355
MARTA J. GLOWACKA zu OGH vom 26.11.2013, 9 ObA 82/13v	
Entlassung eines Betriebsratsmitglieds wegen eines beleidigenden Facebook-Postings	360
HANNES SCHNELLER zu OLG Linz vom 27.5.2013, 12 Ra 34/13a	
Neue Bücher	
Besprechungen	
<i>Höllbacher</i> : Die Auswirkung des BAGS-Kollektivvertrages auf die Personalentlohnung in Social Profit Organisationen	366
IRENE HÖFSTÄTTER	
<i>Fadler</i> : Der Zukunft verpflichtet – Im Gedenken an den Visionär Alfred Dallinger	367
EVA-ELISABETH SZYMANSKI	
<i>Österreichische Juristenkommission (Hrsg)</i> : Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit	368
CHARLOTTE REIFF	
<i>Pellar</i> : Eine andere Geschichte Österreichs – Gewerkschaft, soziale Verantwortung und menschliche Politik	369
JOSEF CERNY	
<i>Schweighofer</i> : Zulässigkeitschranken befristeter Dienstverhältnisse	369
WALTER J. PFEIL	
<i>Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger</i> : Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz	370
DIANA NIKSOVA	
<i>Horvath/Lebesmühlbacher/Lehne/Lütte/Murer (Hrsg)</i> : Ungleichheit im aktuellen Diskurs – Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht, Bd 3	370
ROBERT REBHAHN	
<i>Greifeneder/Liebhart</i> : Pflegegeld – Handbuch	371
WALTER J. PFEIL	
Büchereingang	372

Abkürzungen nach AZR, darüber hinaus

AG – ArbeitgeberIn/nen; AIV – Arbeitslosenversicherung; AN – ArbeitnehmerIn/nen; BR – Betriebsrat; BV – Betriebsvereinbarung; DG – DienstgeberIn/nen; DN – DienstnehmerIn/nen; KollV – Kollektivvertrag; KV – Krankenversicherung; PV – Pensionsversicherung; SV – Sozialversicherung; UV – Unfallversicherung

Aus der Rechtsprechung

Entscheidungsbesprechungen

23.

Diskriminierung von Frauen durch automatische Vertragsbeendigung bei Erreichung des Regelpensionsalters

1. Der Begriff der „Entlassung“ ist im Bereich der Gleichbehandlung weit auszulegen.
2. Eine Regelung in einer Dienstordnung (DO), die ein unterschiedliches Pensionsantrittsalter für Männer und Frauen festlegt, begründet eine unmittelbar auf das Geschlecht gestützte Ungleichbehandlung.
3. Der weiblichen AN eingeräumte Vorteil, der darin besteht, dass sie eine Alterspension in einem Alter beanspruchen können, das fünf Jahre unter dem für männliche AN festgelegten Alter liegt, steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ziel der Regelung, die eine Ungleichbehandlung festsetzt.
4. Eine in einer DO enthaltene Regelung, die Bestandteil eines vor Beitritt eines Mitgliedstaats zur Union geschlossenen Arbeitsvertrags ist und vorsieht, dass das Arbeitsverhältnis durch Erreichen des Pensionsantrittsalters endet, das nach dem Geschlecht des AN unterschiedlich festgesetzt ist, begründet eine verbotene unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, wenn der betreffende AN das Pensionsantrittsalter nach diesem Beitritt erreicht.

[...]

(11) Frau *Kuso* war ab dem 1.3.1967 im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bei der NÖ-LLWK beschäftigt. Am 1.1.1980 vereinbarte sie durch Heranziehung einer Vertragsschablone, der DO, die Unkündbarstellung, mit der die nach § 25 Abs 2 DO vorgesehene Befristung des Vertrags verbunden war.

(12) Frau *Kuso* vollendete ihr 60. Lebensjahr im Jahr 2008. Am 18.7.2008 wurde sie vom Leiter des Personalreferats telefonisch davon in Kenntnis gesetzt, dass ihr Ansuchen auf Beschäftigung auch über das Pensionsantrittsalter hinaus in der Präsidialsitzung der NÖ-LLWK vom 14.7.2008 abschlägig beschieden worden sei. Die NÖ-LLWK gehe davon aus, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Jahres 2008 enden werde. In einem Schreiben vom 25.7.2008 wurde Frau *Kuso* mitgeteilt, dass einer Verlängerung ihres Arbeitsverhältnisses über den 31.12.2008 hinaus nicht zugestimmt werde und das Arbeitsverhältnis mit Ende des Jahres 2008 als aufgelöst gelte.

(13) Frau *Kuso* focht die Rechtmäßigkeit der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses beim LG Korneuburg an. Das für sie nachteilige Urteil dieses Gerichts vom 21.1.2009 wurde durch das Urteil des OLG Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 18.3.2010 abgeändert. Daraufhin legte die NÖ-LLWK beim OGH Revision ein. [...]

(22) Wie Frau *Kuso* und die Kommission vortragen, ist festzustellen, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage von § 25 Abs 2 Buchst a der DO unter Art 3 Abs 1 Buchst c der RL 76/207 fällt.

(23) Erstens ist die Frage nach der zeitlichen Anwendbarkeit dieser Bestimmung bei einem Sachverhalt wie dem des Ausgangsverfahrens zu stellen.

(24) Die Vorschriften des materiellen Unionsrechts sind im Interesse der Beachtung der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes so auszulegen, dass sie für vor ihrem Inkrafttreten abgeschlossene Sachverhalte nur gelten, soweit aus ihrem Wortlaut, ihrer Zielsetzung oder ihrem Aufbau eindeutig hervorgeht, dass ihnen eine solche Wirkung beizumessen ist (vgl ua Urteil vom 29.1.2002, *Pokrzepowicz-Meyer*, C-162/00, Slg 2002, I-1049, Rn 49 und die dort angeführte Rsp).

(25) Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine neue Vorschrift unmittelbar auf die künftigen Auswirkungen eines Sachverhalts anzuwenden ist, der unter der Geltung der alten Vorschrift entstanden ist (Urteile vom 10.7.1986, *Licata/WSA*, 270/84, Slg 1986, 2305, Rn 31 und *Pokrzepowicz-Meyer*, Rn 50). Der Gerichtshof hat auch festgestellt, dass ab dem Beitritt die ursprünglichen Verträge für die neuen Mitgliedstaaten verbindlich sind und in diesen Staaten nach Maßgabe der genannten Verträge und der jeweiligen Beitrittsakte gelten (vgl Urteil vom 2.10.1997, *Saldanha und MTS*, C-122/96, Slg 1997, I-5325, Rn 13). [...]

(28) Sodann ist das Vorbringen der NÖ-LLWK zu verwerfen, wonach Frau *Kuso* damit, dass sie sich auf die ab dem Beitritt der Republik Österreich zur Union geltende Anwendbarkeit der Bestimmungen der RL 76/207 berufe, um die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses anzufechten, vor diesem Beitritt erworbene Rechte in Frage zu stellen versuche und den Grundsatz des Schutzes des Vertrauens ihres AG missachte.

(29) Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass ein befristeter Arbeitsvertrag, der vor Inkrafttreten des durch den Beschluss 93/743/Euratom, EGKS, EG des Rates und der Kommission vom 13.12.1993 (ABl L 348 S 1) im Namen der Gemeinschaft geschlossenen und gebilligten Europa-Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Polen andererseits geschlossen wurde, seine Rechtswirkungen nicht mit der Unterzeichnung erschöpft, sondern sie vielmehr fortgesetzt und regelmäßig während der gesamten Vertragsdauer erzeugt (vgl in diesem Sinne Urteil *Pokrzepowicz-Meyer*, Rn 52).

Art 3 Abs 1
RL 76/207/EWG
idF
RL 2002/73/EG

EuGH
12.9.2013
C-614/11
Kuso

(30) Im Übrigen darf der Anwendungsbereich des Grundsatzes des Vertrauensschutzes nicht so weit erstreckt werden, dass die Anwendung einer neuen Regelung auf die künftigen Auswirkungen von unter der Geltung der früheren Regelung entstandenen Sachverhalten schlechthin ausgeschlossen ist (vgl in diesem Sinne Urteile *Pokrzeptowicz-Meyer*, Rn 55).

(31) Unter diesen Umständen durfte die NÖ-LLWK nicht darauf vertrauen, dass die RL 76/207 keinerlei Auswirkung auf die dem im Jahr 1980 geschlossenen Vertrag zugrunde liegenden Regeln haben wird, die erst bei Vertragsende relevant werden sollten. Folglich betrifft die Anwendung dieser Richtlinie ab dem Beitritt der Republik Österreich zur Union, um die Beendigung des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Arbeitsverhältnisses anzufechten, keinen zuvor abgeschlossenen Sachverhalt.

(32) Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof wiederholt zum einen festgestellt hat, dass Art 3 der RL 76/207, der Art 5 dieser RL in ihrer ursprünglichen Fassung entspricht, unbedingt und hinreichend genau ist, so dass sich ein Einzelner gegenüber dem Staat darauf berufen kann (vgl Urteile vom 26.2.1986, *Marshall*, 152/84, Slg 1986, 723, Rn 52, und vom 12.7.1990, *Foster ua*, C-188/89, Slg 1990, I-3313, Rn 21), und zum anderen, dass eine Einrichtung, die unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und die hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen, zu den Rechtssubjekten gehört, denen die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer RL entgegengehalten werden können (vgl in diesem Sinne Urteil *Foster ua*, Rn 22). Wie das vorlegende Gericht – von den Parteien des Ausgangsverfahrens und der Kommission unbestritten – ausführt, zählt die NÖ-LLWK zu den Rechtssubjekten, die mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen.

(33) Drittens ist festzustellen, ob Art 3 Abs 1 Buchst c der RL 76/207 dahin auszulegen ist, dass eine nationale Regelung, nach der ein Arbeitsverhältnis wegen des Ablaufs des Arbeitsvertrags unter Bezugnahme auf ein für Männer und Frauen unterschiedliches Alter endet, eine Diskriminierung iSd RL begründet.

(34) Es ist darauf hinzuweisen, dass sich der Zeitpunkt des Ablaufs des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden befristeten Arbeitsvertrags nach der DO bestimmt, die Bestandteil dieses Arbeitsvertrags ist, und dass diese DO für männliche und für weibliche AN ein unterschiedliches Pensionsantrittsalter vorsieht.

(35) Der Gerichtshof hat zwar entschieden, dass die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrags zum Zeitpunkt seiner regulären Beendigung grundsätzlich nicht einer Kündigung gleichgestellt werden kann (vgl in diesem Sinne Urteil vom 4.10.2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99, Slg 2001, I-6915, Rn 45).

(36) Nach stRsp ist jedoch der Begriff der Entlassung im Bereich der Gleichbehandlung weit auszulegen (vgl Urteile vom 16.2.1982, *Burton*, 19/81, Slg 1982, 555, Rn 9, *Marshall*, Rn 34; vom 26.2.1986, *Beets-Propser*, 262/84, Slg 1986, 773, Rn 36; vom 21.7.2005, *Vergani*, C-207/04, Slg 2005, I-7453, Rn 27, und *Kleist*, Rn 26).

(37) Insb hat der Gerichtshof zum einen festgestellt, dass der Begriff „Entlassung“ im Rahmen der RL 76/207 in dem Sinne auszulegen ist, dass er die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem AN und seinem AG einschließt, auch wenn sie aufgrund einer Regelung über freiwilliges Ausscheiden erfolgt (Urteil *Burton*, Rn 9), und zum anderen, dass eine allgemeine Entlassungspolitik, wonach eine Frau nur deshalb entlassen wird, weil sie das Alter erreicht oder überschritten hat, in dem sie Anspruch auf eine staatliche Pension erwirbt und das nach den nationalen Rechtsvorschriften für Männer und Frauen unterschiedlich ist, eine durch diese RL verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt (vgl Urteile *Marshall*, Rn 38, und *Kleist*, Rn 28).

(38) Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen erläutert, ist die im Ausgangsverfahren fragliche DO aber zum einen wegen ihrer Verbindlichkeit und zum anderen wegen der Verweisung auf ein Pensionsalter, das für männliche und weibliche AN unterschiedlich ist, mit der vom Gerichtshof im Urteil *Kleist* geprüften Regelung vergleichbar.

(39) Daher ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Frau *Kuso* im Ausgangsverfahren nach § 25 Abs 2 Buchst a der DO einer Entlassung iSv Art 3 Abs 1 Buchst c der RL 76/207 gleichzusetzen.

(40) Es ist weiter festzustellen, ob diese Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine nach Art 3 Abs 1 Buchst c der RL 76/207 verbotene Entlassung darstellt. Dafür ist zu prüfen, ob der Grund für diese Entlassung eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts iSv Art 2 dieser RL begründet. [...]

(42) Im vorliegenden Fall geht aus § 25 der DO hervor, dass das Dienstverhältnis der DN endet, wenn sie das Pensionsantrittsalter erreichen. Nach den §§ 26 und 65 der DO beträgt das Pensionsantrittsalter für männliche DN 65 Jahre, für weibliche DN hingegen 60 Jahre.

(43) Da mit dem in diesen Bestimmungen herangezogenen Kriterium ausdrücklich auf das Geschlecht der AN abgestellt wird, ist somit festzustellen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche eine unmittelbar auf das Geschlecht gestützte Ungleichbehandlung begründet.

(44) Um zu bestimmen, ob diese Ungleichbehandlung eine nach der RL 76/207 verbotene Diskriminierung darstellt, ist zu prüfen, ob sich unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens die männlichen und die weiblichen AN in einer vergleichbaren Situation befinden.

(45) Nach stRsp kann die Vergleichbarkeit von Situationen ua im Hinblick auf das Ziel der nationalen Regelung geprüft werden, die die Ungleichbehandlung festsetzt (vgl in diesem Sinne Urteile vom 9.12.2004, *Hlozek*, C-19/02, Slg 2004, I-11491, Rn 46, und *Kleist*, Rn 34).

(46) Im Ausgangsverfahren haben die §§ 25, 26 und 65 der DO, die die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen festsetzen, das Ziel, die Bedingungen zu regeln, unter denen das Dienstverhältnis der Beschäftigten beendet werden kann.

(47) Der den weiblichen AN eingeräumte Vorteil, der darin besteht, dass sie eine Alterspension in einem Alter beanspruchen können, das fünf Jahre unter dem für männliche AN festgelegten Alter liegt, steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ziel der Regelung, die eine Ungleichbehandlung festsetzt.

(48) Dieser Vorteil bringt die weiblichen AN nicht in eine besondere Situation im Vergleich zu den männlichen AN, da sich Männer und Frauen hinsichtlich der Bedingungen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der gleichen Situation befinden (vgl. Urteil *Kleist*, Rn 37 und die dort angeführte Rsp).

(49) Es ist also festzustellen, dass sich die männlichen und die weiblichen AN in einer vergleichbaren Situation befinden. [...]

(51) Da eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende – wie sich aus Rn 43 des vorliegenden Urteils ergibt – eine unmittelbar auf das Geschlecht gestützte Ungleichbehandlung begründet, kann die Diskriminierung, die sie festsetzt, nicht sachlich gerechtfertigt sein.

(52) Unter diesen Umständen ist, da der Gerichtshof zum einen entschieden hat, dass die durch eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende eingeführte Ungleichbehandlung unmittelbar auf das Geschlecht gestützt ist und sich die männlichen und die weiblichen AN in einer vergleichbaren Situation befinden, und zum anderen, dass die RL 76/207 für eine unmittelbare Diskriminierung keine Ausnahmeregelung enthält, festzustellen, dass diese Ungleichbehandlung eine nach der RL 76/207 verbotene unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.

(53) Auf die Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass Art 3 Abs 1 Buchst c der RL 76/207 dahin auszulegen ist, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die in einer DO besteht, die Bestandteil eines vor Beitritt des betreffenden Mitgliedstaats zur Union geschlossenen Arbeitsvertrags ist und vorsieht, dass das Arbeitsverhältnis durch Erreichen des Pensionsantrittsalters endet, das nach dem Geschlecht des AN unterschiedlich festgesetzt ist, eine nach der RL verbotene unmittelbare Diskriminierung begründet, wenn der betreffende AN das Pensionsantrittsalter nach diesem Beitritt erreicht.

Anmerkung

Das vorstehend abgedruckte Urteil beschäftigt sich mit einem der „Dauerbrenner“ des europäischen Arbeitsrechts. Der EuGH hatte darüber zu befinden, ob eine in einer DO enthaltene Regelung, die das Ende des Arbeitsverhältnisses an das Erreichen des Regelpensionsalters koppelt, mit dem Unionsrecht kompatibel ist, wobei der vorliegende Fall sich durch zwei Besonderheiten auszeichnet. Zum einen war von einer derartigen Regelung eine weibliche AN betroffen. Zum anderen stand die Frage im Raum, inwieweit sich (europarechtlich induzierte) Veränderungen des rechtlichen Beurteilungsmaßstabes auf vorher getroffene vertragliche Vereinbarungen auswirken können, sodass damit der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes Beachtung verlangte. Bei seiner E konnte sich der EuGH auf jene dogmatischen Grundlinien stützen, die vom Gerichtshof bereits in anderen Urteilen argumentativ entfaltet worden sind, sodass sich das zu besprechende Urteil schwergewichtig als deren Bekräftigung und Bestätigung verstehen lässt.

1. Ausgangssituation

Die dem Urteil zugrunde liegende Sachverhaltskonstellation ist nicht neu. Eine ähnliche beschäftigte

den EuGH bereits in der Rs *Kleist* (EuGH 18.11.2010, C-356/09, *Kleist*, Slg 2010, I-11939 = ZAS 2011/32, 190 [zust *Wachter*] = EuZA 4 [2011] 340 [Melzer-Azodanloo]). In beiden Fällen enthielt die jeweilige DO die Ermächtigung, bestehende Arbeitsverhältnisse beenden zu können, wenn der/die betreffende AN das für ihn/sie geltende Regelpensionsalter erreicht hatte. Im Unterschied zur Rs *Kleist*, bei der die AN mit einer Kündigung konfrontiert war, ging es im hier vom EuGH zu beurteilenden Sachverhalt um eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses, zu der es aufgrund einer zwischen der AN und ihrem AG im Jahr 1980 getroffenen vertraglichen Vereinbarung kam. In dieser Vereinbarung erklärte sich die AN damit einverstanden, sich der DO ihres AG zu unterwerfen, womit eine Befristung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des Kalenderjahres verbunden war, in dem die AN ihr 60. Lebensjahr vollendet. Rechtskonstruktiv handelt es sich damit um ein sogenanntes „Arbeitsverhältnis mit einer vereinbarten Höchstdauer“ (*Wachter*, Zum Vorabentscheidungsersuchen des OGH vom 25.10.2011, 8 ObA 63/10p [Fall *Kuso*], in *ders* [Hrsg], Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012 [2012] 135 [137]), das automatisch, also ohne einseitige Beendigungserklärung durch den AG, zum vorher einvernehmlich festgelegten Zeitpunkt endet. Während einer derart langen Zeitdauer (hier: 28 Jahre) können sich naturgemäß die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Durchführung eines Arbeitsverhältnisses ändern. Im vorliegenden Fall war der Beitritt Österreichs zur EU im Jahr 1995 das ausschlaggebende Faktum, das aufgrund der dadurch bedingten Beachtlichkeit des unionalen Antidiskriminierungsrechts die zwischen der AN und ihrem AG getroffene Vereinbarung nachträglich im neuen Licht erschienen ließ.

2. Unionsrechtliche Gesichtspunkte

2.1. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Die Gleichbehandlung von Männern und Frauen ist ein zentrales Anliegen der EU (siehe dazu *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht [2009] § 8 Rz 4 ff und Art 3 Abs 3 EUV). Dies wird nicht nur durch Art 23 GRCh und Art 157 AEUV verdeutlicht, sondern darüber hinaus vor allem durch die Existenz der RL 76/207/EWG in ihrer durch die RL 2002/73/EG geänderten Fassung. Deren Ziel ist es, die gesamte Arbeitswelt diskriminierungsfrei zu stellen (vgl. *Egger*, Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, DRdA 2003, 302 [303]). Zu diesem Zweck sieht Art 3 Abs 1 lit c RL 76/207/EWG vor, dass es bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben darf. Im vorliegenden Fall war fraglich, ob eine zeitbedingte automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter den Begriff „Entlassungsbedingungen“ subsumiert werden konnte, ist doch eine „Entlassung“ nach österreichischem Rechtsverständnis mit einer einseitigen, sofort wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbunden (statt vieler: *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ [2011] Rz 7/222). Zutreffend beurteilt der EuGH den zeitbedingten Ablauf des Arbeitsverhältnisses als „Entlassung“ iSv Art 3 Abs 1 lit c RL 76/207/EWG, wobei der EuGH erneut betont, dass der Begriff „Entlassung“ im Bereich des Antidiskriminierungsrechts weit

ausgelegt werden müsse (siehe auch EuGH 21.7.2005, C-207/04, *Vergani*, Slg 2005, I-7453 Rz 27). Dahinter steht wohl der Gedanke, den Vorgaben des Antidiskriminierungsrechts größere Wirksamkeit zu verschaffen. Daher spielt es auch keine Rolle, ob das Ende des Arbeitsverhältnisses auf eine Regelung über ein freiwilliges Ausscheiden zurückzuführen ist (EuGH 16.2.1982, Rs 19/81, *Burton*, Slg 1982, 554 Rz 9; EuGH Rs *Vergani*, Rz 27) oder ob der/die AN nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Bezug einer Altersrente rechnen kann (EuGH 26.2.1986, Rs 152/84, *Marshall I*, Slg 1986, 723 Rz 34). Das Unionsrecht verlangt aber, dass für männliche und weibliche AN unabhängig vom Geschlecht die gleichen Entlassungsbedingungen gelten müssen (EuGH 26.2.1986, Rs 262/84, *Beets-Propser*, Slg 1986, 773 Rz 35). Dies war beim vorliegenden Sachverhalt gerade nicht der Fall. Vielmehr legte die gegenständliche DO das Pensionsantrittsalter für weibliche AN mit 60 Jahren, dasjenige für männliche AN mit 65 Jahren fest. Dies führte dazu, dass weibliche AN fünf Jahre früher als männliche AN aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden mussten, sodass in einer derartigen Regelung – wenig überraschend – eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts begründet liegt. Allerdings ließe sich argumentieren, dass das um fünf Jahre frühere Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis für weibliche AN mit dem Vorteil verbunden ist, eine Pensionsleistung aus der gesetzlichen SV beziehen zu können, sodass die aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht für die Annahme einer unmittelbaren Diskriminierung erforderliche Vergleichbarkeit der Situation weiblicher und männlicher AN nicht gegeben sei (siehe auch § 5 Abs 1 GIBG, der auf eine „vergleichbare Situation“ abstellt). Dieser Argumentation folgt der EuGH zu Recht nicht. Wie bereits die Gleichbehandlungskommission in ihrer Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts ausführte, ist nämlich die antidiskriminierungsrechtliche Ebene strikt von der sozialversicherungsrechtlichen zu trennen (GBK I/155/08-M; ebenso *Wachter*, EuGH: Zwangspensionierung von Frauen wegen Erreichung des Pensionsalters [60 Jahre] in Österreich unzulässig, in *ders* [Hrsg], Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011 [2011] 163 [174 ff]). Angesichts der nach wie vor zwischen Männern und Frauen typischerweise bestehenden Einkommensunterschiede, die in der Folge auch im Durchschnitt zu geringeren Pensionsansprüchen führen (*Konstatzky/Pritz-Blazek*, Die Kündigung von Frauen bei Erreichen des Regelpensionsalters, DRdA 2010, 460 [462 ff]), würde es in der Tat seltsam anmuten, weiblichen AN mit dem Hinweis auf ihr vermeintliches Privileg, bereits fünf Jahre früher als männliche AN eine Pensionsleistung beziehen zu können, den antidiskriminierungsrechtlichen Schutz zu versagen, zumal die Erreichung des Regelpensionsalters weibliche AN sozialversicherungsrechtlich keineswegs dazu verpflichtet, die Pensionsleistung auch beantragen zu müssen (*Wachter* in *ders* [Hrsg], Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011, 174 ff).

2.2. Vertrauensschutz?

Ausführlich beschäftigt sich der EuGH auch mit dem Argument des Vertrauensschutzes. Anlass dazu gab das Vorabentscheidungsersuchen des OGH, in dem dieser seine Rsp zum Einfluss nachträglicher Änderungen der

Rechtslage auf ein bereits in Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis darstellte (OGH 8 ObA 63/10p Arb 13.024 = wbl 2012/83, 224). Anknüpfend an die rechtsfolgenrelevante Unterscheidung von gesetzlichen Neuregelungen, die laufende Ansprüche betreffen, und solchen, die die gesamte Qualität des Arbeitsverhältnisses betreffen, wollte der OGH nur die im Jahr 2008 von der AG artikulierten Weigerung, das Arbeitsverhältnis zu verlängern, am Maßstab des Antidiskriminierungsrechts messen, nicht aber die eigentlich beurteilungsrechtlich relevanten Vorgänge im Jahr 1980, die zur nachträglich problematisch gewordenen Befristung des Arbeitsverhältnisses führten. Dabei interpretierte der OGH die Vertrauensschutzjudikatur des EuGH restriktiver als jener diese in seiner Rsp bislang entfaltetete. Anders als der OGH, der jene Sachverhalte (Tatbestände), die vor dem Inkrafttreten neuer Regelungen abgeschlossen wurden, vom Gedanken des Vertrauensschutzes erfasst sah, verweist der EuGH hingegen darauf, dass später geschaffene unionsrechtliche Regelungen auch auf solche Sachverhalte, die vor dem Inkrafttreten der Regelung abgeschlossen worden sind, zur Anwendung kommen können, wenn „aus ihrem Wortlaut, ihrer Zielsetzung oder ihrem Aufbau eindeutig hervorgeht, dass ihnen eine solche Wirkung beizumessen ist“ (EuGH 29.1.2002, C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, Slg 2002, I-1049 Rz 49). An sich gäbe es zwischen EuGH und OGH keine Diskrepanz in der Beurteilung, anerkennt doch auch der OGH, dass im Fall einer Änderung der Rechtslage bei Dauerschuldverhältnissen der in den zeitlichen Geltungsbereich des neuen Gesetzes reichende Teil des Dauertatbestandes danach zu beurteilen ist (OGH 2 Ob 73/10i JBI 2011, 175 [J. Mayrhofer]). Daran anknüpfend wäre ein Gleichklang der beiden Höchstgerichte durchaus zu realisieren gewesen, hätte der OGH die Tatsache des Zeitablaufs und nicht die im Jahr 1980 abgeschlossene Befristungsvereinbarung als antidiskriminierungsrechtlich relevanten Anknüpfungspunkt fixiert. So aber stellt der EuGH in der vorliegenden E erneut klar, dass ein befristet abgeschlossener Arbeitsvertrag seine Rechtswirkungen nicht mit der Unterzeichnung erschöpft, sondern diese während der gesamten Vertragslaufzeit fortgesetzt erzeugt (so bereits EuGH Rs *Pokrzepowicz-Meyer* Rz 52). Mit dieser Klarstellung kann es – wie *Wachter* pointiert formuliert – tatsächlich kein schutzwürdiges Vertrauen darauf geben, dass es während der Vertragslaufzeit zu keinem sozialpolitischen Fortschritt zugunsten von AN kommt (*Wachter* in *ders* [Hrsg], Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 142).

3. Fazit

Aus europarechtlicher Perspektive betrachtet bestätigt das vorliegende Urteil die vom EuGH in früheren Entscheidungen bereits erarbeiteten dogmatischen Grundlinien. Aus nationaler Perspektive betrachtet macht das Urteil auf Defizite der österreichischen Rechtsordnung aufmerksam. Denn: Das GIBG als Umsetzungsgesetz der RL 76/207/EWG reflektiert den hier vom EuGH entschiedenen Diskriminierungskontext nicht. Unionsrechtlich ist nämlich zweierlei gefordert. Zum einen haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbaren Bestimmungen in Einzelarbeitsverträgen nichtig sind oder für nichtig erklärt

werden können (Art 3 Abs 2 lit b RL 76/207/EWG in der durch die RL 2002/73/EG geänderten Fassung), wobei dieser Anforderung *prima vista* mit § 879 Abs 1 ABGB entsprochen zu sein scheint. Mit § 879 Abs 1 ABGB kann die an die diskriminierende Regelung in der DO anknüpfende einzelvertragliche Befristungsabrede gerichtlich für nichtig erklärt werden. Ergebnis ist, dass durch den Wegfall der Befristungsabrede das Arbeitsverhältnis nicht zum ursprünglich vereinbarten Zeitpunkt als aufgelöst gilt (Wachter in ders [Hrsg], Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, 142). Aus dem GIBG kann dieses Ergebnis aber nicht abgeleitet werden (siehe auch Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG [2009] § 12 Rz 87 zur mangelnden Einschlägigkeit von § 12 Abs 7 GIBG), da § 12 Abs 7 Satz 2 GIBG nur auf die Situation Bezug nimmt, bei der ein auf unbefristete Fortführung angelegtes befristetes Arbeitsverhältnis wegen des Geschlechts des/der AN vom AG nicht verlängert worden ist. Eine Verlängerung ihres befristeten Arbeitsverhältnisses war aber bei Frau Kuso gerade nicht intendiert. Der Rückgriff auf die Generalklausel von § 879 Abs 1 ABGB ermöglicht zwar eine dem Unionsrecht entsprechende Falllösung. Gleichzeitig wird damit aber die Frage nach der Erfüllung des unionsrechtlich geforderten Determinierungsgrades bei der Umsetzung von Richtlinienrecht aufgeworfen, da die nationale Umsetzungsnorm es dem Einzelnen ermöglichen muss, von seinen unional vermittelten Rechten Kenntnis zu nehmen und zwar ohne auf die konkretisierende Interpretation durch die

Gerichte angewiesen zu sein (Ruffert in Callies/Ruffert [Hrsg], EUV/AEUV⁴ [2011] Art 288 AEUV Rz 35). Diese Anforderung erfüllen in Bezug auf den hier vorliegenden Diskriminierungskontext weder § 879 Abs 1 ABGB noch das GIBG.

Zum anderen verlangt das Unionsrecht, dass bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot das Diskriminierungsopfer einen tatsächlichen und wirksamen Schadensausgleich erhalten muss, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss (Art 6 Abs 2 RL 76/207/EWG in der durch die RL 2002/73/EG geänderten Fassung). § 12 Abs 7 GIBG bietet dafür aber keine Grundlage. Selbst wenn man im Wege der richtlinienkonformen Interpretation versucht, einen unionsrechtskonformen Zustand zu erreichen, um dem Diskriminierungsopfer auch für den Fall der erfolgreichen Bekämpfung einer diskriminierenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung einräumen zu können (so Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG § 12 Rz 94 ff), ändert dies nichts daran, dass die österreichische Gesetzeslage nicht den Vorgaben des Unionsrechts entspricht. So gesehen erteilt das Urteil des EuGH in der Rs Kuso dem Gesetzgeber gleich in mehrfacher Hinsicht einen Reparaturauftrag.

ANDREAS MAIR (INNSBRUCK)

24.

Ausgleichszulage und Aufenthaltsrecht für BezieherInnen einer Pension aus einem anderen Mitgliedstaat

1. Die Ausgleichszulage ist eine „besondere beitragsunabhängige Sonderleistung“ iSd Art 70 VO 883/2004, aber auch als „Sozialhilfeleistung“ iSd Art 7 Abs 1 lit b RL 2004/38/EG zu qualifizieren.
2. Die Gewährung einer solchen Leistung an wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger kann vom Vorliegen eines rechtmäßigen Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat abhängig gemacht werden.
3. Ob der Bezug einer solchen Leistung eine „unangemessene Inanspruchnahme“ iSd Art 7 Abs 1 lit b RL 2004/38/EG darstellt, kann von den nationalen Behörden nicht automatisch, sondern nur nach umfassender Beurteilung der Frage entschieden werden, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung dieser Leistung nach Maßgabe der individuellen Umstände des Betroffenen konkret entstünde.
4. Dafür sind insb die Höhe und die Regelmäßigkeit der verfügbaren Einkünfte, der Umstand, dass diese Einkünfte die nationalen Behörden zur Ausstellung einer Anmeldebescheinigung bewegen haben, und der Zeitraum zu berücksichtigen, in dem die beantragte Leistung voraussichtlich gezahlt werden wird. Im Übrigen kann es von Bedeutung sein, den Anteil derjenigen Empfänger dieser Leistung zu ermitteln, die Unionsbürger und Empfänger einer Altersrente in einem anderen Mitgliedstaat sind.

1. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten [...].

2. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Herrn Brey und der Pensionsversicherungsanstalt (PVA) wegen deren Weigerung, ihm zur Ergänzung seiner deutschen Rente die nach österreichischem Recht vorgesehene Ausgleichszulage zu gewähren.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

RL 2004/38

3. In den Erwägungsgründen 10, 16, 20 und 21 der RL 2004/38 heißt es:

„(10)... Personen, die ihr Aufenthaltsrecht ausüben, [sollten] während ihres ersten Aufenthalts die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen. Daher sollte das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen für eine Dauer von über drei Monaten bestimmten Bedingungen unterliegen.“

(16) Solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen, sollte keine Ausweisung erfolgen. Die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen sollte daher nicht automatisch zu einer Ausweisung führen. Der Aufnahmemitgliedstaat sollte

Art 20, 21 AEUV;
Art 7 Abs 1 lit b,
8 Abs 4, 18
Abs 3 und
24 Abs 2
RL 2004/38/EG
Art 3, 5 und 70
VO 883/2004;
§ 292 Abs 1
ASVG;
§§ 51 Abs 1 Z 2
NAG

EuGH
19.9.2013
C-140/12
Brey/Pensionsver-
sicherungsanstalt

prüfen, ob es sich bei dem betreffenden Fall um vorübergehende Schwierigkeiten handelt, und die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände und den gewährten Sozialhilfebetrag berücksichtigen, um zu beurteilen, ob der Leistungsempfänger die Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch genommen hat, und in diesem Fall seine Ausweisung zu veranlassen. In keinem Fall sollte eine Ausweisungsmaßnahme gegen Arbeitnehmer, Selbständige oder Arbeitssuchende in dem vom Gerichtshof definierten Sinne erlassen werden, außer aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit.

(20) Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfordert, dass alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die sich aufgrund dieser Richtlinie in einem Mitgliedstaat aufhalten, in diesem Mitgliedstaat in den Anwendungsbereichen des Vertrags die gleiche Behandlung wie Inländer genießen; dies gilt vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen.

(21) Allerdings sollte es dem Aufnahmemitgliedstaat überlassen bleiben, zu bestimmen, ob er anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, die diesen Status beibehalten, und ihren Familienangehörigen Sozialhilfe während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder im Falle von Arbeitssuchenden für einen längeren Zeitraum gewährt oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Unterhaltsbeihilfen für die Zwecke des Studiums, einschließlich einer Berufsausbildung, gewährt.“

4. Art 7 („Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate“) Abs 1 Buchst b dieser RL bestimmt:

„Jeder Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er ...

b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen“.

5. Art 8 („Verwaltungsformalitäten für Unionsbürger“) der RL 2004/38 sieht vor:

„(1) Unbeschadet von Artikel 5 Absatz 5 kann der Aufnahmemitgliedstaat von Unionsbürgern für Aufenthalte von über drei Monaten verlangen, dass sie sich bei den zuständigen Behörden anmelden. ...

(3) Für die Ausstellung der Anmeldebescheinigung dürfen die Mitgliedstaaten nur Folgendes verlangen: ...

– von einem Unionsbürger, auf den Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b) Anwendung findet, nur die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses sowie einen Nachweis, dass er die dort genannten Voraussetzungen erfüllt;

(4) Die Mitgliedstaaten dürfen keinen festen Betrag für die Existenzmittel festlegen, die sie als ausreichend betrachten, sondern müssen die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Dieser Betrag darf in keinem Fall über dem Schwellenbetrag liegen, unter dem der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen Sozialhilfe gewährt, oder, wenn dieses Kriterium nicht anwendbar ist, über der Mindestrente der Sozialversicherung des Aufnahmemitgliedstaats. ...“

6. In Art 14 („Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts“) der RL 2004/38 heißt es:

„... (2) Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen steht das Aufenthaltsrecht nach den Artikeln 7, 12 und 13 zu, solange sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen.

In bestimmten Fällen, in denen begründete Zweifel bestehen, ob der Unionsbürger oder seine Familienangehörigen die Voraussetzungen der Artikel 7, 12 und 13 erfüllen, können die Mitgliedstaaten prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Prüfung wird nicht systematisch durchgeführt.

(3) Die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger oder einen seiner Familienangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat darf nicht automatisch zu einer Ausweisung führen. ...“

7. Art 24 („Gleichbehandlung“) dieser RL lautet:

„(1) Vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen.

(2) Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b) einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studientarlehens, zu gewähren.“

VO (EG) Nr 883/2004

8. Die VO (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABI L 166, S 1, und Berichtigung im ABI 2004, L 200, S 1) hat ab dem 1.5.2010 die VO (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf AN und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in ihrer durch die VO (EG) Nr 118/97 des Rates vom 2.12.1996 (ABI 1997, L 28, S 1) geänderten und aktualisierten Fassung (im Folgenden: VO Nr 1408/71) ersetzt.

9. Die VO Nr 883/2004 in der durch die VO (EU) Nr 1244/2010 der Kommission vom 9.12.2010 (ABI L 338, S 35) geänderten Fassung (im Folgenden: VO Nr 883/2004) bestimmt in Art 1 („Definitionen“):

„Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck: ... j) ‚Wohnort‘ den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person; ...“

10. Art 3 („Sachlicher Geltungsbereich“) dieser VO sieht vor:

„(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen: ... d) Leistungen bei Alter; ...“

(2) Sofern in Anhang XI nichts anderes bestimmt ist, gilt diese Verordnung für die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie für die Systeme betreffend die Verpflichtungen von Arbeitgebern und Reedern.

(3) Diese Verordnung gilt auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Artikel 70. ...

(5) Diese Verordnung gilt nicht für a) soziale und medizinische Fürsorge ...“

11. Art 4 („Gleichbehandlung“) dieser VO lautet:

„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“

12. Art 70 dieser VO bestimmt:

„(1) Dieser Artikel gilt für besondere beitragsunabhängige Geldleistungen, die nach Rechtsvorschriften gewährt werden, die aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und/oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der in Artikel 3 Absatz 1 genannten Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen.

(2) Für die Zwecke dieses Kapitels bezeichnet der Ausdruck ‚besondere beitragsunabhängige Geldleistungen‘ die Leistungen:

a) die dazu bestimmt sind:

i) einen zusätzlichen, ersatzweisen oder ergänzenden Schutz gegen die Risiken zu gewähren, die von den in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweigen der sozialen Sicherheit gedeckt sind, und den betreffenden Personen ein Mindesteinkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts garantieren, das in Beziehung zu dem wirtschaftlichen und sozialen Umfeld in dem betreffenden Mitgliedstaat steht, oder

ii) allein dem besonderen Schutz des Behinderten zu dienen, der eng mit dem sozialen Umfeld dieser Person in dem betreffenden Mitgliedstaat verknüpft ist,

und

b) deren Finanzierung ausschließlich durch obligatorische Steuern zur Deckung der allgemeinen öffentlichen Ausgaben erfolgt und deren Gewährung und Berechnung nicht von Beiträgen hinsichtlich der Leistungsempfänger abhängen. Jedoch sind Leistungen, die zusätzlich zu einer beitragsabhängigen Leistung gewährt werden, nicht allein aus diesem Grund als beitragsabhängige Leistungen zu betrachten,

und

c) die in Anhang X aufgeführt sind.

(3) Artikel 7 und die anderen Kapitel dieses Titels gelten nicht für die in Absatz 2 des vorliegenden Artikels genannten Leistungen.

(4) Die in Absatz 2 genannten Leistungen werden ausschließlich in dem Mitgliedstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt. Die Leistungen werden vom Träger des Wohnorts und zu seinen Lasten gewährt.“

13. Anhang X („Besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“) der VO Nr 883/2004 enthält in Bezug auf die Republik Österreich folgenden Vermerk:

„Ausgleichszulage (Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung – ASVG [BGBl. 189/1955] ...)“.

Österreichisches Recht [...]

Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

16. Herr Brey und seine Gattin, beide deutsche Staatsbürger, übersiedelten im März 2011 von Deutschland nach Österreich. Herr Brey bezieht in Deutschland eine Rente wegen Erwerbsunfähigkeit in Höhe von 862,74 € brutto monatlich sowie ein Pflegegeld in Höhe von 225 € monatlich. Das Paar verfügt über keine sonstigen Einkünfte oder Vermögen. Die Gattin von Herrn Brey bezog in Deutschland eine Grundleistung, welche allerdings aufgrund ihrer Übersiedelung nach Österreich seit dem 1.4.2011 nicht mehr ausbezahlt wird. Das Paar wohnt in einer Mietwohnung, für die sie 532,29 € Miete zu zahlen haben.

17. Mit Bescheid vom 2.3.2011 lehnte die PVA den Antrag von Herrn Brey auf Gewährung von Ausgleichszulage ab dem 1.4.2011 mit der Begründung ab, dass Herr Brey aufgrund seiner geringen Rentenhöhe nicht über ausreichende Existenzmittel verfüge, um einen rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich zu begründen.

18. Am 22.3.2011 stellte die Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg für Herrn Brey und seine Gattin eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger gemäß dem NAG aus.

19. Herr Brey erhob gegen den Bescheid vom 2.3.2011 Klage. Mit Urteil vom 6.10.2011 bestätigte das OLG Graz das vom erstinstanzlichen LG für Zivilsachen Graz erlassene Urteil und änderte es dahin ab, dass die PVA verpflichtet war, Herrn Brey eine Ausgleichszulage in Höhe von 326,82 € monatlich ab dem 1.4.2011 zu zahlen.

20. Die PVA erhob beim OGH Revision gegen dieses Urteil.

21. In seinem Vorlagebeschluss weist der OGH darauf hin, dass der Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 29.4.2004, *Skalka* (C-160/02, Slg 2004, I-5613), die Ausgleichszulage als „beitragsunabhängige Sonderleistung“ iSv Art 4 Abs 2a VO 1408/71 (jetzt Art 70 VO 883/2004), qualifiziert habe, weil sie eine Alters- oder Invaliditätsrente ergänze und Sozialhilfecharakter habe, soweit sie dem Empfänger im Fall einer unzureichenden Rente ein Existenzminimum gewährleisten solle.

22. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts ist daher in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit festzustellen, ob das europäische Aufenthaltsrecht denselben Begriff der „Sozialhilfe“ verwendet wie das europäische Sozialrecht. [...]

Zur Vorlagefrage

Zur Tragweite der Frage

26. Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 dahin auszulegen ist, dass der Begriff „Sozialhilfe“ iS dieser Bestimmung eine Leistung wie die Ausgleichszulage nach § 292 Abs 1 ASVG umfasst.

27. Diese Frage wird im Rahmen eines Rechtsstreits gestellt, in dem die zuständigen österreichischen Behörden die Gewährung dieser Leistung an einen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, Herrn Brey, mit der Begründung verweigert haben, es könne nicht angenommen werden, dass er sich, auch wenn ihm eine Anmeldebescheinigung

ausgestellt worden sei, „rechtmäßig“ iSv § 292 Abs 1 ASVG in Österreich aufhalte, da das Recht auf Aufenthalt in Österreich für mehr als drei Monate nach § 51 NAG erfordere, dass der Betreffende für sich und seine Familienangehörigen ua über „ausreichende Existenzmittel ... verfüg[t], so dass [er] während [seiner] Aufenthalts weder Sozialhilfeleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen [muss]“. [...]

30. Unter diesen Umständen hängt die E über das Ausgangsverfahren von der Frage ab, ob ein Mitgliedstaat die Gewährung der Ausgleichszulage an Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten mit der Begründung ausschließen kann, dass sie – wie Herr Brey – die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt für einen Zeitraum von über drei Monaten auf seinem Hoheitsgebiet nicht erfüllen, obwohl ihnen eine Anmeldebescheinigung ausgestellt wurde, da die betreffende Person, um ein solches Recht wahrnehmen zu können, über ausreichende Existenzmittel verfügen muss, so dass sie insb keine Ausgleichszulage beantragen muss. Im Rahmen der Prüfung dieser Frage ist zu untersuchen, welcher Art die vom vorliegenden Gericht angesprochene Leistung ist.

31. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es im Rahmen des durch Art 267 AEUV eingeführten Verfahrens der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof dessen Aufgabe ist, dem nationalen Gericht eine für die E des bei diesem anhängigen Verfahrens sachdienliche Antwort zu geben. Hierzu hat er die ihm vorgelegten Fragen gegebenenfalls umzuformulieren (vgl ua Urteile *Campina*, C-45/06, Slg 2007, I-2089, Rn 30, und *FuB*, C-243/09, Slg 2010, I-9849, Rn 39).

32. Daher ist die Vorlagefrage dahin umzuformulieren, dass das vorliegende Gericht damit wissen möchte, ob das Unionsrecht, insb die RL 2004/38, dahin auszulegen ist, dass es einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, wonach die Gewährung einer Leistung wie der Ausgleichszulage nach § 292 Abs 1 ASVG an einen wirtschaftlich nicht aktiven Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats ausgeschlossen ist, wenn dieser, obwohl ihm eine Anmeldebescheinigung ausgestellt wurde, die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt von über drei Monaten im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats deshalb nicht erfüllt, weil ein solches Aufenthaltsrecht davon abhängt, dass dieser Staatsangehörige über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass er diese Leistung nicht beantragen muss.

Zum Recht eines wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers auf eine Leistung wie die im Ausgangsverfahren streitige im Aufnahmemitgliedstaat

33. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Urteil *Skalka* entschieden hat, dass die Ausgleichszulage nach § 292 Abs 1 ASVG in den Geltungsbereich der VO 1408/71 fällt und folglich eine „beitragsunabhängige Sonderleistung“ iSv Art 4 Abs 2a iVm mit Anhang IIa dieser VO ist. Diese Leistung wird nach Art 10a Abs 1 dieser VO vom zuständigen Träger des Wohnmitgliedstaats und zu seinen Lasten nach den Rechtsvorschriften dieses Staates gewährt. [...]

36. Es steht fest, dass die entsprechenden Bestimmungen der VO 883/2004, nämlich deren Art 3

Abs 3 und Art 70 sowie Anhang X, die „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ betreffen, an dieser Beurteilung nichts ändern können.

37. Nach Ansicht der Europäischen Kommission ist aus diesen Bestimmungen abzuleiten, dass die Bedingung, wonach der Betreffende zur Inanspruchnahme der Ausgleichszulage über ein rechtmäßiges Aufenthaltsrecht für über drei Monate im Aufnahmemitgliedstaat verfügen müsse, nicht dem Unionsrecht entspreche. [...]

38. Es ist daher vorab zu prüfen, ob ein Mitgliedstaat die Gewährung einer Leistung, die in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 fällt, an einen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats von der Bedingung abhängig machen darf, dass dieser die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt von über drei Monaten erfüllt. Denn nur, wenn diese Frage zu bejahen wäre, müsste geklärt werden, ob ein solches Aufenthaltsrecht der Bedingung unterworfen werden darf, dass der Betreffende über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass er diese Leistung nicht beantragen muss.

Zu dem Erfordernis, dass die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt von über drei Monaten erfüllt sein müssen

39. Es ist festzustellen, dass Art 70 Abs 4 der VO 883/2004, auf den sich die Kommission stützt, eine „Kollisionsnorm“ enthält, mit der die auf besondere beitragsunabhängige Geldleistungen anzuwendenden Rechtsvorschriften und die für die Zahlung der darin bezeichneten Leistungen zuständigen Träger bestimmt werden sollen.

40. Somit sollen mit dieser Vorschrift nicht nur die gleichzeitige Anwendung von Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden, sondern sie soll auch verhindern, dass Personen, die in den Geltungsbereich der VO 883/2004 fallen, der Schutz im Bereich der sozialen Sicherheit vorenthalten wird, weil keine Rechtsvorschriften auf sie anwendbar sind (vgl entsprechend Urteile *Kuusjärvi*, C-275/96, Slg 1998, I-3419, Rn 28, und *Dumont de Chassart*, C-619/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn 38).

41. Dagegen soll diese Bestimmung als solche nicht die inhaltlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Anspruchs auf besondere beitragsunabhängige Geldleistungen festlegen. Es ist grundsätzlich Sache der Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaats, diese Voraussetzungen festzulegen (vgl in diesem Sinne Urteil *Dumont de Chassart*, Rn 39 und die dort angeführte Rsp).

42. Es kann daher aus Art 70 Abs 4 iVm Art 1 Buchst j der VO Nr 883/2004 nicht geschlossen werden, dass das Unionsrecht einer nationalen Bestimmung wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, die den Anspruch auf eine besondere beitragsunabhängige Geldleistung davon abhängig macht, dass die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat erfüllt sind.

43. Die VO 883/2004 schafft nämlich kein gemeinsames System der sozialen Sicherheit, sondern lässt unterschiedliche nationale Systeme bestehen und soll diese nur koordinieren. Sie lässt somit unterschiedliche Systeme bestehen, die zu unterschiedlichen Forderungen gegen unterschiedliche Träger führen, gegen die

dem Leistungsberechtigten unmittelbare Ansprüche entweder allein nach dem nationalen Recht oder nach dem erforderlichenfalls durch Unionsrecht ergänzten nationalen Recht zustehen (Urteile *Chuck*, C-331/06, Slg 2008, I-1957, Rn 27, und *Dumont de Chassart*, Rn 40).

44. Aus der Rsp des Gerichtshofs geht aber hervor, dass grundsätzlich nichts dem entgegensteht, dass die Gewährung von Sozialleistungen an Unionsbürger, die wirtschaftlich nicht aktiv sind, von dem Erfordernis abhängig gemacht wird, dass diese die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erfüllen (vgl in diesem Sinne Urteile *Martínez Sala*, C-85/96, Slg 1998, I-2691, Rn 61 bis 63; *Grzelczyk*, C-184/99, Slg 2001, I-6193, Randnrn 32 und 33, vom 7.9.2004, *Trojani*, C-456/02, Slg 2004, I-7573, Rn 42 und 43; *Bidar*, C-209/03, Slg 2005, I-2119, Rn 37; und *Förster*, C-158/07, Slg 2008, I-8507, Rn 39).

45. Es ist jedoch erforderlich, dass die Bedingungen, denen die Gewährung eines solchen Aufenthaltsrechts unterliegt [...] selbst im Einklang mit dem Unionsrecht stehen.

Zu dem Erfordernis, dass ausreichende Existenzmittel zur Verfügung stehen müssen, so dass die Ausgleichszulage nicht beantragt wird

46. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten, ohne dort einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis oder einer selbstständigen Tätigkeit nachzugehen, nicht uneingeschränkt besteht. Nach Art 21 Abs 1 AEUV besteht nämlich das jedem Unionsbürger zustehende Recht, sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten, vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen (vgl in diesem Sinne Urteile *Trojani*, Rn 31 und 32; *Zhu und Chen*, C-200/02, Slg 2004, I-9925, Rn 26; und *Eind*, C-291/05, Slg 2007, I-10719, Rn 28).

47. Hinsichtlich dieser Beschränkungen und Bedingungen ist Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 zu entnehmen, dass die Mitgliedstaaten verlangen können, dass die Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, die das Aufenthaltsrecht in ihrem Hoheitsgebiet für einen Zeitraum von über drei Monaten wahrnehmen wollen, ohne eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, für sich und ihre Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat und über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen (vgl in diesem Sinne Urteil *Teixeira*, C-480/08, Slg 2010, I-1107, Rn 42).

48. Die Kommission ist im Unterschied zu allen Regierungen, die schriftliche Erklärungen abgegeben haben, der Ansicht, dass die Ausgleichszulage, da sie eine besondere beitragsunabhängige Geldleistung sei, die in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 falle, nicht als Leistung der „Sozialhilfe“ iSv Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 angesehen werden könne. [...]

49. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sowohl aus den Anforderungen der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch aus dem Gleichheitsgrundsatz folgt, dass die Begriffe einer unionsrechtlichen Bestimmung, die für die Ermittlung

ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten EU eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen, die unter Berücksichtigung des Kontextes der Bestimmung und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden muss (vgl ua Urteile *Flachglas Torgau*, C-204/09, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn 37; und *Edwards und Pallikaropoulos*, C-260/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn 29).

50. Wie bereits aus den Rn 33 bis 36 des vorliegenden Urteils hervorgeht, fällt eine Leistung wie die Ausgleichszulage in den Anwendungsbereich der VO 883/2004. Dieser Umstand kann jedoch als solcher für die Auslegung der RL 2004/38 nicht entscheidend sein. Denn wie von allen Regierungen, die schriftliche Erklärungen abgegeben haben, vorgetragen worden ist, verfolgt die VO 883/2004 andere Ziele als diese RL.

51. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die VO 883/2004 das in Art 48 AEUV festgelegte Ziel dadurch zu erreichen sucht, dass mögliche nachteilige Wirkungen, die die Ausübung der Freizügigkeit für AN in Bezug auf den Genuss von Leistungen der sozialen Sicherheit durch sie und ihre Familienangehörigen haben könnte, verhindert werden (vgl in diesem Sinne Urteil *Chuck*, Rn 32).

52. Zur Erreichung dieses Ziels sieht diese VO vorbehaltlich der Ausnahmen, die sie festlegt, den Grundsatz der Exportierbarkeit von Geldleistungen, die in ihren Anwendungsbereich fallen, in den Aufnahmemitgliedstaat durch die Aufhebung von Wohnortklauseln nach ihrem Art 7 vor (vgl in diesem Sinne Urteil *Snares*, C-20/96, Slg 1997, I-6057, Rn 39 und 40).

53. Hingegen soll die RL 2004/38 zwar die Ausübung des jedem Unionsbürger unmittelbar aus dem Vertrag erwachsenden elementaren und persönlichen Rechts erleichtern und verstärken, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (vgl Urteile *Metock* ua, C-127/08, Slg 2008, I-6241, Rn 82 und 59; *Lassal*, C-162/09, Slg 2010, I-9217, Rn 30; und *McCarthy*, C-434/09, Slg 2011, I-3375, Rn 28), doch soll sie auch – wie aus ihrem Art 1 lit a hervorgeht – näher die Bedingungen regeln, unter denen dieses Recht ausgeübt werden kann (vgl in diesem Sinne Urteile *McCarthy*, Rn 33, und *Ziolkowski* und *Szeja*, C-424/10 und C-425/10, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn 36 und 40), zu denen im Falle eines Aufenthalts von über drei Monaten die Bedingungen gem Art 7 Abs 1 lit b dieser RL gehören, wonach Unionsbürger, die die AN-Eigenschaft nicht oder nicht mehr besitzen, über ausreichende Existenzmittel verfügen müssen.

54. Insb dem zehnten Erwägungsgrund der RL 2004/38 ist zu entnehmen, dass diese Voraussetzung ua verhindern soll, dass diese Personen die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats unangemessen in Anspruch nehmen (Urteil *Ziolkowski* und *Szeja*, Rn 40).

55. Eine solche Bedingung beruht auf dem Gedanken, dass die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger von der Wahrung der berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten abhängig gemacht werden kann, im vorliegenden Fall dem Schutz ihrer öffentlichen Finanzen (vgl entsprechend Urteile *Baumbast* und *R*, C-413/99, Slg 2002, I-7091, Rn 90; *Zhu* und

Chen, Rn 32, sowie *Kommission/Belgien*, C-408/03, Slg 2006, I-2647, Rn 37 und 41).

56. Unter dem gleichen Blickwinkel sieht Art 24 Abs 2 der RL 2004/38 eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz vor, auf den sich andere Unionsbürger als AN oder Selbständige, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen, die sich im Hoheitsgebiet eines Aufnahmemitgliedstaats aufhalten, berufen können, indem dem Aufnahmemitgliedstaat erlaubt wird, insb während der ersten drei Monate des Aufenthalts den Anspruch auf Sozialhilfe nicht zu gewähren (vgl Urteil *Vatsouras* und *Koupatantze*, C-22/08 und C-23/08, Slg 2009, I-4585, Rn 34 und 35).

57. Daraus ergibt sich, dass die VO 883/2004 zwar den Unionsbürgern, die von ihrem Recht auf AN-Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, die Beibehaltung des Anspruchs auf bestimmte Leistungen der sozialen Sicherheit, die in ihrem Ursprungsmitgliedstaat gewährt wurden, garantieren soll, aber es die RL 2004/38 ihrerseits dem Aufnahmemitgliedstaat erlaubt, Unionsbürgern, wenn sie die AN-Eigenschaft nicht oder nicht mehr besitzen, rechtmäßige Beschränkungen in Bezug auf die Gewährung von Sozialleistungen aufzuerlegen, damit diese die Sozialhilfeleistungen dieses Staates nicht unangemessen in Anspruch nehmen.

58. Unter diesen Umständen kann der Begriff der „Sozialhilfeleistungen“ in Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 entgegen dem Vorbringen der Kommission nicht auf die sozialen Fürsorgeleistungen reduziert werden, die nach Art 3 Abs 5 lit a der VO 883/2004 nicht in deren Anwendungsbereich fallen. [...]

60. Daraus folgt, dass der Begriff der „Sozialhilfeleistungen“ iSv Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 nicht anhand von formalen Kriterien, sondern anhand des mit dieser Bestimmung verfolgten Ziels zu bestimmen ist, wie es in den Rn 53 bis 57 des vorliegenden Urteils dargelegt worden ist (vgl in diesem Sinne Urteile *Vatsouras* und *Koupatantze*, Rn 41 und 42, sowie *Kamberaj*, C-571/10, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn 90 bis 92).

61. Folglich ist dieser Begriff so zu verstehen, dass er sich auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfsysteme bezieht, die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die dieser Staat gewähren kann (vgl in diesem Sinne Urteile *Bidar*, Rn 56, *Eind*, Rn 29, und *Förster*, Rn 48, sowie entsprechend Urteile *Chakroun*, C-578/08, Slg 2010, I-1839, Rn 46, und *Kamberaj*, Rn 91).

62. Was die im Ausgangsverfahren streitige Ausgleichszulage angeht, ergibt sich aus den Rn 33 bis 36 des vorliegenden Urteils, dass eine solche Leistung als „Sozialhilfeleistung“ des betreffenden Mitgliedstaats angesehen werden kann. [...]

63. Daher kann der Umstand, dass ein wirtschaftlich nicht aktiver Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats angesichts der geringen Höhe seiner Rente zum Bezug einer solchen Leistung berechtigt sein kann, einen Anhaltspunkt dafür darstellen, dass er nicht über

ausreichende Existenzmittel verfügt, um die Sozialhilfeleistungen dieses Staates nicht unangemessen iSv Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 in Anspruch zu nehmen (vgl in diesem Sinne Urteil *Trojani*, Rn 35 und 36).

64. Die zuständigen nationalen Behörden können eine solche Schlussfolgerung jedoch nicht ziehen, ohne eine umfassende Beurteilung der Frage vorzunehmen, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung dieser Leistung nach Maßgabe der individuellen Umstände, die für die Lage des Betroffenen kennzeichnend sind, konkret entstünde.

65. Erstens ist nämlich hervorzuheben, dass die RL 2004/38 keineswegs die Möglichkeit ausschließt, im Aufnahmemitgliedstaat den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten Sozialleistungen zu gewähren (vgl entsprechend Urteil *Grzelczyk*, Rn 39).

66. Vielmehr wird durch mehrere Bestimmungen dieser RL gerade vorgesehen, dass ihnen solche Leistungen gewährt werden können. Wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, geht aus dem Wortlaut von Art 24 Abs 2 dieser RL hervor, dass nur während der ersten drei Monate des Aufenthalts unter Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art 24 Abs 1 der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet ist, Unionsbürgern, die nicht oder nicht mehr die AN-Eigenschaft besitzen, einen Anspruch auf eine Sozialhilfeleistung zu gewähren. Zudem bestimmt Art 14 Abs 3 dieser RL, dass die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger oder einen seiner Familienangehörigen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen darf.

67. Zweitens schreibt Art 8 Abs 4 Satz 1 der RL 2004/38 ausdrücklich vor, dass die Mitgliedstaaten keinen festen Betrag für die Existenzmittel festlegen dürfen, die sie als ausreichend betrachten, sondern die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen müssen. Außerdem darf nach Art 8 Abs 4 Satz 2 dieser Betrag der ausreichenden Existenzmittel in keinem Fall über dem Schwellenbetrag, unter dem der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen Sozialhilfe gewährt, oder, wenn dieses Kriterium nicht anwendbar ist, über der Mindestrente der SV des Aufnahmemitgliedstaats liegen. [...]

69. Außerdem geht aus dem 16. Erwägungsgrund der RL 2004/38 hervor, dass der Aufnahmemitgliedstaat zur Beurteilung der Frage, ob ein Sozialhilfeleistungsempfänger die Sozialhilfeleistungen dieses Staates unangemessen in Anspruch nimmt, zum einen zu prüfen hat, ob der Betreffende vorübergehende Schwierigkeiten hat, und zum anderen die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände des Betreffenden und den ihm gewährten Sozialhilfebetrag zu berücksichtigen hat, bevor er eine Ausweisung veranlasst.

70. Drittens sind, da das Recht auf Freizügigkeit als ein grundlegendes Prinzip des Unionsrechts die Grundregel darstellt, die in Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 festgelegten Voraussetzungen eng (vgl entsprechend Urteile *Kamberaj*, Rn 86, und *Chakroun*, Rn 43) sowie unter Einhaltung der vom Unionsrecht gezogenen Grenzen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszulegen (vgl Urteile *Baumbast* und *R*, Rn 91, *Zhu* und *Chen*, Rn 32, sowie *Kommission/Belgien*, Rn 39).

71. Darüber hinaus darf der den Mitgliedstaaten eröffnete Handlungsspielraum von ihnen nicht in einer

Weise genutzt werden, die das Ziel der RL 2004/38, das insb darin besteht, die Wahrnehmung des Grundrechts der Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zu erleichtern und zu verstärken, und die praktische Wirksamkeit der RL beeinträchtigen würde (vgl entsprechend Urteil *Chakroun*, Rn 43 und 47).

72. Daher impliziert die Bestimmung des Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38, indem sie das Aufenthaltsrecht für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten davon abhängig macht, dass der Betroffene das System der „Sozialhilfeleistungen“ des Aufnahmemitgliedstaats nicht „unangemessen“ in Anspruch nimmt, bei ihrer Auslegung im Licht des zehnten Erwägungsgrundes der RL, dass die zuständigen nationalen Behörden befugt sind, unter Berücksichtigung aller Faktoren und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Frage ihrer Beurteilung zu unterziehen, ob die Gewährung einer Sozialleistung eine Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem dieses Mitgliedstaats darstellt. Die RL 2004/38 erkennt somit eine bestimmte finanzielle Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten an, insb wenn die Schwierigkeiten, auf die der Aufenthaltsberechtigte stößt, nur vorübergehender Natur sind (vgl entsprechend Urteile *Grzelczyk*, Rn 44, *Bidar*, Rn 56, sowie *Förster*, Rn 48).

73. Wie aus Nr 74 der Schlussanträge des Generalanwalts hervorgeht, verweist zwar die deutsche Fassung von Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 im Gegensatz zu den meisten anderen Sprachfassungen dieser Bestimmung nicht auf ein „System“ der Sozialhilfe.

74. Nach stRsp kann jedoch die in einer der Sprachfassungen einer unionsrechtlichen Vorschrift verwendete Formulierung nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung dieser Vorschrift herangezogen werden oder insoweit Vorrang vor den anderen sprachlichen Fassungen beanspruchen. Eine solche Vorgehensweise wäre mit dem Erfordernis einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts unvereinbar. Wenn die sprachlichen Fassungen voneinander abweichen, muss die betreffende Vorschrift nach dem allgemeinen Aufbau und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört (vgl Urteile *Cricket St. Thomas*, C-372/88, Slg 1990, I-1345, Rn 18 und 19, sowie *Institute of the Motor Industry*, C-149/97, Slg 1998, I-7053, Rn 16).

75. Aus den Rn 64 bis 72 des vorliegenden Urteils ergibt sich, dass der Umstand allein, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats eine Sozialhilfeleistung bezieht, nicht als Beleg dafür ausreicht, dass er die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats unangemessen in Anspruch nimmt.

76. Hinsichtlich der hier fraglichen Regelung ergibt sich aus den Erläuterungen der österreichischen Regierung in der mündlichen Verhandlung, dass zwar die Höhe der Ausgleichszulage von der Vermögenssituation des Betroffenen in Bezug auf den für die Gewährung dieser Zulage festgelegten Richtsatz abhängt, aber bereits der bloße Umstand, dass ein wirtschaftlich nicht aktiver Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats sie beantragt, ausreichend ist, um ihn unabhängig von der Dauer des Aufenthalts, der Höhe dieser Leistung und dem Zeitraum ihrer Gewährung, und somit unabhängig von der aus dieser Leistung für das gesamte Sozialhilfesystem dieses

Staates erwachsenden Belastung, von dem Bezug der Ausgleichszulage auszuschließen.

77. Es ist festzustellen, dass ein solcher automatischer Ausschluss der wirtschaftlich nicht aktiven Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten von der Gewährung einer bestimmten Sozialhilfeleistung durch den Aufnahmemitgliedstaat selbst für die in Art 24 Abs 2 der RL 2004/38 genannte Zeit nach einem dreimonatigen Aufenthalt es den zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats nicht erlaubt, im Einklang mit den Anforderungen, die sich insb aus den Art 7 Abs 1 lit b und 8 Abs 4 dieser RL sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben, in Fällen, in denen die Existenzmittel des Betroffenen geringer sind als der Richtsatz für die Gewährung dieser Leistung, eine umfassende Beurteilung der Frage vorzunehmen, welche Belastung die Gewährung dieser Leistung nach Maßgabe der die Lage des Betroffenen kennzeichnenden individuellen Umstände konkret für das gesamte Sozialhilfesystem darstellen würde.

78. Insb muss es in einem Fall, wie er dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, den zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats möglich sein, bei der Prüfung des Antrags eines wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers, der sich in einer Lage wie der von Herrn *Brey* befindet, ua die Höhe und die Regelmäßigkeit der ihm verfügbaren Einkünfte, den Umstand, dass diese Einkünfte die nationalen Behörden zur Ausstellung einer Anmeldebescheinigung bewegen haben, und den Zeitraum zu berücksichtigen, in dem ihm die beantragte Leistung voraussichtlich gezahlt werden wird. Im Übrigen kann es – wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat – zur genaueren Beurteilung des Ausmaßes der Belastung, die eine solche Zahlung für das nationale Sozialhilfesystem darstellen würde, von Bedeutung sein, den Anteil derjenigen Empfänger dieser Leistung zu ermitteln, die Unionsbürger und Empfänger einer Altersrente in einem anderen Mitgliedstaat sind.

79. Im vorliegenden Fall ist es Sache des vorlegenden Gerichts, das allein für die Beurteilung des Sachverhalts zuständig ist, unter Berücksichtigung insb dieser Kriterien festzustellen, ob die Gewährung einer Leistung wie der Ausgleichszulage an eine Person in der Lage von Herrn *Brey* geeignet erscheint, eine unangemessene Belastung des nationalen Sozialhilfesystems darzustellen.

80. Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass das Unionsrecht, wie es sich insb aus den Art 7 Abs 1 lit b, 8 Abs 4 und 24 Abs 1 und 2 der RL 2004/38 ergibt, dahin auszulegen ist, dass es einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, wonach selbst in der Zeit nach einem dreimonatigen Aufenthalt die Gewährung einer Leistung wie der Ausgleichszulage nach § 292 Abs 1 ASVG an einen wirtschaftlich nicht aktiven Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats unter allen Umständen und automatisch aufgrund der Tatsache ausgeschlossen ist, dass dieser, obwohl ihm eine Anmeldebescheinigung ausgestellt wurde, die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt für mehr als drei Monate im Hoheitsgebiet des ersten Staates deshalb nicht erfüllt, weil dieses Aufenthaltsrecht davon abhängt, dass dieser Staatsangehörige über ausreichende Existenzmittel verfügt, um diese Leistung nicht beantragen zu müssen. [...]

25.

§§ 292 Abs 1
ASVG;
§§ 10, 51 und 55
NAG

OGH
17.12.2013
10 ObS 152/13w

OLG Graz
6.10.2011
6 Rs 66/11i

LG Graz
17.5.2011
8 Cgs 144/11f

1. Ein Unionsbürger kann sich während seines rechtmäßigen Aufenthalts auf das Unionsrecht so lange berufen, bis der Aufnahmemitgliedstaat den rechtmäßigen Aufenthalt durch eine Entscheidung beendet, die die Verfahrensgarantien insb gem den Art 15, 30 und 31 der RL 2004/38/EG wahrt.
2. Solange eine solche Entscheidung über die Beendigung des rechtmäßigen Aufenthalts in Österreich durch die dafür zuständige Behörde nicht vorliegt, besteht – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – auch für BezieherInnen einer Pension aus einem anderen Mitgliedstaat Anspruch auf Ausgleichszulage.

In Umsetzung der oa E des EuGH hat der OGH die Revision der Bekl keine Folge gegeben und dies wie folgt begründet: [...]

3. Im Revisionsverfahren ist mit Recht nicht mehr strittig, dass der Kl jedenfalls seit 1.4.2001 seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. Strittig ist jedoch weiterhin die Frage, ob es sich dabei um einen „rechtmäßigen“ Aufenthalt iSd § 292 Abs 1 ASVG handelt.

4. Zutreffend macht die Bekl geltend, dass eine von der Verwaltungsbehörde iSd § 53 NAG ausgestellte Anmeldebescheinigung keine die Gerichte bei der Prüfung des Erfordernisses des „rechtmäßigen Aufenthalts“ iSd § 292 ASVG bindende Wirkung entfaltet. [...]

4.4 Da der Anmeldebescheinigung nach § 53 NAG, wie bereits dargelegt, eine bloß deklaratorische Wirkung zwecks Dokumentation des sich aus dem Unionsrecht abgeleiteten Aufenthaltsrechts und somit kein Bescheidcharakter zukommt, kommt eine Bindung des Gerichts in dem Sinn, dass endgültig und bindend über eine Vorfrage („Rechtmäßigkeit des Aufenthalts in Österreich“) abgesprochen wurde, nicht in Betracht (vgl 3 Ob 206/10f mwN).

4.5 Doch selbst wenn man der Anmeldebescheinigung nach § 53 NAG einen Bescheidcharakter zubilligen wollte, käme eine Bindungswirkung im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Es ist nämlich das Gericht an die in einem Bescheid bloß deklarativ zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung einer Verwaltungsbehörde nicht gebunden (4 Ob 209/03v mwN). Schließlich erfasst die Rechtskraft eines Bescheids auch im Verwaltungsrecht grundsätzlich nur die Parteien des Verwaltungsverfahrens. War aber ein Dritter – wie hier die bekl PVA – am Verwaltungsverfahren nicht beteiligt, dann wird er nach der jüngeren Rsp des OGH nur von der Gestaltungswirkung und der Tatbestandswirkung des Bescheids erfasst (RIS-Justiz RS0036981 [T18], RS0121545 ua). [...] Tatbestandsvoraussetzung für die Gewährung der Ausgleichszulage im vorliegenden Fall ist nach § 292 Abs 1 ASVG nämlich nicht das Vorliegen einer Anmeldebescheinigung nach § 53 NAG, sondern das Vorliegen eines „rechtmäßigen“ Aufenthalts im Inland.

4.6 Das Gericht hat daher im Rahmen der Beurteilung des Anspruchs eines EWR-Bürgers auf Aus-

gleichszulage grundsätzlich auch selbständig zu prüfen, ob die für die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts notwendigen Voraussetzungen vorliegen. [...]

5. Es ist daher im Folgenden die Frage zu prüfen, ob der Aufenthalt des Kl in Österreich rechtmäßig ist, was eine Voraussetzung für den Anspruch auf Gewährung der Ausgleichszulage darstellt. Aus den Gesetzesmaterialien zum BudgetbegleitG 2011, BGBl I 2010/111, ergibt sich, dass durch das Abstellen auf den „rechtmäßigen“ Aufenthalt ein Gleichklang der Ausgleichszulagenregelung mit dem europäischen und österreichischen Aufenthaltsrecht hergestellt werden soll (vgl ERIRV 981 BlgNR 24. GP 206). [...]

6. Die [...] österreichische Rechtslage stellt somit einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen den Voraussetzungen für die Gewährung der Ausgleichszulage und den Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt eines EWR-Bürgers für einen Zeitraum von über drei Monaten in Österreich her. Es stellte sich daher für den erkennenden Senat vorrangig die Frage, ob die Ausgleichszulage als Sozialhilfeleistung iSd Art 7 Abs 1 der RL anzusehen ist. Der erkennende Senat hat daher mit Beschluss vom 14.2.2012 das Revisionsverfahren gem § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt und ein entsprechendes Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der EU gerichtet. [...]

7. Der OGH hat iSd bindenden Rechtsansicht (krit zu dieser Rechtsansicht R. *Rebhahn*, Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf den Zugang zu Sozialleistungen – insb zur Ausgleichszulage [EuGH-Urteil *Brey*], wbl 2013, 605) des EuGH davon auszugehen, dass grundsätzlich nichts dem entgegensteht, dass die Gewährung von Sozialleistungen an Unionsbürger, die wirtschaftlich nicht aktiv sind, von dem Erfordernis abhängig gemacht wird, dass diese die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erfüllen. Es ist jedoch erforderlich, dass die Bedingungen, denen die Gewährung eines solchen Aufenthaltsrechts unterliegt – wie die im Ausgangsverfahren fragliche, dass ausreichende Existenzmittel zur Verfügung stehen müssen, so dass die Ausgleichszulage nicht beantragt wird –, selbst im Einklang mit dem Unionsrecht stehen (vgl Rn 44 f des Urteils des EuGH). [...]

8. Nach § 51 Abs 1 Z 2 NAG hängt das Recht eines Unionsbürgers auf Aufenthalt in Österreich ua davon ab, dass er keine Ausgleichszulage erhält. Nach § 292 Abs 1 ASVG wird die Ausgleichszulage nur den Personen gewährt, die ua ihren rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich haben. Diese Bestimmungen sollen daher Unionsbürger, die sich in Österreich für mehr als drei Monate aufhalten wollen, von der Inanspruchnahme der Sozialleistungen in Österreich sowie von einer Leistung wie der Ausgleichszulage ausschließen.

8.1 Eine solche Verknüpfung zwischen dem Zugang zu Sozialleistungen und dem Aufenthaltsrecht trifft aber, auch wenn nicht unmittelbar nach der Staatsangehörigkeit differenziert wird, typischerweise Unionsbürger, die erst einen Aufenthalt im Inland begründen müssen. Damit haben Unionsbürger eine Hürde zu nehmen, die für Inländer in der Regel wegfällt. Es liegt daher eine mittelbare Diskriminierung von Unionsbürgern vor.

Zwar werden auch mittelbare Diskriminierungen vom Verbot des Art 18 AEUV erfasst, jedoch sind mittelbare Diskriminierungen einer sachlichen Rechtfertigung zugänglich, wenn die gesetzte nationale Maßnahme auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck steht, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird (*E. Felten*, Sozialtourismus in der EU – Möglichkeiten und Grenzen der Optimierung von Sozialleistungen nach dem Unionsrecht, DRdA 2012, 461 [465] mwN).

8.2 Anhaltspunkte für die Zulässigkeit nationaler Beschränkungen zur Vermeidung von Sozialtourismus lassen sich direkt dem Primärrecht entnehmen. Gem Art 21 AEUV ist das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürgern nur „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“ gewährleistet. Die in Art 21 AEUV angesprochenen „Beschränkungen und Bedingungen“ ergeben sich in erster Linie aus der Aufenthalts-RL 2004/38/EG und haben auch Auswirkungen auf den Zugang zu Sozialleistungen. Die RL sieht nämlich die Möglichkeit vor, das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern davon abhängig zu machen, dass sie keine unverhältnismäßige finanzielle Belastung für den Aufenthaltsstaat bedeuten. Diese Beschränkung zielt damit auf inaktive Unionsbürger ab. Umso länger jedoch der Aufenthalt im Inland besteht, desto weniger dürfen finanzielle Erwägungen eine Rolle für den weiteren Verbleib spielen. Es ist maW davon auszugehen, dass sich mit fortlaufender Zeit die Beziehung zum Aufnahmestaat verfestigt. Daher sieht die RL ein abgestuftes System vor, das von der Dauer des Aufenthalts abhängt. In den ersten drei Monaten verfügen zwar inaktive Unionsbürger über ein nahezu unbedingtes Aufenthaltsrecht (Art 6), der Aufnahmestaat ist aber in diesem Zeitraum gem Art 24 Abs 2 der RL nicht verpflichtet, Sozialhilfe oder Studienbeihilfe zu gewähren. Bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten besteht hingegen gem Art 24 Abs 1 ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot, das sich grundsätzlich auch auf Sozialleistungen erstreckt. Jedoch darf gem Art 7 Abs 1 lit b der RL ein Aufenthalt inaktiver Personen von mehr als drei Monaten bis zu fünf Jahren davon abhängig gemacht werden, dass sie über ausreichende Existenzmittel verfügen und folglich während des Aufenthalts keine Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen. Erst ab einem Aufenthalt von mehr als fünf Jahren besteht das Aufenthaltsrecht unabhängig vom Nachweis ausreichender finanzieller Mittel (vgl *E. Felten*, Sozialtourismus in der EU – Möglichkeiten und Grenzen der Optimierung von Sozialleistungen nach dem Unionsrecht, DRdA 2012, 461 [465] mwN).

8.3 Der in § 51 Abs 1 Z 2 NAG iVm § 292 Abs 1 ASVG vorgesehene automatische Ausschluss der wirtschaftlich nicht aktiven Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten von der Gewährung einer bestimmten Sozialhilfeleistung (Ausgleichszulage) durch den Aufnahmemitgliedstaat steht jedoch im Widerspruch zu den Anforderungen, die sich insb aus den Art 7 Abs 1 lit b und Art 8 Abs 4 der RL sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben (vgl Rn 77 des Urteils

des EuGH). Art 8 Abs 4 der RL verlangt nämlich eine individuelle Beurteilung der persönlichen Situation des Unionsbürgers. Art 14 Abs 2 der RL bestimmt, dass nur, wenn begründete Zweifel bestehen, ob der Unionsbürger noch das Erfordernis der ausreichenden Existenzmittel gem Art 7 erfüllt, der Aufnahmemitgliedstaat in nicht systematischer Weise prüfen kann, ob diese Voraussetzungen für den Aufenthalt erfüllt sind. Ebenfalls verbietet Art 14 Abs 3 der RL die automatische Ausweisung eines Unionsbürgers wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen im Aufnahmemitgliedstaat. Nach dem 10. Erwägungsgrund der RL vermag auch nicht jede Inanspruchnahme einer Sozialhilfeleistung den Verlust des Aufenthaltsrechts zu begründen, sondern nur eine unangemessene Inanspruchnahme. Mitgliedstaaten müssen eine bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten zulassen. Vorschriften wie § 51 Abs 1 Z 2 NAG, die das Aufenthaltsrecht davon abhängig machen, dass Sozialleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht in Anspruch genommen werden, und die keine individuelle Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unionsbürgers vorsehen, sind daher mit den Art 8 Abs 4 und 14 Abs 3 der RL nicht vereinbar. Der bloße Antrag auf Sozialhilfe (Ausgleichszulage) kann für sich genommen keine unverhältnismäßige Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen eines Mitgliedstaats darstellen und zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen (vgl die Schlussanträge des Generalanwalts *Wahl* vom 29.5.2013 im gegenständlichen Verfahren Rs C-140/12, Rn 75 ff mwN).

8.4 Ein Mitgliedstaat kann jedoch der Ansicht sein, dass ein Unionsbürger, der Sozialhilfeleistungen in Anspruch nimmt, die Voraussetzungen seines Aufenthaltsrechts nicht mehr erfüllt, und er kann – innerhalb der vom Unionsrecht vorgegebenen Grenzen – Maßnahmen in die Wege leiten, um den Aufenthaltstitel dieser Person zu widerrufen. Der Wegfall ausreichender Existenzmittel stellt nämlich immer ein latentes Risiko dar. Der Aufnahmemitgliedstaat kann daher nach Art 14 der RL prüfen, ob Unionsbürger die in Art 7 aufgestellten Voraussetzungen noch erfüllen. In derartigen Fällen ist es jedoch die Auffassung des EuGH, dass ein Unionsbürger, solange er sich rechtmäßig nach Unionsrecht in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, sich auf das Unionsrecht einschließlich des Grundsatzes der Gleichbehandlung berufen kann, um Sozialleistungen zu erhalten, auch wenn dies später sein Aufenthaltsrecht beeinträchtigen kann (vgl die Schlussanträge des Generalanwalts *Wahl* vom 29.5.2013 im gegenständlichen Verfahren Rs C-140/12, Rn 94 mwN).

9. Im vorliegenden Fall wurde dem Kl am 22.3.2011 von der Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg als zuständige Behörde nach der Abweisung seines Antrags auf Ausgleichszulage durch die Bekl eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger iSd § 53 NAG ausgestellt. Damit hat die zuständige Behörde das (damalige) Vorliegen der Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt des Kl in Österreich dokumentiert.

9.1 Nach der unter Pkt 8.4 dargelegten Auffassung des EuGH kann sich ein Unionsbürger wie der

KI während seines rechtmäßigen Aufenthalts auf das Unionsrecht so lange berufen, bis der Aufnahmemitgliedstaat den rechtmäßigen Aufenthalt durch eine Entscheidung beendet, die die Verfahrensgarantien insb gem den Art 15, 30 und 31 der RL wahr.

9.2 Nach Art 14 Abs 2 erster Satz der RL steht den Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen das Aufenthaltsrecht nach den Art 7, 12 und 13 NAG zu, solange sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen. Diese Regelung wurde in § 55 Abs 1 NAG übernommen, wonach das Aufenthaltsrecht von EWR-Bürgern und deren Angehörigen für mehr als drei Monate nur so lange besteht, als die Voraussetzungen erfüllt bleiben. Die in Art 14 Abs 2 zweiter Satz der RL eingeräumte Möglichkeit, den Fortbestand der Ausstellungsvoraussetzungen zu überprüfen, wurde durch § 55 Abs 2 NAG umgesetzt. Besteht das Aufenthaltsrecht gem §§ 51, 52 und 54 NAG nicht, weil eine Gefährdung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vorliegt, die Nachweise nach § 53 Abs 2 oder § 54 Abs 2 NAG nicht erbracht werden oder die Voraussetzungen für dieses Aufenthaltsrecht nicht mehr vorliegen, hat die Behörde gem § 55 Abs 3 NAG unverzüglich, spätestens jedoch gleichzeitig mit dem Antragsteller, auch die zuständige Fremdenpolizeibehörde vom Vorliegen eines solchen Umstands zu verständigen, damit diese im Hinblick auf eine mögliche Beendigung des Aufenthalts des betreffenden EWR-Bürgers oder dessen Angehörigen tätig werden kann. Wird eine Ausweisung bzw ein Aufenthaltsverbot durchsetzbar oder rechtskräftig, ist damit der Verlust des Aufenthaltsrechts verbunden (§ 10 Abs 1 NAG). Unterbleibt hingegen eine Aufenthaltsbeendigung, bleibt auch das Aufenthaltsrecht des EWR-Bürgers bestehen (vgl *Kutscher/Völker/Witt*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht² [2010] 188).

9.3 Solange eine solche Entscheidung über die Beendigung des rechtmäßigen Aufenthalts des KI in Österreich durch die dafür zuständige Behörde nicht vorliegt, hat der KI nach den dargelegten Ausführungen Anspruch auf Ausgleichszulage. Da sonstige Einwendungen gegen den von den Vorinstanzen für den Zeitraum ab 1.4.2011 als zu Recht bestehend beurteilten Anspruch des KI auf Ausgleichszulage in der Revision der Bekl nicht geltend gemacht wurden, musste das Rechtsmittel im Ergebnis erfolglos bleiben.

Anmerkung

1. Problemstellung

Die beiden vorliegenden Entscheidungen berühren eine Frage, die in den letzten Monaten nicht nur in Europa- bzw Sozialrechtskreisen, sondern in Politik und Öffentlichkeit, und zwar in einer Reihe von Mitgliedstaaten für Aufsehen, wenn nicht sogar für heftige Debatten (über tatsächlichen oder auch nur vermeintlichen „Sozialtourismus“) gesorgt hat. Im Kern geht es darum, ob Personen, die bisher keine Beziehung zu einem Mitgliedstaat hatten, ohne Weiteres auch die Vergünstigungen des dortigen Sozialsystems in Anspruch nehmen können sollen, oder ob die Solidarität doch von einem gewissen *Naheverhältnis* zum betreffenden Mitgliedstaat abhängig gemacht werden

darf. Umgelegt auf die im Ausgangsfall strittige Ausgleichszulage aus der PV bedeutet das, ob diese im Ergebnis ein Mindesteinkommen für PensionistInnen gewährleistende Leistung auch Personen gebührt, die lediglich über eine (zumal niedrige) Pension aus einem anderen Mitgliedstaat verfügen, und sich vielleicht sogar nur wegen der Ausgleichszulage nach Österreich begeben haben.

Nach nationalem Recht soll das seit BGBl I 2010/111 nicht mehr möglich sein. Der Anspruch auf Ausgleichszulage setzt seither nicht mehr nur einen gewöhnlichen Aufenthalt voraus, dieser muss vielmehr auch *rechtmäßig* sein; und für diese Rechtmäßigkeit wird nach §§ 11 Abs 5 bzw 51 Abs 1 Z 2 NAG der Nachweis ausreichender Existenzmittel verlangt, die eine Inanspruchnahme von Sozialhilfe oder eben der Ausgleichszulage nicht erforderlich machen (vgl dazu nur *Pfeil*, SV-Komm, § 292 ASVG Rz 12 ff).

Diese Einschränkung gerät freilich in Widerspruch zu den Gleichbehandlungsgeboten der (Koordinierungs-)VO 883/2004 (insb deren Art 4 im Hinblick auf UnionsbürgerInnen), in deren Geltungsbereich die Ausgleichszulage spätestens seit der EuGH-E in der Rs *Skalka* (EuGH 29.4.2004, C- 160/02, Slg 2004, I-5613 = DRdA 2005, 204 [*Pfeil*]) unstrittig fällt. Auf der anderen Seite erlaubt die (Aufenthalts-)RL 2004/38 in ihrem Art 7 Abs 1 lit b Einschränkungen des Aufenthaltsrechts für wirtschaftlich inaktive UnionsbürgerInnen, um zu vermeiden, dass diese Sozialhilfeleistungen im Aufenthaltsstaat unangemessen in Anspruch nehmen. Da Leistungen der sozialen Fürsorge aber eigentlich nicht der VO 883/2004 zu unterstellen sind (vgl deren Art 3 Abs 5), stellte sich für den OGH im Ausgangsfall die Frage nach dem Verhältnis der EU-Aufenthalts- bzw -Koordinierungsregelungen und deren Auswirkungen auf die österreichische Rechtslage. Die folgerichtig beim EuGH beantragte *Vorabentscheidung* brachte jedoch nicht die erhoffte Klärung, sondern hat fast noch mehr Fragen aufgeworfen, wie bereits die ersten Reaktionen zeigen (vgl neben dem bereits vom OGH zitierten Beitrag von *Rebhahn*, wbl 2013, 605 ff, *Windisch-Graetz*, Ausgleichszulage für Unionsbürger, in *Kietabl ua* [Hrsg], Rechtswissenschaft und Rechtskunde. Liber Amicorum für Robert Rebhahn [2014] 185 ff; bzw *Felten*, Zugang zu Sozialleistungen für Unionsbürger und Auswirkungen auf ihren aufenthaltsrechtlichen Status, FABL 1/2014-1, 1 ff; aber etwa auch *Verschueren*, Free movement or benefit tourism: The unreasonable burdens of Brey, European Journal of Migration and Law, 2014/2, 147 ff). Zu diesen Fragen können in der Folge nur einige grundsätzliche Aspekte (2.) und Probleme (3.) angesprochen werden. Auch die endgültige (recht pragmatische, aber gut nachvollziehbare) Sachentscheidung durch den OGH kann im vorliegenden Rahmen nur kurz kommentiert werden (4.)

2. Ausgleichszulage unterliegt der VO 883/2004, ist aber auch „Sozialhilfeleistung“ nach der RL 2004/38

Zunächst seien noch einmal die komplexen (und nicht widerspruchsfreien) *Kernaussagen* der EuGH-Vorabentscheidung zusammengefasst: (1) Bei der

Ausgleichszulage handelt es sich um eine beitragsunabhängige Sonderleistung, die zwar in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 fällt, für die aber die Sonderregelungen nach deren Art 70 gelten, womit insb ein Export in andere Mitgliedstaaten nicht erforderlich ist. Das ergibt sich aus Abs 4 dieser Bestimmung, welcher (2) nach Auffassung des EuGH nur als Kollisionsnorm zu sehen ist, die nicht ausschließt, dass der Anspruch auf eine beitragsunabhängige Sonderleistung nach nationalem Recht vom rechtmäßigen Aufenthalt im betreffenden Mitgliedstaat abhängig gemacht wird. Diese Bedingung muss freilich (3) ihrerseits mit dem Unionsrecht in Einklang stehen. Dafür ist (4) vor allem Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 maßgebend, wobei (5) der dortige Begriff „Sozialhilfeleistungen“ – wegen der unterschiedlichen Regelungszwecke – nicht deckungsgleich mit den „sozialen Fürsorgeleistungen“ ist, die nach Art 3 Abs 5 lit a der VO 883/2004 gerade nicht in deren Anwendungsbereich fallen.

Nach einer Umschreibung der „Sozialhilfeleistungen“ iSd Art 7 Abs 1 lit b RL 2004/38 folgert der EuGH (6), dass es sich bei der Ausgleichszulage um eine solche handelt. Die Berechtigung zu deren Bezug durch einen wirtschaftlich nicht aktiven Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats kann (7) einen Anhaltspunkt dafür darstellen, dass diese Person nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt, die iSd Art 7 Abs 1 lit b RL 2004/38 ausschließen würden, dass die Sozialhilfeleistungen dieses Staates unangemessen in Anspruch genommen werden.

Allerdings müssten (8) die zuständigen nationalen Behörden die Frage, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung dieser Leistung nach Maßgabe der individuellen Umstände entstünde, umfassend prüfen. Es dürfe daher kein a-priori-Ausschluss erfolgen, vielmehr sei (9) insb Höhe und Regelmäßigkeit der dem/der Betreffenden verfügbaren Einkünfte, der Umstand, dass diese Einkünfte die nationalen Behörden zur Ausstellung einer Anmeldebescheinigung bewegen haben, und der Zeitraum, in dem die beantragte Leistung voraussichtlich zu zahlen sein wird, sowie der Anteil derjenigen EmpfängerInnen dieser Leistung zu berücksichtigen, die UnionsbürgerInnen und EmpfängerInnen einer Altersrente in einem anderen Mitgliedstaat sind.

Dieser Argumentationskette kann zu Beginn grundsätzlich gefolgt werden (*Windisch-Graetz in Kietaihl ua* [Hrsg] 187 ff, spricht in diesem Zusammenhang von „Zuckerbrot ...“). Sie bemüht sich erkennbar um Auflösung des Widerspruchs zwischen der Sozialrechtskoordination, die zumindest ursprünglich vor allem der Flankierung der AN-Freizügigkeit diene, und dem Aufenthaltsrecht, das sich (nur) aus der Unionsbürgerschaft ableitet. Angesichts dieser beiden unterschiedlichen Ansätze ist es auch plausibel, dass „Sozialhilfeleistungen“ iSd Art 7 Abs 1 lit b der RL 2004/38 nicht mit „sozialer Fürsorge“ iSd Art 3 Abs 5 VO 883/2004 gleichgesetzt werden. Damit wäre an sich der Weg frei, eine Leistung wie die Ausgleichszulage trotz ihrer grundsätzlichen Zugehörigkeit zu den von der Koordinierungs-VO erfassten Leistungen Beschränkungen zu unterwerfen, die an das Aufenthaltsrecht anknüpfen.

Die Zulässigkeit solcher *zusätzlichen* (!) *Beschränkungen* auch im Rahmen der VO 883/2004 war bisher freilich nicht anerkannt. Wie jüngst bereits *Felten* (FABL 1/2014-I, 6) gezeigt hat, setzt sich der EuGH hier über seine bisher gegenteilige Judikatur hinweg (vgl insb EuGH 25.2.1999, C-90/97, *Swaddling*, Slg 1999, I-1075, Rn 30), ohne diese auch zu erwähnen, während die von ihm (in Rn 44) angeführten Vorentscheidungen nicht als Beleg für diesen „Schwenk“ dienen können. Diese neue Sichtweise könnte allenfalls in der damals noch nicht verankerten Unionsbürgerschaft (vgl Artt 20 und 21 AEUV) und der Konkretisierung der daraus resultierenden Rechte insb durch die RL 2004/38 begründet sein. Selbst in deren Anwendungsbereich sind solche Beschränkungen aber nicht beliebig möglich, wobei der EuGH bisher ein gewisses Mindestmaß an *Verbundenheit* mit dem Staat, in dem Leistungen in Anspruch genommen werden sollen, unterstellt hat, wie *Rebhahn* (wbl 2013, 607 f, und ihm folgend *Windisch-Graetz in Kietaihl ua* [Hrsg], Rechtswissenschaft und Rechtskunde 190) unter Berufung insb auf die Urteile in der Rs *Förster* (EuGH 18.11.2008, C-158/07, Slg 2008, I-08507) bzw Rs *Kommission gegen Österreich* (EuGH 4.10.2012, C-75/11, Slg 2012, I-00000) deutlich gemacht hat.

Von dieser Linie einer leistungsspezifisch und insb im Hinblick auf die Dauer und Höhe der Leistung differenzierten Abstufung der Verbundenheit, die mit *Rebhahn* (wbl 2013, 609) zu begrüßen wäre, ist der EuGH nun aber abgegangen. Damit bleibt auch der Grund für den Zuzug ausgeblendet, der vorliegend gerade nicht in der Nutzung der AN-Freizügigkeit oder der Absolvierung einer Ausbildung im anderen Mitgliedstaat liegt. Dieser Richtungswechsel zeigt sich bereits in der „*Definition*“ der Sozialhilfeleistungen iSd Art 7 Abs 1 lit b RL 2004/38, die in Rn 61 der vorliegenden E zunächst denkbar *weit* gefasst ist („*sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme ... , die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzeln in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt*“). Der zweite Teil der Umschreibung dieser Leistungen stellt dann aber nicht auf deren Funktion, sondern (vgl auch Rn 60: „*anhand des mit dieser Bestimmung verfolgten Ziels*“) auf die Rechtfertigung für die Beschränkung des Aufenthaltsrechts ab („*deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die dieser Staat gewähren kann*“).

Diese etwas eigenartige Begriffsbildung soll offenbar eine stärkere Legitimation für die in der Folge (Rn 76 und 77) zur Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung geforderte *doppelte* Prüfung dafür schaffen, ob die Inanspruchnahme der Leistung „*unangemessen*“ ist, wie es die Erwägungsgründe 10 und 16 der RL 2004/38 umschreiben. Diese Prüfung habe zwar mit Blick auf die *individuellen* Verhältnisse im konkreten Einzelfall zu erfolgen, müsse (oder dürfe) aber die Gesamtbelastung des Systems ebenfalls berücksichtigen, sei also auch *systembezogen* (so plakativ *Rebhahn*, wbl 2013, 610) vorzunehmen.

Eine solche pauschale Betrachtungsweise liegt der Rechtslage in § 292 Abs 1 ASVG iVm §§ 11 bzw 51 NAG zu Grunde. Durch den Bezug auf die Ausgleichszulage, die mit ihren Richtsätzen nicht nur zwischen Alleinstehenden und Ehepaaren (eingetragenen Partnerschaften) bzw Voll- und Halbwaisen differenziert, sondern auch Erhöhungen für Kinder vorsieht (vgl § 293 ASVG), werden auch die individuellen Verhältnisse eigentlich schon sehr gut berücksichtigt. Das reicht dem EuGH aber nicht, da nach Art 8 Abs 4 RL 2004/38 keine Fixbeträge als Vorgabe für die (Un-)Angemessenheit zulässig sind und nach deren Art 10 Abs 3 die Inanspruchnahme derartiger Leistungen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen darf. Da weitergehende individuelle Prüfungen nicht vorgesehen sind (und auch kein Spielraum dafür ersichtlich ist), ist mit *Felten* (FABL 1/2014-I, 7) davon auszugehen, dass § 292 Abs 1 ASVG insoweit nicht dem Unionsrecht entspricht (daher spricht *Windisch-Graetz* in *Kietaibl ua* [Hrsg], Rechtswissenschaft und Rechtskunde 189, dann auch von „... und Peitsche“).

3. Konkrete Prüfung

Die dennoch zulässigen Beschränkungen des Aufenthaltsrechts dürfen vielmehr (so Rn 78 der vorliegenden E) nur auf Grund einer individuellen Prüfung insb der Höhe und Regelmäßigkeit der dem/der Betreffenden verfügbaren Einkünfte, des Umstands, dass diese Einkünfte die nationalen Behörden zur Ausstellung einer Anmeldebescheinigung bewogen haben, und des Zeitraums, in dem die beantragte Leistung voraussichtlich zu zahlen sein wird, sowie unter Berücksichtigung des Anteils derjenigen EmpfängerInnen dieser Leistung erfolgen, die UnionsbürgerInnen und EmpfängerInnen einer Altersrente in einem anderen Mitgliedstaat sind. Diese Kriterien wurden bereits – und zu Recht – heftig problematisiert, weil sie überaus widersprüchlich und zudem *nicht administrierbar* sind. Die gegen die praktische Umsetzbarkeit dieser Vorgaben erhobenen Einwände (vgl noch einmal *Rebhahn*, wbl 2013, 610 f, bzw *Felten*, FABL 1/2014-I, 7) brauchen hier nicht wiederholt werden. Der Verdacht *Feltens* (aaO), diese hohen Anforderungen sollten die Behörden von Prüfungen abhalten (siehe auch unten 4.) und so die Leistungsgewährung sicherstellen, scheint nicht unberechtigt.

Auch im Hinblick auf die Tragfähigkeit der konkreten Kriterien wurden die wichtigsten *Widersprüche* schon genannt: Ganz abgesehen davon, dass die Inanspruchnahme der Ausgleichszulage im Einzelfall nie das Gesamtsystem gefährden kann, stellt sich die Frage, ob wirklich nach dem Lebensalter und dem Geschlecht der eine Ausgleichszulage beanspruchenden Person oder danach unterschieden werden darf bzw soll, ob sie aus einem Land mit höherem oder niedrigem Pensionsniveau stammt (vgl *Rebhahn*, wbl 2013, 610). Und warum sollte dem Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates, der nach langjähriger Erwerbstätigkeit in Österreich in seine Heimat zurückkehrt, die Ausgleichszulage vorenthalten werden (dürfen), während sie sein Landsmann, der erst als Pensionist nach Österreich kommt, sofort bekommen müsste? Diese ebenfalls von *Rebhahn* (wbl 2013, 611)

zutreffend geortete Diskrepanz könnte sogar dazu führen, dass auch die Ausgleichszulage exportiert werden muss, weil die Wohnortklausel eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Freizügigkeit darstellt (so die nicht abwegige Schlussfolgerung aus der *Brey-E*, die *Verschueren*, EJML 2014, insb 164, in den Raum stellt). Dann dürfte sich aber niemand mehr wundern, wenn der österreichische Gesetzgeber die Ausgleichszulage gleich ganz abschaffte!

4. Umsetzung durch den OGH und weitere Perspektiven

Der OGH hat diese Probleme und Widersprüche offenkundig erkannt und versucht sie – auf kurzem Weg, aber nicht unelegant – zu vermeiden. Das nationale Höchstgericht stellt in seiner Sachentscheidung sehr formal auf das Bestehen des Aufenthaltsrechts für EU-BürgerInnen (bzw EWR-Staatsangehörige und SchweizerInnen), das erst durch eine (rechtskräftige) *gegenteilige E der zuständigen Fremdenpolizeibehörde* (also grundsätzlich des Landeshauptmanns/der Landeshauptfrau bzw bei entsprechender Ermächtigung durch Verordnung die jeweilige Bezirksverwaltungsbehörde, § 3 NAG) endet. Blendet man die Frage der Rechtswirkung der Anmeldebescheinigung nach § 53 NAG aus, die hier nicht näher erörtert werden kann (dazu aber *Windisch-Graetz* in *Kietaibl ua* [Hrsg], Rechtswissenschaft und Rechtskunde 190 ff), ist dem OGH in der Auffassung zu folgen, dass die PV den Anspruch auf Ausgleichszulage – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – nicht verweigern darf, solange keine dem Aufenthaltsrecht entgegenstehende Entscheidung vorliegt. Der Pensionsversicherungsträger muss vielmehr (und darf) den daraus resultierenden Bezug der nach NAG zuständigen Behörde melden, die ihrerseits prüfen muss, ob die Voraussetzungen für aufenthaltsbeendende Maßnahmen vorliegen, um dann gegebenenfalls ein Aufenthaltsverbot zu verhängen oder gar eine Ausweisung zu verfügen. Dabei sind dann wohl insb jene Kriterien zu beachten, die der EuGH wie ausgeführt als maßgebend erachtet.

Mit dieser Sichtweise vermeidet der OGH zunächst das Risiko von unterschiedlichen Beurteilungen durch die für das Aufenthaltsrecht zuständigen Behörden und die für die Zuerkennung von Sozialleistungen zuständigen Träger. Dass er dabei die Beurteilung (primär) aufenthaltsrechtlicher Fragen bei der dafür (auch im materiellen Sinn) kompetenten Stelle belässt, entspricht auch der früheren Judikatur des 10. Senates (vgl nur die von mir besprochenen Entscheidungen unmittelbar vor Inkrafttreten der Rechtslage nach BGBl I 2010/111, DRdA 2012, 497 ff). Damit erspart der OGH den Gerichten (und sich selbst) wie den Pensionsversicherungsträgern die Auseinandersetzung mit „sachfremden“ Materien.

Das eigentliche Problem, mag seine durch empirische Daten belegbare Dimension nach wie vor sehr gering sein (laut BMASK bezogen im März 2014 ca 1100 Personen eine Ausgleichszulage zu einer Pension aus einem anderen EU/EWR-Staat, davon hatten aber über 400 BezieherInnen die österreichische Staatsbürgerschaft), wird damit freilich nur *verschoben*. Diese Frage kann aber nicht durch Gerichte oder

Behörden und auch nicht durch die nationale Gesetzgebung gelöst werden. Es wäre vielmehr Aufgabe der *europäischen Rechtsetzung*, hier klarzustellen (bzw nationale Vorkehrungen in diese Richtung zuzulassen), dass allein durch die Unionsbürgerschaft keine dauerhaften Sozialleistungsansprüche in einem Mitgliedstaat entstehen können, zu dem die betreffende Person bisher keine (besondere) Beziehung hatte. Ein möglicher und wohlbalancierter Ansatz hierfür könnte sein, eine *Wartefrist* etwa in Form eines mehrmonatigen rechtmäßigen Aufenthalts vorzusehen, vor deren Ablauf eine Ausgleichszulage (oder andere beitragsunabhängige Sonderleistungen iSd Art 70 VO 883/2004) von neu zugezogenen Personen nicht beansprucht werden könnte (vgl jüngst den Vorschlag bei Van

Overmeiren/Eichenhofer/Verschueren, Social Security Coverage of Non-Active Persons Moving to Another State, in *Guild ua* [Hrsg], *The Reconceptualization of European Union Citizenship* [2014] 258 ff). Das würde den Anreiz, nur wegen der Ausgleichszulage nach Österreich zu ziehen, wesentlich reduzieren. Vor allem würde das dazu beitragen – und insofern muss ich den Schlusssatz aus meiner letzten einschlägigen Entscheidungsbesprechung (DRdA 2012, 511) wiederholen, eine nachhaltige Überforderung der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu vermeiden und damit die Akzeptanz und Legitimation des Gesamtsystems Europa zu sichern.

WALTER J. PFEIL (SALZBURG)

26.

Sozialversicherungspflicht und Mit-Arbeit im Verein

1. Weder die Kurzfristigkeit einer Tätigkeit noch die Mitgliedschaft in einem Verein, für den die Tätigkeit erfolgt, stehen der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit entgegen.
2. Gegen die Annahme eines Gefälligkeitsdienstes spricht eine Bezahlung/ein „Dankeschön“ von € 100,-.
3. Wird jemand unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern nicht atypische Umstände dargelegt werden.

Aus der Beschwerde und dem mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheid ergibt sich, dass die belangte Behörde mit diesem im Instanzenzug festgestellt hat, dass die erst- bis viertmitbeteiligten Parteien hinsichtlich ihrer Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei am 9.5.2009 der Pflichtversicherung nach § 4 Abs 1 Z 1 und Abs 2 ASVG sowie nach § 1 Abs 1 lit a AIVG unterlegen seien.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die Erst- bis Viertmitbeteiligten am 9.5.2009 im Rahmen einer Kontrolle durch die Kontrolle illegaler Beschäftigter (KIAB) als „Securities“ arbeitend angetroffen worden seien. Nach dem Berufungsvorbringen des beschwerdeführenden Vereins hätten sie bei der Personensicherung „geholfen“ und dafür jeweils € 100,- erhalten. Von der Obfrau des beschwerdeführenden Vereins sei ein Kassa-Ausgang vorgelegt worden, der die Bezahlung dieses Betrages an die vier Personen belege.

Dieser Sachverhalt ergebe sich eindeutig aus den Akten, insb den vom Finanzamt dokumentierten augenscheinlichen Wahrnehmungen der Kontrollbeamten und dem Berufungsvorbringen. Es sei nicht erkennbar, inwieweit allfällige (in der Berufung geltend gemachte) „durchaus mögliche“ sprachliche Probleme der Obfrau des beschwerdeführenden Vereins bzw

der beschäftigten Personen konkrete andere Sachverhaltsfeststellungen bedingen würden.

Werde jemand – wie die Erst- bis Viertmitbeteiligten – bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, dann sei die Behörde nach der Rsp des VwGH berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt würden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstünden. In der Berufung seien keine konkreten atypischen Umstände geltend gemacht worden, die einer Beurteilung der unbestritten ausgeübten verfahrensgegenständlichen, erfolgsunabhängig entlohnerten Hilfstätigkeit als Dienstverhältnis entgegenstehen würden. Die Bezeichnung der unbestritten erfolgten Entlohnung als „Dankeschön“ bzw „Entschädigung“ könne in diesem Zusammenhang nicht als atypischer Umstand gewertet werden. Selbst ohne vereinbarte oder erfolgte Bezahlung ergäbe sich ein Entgeltanspruch im Zweifel aus § 1152 ABGB. Auch das Motiv der Beschäftigung bzw deren Kurzfristigkeit begründeten keine atypischen Umstände in Bezug auf die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer tatsächlich ausgeübten Tätigkeit. Es sei auch nicht erforderlich, dass den Erst- bis Viertmitbeteiligten die Arbeitszeit auf längere Sicht ihrer freien Verfügung entzogen worden sei; ein im konkreten Fall für einen bestimmten Tag festgestelltes Dienstverhältnis müsse die Kriterien des Dienstverhältnisses an diesem konkreten Tag erfüllen.

Auf Grund der getroffenen Feststellungen sei daher davon auszugehen, dass bezüglich der verfahrensgegenständlichen Tätigkeit am 9.5.2009 die im § 4 Abs 2 ASVG normierten Tatbestandsvoraussetzungen der entgeltlichen Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorlägen bzw die maßgebliche Geringfügigkeitsgrenze überschritten worden sei. Die Erst- bis Viertmitbeteiligten seien somit auf Grund dieser Tätigkeit der Versicherungspflicht nach den §§ 4 Abs 1 Z 1 und Abs 2 ASVG sowie § 1 Abs 1 lit a AIVG unterlegen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschrif-

**§ 4 Abs 1 und 2 ASVG;
§ 1 Abs 1 AIVG**

VwGH
6.8.2013
2013/08/0111

BMASK
2.5.2013
BMASK-
429261/0001-II/
A/3/2012

ten geltend machende Beschwerde, über die der VwGH in einem gem § 12 Abs 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen hat:

Die Beschwerde rügt, dass die rechtliche Schlussfolgerung der belangten Behörde, wonach die im § 4 Abs 2 ASVG normierten Tatbestandsvoraussetzungen der entgeltlichen Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorlägen bzw die maßgebliche Geringfügigkeitsgrenze überschritten worden sei, im festgestellten Sachverhalt keine Deckung finde. Zu den Merkmalen der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit fehlten jegliche Feststellungen. Die Erst- bis Viertmitbeteiligten seien als Mitglieder des beschwerdeführenden Vereins und im Übrigen nur für kurze Dauer im Rahmen einer Hilfstätigkeit – bei einer einmaligen Veranstaltung – als Ordner herangezogen worden. Für diese Hilfstätigkeit sei weder ein Entgelt vereinbart worden, noch sei es erwartet worden. Bei den € 100,- handle es sich lediglich um ein „Dankeschön der Beschwerdeführerin“. Die Unterstützung durch die Erst- bis Viertmitbeteiligten sei freiwillig gewesen und hätte durch diese jederzeit beendet werden können. Sie seien auch nicht weisungs- bzw kontrollunterworfen gewesen. Es seien weder Betriebsmittel zur Verfügung gestellt worden, noch sei eine Eingliederung in den Betrieb erfolgt. Die Tätigkeit des Ordnerdienstes sei nur erfolgt, solange es der unerwartet hohe Besucherandrang aus Sicht der Beteiligten erforderlich gemacht habe. Schon in der Berufung vom 11.10.2012 sei ausdrücklich auf den Umstand hingewiesen worden, dass es sich bei den Erst- bis Viertmitbeteiligten um Vereinsmitglieder handle und die aushilfsweise Übernahme der Ordner Tätigkeit lediglich durch die Vereinsmitgliedschaft und nicht durch einen „entgeltlichen Anreiz“ motiviert gewesen sei.

Mit diesem Vorbringen zeigt die Beschwerde keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf:

Wird jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, dh arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl etwa das hg Erk vom 19.12.2012, 2012/08/0165, mwN). Spricht also die Vermutung für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

Dies ist im Beschwerdefall nicht erfolgt.

Weder die Kurzfristigkeit der Tätigkeit noch die behauptete Mitgliedschaft im Verein, für den die Tätigkeit erfolgt, stehen der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit entgegen (vgl zur Tätigkeit eines Vereinsmitglieds als Kellnerin das hg Erk vom 12.9.2012, 2012/08/0150). Gegen die Annahme eines bloßen Gefälligkeitsdienstes spricht im Beschwerdefall schon die unstrittig erfolgte Bezahlung von jeweils € 100,- für die Ordnerdienste, mag dies vom beschwerdeführenden Verein bzw dessen Obfrau auch lediglich als „Dankeschön“ bezeichnet worden sein.

Die belangte Behörde durfte daher vom Vorliegen von Dienstverhältnissen iSd § 4 Abs 1 iVm Abs 2 ASVG ausgehen.

[...] Da somit der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gem § 35 Abs 1 VwGG ohne weiteres Verfahren als unbegründet abzuweisen.

Anmerkung

Der Verein gerät immer wieder und immer stärker ins Visier rechtlicher Umgehungsstrategien und Umgehungs geschäfte. Dies beginnt bei Konflikten mit gewerberechtlichen Vorgaben, geht über sicherheitsrechtliche und veranstaltungsrechtliche Aspekte bis zu arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Scheinkonstruktionen (vgl hierzu etwa VwGH 86/08/0155 ARD 4300/11/91; VwGH 91/08/0120 ARD 4482/21/93; VwGH 97/08/0391 ARD 5320/25/2002; VwGH 2007/08/0296 SVSlg 55.316; VwGH 24.11.2010, 2010/08/0227). Im vorliegenden Fall steht – nicht zum ersten Mal – die Abgrenzung von Vereinsmitarbeit zu fremdbestimmter abhängiger Arbeit zur Diskussion.

1. Vereinsrechtliche versus arbeitsrechtliche Abhängigkeit

Die ideellen Zwecksetzungen des Vereins werden von der altruistischen Mitarbeit der Vereinsmitglieder getragen. Dieses klassische Konzept des Vereins wurde spätestens mit den großen Vereinen im Sozialbereich über Bord geworfen (vgl nur die Mitglieder des Vereins Sozialwirtschaft Österreich in Löschnigg/Resch, BAGS-KV 2013 [2013] 70). Aber bereits das ArbVG 1974 trägt dem Großverein mit der Kollektivvertragsfähigkeit nach § 4 Abs 3 ArbVG Rechnung und nennt als Kriterium für die maßgebende wirtschaftliche Bedeutung nicht nur die Zahl der Vereinsmitglieder, sondern auch die Zahl der AN.

Vereinsmitgliedschaft und AN-Eigenschaft schließen einander nicht aus (allg siehe Löschnigg in Löschnigg [Hrsg], AngG I⁹ [2012] § 1 Rz 55 f). Wird ein Vereinsmitglied AN oder wird ein AN Vereinsmitglied, hat man nicht nur ein Abgrenzungs-, sondern auch ein Beziehungs- bzw Abhängigkeitsproblem. Durch die Mitgliedschaft zum Verein wird das Mitglied Teil des Vereins, wirkt an Vereinsentscheidungen (über die Mitgliederversammlung oder die Delegiertenversammlung iSd § 5 Abs 1 und 2 VerG) mit und bestellt im Normalfall auch das Leitungsorgan. Diese Mitgliedschaftsrechte führen – positiv formuliert – zu einer Verantwortlichkeit der Mitglieder des Leitungsorgans gegenüber dem „AN-Mitglied“ und – negativ formuliert – zu einer gewissen (vereinsrechtlichen) Abhängigkeit. Dies entspricht dem demokratischen Grundgedanken sowie dem Prinzip der Repräsentation und Funktionsteilung des Vereinsrechts. Handelt es sich bei den Vereinsmitgliedern gleichzeitig um AN, dann kommt das klassische Charakteristikum der persönlichen Abhängigkeit ins Wanken. Die mitgliedschaftsrechtliche Einflussnahme auf das Leitungsorgan kann ein solches Ausmaß annehmen, dass die persönliche Abhängigkeit des AN und Vereinsmitglieds kaum wahrnehmbar ist. Das Weisungsrecht des formellen AG (Verein) verdünnt sich

über die Abhängigkeit des konkreten AG (Mitglieder des Leitungsorgans) derart, dass nicht mehr von einer persönlichen Abhängigkeit der beschäftigten Vereinsmitglieder gesprochen werden kann. Vor allem bei zerrütteten Beziehungen zwischen „arbeitenden Vereinsmitgliedern“ und Mitgliedern des Vereinsvorstands wird dieses wechselseitige Abhängigkeitsverhältnis deutlich: Die Parität der Einflussnahme führt dazu, dass nur die zeitliche Abfolge der Entscheidungen maßgeblich ist. Entweder kündigt das Leitungsorgan die im Arbeitsverhältnis stehenden Vereinsmitglieder oder die Vereinsmitglieder wählen das Leitungsorgan ab.

2. Strukturelle Indizien zur persönlichen Abhängigkeit bei Vereinsarbeit

Das österreichische Vereinsrecht ist hinsichtlich der Vereinsstruktur sehr offen ausgestaltet und überlässt der Satzung einen enormen Gestaltungsspielraum. Insb bei Kleinvereinen kann die satzungsmäßige Struktur mit dem Abschluss von Arbeitsverträgen in Widerspruch stehen. Schon ein Zusammenschluss von zwei Personen erfüllt die personellen Voraussetzungen nach § 1 Abs 1 VerG. Gleichzeitig verlangt § 5 Abs 3 VerG, dass das Leitungsorgan aus mindestens zwei Personen zu bestehen hat. Sieht man von den Rechnungsprüfern ab, deckt sich unter Umständen die Mitgliederversammlung mit dem Leitungsorgan. Ein Aufsichtsorgan ist nach § 5 Abs 4 VerG nicht verpflichtend, sodass die Willensbildung eine einheitliche, de facto ohne „Gewaltentrennung“, ist. Weisungsrechte kann der Verein gegenüber den Mitgliedern des Leitungsorgans nicht ausüben. Eine persönliche Abhängigkeit entsteht bei einer derartigen Vereinskonstruktion nicht, sodass die Mitglieder des Leitungsorgans kein Arbeitsvertragsverhältnis mit dem Verein eingehen.

Je ausgeprägter und umfassender die Kompetenzen des Leitungsorgans in Hinblick auf die vereinsinterne Verteilung und Ausgestaltung der Tätigkeiten sind, umso stärker wird sich die vereinsorientierte und dem ideellen Zweck verpflichtete Eigenbestimmtheit von Vereinsmitarbeit der Fremdbestimmtheit eines Arbeitsverhältnisses nähern. Die innere Organisation des Vereins bildet ein nach außen sichtbares Indiz für die Distanz zwischen dem ideellen Vereinszweck und dem erwerbsorientierten Ziel im Arbeitsverhältnis. Dieser organisationsorientierte Ansatz spiegelt sich auf individueller Ebene im Ausmaß der Mitgliedschaftsrechte des Vereinsmitglieds wider. Letzter Aspekt hat auch zur Unterscheidung zwischen Vereinen, bei denen die Entscheidungsvollmachten bei wenigen Vereinsmitgliedern konzentriert sind („Führerverein“), und solchen, die eine gleichmäßige Verteilung der Mitgliedschaftsrechte anstreben („basisdemokratischer Verein“), geführt (vgl *Holzer*, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen der Mitarbeit von Vereinsmitgliedern im Rahmen wirtschaftlicher Vereinstätigkeit, in *Korinek/Krejci* [Hrsg], *Der Verein als Unternehmen* [1988] 347 [355]; siehe hierzu auch *Löschnigg*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung der Mitarbeiter in Sozialinitiativen, in *Löschnigg/Scheipl* [Hrsg], *Sozialinitiativen – Rechtliche Rahmenbedingungen und sozialpädagogische Aspekte* [1990] 28).

3. Dauer und Art der Vereinsmitgliedschaft in Relation zur Dauer und Art der Tätigkeit

Der VwGH hat sowohl in der vorliegenden E als auch in weiteren Fällen ausgesprochen, dass die Kurzfristigkeit der Tätigkeit der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht entgegensteht. Diese Aussage hat prinzipiellen Charakter, bezieht sich also nicht nur auf die Abgrenzung zur vereinsbezogenen Mitarbeit, und deckt sich auch mit arbeitsrechtlichen Überlegungen zur nämlichen Problematik.

Nicht unbeachtlich ist mE aber auch die Integration der Vereinsmitglieder in das Vereinsgeschehen, die ua durch die Dauer und Art der Vereinsmitgliedschaft zum Ausdruck kommt. Symptomatisch ist etwa der Sachverhalt, der der E des VwGH 12.9.2012, 2012/08/0150, zu Grunde lag: Die Mitgliedschaft wurde bereits durch den Konsum von Getränken erworben, ein Mitgliedsbeitrag wurde nicht bzw „über die Getränkepreise“ eingehoben, die Mitgliedschaft beschränkte sich auf die Dauer des Aufenthalts im Lokal („für die Dauer eines Getränks“). Aus einer derart „offenen“ Vereinsstruktur kann zwar keine unmittelbare Aussage über im Verein tätige Personen (im konkreten Fall eine Kellnerin aus Tschechien) getroffen werden, mittelbar ist daraus eine Nähe zum wirtschaftlichen Handeln und zum Einsatz von Arbeitskräften zu erschließen.

Die Dauer/Kurzfristigkeit der Vereinsmitgliedschaft könnte aber auch mit der Tätigkeit für den Verein kombiniert werden: Die Zugehörigkeit zum Verein beginnt zB mit Aufnahme der Tätigkeit und erlischt mit Ende derselben. Die Tätigkeit wird damit zu einer Voraussetzung für die Vereinsmitgliedschaft. Auch eine derartige Verquickung lässt keinen unmittelbaren Schluss auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Dienstverhältnisses zu. Wird aber die Tätigkeit an sich derart in den Vordergrund gerückt, bildet sie ohne zeitliche Ausnahmen eine *conditio sine qua non* für die Mitgliedschaft zum Verein. Dies impliziert ein vorrangiges Interesse an der Arbeitsleistung, losgelöst vom Vereinszweck.

Integration in das Vereinsgeschehen bedeutet vor allem auch, dass zu hinterfragen ist, welche Mitgliedschaftsrechte den Personen, die Arbeit verrichten, zukommen. Wird etwa zwischen „ordentlichen“ und „arbeitenden außerordentlichen“ Mitgliedern unterschieden, besteht die Möglichkeit, in allen Mitgliederversammlungen gleichberechtigt mitzuzustimmen etc?

Im Ergebnis können sich jedenfalls aus Dauer und Art der Mitgliedschaft im Verein in Relation zur Dauer und Art der Tätigkeit Rückschlüsse auf die Zwecksetzung der Tätigkeit – Ausfluss der Vereinsmitgliedschaft oder Erwerbsabsicht – ergeben.

4. Professionalität der Tätigkeit

Die vorliegende E hatte das Rechtsverhältnis von „Securitys“ zu beurteilen und damit Tätigkeiten, die in der Zwischenzeit ein hohes Maß an Professionalität erfordern. Je nach Veranstaltung sind nicht nur die körperliche Präsenz und physische Durchsetzbarkeit, sondern psychologisches Einfühlungsvermögen,

streitvermeidendes und streitschlichtendes Verhalten, Entscheidungskraft, Ersthilfe bei Verletzungen etc erforderlich. Mit dem antiquierten Bild eines Ordnerdienstes bei kleinen Wohlfahrtsveranstaltungen und Pensionistentreffen hat das aktuelle Berufsbild von Securitys nichts mehr gemein. Diese Professionalität

wird üblicherweise von „normalen“ Vereinsmitgliedern nicht erreicht, sondern wird im Regelfall als zugekaufte Dienstleistung anzusehen sein. Auch insofern ist der „Lebenserfahrung des VwGH“ Recht zu geben.

GÜNTHER LÖSCHNIGG (GRAZ/LINZ)

27.

Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit

§ 4, 5, 18,
19 ArbVG;
Art 131 Abs 1
Z 1 B-VG

VwGH
4.9.2013
2011/08/0230

1. Könnte eine Berufsvereinigung nicht schon das ursprüngliche Fehlen von Voraussetzungen iSd § 4 Abs 2 oder 3 ArbVG geltend machen, so würde dies dem in § 5 Abs 3 ArbVG zum Ausdruck kommenden Anliegen des Gesetzgebers, den kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen ein gegenseitiges Kontrollrecht betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen iSd § 4 Abs 2 ArbVG einzuräumen, zuwiderlaufen.

2. Der in § 4 Abs 2 ArbVG verwendete Begriff „Berufsvereinigung“ verlangt sowohl auf AG- wie auf AN-Seite Überbetrieblichkeit. Sogenannte Werkvereine sind damit ausgeschlossen. Das muss wegen der Voraussetzungen des § 4 Abs 2 Z 2 und 3 auch für Vereinigungen von AN eines Konzerns gelten.

3. Die mitbeteiligte Partei bildet keine Berufsvereinigung der AG in dem Sinn, dass sie allgemein die Interessen von AG in dem von ihr bezeichneten fachlichen und räumlichen Wirkungsbereich vertreten würde, sondern sie fokussiert sich – ganz in der Art eines grundsätzlich unzulässigen „Firmen-KoIV“ – bei der „Regelung der Arbeitsbedingungen (ihrer) Mitglieder auf Kollektivvertragsebene“ im Wesentlichen auf die Gegebenheiten des eigenen Unternehmens bzw des eigenen „Konzerns“.

Mit Schreiben vom 17.3.2011 beantragte die beschwerdeführende Partei, eine auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende kollektivvertragsfähige Berufsvereinigung der AG iSd § 4 Abs 2 des ArbVG (Bescheid der belangten Behörde vom 28.7.2010), der mitbeteiligten Partei, ebenfalls eine auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende kollektivvertragsfähige Berufsvereinigung der AG iSd § 4 Abs 2 ArbVG (Bescheid der belangten Behörde vom 27.1.1998), diese Kollektivvertragsfähigkeit gem § 5 Abs 3 ArbVG abzuerkennen. Sie begründete ihren Antrag damit, dass die mitbeteiligte Partei die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ArbVG nicht erfülle. Diese sei keine auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhende Berufsvereinigung, weil deren Statuten nur ihre Landesverbände und deren Untergliederungen als Mitglieder zuließen. Es handle sich dabei um einen geschlossenen Verein, der durch die gem § 18 Abs 1 ArbVG ermöglichte Satzungserklärung eines von ihm abgeschlossenen KoIV die Marktgegebenheiten im Bereich der Rettungsdienste zu Lasten seiner Mitbewerber diktieren könne, ohne dass diese die Möglichkeit hätten, der mitbeteiligten Partei beizutreten und somit auf den Inhalt und Abschluss des KoIV Einfluss

zu nehmen. Die mangelnde freiwillige Mitgliedschaft und damit das Fehlen einer der Voraussetzungen für die Kollektivvertragsfähigkeit müssten nicht nur dann zur Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit führen, wenn ein solcher Umstand nachträglich eintrete, sondern auch dann, wenn er bereits zum Zeitpunkt der Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit vorgelegen sei.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid hat die belangte Behörde den Antrag gem § 5 Abs 3 iVm § 4 Abs 2 ArbVG abgewiesen. [...]

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde.

Der VwGH hat erwogen:

1. Zur Vorgeschichte wird auf das hg Erk vom 22.12.2009, 2009/08/0064, verwiesen. Mit diesem hat der VwGH den Bescheid der belangten Behörde vom 9.2.2009, mit dem ein Antrag der mitbeteiligten Partei auf Erklärung ihres KoIV zur Satzung abgewiesen worden war, [...] aufgehoben. [...]

3. Zunächst ist zu klären, ob gem § 5 Abs 3 ArbVG die Kollektivvertragsfähigkeit auf entsprechenden Antrag einer Berufsvereinigung auch dann aberkannt werden kann, wenn deren Voraussetzungen schon zum Zeitpunkt deren in Rechtskraft erwachsenen Zuerkennung nicht vorgelegen sind.

Gem § 5 Abs 1 ArbVG ist die Kollektivvertragsfähigkeit iSd § 4 Abs 2 und 3 ArbVG (an freie Berufsvereinigungen bzw Vereine) auf Antrag nach Anhörung der zuständigen gesetzlichen Interessenvertretungen durch das Bundeseinigungsamt (BEA) zuzuerkennen. Bei der Zuerkennung handelt es sich um einen rechtsgestaltenden Bescheid, mit dem der antragstellenden freien Berufsvereinigung eine qualifizierte Rechts- und Geschäftsfähigkeit und eine besondere Art von Rechtsetzungsbefugnis (vgl §§ 2 und 29 ArbVG) verliehen wird (vgl *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz [2002] § 5 Rz 4). Ab der Rechtskraft dieses Bescheides hat jede andere Behörde bei der Entscheidung von Streitigkeiten oder bei der Beurteilung von Vorfragen von der durch diesen Bescheid geschaffenen Rechtslage auszugehen. Der Bescheid auf Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit ist rechtskräftig mit der Verkündung bzw, wenn eine solche nicht erfolgt, mit seiner Zustellung. Gegen eine dem Antrag auf Zuerkennung stattgebende oder diesen abweisende Entscheidung des BEA kann unter den Voraussetzungen des Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG Beschwerde an den VwGH erhoben werden (vgl *Strasser*, aaO § 5 Rz 7 bis 9).

Gem § 5 Abs 3 ArbVG ist die Kollektivvertragsfähigkeit durch das BEA von Amts wegen oder auf Antrag einer kollektivvertragsfähigen Berufsvereini-

gung oder einer gesetzlichen Interessenvertretung abzuerkennen, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 oder 3 ArbVG nicht mehr gegeben sind. Im Aberkennungsverfahren ist zu prüfen, ob im Falle einer freien Berufsvereinigung alle Voraussetzungen des § 4 Abs 2 ArbVG noch gegeben sind. Im Aberkennungsverfahren haben insb die antragstellende freie Berufsvereinigung und die freie Berufsvereinigung, um deren Kollektivvertragsfähigkeit es geht, Parteistellung. Die Entscheidung des BEA, mag sie auf Antragsabweisung oder auf Aberkennung lauten, kann unter den Voraussetzungen des Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG durch Beschwerde an den VwGH bekämpft werden.

Die materielle Rechtskraft eines gültigen Bescheides entfaltet sich ua in dessen Unabänderlichkeit bzw Unwiderrufbarkeit (vgl etwa *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 458 ff; *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht 234). Diese Rechtskraftwirkung wird aber durch § 5 Abs 3 ArbVG teilweise durchbrochen: Der Gesetzgeber hat im Verfahren betreffend die Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit (§ 5 Abs 1 ArbVG) der antragstellenden Berufsvereinigung, nicht aber anderen freiwilligen Berufsvereinigungen Parteistellung zuerkannt. Im Verfahren betreffend die Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit (§ 5 Abs 3 ArbVG) wird jedoch gerade diesen, am Zuerkennungsverfahren nicht beteiligten kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen – denen unter Umständen, wie das Beispiel der beschwerdeführenden Partei zeigt, Kollektivvertragsfähigkeit damals noch gar nicht zukam – Parteistellung eingeräumt. Könnte nun eine solche Berufsvereinigung nicht schon das ursprüngliche Fehlen von Voraussetzungen iSd § 4 Abs 2 oder 3 ArbVG geltend machen, so würde dies dem in § 5 Abs 3 ArbVG zum Ausdruck kommenden Anliegen des Gesetzgebers, den kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen ein gegenseitiges Kontrollrecht betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen iSd § 4 Abs 2 ArbVG einzuräumen, zuwiderlaufen. [...]

4.1. Bei der sohin vorzunehmenden Beurteilung, ob bei der mitbeteiligten Partei die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit insb iSd § 4 Abs 2 Z 2 und 3 ArbVG vorliegen, ist iSd Z 2 nach formalen Kriterien zu prüfen, ob die Vereinigung statutarisch die Zielsetzung hat, in einem größeren fachlichen und räumlichen Wirkungsbereich tätig zu werden, und iSd Z 3 nach tatsächlichen Kriterien zu prüfen, ob sie sich auch gemäß diesen Zielsetzungen mit Erfolg betätigt, was an der Zahl der Mitglieder und am Umfang der bisherigen tatsächlichen Tätigkeit (deren Spiegelbild auch die Anzahl der beschäftigten DN sein kann) abzulesen ist. Der erste Fall der Z 2 (größerer fachlicher Wirkungsbereich) und der erste Fall der Z 3 (maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung vermöge der Zahl der Mitglieder) hängen insoweit miteinander zusammen, als beiden Elementen eine Bezugsgröße gemeinsam ist, an der das Element „größere“ bzw „maßgebliche“ zu messen ist. Sowohl die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen eines größeren fachlichen und räumlichen Wirkungsbereiches iSd § 4 Abs 2 Z 2 ArbVG als auch die der „maßgebenden wirtschaftlichen Bedeutung“ iSd § 4 Abs 2 Z 3 ArbVG setzen daher voraus, dass der fach-

liche Wirkungsbereich einer Berufsvereinigung durch unterscheidungskräftige Kriterien hinreichend definiert ist (vgl das hg Erk vom 24.11.2010, 2010/08/0148, mwN).

Nach § 4 Abs 2 der Satzungen der mitbeteiligten Partei (2009) sind ordentliche Mitglieder der mitbeteiligten Partei die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Landesverbände. Nach § 4 Abs 4 iVm§ 3 Abs 2 Z 2.11 der Satzungen obliegt der mitbeteiligten Partei als Berufsvereinigung auf AG-Seite die Regelung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder auf Kollektivvertragsebene; hinsichtlich dieses Punktes sollen noch § 4 Abs 4 der Satzungen die mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Untergliederungen von Mitgliedern selbst Mitglieder der mitbeteiligten Partei sein; sie werden dabei durch ihren Landesverband vertreten.

Die belangte Behörde hat nicht festgestellt, dass sich die mitbeteiligte Partei die Aufgabe stellen würde, Arbeitsbedingungen innerhalb eines konkret definierten fachlichen Wirkungsbereiches zu regeln. Die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung der Berufsvereinigung iSd § 4 Abs 2 Z 3 ArbVG würde aber infolge der geschilderten starren, auf die Einbindung in die eigene Organisation abstellenden Mitgliedschaftsregelungen von diesem fachlichen Wirkungsbereich ohnehin nicht maßgeblich geprägt werden.

4.2. Dies führt zu der Frage, ob die mitbeteiligten Partei – auch in Anbetracht der in § 4 Abs 3 ArbVG speziell geregelten Kollektivvertragsfähigkeit für Vereine – als „Berufsvereinigung“ iSd Einleitungssatzes des § 4 Abs 2 ArbVG betrachtet werden kann.

Der in § 4 Abs 2 ArbVG verwendete Begriff „Berufsvereinigung“ verlangt sowohl auf AG- wie auf AN-Seite Überbetrieblichkeit. Sogenannte Werkvereine, das sind Vereinigungen von AN eines Betriebes oder Unternehmens, sind damit ausgeschlossen. Das muss wegen der Voraussetzungen des § 4 Abs 2 Z 2 und 3 auch für Vereinigungen von AN eines Konzerns gelten, die man streng genommen als überbetrieblich bezeichnen könnte (vgl *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz [2002] § 4 Rz 17).

Die Bestimmungen des § 4 Abs 2 Z 2 und 3 ArbVG, die ua auf eine Absage an einen lohnpolitisch völlig freien Markt mit „Firmenkollektivverträgen“ hinauslaufen, müssen im Zusammenhang mit § 4 Abs 3 und § 7 ArbVG (äußerst eingeschränkte Zulassung von Kollektivverträgen, die sich lediglich auf ein Unternehmen oder auf einen einzelnen Betrieb beziehen) gesehen werden. Der Gesetzgeber des ArbVG will auf diese Weise eine Lohnpolitik der AN- und AG-Verbände gewährleisten, die auf gesamtwirtschaftlich erwünschte oder ausdrücklich vorgegebene Zielsetzungen Rücksicht nimmt (*Strasser*, aaO § 4 Rz 18). § 4 Abs 3 ArbVG durchbricht den für Österreich im allgemein geltenden Grundsatz, dass echte „Firmenkollektivverträge“ nicht zulässig sind (vgl *Strasser*, aaO § 4 Rz 25, der ua die mitbeteiligte Partei als einen jener Vereine nennt, die gute Aussichten haben, die Kollektivvertragsfähigkeit bei entsprechender Antragstellung nach § 4 Abs 3 ArbVG zuerkannt zu erhalten). Die restriktive Haltung des Gesetzgebers zu Kollektivverträgen, denen ein eingeschränkter Interessenausgleich auf bloß einzel-

betrieblicher Ebene zu Grunde liegt, kommt auch darin zum Ausdruck, dass Kollektivverträge, die von einem kollektivvertragsfähigen Verein (§ 4 Abs 3 ArbVG) abgeschlossen wurden, nicht zur Satzung erklärt werden können (§ 18 Abs 6 ArbVG).

Die mitbeteiligte Partei bildet keine Berufsvereinigung der AG in dem Sinn, dass sie allgemein die Interessen von AG in dem von ihr bezeichneten fachlichen und räumlichen Wirkungsbereich vertreten würde, sondern sie fokussiert sich – ganz in der Art eines grundsätzlich unzulässigen „Firmen-KoIV“ – bei der „Regelung der Arbeitsbedingungen (ihrer) Mitglieder auf Kollektivvertragsebene“ (§ 3 Abs 2 Z 2.11. der Statuten) im Wesentlichen auf die Gegebenheiten des eigenen Unternehmens bzw des eigenen „Konzerns“ (vgl §§ 1 und 2 Rotkreuzgesetz, BGBl I 33/2008). Einer Anerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit iSd § 4 Abs 2 ArbVG steht sohin nicht der bloße Umstand entgegen, dass die mitbeteiligte Partei nach ihren Vereinsstatuten nur einem bestimmten Kreis von Mitgliedern offen steht, der sich an den von der mitbeteiligten Partei zu verfolgenden Interessen orientiert und der letztlich durch die Vereinsfreiheit geschützt ist, sondern vielmehr der Umstand, dass die Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit iSd § 4 Abs 2 ArbVG an die mitbeteiligte Partei in Ermangelung des Vorliegens einer überbetrieblichen Berufsvereinigung, die sich die Aufgabe stellen würde, Arbeitsbedingungen innerhalb eines konkret definierten fachlichen Wirkungsbereiches zu regeln, nicht möglich ist.

Da bei der mitbeteiligten Partei nicht sämtliche Voraussetzungen der Kollektivvertragsfähigkeit iSd § 4 Abs 2 ArbVG vorliegen, hat die belangte Behörde den Antrag der an den Zuerkennungsbescheid nicht gebundenen beschwerdeführenden Partei auf Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit zu Unrecht abgewiesen.

5. Der angefochtene Bescheid war daher gem § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. [...]

Anmerkung

Der vorliegenden E geht eine Vorgeschichte voraus. In Österreich gibt es mehrere Anbieter von Rettungs- und Krankentransportdiensten. Der wichtigste ist freilich das Österreichische Rote Kreuz. Diesem wurde vom BEA im Jahr 1998 die Kollektivvertragsfähigkeit gem § 4 Abs 2 ArbVG zuerkannt. Daraufhin kam es auch zum Abschluss eines KoIV. Dieser gilt für alle Betriebe – mit Ausnahme des St. Anna Spitals –, deren Eigentümer oder Mehrheitsgesellschafter die mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Untergliederungen des Roten Kreuzes sind und diesem als Berufsvereinigung auf AG-Seite angehören (vgl § 2 KoIV Rotes Kreuz). Kollektivvertragsangehörig sind demnach nur die Untergliederungen des Österreichischen Roten Kreuzes. Aus den Statuten desselben ergibt sich, dass damit im Wesentlichen die einzelnen Landesverbände gemeint sind (vgl § 4 der Satzung idF bis zum 26.9.2009). Das galt bis zur Änderung der Statuten mit Beschluss der Hauptversammlung vom 23.10.2013. Dh, dass bis zu diesem Zeitpunkt der KoIV ausschließlich auf die Landesverbände des Roten Kreuzes und ihren Untergliederungen zur Anwendung

kam. Andere Anbieter von Rettungs- und Krankentransportdiensten konnten hingegen nach den Statuten nicht Mitglied werden und waren demnach auch nicht vom KoIV erfasst. Da für diese auch kein anderer KoIV galt, hat das Österreichische Rote Kreuz zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Jahr 2008 gem § 18 ArbVG einen Antrag auf Erklärung des KoIV des Österreichischen Roten Kreuzes zur Satzung gestellt. Dem Antrag wurde zunächst nicht stattgegeben. Die Begründung dafür war, dass der KoIV nicht satzbar sei, da er einem Vereins-KoIV gleichzuhalten wäre und somit die Ausnahme des § 18 Abs 6 ArbVG zur Anwendung komme. Der Gesetzgeber wolle mit dieser Bestimmung verhindern, dass durch eine Satzungserklärung Dritte einem KoIV unterworfen werden, ohne dass diese die potentielle Möglichkeit hätten, durch einen Beitritt auf den Inhalt des KoIV Einfluss zu nehmen. Das treffe auch auf den KoIV des Österreichischen Roten Kreuzes zu, da lediglich Landesverbände bzw ihre Untergliederungen Mitglied der kollektivvertragsschließenden Partei sein könnten (vgl VwGH 2009/08/0064 RdW 2010, 290 [Resch]). Diese Argumentation wurde jedoch vom VwGH verworfen, da der KoIV des Österreichischen Roten Kreuzes kein Vereins-KoIV sei. Dies deshalb, weil der KoIV nicht die Arbeitsbedingungen zu diesem selbst, sondern zu den einzelnen Landesverbänden bzw Untergliederungen und somit letztlich zu anderen AG regele. Das unterscheide ihn von einem echten Vereins-KoIV. Folglich könne die Ausnahmebestimmung des § 18 Abs 6 ArbVG nicht zur Anwendung gebracht werden (vgl VwGH 2009/08/0064 RdW 2010, 290 [Resch]).

Der KoIV des Österreichischen Roten Kreuzes wurde daraufhin zur Satzung erklärt. Das hat zur Folge, dass er nunmehr für alle Anbieter von Rettungs- und Krankentransportdiensten gilt. Freilich ohne, dass diese die Möglichkeit haben, auf den Inhalt desselben Einfluss zu nehmen. Das war der Stein des Anstoßes für das vorliegende Verfahren. Da die Erklärung des KoIV zur Satzung nicht verhindert werden konnte, setzte man an der Wurzel an und beantragte die Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit des Österreichischen Roten Kreuzes.

1. Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit

Diesem Aberkennungsantrag gab der VwGH zu Recht statt. Tatsächlich ist es unerheblich, ob die Voraussetzungen für die Kollektivvertragsfähigkeit erst nach der Zuerkennung weggefallen sind oder bereits davor nie bestanden haben (idS bereits Resch, RdW 2010, 292; zust Friedrich, ASoK 2013, 457; aA Tomandl, ZAS 2014, 85). Zwar ist in § 5 Abs 3 ArbVG die Rede davon, dass die Kollektivvertragsfähigkeit abzuerkennen ist, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 oder 3 „nicht mehr gegeben sind“. Das legt nahe, dass in erster Linie nachträglich eintretende Umstände einen Antrag auf Aberkennung rechtfertigen. Es würde aber dem Zweck des § 5 Abs 3 ArbVG klar widersprechen, würde man den Wortlaut ausschließlich auf diesen Fall beschränken.

Sowohl das Zu- als auch das Aberkennungsverfahren haben nämlich den Zweck, Rechtssicherheit

bezüglich der Frage zu schaffen, ob eine freiwillige Berufsvereinigung berechtigt ist, normativ wirkende Kollektivverträge abzuschließen. Das unterscheidet die österreichische Rechtslage von der Deutschen, wo es ein vergleichbares förmliches Verfahren nicht gibt. Die Frage der Tariffähigkeit einer Abschlusspartei kann daher in Deutschland nur im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens releviert werden (§ 2a Abs 1 Z 4 iVm § 97 ArbGG). In diesem Verfahren wird die Tariffähigkeit durch das zuständige Gericht nicht begründet oder beendet, sondern lediglich festgestellt (BAG 10 AZR 665/05 NZA 2007, 448). Auslöser dafür ist zumeist ein Streit über die Rechtswirksamkeit eines bereits abgeschlossenen Tarifvertrags. Dh, dass auch ein ursprünglicher und nicht nur ein nachträglicher Mangel geltend gemacht werden kann. Die gerichtliche Feststellung der mangelnden Tariffähigkeit einer Abschlusspartei wirft in diesem Fall regelmäßig diffizile Fragen der Rückabwicklung auf (vgl *Apelt/Hartmannshenn*, RdA 2013, 271 ff). Denn ein von einer nicht tariffähigen Vereinigung abgeschlossener Tarifvertrag ist von Anfang an nichtig (BAG 10 AZR 665/05 NZA 2007, 448). Zumindest diese Rückabwicklungsfragen fallen nach dem österreichischen System der Zu- und Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit mittels Bescheid weg.

Dennoch macht der Vergleich mit Deutschland deutlich, dass die Frage der Kollektivvertragsfähigkeit unmittelbare Auswirkungen auf die Geltung eines KollIV hat. Sie ist nämlich Wirksamkeitsvoraussetzung; sowohl zum Zeitpunkt des Abschlusses eines KollIV als auch während seiner gesamten Laufzeit. Nichts anderes gilt für das österreichische Recht (vgl § 17 Abs 3 ArbVG bzw *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 17 Rz 6). Erst die Kollektivvertragsfähigkeit rechtfertigt es, dass freiwillige Berufsvereinigungen normativ wirkende Verträge, auch für Außenseiter, abschließen. Deshalb kann es auch nicht darauf ankommen, ob die Voraussetzungen der Kollektivvertragsfähigkeit bereits ex ante nie bestanden haben oder erst im Nachhinein weggefallen sind. Daran ändert auch die Zuerkennung mittels Bescheid nichts. Oder anders ausgedrückt, die formelle Zuerkennung saniert nicht die fehlende Kollektivvertragsfähigkeit einer Abschlusspartei. Deren einzige rechtliche Auswirkung ist, dass bis zum Zeitpunkt der förmlichen Aberkennung von der Rechtswirksamkeit eines bereits abgeschlossenen KollIV auszugehen ist. Die Nichtigkeit des KollIV auf Grund des Wegfalls der Kollektivvertragsfähigkeit wirkt damit nur ex nunc, nicht ex tunc; unabhängig davon, ob der Mangel bereits ursprünglich bestanden hat oder erst nachträglich eingetreten ist. Das ergibt sich aus § 17 Abs 3 ArbVG, der den wenig präzisen Begriff des „Erlöschens“ des KollIV verwendet (*Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 17 Rz 1).

Daraus ergibt sich freilich, dass die Aberkennungsmöglichkeit bei ursprünglich fehlender Kollektivvertragsfähigkeit gem § 5 Abs 3 ArbVG – entgegen dem VwGH – weniger der wirksamen Ausübung des gegenseitigen Kontrollrechts der freiwilligen Berufsvereinigungen bzw gesetzlichen Interessenvertretungen geschuldet ist (so auch *Tomandl*, ZAS 2014, 85 f), sondern vielmehr der Normwirkung des KollIV.

2. Notwendigkeit der Überbetrieblichkeit

Inhaltlich hat der VwGH die Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit des Roten Kreuzes damit begründet, dass es ihm an der Überbetrieblichkeit fehle. Dem ist zwar im Ergebnis beizupflichten. Die Begründung überrascht dennoch. Weniger, weil die Notwendigkeit der Überbetrieblichkeit dem Wortlaut des § 4 Abs 2 ArbVG nicht zu entnehmen ist. Der VwGH leitet sie zu Recht aus dem Begriff der „Berufsvereinigung“ ab (so auch grundsätzlich *Schrammel in Kietabl/Schörghofer/Schrammel* [Hrsg], Rechtswissenschaft und Rechtskunde [2014] 156). Dieser Begriff findet sich erstmals im Gesetz über den achtstündigen Arbeitstag aus dem Jahr 1919 (StGBI 1919/581) zur Bezeichnung der Abschlussparteien „kollektiver Arbeitsverträge“. Gem § 5 Abs 2 dieses Gesetzes galten als „kollektive Arbeitsverträge“ Vereinbarungen, die zwischen „Berufsvereinigungen der Arbeiter oder Angestellten oder mehreren Arbeitgebern oder Berufsvereinigungen der letzten abgeschlossen wurden“. Insb aus der Aufzählung der Abschlussparteien auf AG-Seite ergibt sich, dass bereits zum damaligen Zeitpunkt mit dem Begriff der „Berufsvereinigung“ ein überbetrieblicher Zusammenschluss gemeint war. Dieser Begriff wurde in weiterer Folge auch vom EAG 1919 übernommen (vgl *Dechant*, Der Kollektivvertrag [1923] 85). In dessen unmittelbarer Tradition stehen das KollVG und das ArbVG, die ebenfalls dieselbe Bezeichnung verwenden. Folglich besteht kein Zweifel, dass auch der Begriff der „Berufsvereinigung“ nach § 4 Abs 2 ArbVG Überbetrieblichkeit voraussetzt (*Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 4 Rz 17; aA *Tomandl*, ZAS 2014, 86 f).

Das Österreichische Rote Kreuz ist allerdings eine Dachorganisation, die sich aus einzelnen Landesverbänden bzw deren Untergliederungen zusammensetzt, die jeweils gegenüber ihren Mitarbeitern als eigene AG fungieren. Dh, dass das Österreichische Rote Kreuz de facto eine überbetriebliche Organisation aufweist. Dennoch hat ihm der VwGH die Eigenschaft als überbetriebliche Berufsvereinigung mit dem Argument abgesprochen, dass sein Wirkungsbereich letztlich auf die eigenen Mitglieder und folglich auf die eigene Organisation beschränkt sei. Der KollIV käme einem unzulässigen „Firmen-KollIV“ gleich. Damit bringt der VwGH freilich zum Ausdruck, dass die Kollektivvertragsfähigkeit des Österreichischen Roten Kreuzes weniger an seiner fehlenden Überbetrieblichkeit bzw Eigenschaft als Berufsvereinigung scheitert. Die Beschränkung des Mitgliederkreises auf den eigenen Verband führt auch nicht dazu, dass es dem Österreichischen Roten Kreuz an der notwendigen Freiwilligkeit des Zusammenschlusses gem § 4 Abs 2 ArbVG fehlt. Das Kriterium der Freiwilligkeit bringt nämlich lediglich zum Ausdruck, dass es sich nicht um eine per Gesetz eingerichtete Institution handeln darf, die auf einer Pflichtmitgliedschaft basiert (idS bereits VwGH 95/02/0145 DRdA 1996, 215 [krit G. *Klein*]). Es dient somit als Abgrenzungskriterium zu den gesetzlichen Interessenvertretungen. Das ergibt sich aus dem historischen Zusammenhang, da das Kriterium der Freiwilligkeit erstmals mit dem KollVG 1947 (BGBl I 1947/76) eingeführt wurde, das auch den gesetzlichen

Interessenvertretungen zum ersten Mal die Kollektivvertragsfähigkeit verlieh. Folglich ist das Österreichische Rote Kreuz, trotz seines beschränkten Mitgliederkreises, zweifelsfrei eine freiwillige Berufsvereinigung, da es sich organisatorisch um einen Verein nach dem Vereinsgesetz handelt (vgl § 1 der Statuten). Im Rahmen seiner Vereinsautonomie kann es also auch den Kreis seiner Mitglieder selbständig festlegen, ohne den Status als freiwillige Berufsvereinigung zu verlieren (aA Resch, RdW 2010, 291 ff). Das kann sich jedoch insofern auf die Kollektivvertragsfähigkeit auswirken, als eine Beschränkung des Mitgliederkreises dazu führen kann, dass die betroffene Berufsvereinigung gem § 4 Abs 2 Z 2 ArbVG in seiner „auf Vertretung der Arbeitgeberinteressen gerichteten Zielsetzung“ nicht mehr „in einem größeren fachlichen Wirkungsbereich“ tätig wird. Genau aus diesem Grund war im vorliegenden Verfahren auch dem Österreichischen Roten Kreuz die Kollektivvertragsfähigkeit abzuerkennen.

Ein solcher „größerer fachlicher Wirkungsbereich“ ist nämlich – wie der VwGH zu Recht ausführt – jedenfalls dann nicht gegeben, wenn sich dieser lediglich auf die eigene Organisation beschränkt. Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang, insb aus den Sonderbestimmungen zur Kollektivvertragsfähigkeit von Vereinen (§ 4 Abs 3) und Körperschaften öffentlichen Rechts (§ 7 ArbVG). Diese bringen zweifelsfrei zum Ausdruck, dass der „Firmen-KollIV“ als Ausnahme konzipiert ist. Dort, wo anderes gilt, gibt es regelmäßig eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung, wie zB beim ORF (§ 48 Abs 5 ORF-G), der Post und Telekom (§ 19 Abs 3 Poststruktur-G) oder den Universitäten (§ 108 Abs 3 UG 2002). Daraus lassen sich demnach gerade keine Rückschlüsse für den vorliegenden Fall ziehen (aA Schrammel in Kietztaibl/Schörghofer/Schrammel [Hrsg], Rechtswissenschaft und Rechtskunde 166).

Für eine solche Lesart spricht auch eine historische Interpretation des § 4 Abs 2 Z 2 ArbVG. Denn Kriterien zur Erlangung der Kollektivvertragsfähigkeit wurden erstmals durch das KollIV 1947 eingeführt. Diese waren nahezu identisch mit jenen, die sich nunmehr in § 4 Abs 2 ArbVG finden. Der Zweck dieser Regelung bestand laut den Materialien darin, den Kreis der Abschlussparteien von Kollektivverträgen zu beschränken, um zu verhindern, dass „unbedeutende Splittergruppen die gerade in der Übergangszeit notwendige Einhaltung einer planvollen Lohn- und Arbeitspolitik zum Schaden der Gesamtwirtschaft stören und

dadurch den Wiederaufbau gefährden“ (ErläutRV 285 BlgNR 5. GP 11). MaW, die Kriterien zur Erlangung der Kollektivvertragsfähigkeit sollten gewährleisten, dass Kollektivverträge mit möglichst großflächigem Anwendungsbereich abgeschlossen werden, um so volkswirtschaftlich gefährliche Lohnspreizungen zu vermeiden. Dieses Ziel liegt auch heute noch den Kriterien des § 4 Abs 2 ArbVG zu Grunde. Dem wird ein KollIV, der sich ausschließlich auf die eigene Organisation beschränkt, zweifelsfrei nicht gerecht. Folglich ist dem VwGH vollinhaltlich beizupflichten, wenn er dem Österreichischen Roten Kreuz die Kollektivvertragsfähigkeit abspricht, weil es auf Grund seiner Statuten lediglich in der Lage ist, Kollektivverträge für die eigene Organisation und nicht darüber hinaus abzuschließen. Diese Beschränkung des Mitgliederkreises führt dazu, dass das Österreichische Rote Kreuz nicht die Voraussetzung eines „größeren fachlichen Wirkungsbereiches“ gem § 4 Abs 2 Z 2 ArbVG erfüllt (aA Tomandl, ZAS 2014, 871 f).

3. Ausblick

Inzwischen hat das Österreichische Rote Kreuz seine Statuten geändert (mit Beschluss der Hauptversammlung vom 23.10.2013). Nunmehr steht gem § 4 Abs 5 die Mitgliedschaft als „AG“ österreichweit allen AG offen, die überwiegend im Bereich des Rettungs- und Sanitätsdienstes, des Blutspendedienstes, der Katastrophenhilfe sowie der Gesundheits- und Sozialen Dienste tätig sind und mindestens zehn vollversicherte AN beschäftigen. Dh, dass das Österreichische Rote Kreuz den Kreis seiner Mitglieder auch auf AG außerhalb der eigenen Organisation erweitert hat. Demnach ist wohl davon auszugehen, dass es gegenwärtig über einen größeren fachlichen und räumlichen Wirkungsbereich iSd § 4 Abs 2 Z 2 ArbVG verfügt. Der Wirkungsbereich erstreckt sich nämlich auf das gesamte Bundesgebiet und ist nicht nur auf den Rettungs- und Sanitätsdienst bzw auf die eigenen Landesverbände und deren Untergliederungen beschränkt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn man der – nicht unproblematischen – Auffassung folgt, dass es im Rahmen des § 4 Abs 2 Z 2 ArbVG lediglich auf den statuarischen und nicht auf den tatsächlichen Wirkungsbereich ankommt (vgl bloß VwGH 2007/05/0001 DRdA 2010, 401 [Weiß]).

ELIAS FELTEN (SALZBURG)

„Sperrrecht“ des Betriebsrates – sittenwidrige Zustimmung zur Kündigung?

1. Die Rechtswirksamkeit eines Zustimmungsbeschlusses des BR gem § 105 Abs 6 ArbVG kann an einer „Kollusion“ zwischen BR und DG scheitern. Eine solche liegt aber nicht vor, wenn die Betriebsratsmitglieder mit der Zustimmung zur Kündigung nur auf den Umstand reagieren wollten, dass verschiedene Äußerungen und Handlungen des gekündigten AN als Director Human Resources in einem Zeitraum von fünf Jahren zur Unzufriedenheit in der Belegschaft geführt hatten.
2. Die Prüfung der Zustimmungserklärung des BR dahin, ob ihr eine adäquate Interessenabwägung zugrunde lag, ist ausgeschlossen, da sie auf die richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung hinausliefe.
3. Der Betriebsinhaber (BI) kann die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden jedenfalls dann als rechtswirksame Stellungnahme des Betriebsratskollegiums ansehen, wenn ihm die dabei allenfalls unterlaufene Verletzung der Vorschriften über die Willensbildung des BR nicht bekannt war und auch nicht auffallen musste. Der BI ist weder berechtigt noch verpflichtet, Untersuchungen über die innere Willensbildung des BR anzustellen, wenn ihm nicht bekannt war oder hätte sein müssen, dass die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden beschlussmäßig nicht gedeckt war.

Der KI, der seit 1.12.2004 bei der Bekl beschäftigt war, wurde zum 31.12.2012 mit Zustimmung des BR gekündigt. Eine Einflussnahme der Geschäftsleitung oder des Personalbüros auf die Stellungnahme des BR fand nicht statt. Grund für die Zustimmung des BR war, dass die einzelnen Betriebsratsmitglieder mit der Tätigkeit des KI als Director Human Resources unzufrieden waren, sich durch die Zustimmung für verschiedene Maßnahmen, die er in dieser Funktion gesetzt hatte, und für verschiedene von ihm getätigte Äußerungen „rächen“ und verhindern wollten, dass er die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten kann.

Soweit revisionsgegenständlich, begehrt der KI, die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit für rechtsunwirksam zu erklären, in eventu, sie wegen Sittenwidrigkeit als nichtig festzustellen. Die Vorinstanzen erachteten das Hauptbegehren, das vom Erstgericht mit Teilurteil abgewiesen worden war, aufgrund der Zustimmung des BR zur Kündigung als nicht berechtigt. Die Zustimmung sei auch nicht gänzlich unsachlich gewesen.

Zu dieser Beurteilung zeigt die Revision des KI keine Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO auf:

1. Mit dem Argument, dass das Erstgericht aufgrund der für eine Kündigungsanfechtung gebotenen Raschheit des Verfahrens kein Teilurteil treffen hätte dürfen, ist für ihn nichts gewonnen, weil in Bezug auf

das Eventualbegehren noch kein Urteilsspruch vorliegt und das Berufungsgericht einen entsprechenden Verfahrensmangel verneint hat. Insofern ist aber weder ein Revisionsgegenstand noch ein aufgreifbarer Revisionsgrund (siehe RIS-Justiz RS0042963) gegeben.

2. Der KI ist weiter der Ansicht, dass seine Kündigung aufgrund der festgestellten Absicht und der fehlenden Interessenabwägung durch den BR nichtig sei.

Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass die Rechtswirksamkeit eines Zustimmungsbeschlusses des BR an einer „Kollusion“ zwischen BR und DG scheitern kann (8 ObA 58/07y). Eine solche liegt hier nicht vor.

Im Übrigen ist es stRsp, dass ein außenstehender Dritter – insb auch der Betriebsinhaber – die Erklärungen des Betriebs(rats)obmanns jedenfalls dann als rechtswirksame Stellungnahme des Betriebsratskollegiums ansehen kann, wenn ihm die dabei allenfalls unterlaufene Verletzung der Vorschriften über die Willensbildung des Betriebs(rats)kollegiums nicht bekannt war und auch nicht auffallen musste (RIS-Justiz RS0051485). Der AG ist weder berechtigt noch verpflichtet, Untersuchungen über die innere Willensbildung des BR anzustellen, wenn ihm nicht bekannt war oder hätte sein müssen, dass die Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden beschlussmäßig nicht gedeckt war (RIS-Justiz RS0051490).

Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl Einblick in eine rechtsmissbräuchliche Willensbildung des BR hatte oder haben hätte müssen, liegen hier nicht vor, zumal mit der Feststellung, dass sich die Betriebsratsmitglieder mit der Zustimmung zur Kündigung „rächen“ wollten, nach dem Gesamtzusammenhang nur die Reaktion des BR auf den Umstand beschrieben wurde, dass verschiedene Äußerungen und Handlungen des KI in einem Zeitraum von fünf Jahren zur Unzufriedenheit in der Belegschaft geführt hatten. Dass mit der Zustimmung die Anfechtbarkeit der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit verhindert werden sollte, unterstreicht im vorliegenden Zusammenhang, dass sich der BR der gesetzlichen Folgen der Zustimmung zur Kündigung nach § 105 Abs 6 ArbVG bewusst war.

Danach ist aber auch die vom KI begehrte Prüfung der Zustimmungserklärung des BR dahin, ob ihr eine adäquate Interessenabwägung zugrunde lag, ausgeschlossen. Auch sie liefe nämlich auf die richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung hinaus (vgl auch RIS-Justiz RS0051052; *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 68 Rz 13 mwN; *Weiß*, aaO 571).

3. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachte Aktenwidrigkeit liegt nicht vor: Das Berufungsgericht hat den KI nicht als leitenden Angestellten angesehen, sondern die Tatsache, dass leitende Angestellte mit wesentlichem Einfluss auf die Betriebsführung überhaupt vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommen sind, in seine Erwägungen mit einfließen lassen.

4. Mangels einer Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO ist die Revision daher zurückzuweisen.

§ 105 Abs 3 Z 2,
Abs 6 ArbVG;
§ 879 Abs 1
ABGB

OGH
25.6.2013
9 ObA 38/13y

OLG Linz
14.2.2013
11 Ra 6/13a

LG Wels
29.10.2012
16 Cga 110/12w

Anmerkung

Die Ausführungen des OGH sind – der Zurückweisung einer außerordentlichen Revision durchaus angemessen – recht kurz ausgefallen. Die auf das „Sperrrecht“ des BR bezogenen Rechtssätze folgen dabei im Wesentlichen der wohl hA und sind auch in der Sache beifallswert. Gleichwohl verbleiben bei deren Anwendung auf den entschiedenen Rechtsstreit einige Unklarheiten und Zweifel, die eine genauere Analyse nahe legen. Darüber hinaus soll auch kurz auf gesetzeskritische Stellungnahmen eingegangen werden, die das „Sperrrecht“ des BR als mit der EMRK sowie neuerdings auch mit der Charta der Grundrechte der EU (nachfolgend GRC) unvereinbar ansehen.

1. Zur Abweisung der Anfechtungsklage mit Teilurteil

Die erwähnten Unklarheiten und Zweifel im entschiedenen Fall beginnen schon bei der in ein Hauptbegehren auf Unwirksamklärung der Kündigung (wegen Sozialwidrigkeit) und ein (auf § 879 ABGB gestütztes) Eventualbegehren auf Feststellung der Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit der Kündigung gegliederten Klage sowie der daraufhin erfolgten Erlassung eines das Hauptbegehren abweisenden Teilurteils durch das Erstgericht. Da nämlich eine Kündigungsanfechtung als Rechtsgestaltungsklage auf Unwirksamklärung der ausgesprochenen Kündigung gerichtet ist, kann eine nichtige Kündigung von vornherein gar nicht angefochten werden. Die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung war hier also eine wesentliche Vorfrage für das Hauptbegehren, so dass ganz offensichtlich schon die Reihenfolge von Haupt- und Eventualbegehren materiellrechtlich verfehlt war.

Dies hätte wohl bereits in der ersten Instanz aufgegriffen werden sollen, wobei jedoch das Erstgericht zweifellos nicht in der Lage war, das Klagebegehren von sich aus zu korrigieren. Immerhin hätte Anlass bestanden, schon für die Frage der Anfechtbarkeit die Wirksamkeit der Kündigung zu prüfen und damit in einem auch das Eventualbegehren vorweg einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Freilich war es – rein logisch betrachtet – trotzdem möglich, statt der Frage der Wirksamkeit der Kündigung einfach vorweg eine weitere Anfechtungsvoraussetzung (nämlich das Nichtvorliegen einer wirksamen Zustimmung des BR zur Kündigung) in den Blick zu nehmen und mit deren Verneinung (also mit der Annahme einer wirksamen Ausübung des Sperrrechts) das Anfechtungsbegehren als jedenfalls unbegründet abzuweisen. Zweckmäßig war diese Vorgangsweise aber gewiss nicht, zumal im entschiedenen Fall die Frage der Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Zustimmung des BR zur Kündigung offenkundig sachlich eng mit der Frage zusammenhing, ob nicht das Betriebsratsmotiv für die Ausübung des Sperrrechts auch den AG im Hinblick auf ein mögliches „kollusives“ Zusammenwirken belastet hat.

Da aber nun das Erstgericht trotz allem mit Teilurteil die Anfechtungsklage abweisend entschieden und das Berufungsgericht einen Verfahrensmangel verneint hat, war der OGH nicht mehr in der Lage, diese rein verfahrensrechtliche Problematik aufzugrei-

fen. Umso bemerkenswerter erscheint jedoch der einleitende Satz des OGH zur eigenen rechtlichen Beurteilung: *„Der Kläger ist weiter der Ansicht, dass seine Kündigung aufgrund der festgestellten Absicht und der fehlenden Interessenabwägung durch den Betriebsrat nichtig sei.“*

Gerade die Nichtigkeit der Kündigung war jedoch nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens, sondern allein die mit Teilurteil erfolgte Abweisung des Anfechtungsbegehrens. Tatsächlich beschäftigt sich der OGH in den nachfolgenden Rechtssätzen auch keineswegs mit der möglichen Nichtigkeit der Kündigung als solcher, sondern nur mehr mit der Wirksamkeit der Betriebsratszustimmung. Zum Eventualbegehren weist er bloß darauf hin, dass eben noch kein Urteilsspruch vorliege.

In seinen kurzen Rechtsausführungen greift der OGH dann letztlich zwei unterschiedliche Ansätze auf, die freilich argumentativ nicht deutlich genug getrennt werden: Zum ersten stellt er klar, dass die Rechtswirksamkeit eines die mitgeteilte Kündigungsabsicht betreffenden Zustimmungsbeschlusses des BR an einer „Kollusion“ scheitern könne, was jedoch in casu auf Grund der getroffenen Feststellungen nicht zutrefte. Zum zweiten scheint der OGH die Wirksamkeit der zustimmenden Stellungnahme des BR auch einfach darauf stützen zu wollen, dass der AG auf die vom Vorsitzenden des BR übermittelte zustimmende Stellungnahme des BR vertrauen habe dürfen, da die Sachverhaltsfeststellungen keinerlei Anhaltspunkte ergeben hätten, wonach der AG Einblick in eine rechtsmissbräuchliche Willensbildung des BR gehabt habe oder haben hätte müssen.

2. Zur möglichen Nichtigkeit der Betriebsratszustimmung zur Kündigung

Was zunächst die mögliche Nichtigkeit einer Betriebsratszustimmung zur Kündigung betrifft, verweist der OGH auf seine Vorentscheidung vom 11.10.2007, 8 ObA 58/07y, wonach die Rechtswirksamkeit eines Zustimmungsbeschlusses des BR an einer „Kollusion“ zwischen BR und AG scheitern könne. Was man darunter genau verstehen soll, bleibt freilich unbeantwortet. In der zitierten Vorentscheidung wurde nur allgemein auf ein Vorbringen des Anfechtenden Bezug genommen, *„der Betriebsrat habe in sittenwidriger Weise mit dem DG zusammengewirkt, um – in Schädigungsabsicht – dem DN eine Anfechtungsmöglichkeit abzuschneiden“*. Warum freilich für die Annahme der Nichtigkeit der Betriebsratszustimmung eine Mitwirkung des AG erforderlich sein soll, erscheint unklar. Denn im Grunde müsste die Betriebsratszustimmung schon dann nichtig sein, wenn sie ohne jeden Sachgrund nur zu dem Zweck erfolgt, den zu kündigenden AN zu schädigen. Die Teilnahme des AG an dieser absichtlichen sittenwidrigen Schädigung des AN begründet für die Beurteilung der Betriebsratszustimmung wohl kein zusätzliches Unwerturteil. Allenfalls könnte man im „Kollusionsfall“ von einer sittenwidrigen missbräuchlichen Ausübung des Kündigungsrechts durch den AG selbst ausgehen, dann wäre aber schon die Kündigung als solche sittenwidrig und nichtig und der auch seinerseits nichtige Zustimmungsbeschluss des BR letztlich gegenstandslos.

Ganz in diesem Sinne hat das OLG Linz in seiner (hier nicht abgedruckten) Berufungsentscheidung ausdrücklich festgehalten: „Sittenwidrigkeit der Zustimmung des Betriebsrats kommt nur dann in Betracht, wenn der Zustimmungsbeschluss – gemessen an den der Gesamtheit der Arbeitnehmerschaft gegenüber bestehenden Interessenwahrungspflichten – gänzlich unsachlich ist, etwa allein in zu missbilligenden persönlichen Motiven oder in einem diesen Interessen widerstreitenden Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber begründet ist.“

Bei dieser Formulierung (mit den durch „oder“ getrennten beiden Varianten) ist klar, dass im Hinblick auf die allgemeine Interessenvertretungsaufgabe des BR schon die allein aus gänzlich unsachlichen und rein persönlichen Motiven von Betriebsratsmitgliedern erfolgte Betriebsratszustimmung mit dem primären Zweck, den zu kündigenden AN zu schädigen, als sittenwidrig und nichtig anzusehen ist. Dass gleiches natürlich auch dann gilt, wenn der BR zur Erreichung seiner sittenwidrigen Schädigungsabsicht zusätzlich noch die Mithilfe des AG sucht und erhält, versteht sich von selbst.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass auch noch ganz andere rechts- und sittenwidrige Motive vorstellbar sind, die eine Nichtigkeit der Betriebsratszustimmung zur Folge haben können. Dies gilt namentlich für die im § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG aufgezählten verwerflichen Motive. Praktisch war das vor allem nach der alten Rechtslage relevant, als sich das „Sperrrecht“ des BR dem Gesetzeswortlaut nach auch noch auf die Motivanfechtung von Kündigungen bezog (vgl dazu vor allem *Firlei*, Motivkündigungen von Arbeitnehmern und kollektivrechtliche Konstruktion des allgemeinen Kündigungsschutzes, in FS Rabofsky [1976] 139, 156 ff; *Trost*, Die rechts- oder sittenwidrige Kündigung, DRdA 1987, 4 ff; *Floretta*, wbl 1987, 79 f). Seit BGBl 1990/411 vermag die Zustimmung des BR zur Kündigung von vornherein nur noch die Sozialwidrigkeitsanfechtung zu „sperrn“. Unabhängig davon ist aber nach wie vor davon auszugehen, dass dann, wenn der BR aus einem der in § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG aufgezählten Motive (zB wegen eines vom BR abgelehnten Beitritts des zu Kündigenden zu Gewerkschaften oder weil der BR eine Bewerbung des zu Kündigenden bei der nächsten Betriebsratswahl verhindern will) und somit ohne jeden aus seiner Interessenvertretungsaufgabe heraus nachvollziehbaren Sachgrund einer Kündigung seine Zustimmung gibt, diese als sittenwidrig und nichtig auch einer Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit nicht entgegensteht. Gleiches wird auch für eine allfällige Betriebsratszustimmung aus rechtswidrigen Motiven iS unzulässiger Diskriminierungen nach dem GIBG bzw dem BEinstG gelten müssen. In all diesen Fällen kommt es in keiner Weise darauf an, ob zusätzlich auch noch der AG „kollusiv“ mitgewirkt hat oder einfach aus ganz anderen Gründen die Kündigung ausgesprochen hat.

Bei alledem muss man sich freilich noch fragen, ob und inwieweit eine Sittenwidrigkeit der Betriebsratszustimmung im Rahmen der Kündigungsanfechtung überhaupt geltend gemacht werden kann, da doch nach gesicherter und wohl zutreffender hA (wie der OGH auch in der vorliegenden E betont) die Prüfung der Zustimmungserklärung des BR dahin, ob ihr

eine adäquate Interessenabwägung zugrunde liegt, an sich ausgeschlossen ist, weil dies auf die richterliche Nachprüfung der demokratischen Willensbildung eines Organs der Betriebsverfassung hinausläufe. Indessen geht es insoweit nicht um eine richterliche Überprüfung der Sachgründe für die Betriebsratszustimmung, sondern allein um die Prüfung, ob nicht jeder Sachgrund fehlt und die Zustimmung allein wegen rechts- oder sittenwidriger Motive erfolgt ist. Will sich die Rechtsordnung nicht selbst aufgeben, muss eine solche Kontrolle eines Betriebsratsbeschlusses jedenfalls möglich bleiben, zumal eine absichtliche sittenwidrige Schädigung auch unter dem Aspekt einer „demokratischen Willensbildung“ nicht tolerierbar ist (vgl ganz in diesem Sinne mwN etwa *Weiß*, DRdA 2011, 571 f, dem im gegenständlichen Verfahren auch das Berufungsgericht ausdrücklich gefolgt ist). In diesem Rahmen sind daher jedenfalls auch Betriebsratsbeschlüsse gerichtlich überprüfbar und ist überdies davon auszugehen, dass im Kündigungsanfechtungsprozess einschlägige Sachverhaltsfeststellungen nicht von den Betriebsratsmitgliedern unter Verweis auf ihre (ohnehin stets unter dem Vorbehalt von Interessenabwägungen stehende; vgl nur *Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 115 Rz 101, 103, 115 f, 128 mwN) Verschwiegenheitspflicht nach § 115 Abs 4 ArbVG verhindert werden dürfen.

Letzteres ist auch im gegenständlichen Verfahren nicht geschehen, vielmehr sind die maßgebenden Motive für die Betriebsratszustimmung vom Erstgericht durchaus konkret festgestellt worden. Diese gingen dahin, dass die einzelnen Betriebsratsmitglieder mit der Tätigkeit des Kl als Director Human Resources unzufrieden waren, sich durch die Zustimmung für verschiedene Maßnahmen, die er in dieser Funktion gesetzt hatte, und für verschiedene von ihm getätigte Äußerungen „rächen“ und solcherart verhindern wollten, dass er die Kündigung wegen Sozialwidrigkeit anfechten kann. Mag auch das Wort „Rache“ schon per se nach unsachlicher Entscheidungsfindung klingen (das Erstgericht hat auch genau das angenommen, glaubte aber dennoch, dass vom Gericht die demokratische Willensbildung des BR nicht überprüft werden dürfe), so hat vorliegend schon das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die Unzufriedenheit der Betriebsratsmitglieder mit der Art der früheren Ausübung von Personalkompetenzen durch den Kl zu Lasten der Belegschaft und auch mit verschiedenen Äußerungen gegenüber den Betriebsratsmitgliedern keineswegs als gänzlich unsachlich angesehen werden kann und auch für eine absichtliche sittenwidrige Schädigung keine zureichenden Sachverhaltsfeststellungen vorliegen. Ganz in diesem Sinne betont auch der OGH, dass von einer rechtsmissbräuchlichen Willensbildung des BR nicht gesprochen werden kann, wenn mit der Feststellung, dass sich die Betriebsratsmitglieder mit der Zustimmung zur Kündigung „rächen“ wollten, nach dem Gesamtzusammenhang nur die Reaktion des BR auf den Umstand beschrieben wird, dass verschiedene Äußerungen und Handlungen des Kl in einem Zeitraum von fünf Jahren zur Unzufriedenheit in der Belegschaft geführt hatten. Im Ergebnis war also im entschiedenen Fall von einer ausreichend sachlich geleiteten und damit wirksamen Ausübung des „Sperrrechts“ des BR auszugehen.

3. Zum Vertrauensschutz des AG bei nichtiger Betriebsratszustimmung zur Kündigung

War also die Zustimmung des BR zur Kündigung des Kl wirksam, hätte sich eigentlich die weitere Frage nach einem möglichen Vertrauensschutz des AG bezüglich der Mitteilung von sittenwidrigen und damit nichtigen Betriebsratsbeschlüssen erübrigt. Da der OGH gleichwohl näher darauf eingegangen ist, soll die Frage auch hier angesprochen werden. Der OGH verweist dazu auf seine stRsp, wonach ein außenstehender Dritter – insb auch der AG – die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden jedenfalls dann als rechtswirksame Stellungnahme des Betriebsratskollegiums ansehen könne, wenn ihm die dabei allenfalls unterlaufene Verletzung der Vorschriften über die Willensbildung des Betriebsratskollegiums nicht bekannt gewesen sei und auch nicht auffallen habe müssen. Der AG sei insoweit weder berechtigt noch verpflichtet, Untersuchungen über die innere Willensbildung des BR bzw die beschlussmäßige Deckung anzustellen. Offenbar will der OGH diese Grundsätze auch auf den Fall eines möglichen sittenwidrigen und daher an sich nichtigen Betriebsratszustimmungsbeschlusses anwenden, denn er betont in der Folge, dass laut festgestelltem Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die Bekl Einblick in eine rechtsmissbräuchliche Willensbildung des BR gehabt habe oder haben hätte müssen.

Folgt man dieser Auffassung, hätte das zur Folge, dass auch eine erwiesenermaßen sittenwidrige und nichtige Betriebsratszustimmung doch die Rechtswirkung des Ausschlusses der Anfechtbarkeit wegen Sozialwidrigkeit entfalten könnte. Das erscheint aber doch problematisch, weil das allfällige Vertrauen des AG darauf, dass die von ihm dann ausgesprochene Kündigung nicht wegen Sozialwidrigkeit angefochten werden kann, in keiner Weise das Interesse des (bezogen auf den Betriebsratsbeschluss ebenfalls „außenstehenden“) AN aufzuwiegen vermag, nicht in sittenwidriger Weise geschädigt zu werden. Wesentlich sachgerechter erscheint hier die vom OGH in der vorliegenden E leider nicht mehr erwähnte, in Anlehnung an *Trost* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 105 Rz 154) formulierte Auffassung des OLG Linz als Berufungsgericht, der gefolgt werden sollte: „... ist aber die Zustimmung zur Kündigung sittenwidrig, ohne dass dem AG dies bekannt wäre oder bekannt sein müsste, so muss differenziert werden: Der AG kann bezüglich der Rechtzeitigkeit des Kündigungsausspruchs auf das Vorliegen der Stellungnahme vertrauen und die Kündigung bleibt weiterhin wirksam. Inhaltlich ist die Stellungnahme aber dann als ‚nicht erfolgt‘ anzusehen. Der AN kann die Kündigung gleichartig wie beim Stillschweigen des BR anfechten.“

4. Zur Kritik am „Sperrrecht“ des BR mit Blick auf EMRK und GRC

Schon seit jeher wurde das „Sperrrecht“ des BR beim allgemeinen Kündigungsschutz als grundrechtswidrig kritisiert, wobei namentlich auf die Verfahrensgarantie des Art 6 Abs 1 EMRK (bzw des Art 83

Abs 2 B-VG) sowie auch den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 B-VG) verwiesen wurde (siehe namentlich *Steininger*, Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses [1969] 79 ff, insb 84 f; *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht [1970] 122 f; *Schrank*, Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung [1982] 92 ff). Dem wurde vor allem entgegengehalten, dass es im Arbeitsvertragsrecht keinen individuellen allgemeinen Kündigungsschutz gebe, sondern dieser als Mitwirkungsrecht der Belegschaft ausgestaltet sei, weshalb mangels entsprechender individueller Rechte weder die grundrechtliche Rechtsschutzgarantie verletzt werde, noch gleichheitsrechtliche Bedenken bestünden (vgl dazu mit umfassenden Nachweisen namentlich *Floretta*, Das „Sperrrecht“ des Betriebsrates im Lichte der jüngsten VfGH-Erkenntnisse, wbl 1987, 77, 78 f). Mit der Bestätigung der kollektivrechtlichen Sichtweise durch den VfGH (B 370/83 VfSlg 10.297) war die diesbezügliche Diskussion im Wesentlichen abgeschlossen, wie auch noch die jetzt aktuellen Standarddarstellungen im Fachschrifttum zeigen (vgl etwa *Gahleitner* in *Cerny ua*, ArbVerfR⁴ [2009] Erl 1, S 345 f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ [2011] Tz 7/050, 7/058; *Wolliger* in *ZellKomm*² [2011] § 105 ArbVG Rz 11; *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II [2013] 269; ausführlich und mwN zur kollektivrechtlichen Konzeption des allgemeinen Kündigungsschutzes vor allem *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum ArbVG § 105 Rz 15 ff).

Zuletzt wurde allerdings die Diskussion mit Blick auf Art 30 GRC (betreffend den „Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung“) neu belebt. So meint etwa *Marhold*, Die Bedeutung der Grundrechtecharta und der EMRK für das österreichische Arbeitsrecht, EuZA 2013, 146, 158 f, dass das sogenannte „Sperrrecht des BR“ mit dem Art 30 GRC „nicht vereinbar sein“ werde: Art 30 GRC ziele auf ein anderes Konzept des Kündigungsschutzes, als es derzeit nach österreichischem Recht bestehe. Diese These ist freilich schon nach dem Wortlaut der GRC-Regelung schwer nachvollziehbar, da es dort zwar um den Schutz der einzelnen AN „vor ungerechtfertigter Entlassung“ geht, für die Konkretisierung dessen, was als „ungerechtfertigte Entlassung“ anzusehen ist, aber ausdrücklich auf das Gemeinschaftsrecht und die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ verwiesen wird. Damit lässt sich aber – abgesehen von den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten, die ohnehin im GIBG und BEinstG als individuelle Kündigungsschutznormen umgesetzt sind – nicht nur ein allgemeiner individueller Kündigungsschutz als unionsrechtskonform ansehen, sondern auch eine kollektivrechtliche Konzeption des allgemeinen Kündigungsschutzes, wie sie seit jeher den österreichischen „Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ entspricht.

Im Übrigen hat vor allem *Rebhahn*, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf das österreichische Arbeitsrecht, in *Rebhahn*, Grundrechte statt Arbeitsrecht (2012) 9, 12 ff, insb 14 ff, zutreffend darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf Art 51 GRC der nationale Gesetzgeber bei der Regelung des allgemeinen Kündigungsschutzes derzeit noch gar nicht an Art 30 GRC gebunden ist. Freilich meint *Rebhahn*,

dass auch die andere Interpretation vertretbar sei und dass dann ua die Möglichkeit des BR, die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit zu verhindern, wegen der damit verbundenen Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung der Kündigung iSd Art 30 GRC kaum zu rechtfertigen sei (aaO 22 f). Auch ihm ist aber der ausdrückliche Verweis der GRC auf die nationalen Regelungen entgegenzuhalten, deren Bedeutung doch gerade darin liegen sollte, unterschiedliche nationale Rechtsschutzkonzeptionen rechtfertigen zu können. Davon abgesehen ist festzuhalten, dass nach österreichischem Kündigungsschutzrecht und speziell auch unter der Geltung des „Sperrrechts“ des BR keineswegs ein Rechtsschutz vor „ungerechtfertigter“ Kündigung versagt bleibt. Die zu klärende Vorfrage ist vielmehr, wie schon oben gesagt, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung iSd § 30 GRC als „ungerechtfertigt“ angesehen werden kann. Insoweit muss aber beachtet werden, dass es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dem Unionsrecht auch materiellrechtlich einen Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG zu unterstellen. Vielmehr erschöpft sich das einen möglichen Kündigungsschutz betreffende Unionsrecht im Wesentlichen im Schutz vor diskriminierenden Kündigungen, der aber – wie schon erwähnt – auch in Österreich unabhängig vom allgemeinen Kündigungsschutz des § 105 ArbVG in einer Reihe von individualrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen, namentlich des GIBG und des BEinstG, verankert ist. Soweit darüber hinaus „ungerechtfertigte“ sittenwidrige Kündigungen in Frage stehen, besteht ohnehin und jedenfalls ein individueller Schutz nach § 879 Abs 1 ABGB (und zwar selbst in jenen Fällen, die an sich von § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG erfasst sind, in denen aber der Schutz mangels Geltung der gesetzlichen Betriebsverfassung nicht greifen würde; vgl dazu grundlegend mwN *Trost*, Die rechts- oder sittenwidrige Kündigung, DRdA 1987, 1 ff; *Grillberger* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ [1998] 386; *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht⁴ [2011] Rz 668). Schließlich ist zu beachten, dass – wie schon oben unter 2. gezeigt – selbst bei Ausübung des Sperrrechts durch den BR der Kündigungsschutz gewährleistet bleibt, wenn die Zustimmung des BR ihrerseits als diskriminierend iS verbotener Differenzierungsmerkmale oder aus sonstigen Gründen als sittenwidrig anzusehen ist. In diesem Rahmen bleibt also ungeachtet der kollektivrechtlichen Konzeption des allgemeinen Kündigungsschutzes der Rechtsschutz des Einzelnen selbst im Bereich sozialwidriger Kündigungen (und damit sogar über die unionsrechtlichen materiellrechtlichen Garantien eines Kündigungsschutzes hinaus) gewährleistet.

5. Zur kollektivrechtlichen Konzeption des allgemeinen Kündigungsschutzes

Abschließend bleibt nur noch klarzustellen, dass die hA von der kollektivrechtlichen Konzeption des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 105 ArbVG ungeachtet gewisser individueller Rechtspositionen des Gekündigten nach wie vor zutreffend ist. Historischer Kern des allgemeinen Kündigungsschutzes war zunächst allein der Schutz vor Kündigungen, die

den Zweck hatten, die Ausübung des Koalitionsrechts der AN zu beeinträchtigen (vgl mwN *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum ArbVG § 105 Rz 7 ff). Das gilt auch noch heute, freilich wesentlich erweitert, für Kündigungen aus verwerflichen Motiven iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG. Dieser Schutz wurde durch einen Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen ergänzt, dessen Wurzeln auf Bemühungen der deutschen Arbeiterbewegung nach dem Ende des Ersten Weltkriegs zurückgehen (*Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum ArbVG § 105 Rz 9). Während allerdings die Entwicklung in Deutschland mit dem KSchG aus 1951 in Richtung individualrechtlicher Kündigungsschutz ging, verblieb in Österreich auch der Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen letztlich im Betriebsverfassungsrecht und wurde damit schon vom Geltungsgrund her kollektivrechtlich konzipiert. Für diese Deutung spricht noch das betriebsverfassungsrechtliche Vorverfahren, die Möglichkeit einer Kündigungsanfechtung durch den BR selbst und eben vor allem auch das „Sperrrecht“ des BR betreffend die Anfechtung einer Kündigung wegen Sozialwidrigkeit (vgl mwN etwa *Floretta* in *Floretta/Strasser*, Kommentar zum ArbVG [1975] 619 ff, insb 621 f, sowie ausführlich *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum ArbVG § 105 Rz 15 ff).

Dem stehen freilich Auffassungen gegenüber, die sich – mit zum Teil recht wortgewaltiger Polemik – auf die im Laufe der Zeit vermehrt gesetzlich verankerten individualrechtlichen Aspekte des allgemeinen Kündigungsschutzes (wie insb bei Widerspruch des BR, wenn dieser dann die Kündigung nicht anfechtet oder die erfolgte Anfechtung später zurückzieht, weiters bei fehlender Stellungnahme des BR sowie dann, wenn im betriebsratspflichtigen Betrieb ein BR gar nicht besteht) berufen und daraus – auch für Österreich – eine individualrechtliche Konzeption des Kündigungsschutzes vertreten (siehe namentlich *Steininger*, Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses 79 ff; *Schrank*, Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung 95 ff). Dieser Deutung ist freilich zu entgegnen, dass die individuellen Anfechtungsmöglichkeiten des AN keinesfalls zwangsläufig dazu führen, aus dem kollektivrechtlich konzipierten Kündigungsschutz ein Individualschutzkonzept zu machen. Vielmehr muss man sich vor Augen halten, dass es auch sonst bei vielen Mitwirkungsrechten der Belegschaft dazu kommt, dass die Rechtsfolgen der Missachtung individualrechtlich ausgestaltet werden und dass mitunter durch Einbeziehung der einzelnen AN die Effizienz der Belegschaftsmitwirkung gesteigert werden kann, ohne dass sich deshalb ein Belegschaftsmitwirkungsrecht zum Individualrecht wandelt.

Aus der Fülle möglicher Beispiele seien hier nur angeführt: Wenn der BR einer verschlechternden Versetzung entgegen § 101 ArbVG nicht zugestimmt hat, ist es trotzdem Sache des betroffenen AN, sich auf die Unwirksamkeit der Versetzung zu berufen, ohne dass deshalb das Mitbestimmungsrecht der Belegschaft zum Individualrecht wird. Gleiches gilt für die Unwirksamkeit einer Disziplinarmaßnahme, wenn die Mitbestimmung des BR iSd § 102 ArbVG nicht eingehalten worden ist. In ähnlicher Weise wird der einzelne AN sein

„Recht zur Lüge“ geltend machen können und aus faktischen Zwängen oft auch müssen, wenn der BR einem vom AG verwendeten qualifizierten Personalfragebogen iSd § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG nicht zugestimmt hat. Schließlich ist noch besonders auf die Mitbestimmung bei Kontrollmaßnahmen und technische Systeme zur Kontrolle der AN in § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG zu verweisen, wo einerseits neben den Möglichkeiten des BR zur Rechtsdurchsetzung mittels Unterlassungs- und Beseitigungsklage durchaus auch Rechtsschutzmöglichkeiten der einzelnen AN anzuerkennen sind und andererseits bei Fehlen einer Belegschaftsvertretung die Mitbestimmung der Belegschaft durch § 10 AVRAG ausdrücklich in die Hände der einzelnen betroffenen AN gelegt wird. Besonders im letztgenannten Fall geht es keinesfalls an, aus dem ergänzenden Individualrechtsschutz abzuleiten, dass die AN ganz allgemein diesen Individualschutz haben und daher eine allfällige Zustimmung des BR nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG eine materiellrechtliche Position der einzelnen AN ohne individuellen gerichtlichen Rechtsschutz ließe.

Ausgehend von der Vielfalt der kollektivrechtlich konzipierten Befugnisse der Belegschaft gibt es keinen überzeugenden Grund, gerade für die §§ 105 bis 107 ArbVG anderes anzunehmen. Auch dort bildet der Grundgedanke, dass es sich sowohl im Kündigungsvorverfahren als auch im Anfechtungsverfahren um Mitwirkungsrechte der Belegschaft handelt, den maßgebenden Ausgangspunkt. Gerade dabei hat sich aber

der Gesetzgeber zu einer wesentlichen Effizienzsteigerung der Mitbestimmung entschlossen, indem er die Anfechtungsbefugnis der Belegschaft vermehrt dem betroffenen Gekündigten selbst überlässt, und zwar immer dann, wenn der BR die Anfechtungsbefugnis nicht (durch ausdrücklichen Widerspruch und rechtzeitige gerichtliche Anfechtung) an sich zieht oder – für den Bereich möglicher Sozialwidrigkeit – die Kündigung nicht durch ausdrückliche Zustimmung billigt. Diese Effizienzsteigerung ändert aber nichts daran, dass die Anfechtungsbefugnis originär eine Belegschaftsbefugnis bleibt. Der Einwand, dass der AN bei Selbstanfechtung doch nur die eigenen Interessen und nicht Belegschaftsinteressen geltend mache, liegt insofern neben der Sache, als es gerade bei der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten auch aus der Sicht der Belegschaft sehr häufig und primär um die Wahrung persönlicher Interessen betroffener AN gehen wird, weshalb insoweit kein wirklicher Widerspruch vorliegt. Vielmehr liegt offenbar gerade darin, dass die betriebliche Interessenvertretung in personellen Angelegenheiten vielfach die Wahrung persönlicher Interessen betroffener AN zugleich als Wahrung der Interessen der Gesamtbelegschaft empfindet, der maßgebende Grund für die genannte Effizienzsteigerung der Mitbestimmung durch ergänzende Anfechtungsbefugnisse der Gekündigten selbst.

PETER JABORNEGG (LINZ)

29.

Entgeltfortzahlung für arbeitsfreie Zeiten nach DO.A und DO.B

DO.A; DO.B;
§§ 8, 40 AngG;
§ 9 ARG;
§ 6 UrlG

OGH
30.8.2013
8 ObA 47/13i

OLG Linz
23.4.2013
11 Ra 28/13m

LG Linz
8.2.2013
10 Cga 137/12t

1. Die Rechte des Angestellten gem § 40 AngG dürfen auch nicht durch KollV oder BV geschmälert werden, sofern nicht ausdrücklich eine diesbezügliche Ermächtigung normiert ist.

2. Zuzufolge des in § 8 AngG zum Ausdruck kommenden Bezugsprinzips und ebenso des in § 6 Abs 3 UrlG zum Ausdruck kommenden Ausfallsprinzips ist zu prüfen, welcher Entgeltanspruch entstanden wäre, wenn die Arbeitsleistung in dem zu erwartenden Ausmaß erbracht worden wäre. Der AN darf durch die Inanspruchnahme des Urlaubs bzw des Krankenstands keinen Nachteil erleiden.

Auf die Dienstverhältnisse der bei der Bekl beschäftigten rund 1.900 Angestellten sind die Dienstordnung A für Verwaltungsangestellte, Pflegepersonal und zahntechnische Angestellte bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs (DO.A) und die Dienstordnung B für die Ärzte und Dentisten bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs (DO.B) anzuwenden. Beide Dienstordnungen enthalten zum Urlaubsentgelt (§ 59a DO.A und § 51a DO.B), zum Entgelt für Feiertage und Ersatzruhe (§ 59b DO.A und § 51b DO.B) sowie für Bezüge bei Erkrankung (§ 60 DO.A und § 52 DO.B) inhaltsgleiche Bestimmungen. Die für das vorliegende Verfahren relevanten Regelungen lauten:

„Während desurlaubes [an Feiertagen oder während der Ersatzruhe; ist der Angestellte durch Krankheit oder Unglücksfall an der Leistung seiner Dienste verhindert] werden die Dienstbezüge weitergezahlt, und zwar

[1.] im vollen Ausmaß

[a] die Verwendungszulage, b) die Ausbildungszulage ...]

[2.] die nachstehend angeführten Dienstbezüge unter Zugrundelegung des Durchschnittes des dem Urlaubsjahr [dem Feiertag bzw der Ersatzruhe; der Dienstverhinderung] vorangegangenen Kalenderjahres und [errechnet] nach dem zum Auszahlungszeitpunkt [zum Zeitpunkt des Arbeitsausfalles; im Verhinderungszeitraum] geltenden Gehaltsschema und Stundenlohn (§ 59 Abs 2), wobei Zeiten, für die kein Anspruch auf Dienstbezüge bestand, außer Acht zu lassen sind:

a) die Erschwerniszulage [...], e) die Schichtzulage [...], h) die Vergütung für geleistete Mehrstunden im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung [...], k) die Abgeltung der Reisebewegung bei Dienstreisen [...]; soweit die in lit a bis k angeführten Dienstbezüge nach dieser Bestimmung [...] weitergezahlt wurden, sind sie bei der Bemessung der weiterzuzahlenden Dienstbezüge nicht zu berücksichtigen; ...“

Die Bekl bringt das fortzuzahlende Entgelt für Urlaubs-, Krankenstands- und Feiertage (pro Urlaubstag etc) nach folgender Formel zur Abrechnung, wobei sich das Berechnungsbeispiel nur auf das Urlaubsentgelt im Hinblick auf Überstunden bezieht:

Überstunden des Vorjahres × Wert einer Überstunde
360

Bei den übrigen hier in Rede stehenden besonderen Dienstbezügen (zB Erschwerniszulagen, Nachtdienstzulagen etc) wird die Berechnung des weiterzahlenden Entgelts pro Urlaubs-, Krankenstands- und Feiertag bzw Ersatzruhetag in gleicher Weise vorgenommen. Die für Tage eines Urlaubs- oder Krankenstands- oder für Feiertage im Beobachtungszeitraum fortgezählten besonderen Dienstbezüge (zB für Überstunden) werden nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen. Es gibt keine Mindestzahl von Überstunden (oder anderen Leistungen), die erreicht werden müssen, um in die Bemessungsgrundlage nach der beschriebenen Formel eingerechnet zu werden. Ebenso wenig kommt es darauf an, wie sich die Überstunden (bzw sonstigen Leistungen) im Beobachtungszeitraum verteilen.

Der Kl, der Angestelltenbetriebsrat der *Gebietskrankenkasse (GKK), beehrte die Feststellung, dass die Bekl, die *GKK, verpflichtet sei, ihren Angestellten das Urlaubsentgelt gemäß [den oben angeführten Regelungen der] DO.B in der Höhe zu gewähren, die sich jeweils ergibt, wenn bei der in diesen Bestimmungen vorgesehenen Durchschnittsberechnung die jeweils im Beobachtungszeitraum liegenden Urlaubs-, Krankenstands- und Feiertage der Angestellten bei der Ermittlung des Teilers in Abzug gebracht werden. Den Bestimmungen in der DO folgend würden zwar die Krankenstands-, Urlaubs- und Feiertagsentgelte nicht in die Durchschnittsberechnung einbezogen, die darauf fallenden Tage bei der Ermittlung des Teilers aber voll berücksichtigt. Dies habe einen niedrigeren Durchschnittswert zur Folge. Bei richtiger Vorgangsweise müsste das summenmäßige Entgelt für die tatsächlichen Beschäftigungstage im Beobachtungszeitraum herangezogen werden. Im Teiler dürften daher nur die tatsächlichen Beschäftigungstage Berücksichtigung finden.

Die Bekl entgegnete, dass nach den Dienstordnungen kein Durchschnitt vom Durchschnitt gebildet werden solle. Auf den Teiler beziehe sich die Anordnung, dass Zeiten, für die kein Anspruch auf Dienstbezüge bestanden habe, außer Acht zu lassen seien. Für die Tage entgeltpflichtiger Fehlzeiten wie Urlaub, Krankenstand und Feiertage bestehe aber ein Fortzahlungsanspruch. Daraus folge, dass diese Tage in den Teiler einzubeziehen seien. Außerdem seien die einschlägigen Gesetzesbestimmungen (§ 8 AngG, § 6 Abs 5 UrlG, § 9 Abs 4 ARG) kollektivvertragsdispositiv, sodass es auf einen Günstigkeitsvergleich zwischen den Dienstordnungen und den gesetzlichen Regelungen nicht ankomme. [...]

Das Erstgericht gab dem Feststellungsbegehren statt. Mit der Wendung „wobei Zeiten, für die kein Anspruch auf Dienstbezüge bestand, außer Acht zu lassen sind“, werde der Teiler der Durchschnittsberechnung geregelt. Bei diesen Zeiten könne es sich nur um solche handeln, in denen faktisch nicht gearbeitet worden sei, wie im Urlaub, im Krankenstand oder an Feiertagen. In die Bemessung des fortzuzahlenden Entgelts seien daher nur Zeiten einzubeziehen, in denen der AN tatsächlich gearbeitet habe. Nur in diesen Zeiten habe die Möglichkeit bestanden, Über-

stunden, Mehrstunden, Nachtdienst, Arbeits- oder Rufbereitschaft zu leisten und dafür entsprechende Vergütungen zu erhalten. Daraus folge, dass der Teiler um die Tage der Nichtarbeit, also des Urlaubs, des Krankenstands bzw der Feiertage zu verringern sei. Dass die von der Bekl gewählte Berechnung mit einem fixen Teiler von 360 für die Angestellten weniger günstig sei als der verminderte Teiler, bedürfe keiner Erörterung. [...]

Das Berufungsgericht bestätigte diese E. Der Wortlaut der zugrunde liegenden Regelungen lasse eine Interpretation iSd Standpunkts des Kl zu, wonach von der Wendung „wobei Zeiten, für die kein Anspruch auf Dienstbezüge bestand, außer Acht zu lassen sind“ nur solche Zeiten erfasst sein sollten, für die kein originärer (aufgrund tatsächlich geleisteter Arbeit) Anspruch auf Dienstbezüge bestanden habe. Bei der Berechnung müssten Nichtarbeitstage somit vom Teiler in Abzug gebracht werden. [...] Aus dem Ausfallsprinzip ergebe sich, dass Zeiten, in denen im Beobachtungszeitraum nicht gearbeitet worden sei, neutralisiert werden müssten.

Der idente Wortlaut der in Rede stehenden Regelungen führe zu einem einheitlichen Auslegungsergebnis für alle hier in Rede stehenden Fortzahlungsfälle. [...]

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Bekl ist zulässig, [...] aber nicht berechtigt.

1. Bei den DO.A und DO.B für die Angestellten bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs handelt es sich um Kollektivverträge (RIS Justiz RS0054394; 9 ObA 163/08y; 9 ObA 146/12d). Nach stRsp hat die Auslegung normativer Bestimmungen eines KollV objektiv nach den Regeln der §§ 6 und 7 ABGB zu erfolgen (RIS Justiz RS0010088). Dabei ist in erster Linie der Wortsinn – auch im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen – zu erforschen und die sich aus dem Text des KollV ergebende Absicht der Kollektivvertragsparteien zu berücksichtigen (RIS Justiz RS0010089). Führt der Wortsinn der Bestimmung zu keinem eindeutigen Ergebnis, so ist zu unterstellen, dass die Kollektivvertragsparteien eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung treffen sowie einen gerechten Ausgleich der sozialen und wirtschaftlichen Interessen herbeiführen und eine Ungleichbehandlung der Normadressaten vermeiden wollten (8 ObA 22/12m). Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses ist mittels objektiv teleologischer Interpretation nach dem Sinn und Zweck zu fragen, den die Regelung vernünftigerweise haben kann (9 ObA 2/09y).

2.1 Die in Rede stehenden Bestimmungen der DO.A und DO.B betreffen die Ansprüche auf Urlaubsentgelt, das Feiertagsentgelt und das Krankenentgelt. Im jeweiligen Einleitungssatz dieser Bestimmungen wird dazu angeordnet, dass für die aus arbeitsrechtlicher Sicht besonderen (arbeitsfreien) Zeiträume (Urlaub, Feiertage, Krankenstand) die Dienstbezüge weitergezahlt werden. Die Bestimmungen betreffen somit Fälle der Entgeltfortzahlung. Den angeführten Zeiträumen ist gemein, dass es sich nicht um Arbeitszeit, sondern um entgeltpflichtige Zeiten ohne Arbeitspflicht handelt.

2.2 Hinsichtlich der weiterzuzahlenden Dienstbezüge werden zwei Kategorien unterschieden, nämlich jene, die in vollem Ausmaß weitergezahlt werden (zB die ständigen Bezüge), sowie besondere Dienstbezüge (bestimmte Zulagen und Überstunden), die nach Maßgabe einer Durchschnittsbetrachtung weitergezahlt werden. Die hier konkret auslegungsbedürftigen Regelungen betreffen nur die zweite Kategorie der erwähnten besonderen Dienstbezüge.

Nach den hier auszulegenden Regelungen werden die im Einzelnen angeführten besonderen Dienstbezüge mit dem Durchschnitt berechnet. Beobachtungszeitraum ist dabei das vorangegangene Kalenderjahr.

2.3 Berechnungsgrundlage für die Weiterzahlung der besonderen Dienstbezüge ist der Stundenlohn gem § 59 Abs 2 DO.A bzw § 51 Abs 2 DO.B zum Auszahlungszeitpunkt. Daraus folgt, dass sich die Durchschnittsberechnung nicht auf die besonderen Dienstbezüge, sondern tatsächlich auf die diesen zugrunde liegenden Leistungen bezieht. Ausgangspunkt für die Durchschnittsberechnung sind somit die im vorangegangenen Kalenderjahr erbrachten Durchschnittsleistungen (zB Überstunden).

3.1 Anlass für den Streit zwischen den Parteien ist der erste Halbsatz im letzten Absatz der auszulegenden Bestimmungen („soweit die in lit a bis lit k angeführten [besonderen] Dienstbezüge nach dieser Bestimmung [...] weitergezahlt wurden, sind sie bei der Bemessung der weiterzuzahlenden Dienstbezüge nicht zu berücksichtigen“). Nach dem Wortlaut bleiben (bereits früher) weitergezahlte besondere Dienstbezüge für Durchschnittsleistungen bei der Bemessung der weiterzuzahlenden besonderen Dienstbezüge außer Betracht.

Wie schon erwähnt, bezieht sich die Durchschnittsberechnung nicht auf die besonderen Dienstbezüge, sondern auf die diesen zugrunde liegenden Leistungen. Die in Rede stehende Anordnung ist somit dahin zu verstehen, dass Durchschnittsleistungen (zB Überstunden) im Beobachtungszeitraum, die (nach dem Ausfallsprinzip) für die besonderen arbeitsfreien Zeiten (Urlaub, Feiertage, Krankenstand) anzusetzen wären, ausgeklammert bleiben.

3.2 Der Bekl ist darin zuzustimmen, dass nach den auszulegenden Regelungen für die Berechnung der weiterzuzahlenden besonderen Bezüge zwischen der Bemessungsgrundlage (Stundenanzahl der besonderen Leistungen [zB Überstunden] mal aktuellem Stundenwert) einerseits und dem Zeitfaktor (Tag) andererseits zu unterscheiden ist. Bei der Berechnung geht die Bekl so vor, dass sie die Bemessungsgrundlage durch den Teiler von 360 Kalendertagen dividiert. Der Kl steht in dieser Hinsicht auf dem Standpunkt, dass die Urlaubstage, Krankenstandstage und Feiertage im Beobachtungszeitraum vom Teiler von 360 in Abzug gebracht werden müssten, weil das für diese besonderen Zeiten weitergezahlte Entgelt (für Durchschnittsleistungen) auch in der Bemessungsgrundlage nicht berücksichtigt werde.

3.3 Die Durchschnittsberechnung dient (nur) der Ermittlung der Durchschnittsleistungen (zB Überstunden) im Beobachtungszeitraum. Die oben dargestellte Auslegung führt zum Ergebnis, dass Durchschnittsleistungen für Zeiten des Urlaubs, Krankenstands

und der Feiertage (im Beobachtungszeitraum) bei Ermittlung der Bemessungsgrundlage unberücksichtigt bleiben. Der Teiler wird durch die maßgebliche Zeiteinheit bestimmt. Dazu wird normiert, dass Beobachtungszeitraum das vorangegangene Kalenderjahr ist. Zudem enthalten die auszulegenden Regelungen die Bestimmung, dass „Zeiten, für die kein Anspruch auf Dienstbezüge bestand, außer Acht zu lassen sind“. Damit wird keine eindeutige Anordnung über den Teiler getroffen.

4.1 Blieben die Durchschnittsleistungen in den besonderen arbeitsfreien Zeiten (im Beobachtungszeitraum) überhaupt unberücksichtigt, so würden die in Rede stehenden Bestimmungen mit dem Ausfallsprinzip in Konflikt geraten. Die Bekl beruft sich in dieser Hinsicht auf die Kollektivvertragsdispositivität sämtlicher zu Grunde liegender gesetzlicher Bestimmungen, insb auch des § 8 AngG iVm § 40 AngG. Der Kl steht demgegenüber so wie die Vorinstanzen auf dem Standpunkt, dass § 8 AngG auch im Verhältnis zu Kollektivverträgen zwingender Charakter zukomme.

4.2 Es entspricht hM, dass die Rechte des Angestellten gem § 40 AngG auch nicht durch KollV oder BV geschmälert werden dürfen, sofern nicht ausdrücklich eine diesbezügliche Ermächtigung normiert ist (*Staudacker in Reissner*, AngG § 40 Rz 2; *Burger in Reissner*, AngG § 8 Rz 10; *Drs in ZellKomm*² § 40 AngG Rz 1; *Holzer in Marhold/G. Burgstaller/Preyer*, AngG § 40 Rz 2). Der OGH hat in der E 9 ObA 83/07g unter Bezugnahme auf § 40 AngG und unter Hinweis auf die Rechtssätze aus der Vorjudikatur ausgesprochen, dass zwingende gesetzliche Bestimmungen weder durch KollV noch durch Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsvertrag abbedungen werden können (vgl RIS Justiz RS0050828; 8 ObA 50/05v).

4.3 Der Bekl ist zuzugestehen, dass in § 1164 Abs 1 ABGB mit BGBl I 2000/44 ausdrücklich die Wendung aufgenommen wurde, dass die darin angeführten Bestimmungen durch den Dienstvertrag oder durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung nicht aufgehoben oder beschränkt werden können. Nachdem in den Gesetzesmaterialien als Ziel dieser Gesetzesnovelle die arbeitsrechtliche Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten, insb im Bereich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Dienstverhinderung aus sonstigen wichtigen Gründen, genannt wird, folgt zu der in Rede stehenden Bestimmung des § 1164 ABGB die Erläuterung, dass die Entgeltfortzahlungsregelungen bei Krankheit (§ 1154b Abs 1 und 2 ABGB) nunmehr iSd geforderten Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten relativ [einseitig] zwingend ausgestaltet sind.

Aus dieser Formulierung ergibt sich unmissverständlich, dass der Gesetzgeber vom einseitig zwingenden Charakter des § 8 AngG ausgeht. Die Bekl kann sich daher nicht auf eine gewollte Abweichung des § 1164 Abs 1 ABGB zu § 40 AngG und auf eine Besserstellung der Arbeiter berufen. ISd bisherigen Rsp und der hM kommt § 8 AngG iVm § 40 AngG daher keine Kollektivvertragsdispositivität zu.

4.4 Nach dem Regelungsgehalt des § 8 AngG behält der DN für die jeweilige Dauer der Dienstverhinderung seinen Anspruch auf das Entgelt. Allgemein ist davon auszugehen, dass zufolge des in § 8 AngG

zum Ausdruck kommenden Bezugsprinzips und ebenso des in § 6 Abs 3 UrlG zum Ausdruck kommenden Ausfallsprinzips zu prüfen ist, welcher Entgeltanspruch entstanden wäre, wenn die Arbeitsleistung in dem zu erwartenden Ausmaß erbracht worden wäre. Der AN darf durch die Inanspruchnahme des Urlaubs bzw des Krankenstands keinen Nachteil erleiden (8 ObA 67/02i mwN). Es ist daher jenes Entgelt zu zahlen, [das] dem AN gebührt hätte, wenn er die besondere arbeitsfreie Zeit (Urlaub, Krankenstand) nicht angetreten hätte (vgl 8 ObA 253/94). Bei regelmäßiger Überstundenleistung (im Beobachtungszeitraum) ist daher das dafür zustehende Entgelt auch bei der Ermittlung des für die Zeiträume der Nichtarbeit (Urlaub, Krankenstand) zustehenden Entgelts zu berücksichtigen (9 ObA 20/99b; vgl auch RIS Justiz RS0058710). Bei hier in Rede stehenden unregelmäßig gewährten Entgeltbestandteilen (Prämien, Zulagen) oder wechselnder Höhe des Entgelts wird in der Regel auch das Durchschnittsprinzip herangezogen (vgl *Burger* § 8 Rz 66). Diesen Weg beschreiten auch die hier in Rede stehenden DO.A und DO.B, wobei sich der Durchschnitt auf das Ausmaß der erwähnten Leistungen (zB Überstunden) bezieht.

4.5 Aus diesen Grundsätzen folgt, dass konkret die durchschnittliche Zahl der Überstunden im Beobachtungszeitraum zu ermitteln ist, wobei auch die besonderen Zeiten des Urlaubs, des Krankenstands und der Feiertage zu berücksichtigen sind. Dies bedeutet, dass nach dem Ausfallsprinzip die Durchschnittsleistungen im Beobachtungszeitraum auch für die besonderen arbeitsfreien Zeiten (Urlaub, Krankenstand bzw Feiertage) anzusetzen sind. Die Anordnung in den auszulegenden Regelungen, wonach die Bezüge für die Durchschnittsleistungen in den besonderen Zeiten unberücksichtigt bleiben, verstößt daher gegen den zwingenden Charakter des § 8 AngG, sofern kein sonstiger Ausgleich erfolgt.

4.6 Das von der Bekl für die angebliche Günstigkeit (siehe dazu 8 ObA 50/05v) der Regelungen in den DO.A und DO.B ins Treffen geführte Argument überzeugt nicht. [...]

5.1 Die Bekl ist auch mit der Ansicht nicht im Recht, dass sich eine allfällige Gesetzeswidrigkeit zufolge der Kollektivvertragsdispositivität von § 6 Abs 5 UrlG und § 9 Abs 4 ARG nur auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall beziehen könnte. Wie oben dargestellt wurde, enthalten die hier auszulegenden Regelungen der DO.A und DO.B über den Teiler keine eindeutige Aussage.

Die Berechnung der weiterzuzahlenden Dienstbezüge für die besonderen Durchschnittsleistungen nach den in Rede stehenden Regelungen ist im Wege der Auslegung daher noch nicht vollständig geklärt. Dabei ist zu beachten, dass die DO.A und die DO.B für sämtliche weiterzuzahlenden Entgelte idente Regelungen vorsehen. Dieser Aspekt ist im Rahmen der sinn- und zweckorientierten Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen.

5.2 In der E 9 ObA 20/99b hat der OGH auch zur Frage Stellung genommen, wie Überstunden im Beobachtungszeitraum nach dem Ausfallsprinzip zu berücksichtigen sind. Danach sind in Fällen, in denen der AN aus welchem Grund auch immer in diesem Beobach-

tungszeitraum nicht arbeitete, die Nichtarbeitszeiten zu neutralisieren. Für die Ermittlung des für die Zeit der Nichtarbeit zu berücksichtigenden gebührenden Überstundenentgelts ist das für die Überstunden, die während des Beobachtungszeitraums geleistet wurden, gebührende Entgelt durch die Zahl der Normalarbeitsstunden, die während der Zeit der tatsächlichen Arbeitstätigkeit im Beobachtungszeitraum angefallen sind, zu teilen (vgl auch *Burger* § 8 Rz 66).

Diese Vorgangsweise findet im Wortlaut der hier auszulegenden Bestimmungen durchaus Deckung. Diese ordnen in Bezug auf den Teiler nämlich auch an, dass Zeiten, für die kein Anspruch auf Dienstbezüge bestand, außer Acht zu lassen sind. Diese Anordnung kann ohne weiteres dahin verstanden werden, dass im Teiler nur echte Arbeitstage gemeint sind. Für diese Ansicht kann ins Treffen geführt werden, dass die Dienstbezüge in § 35 DO.A und DO.B definiert sind und Entgeltfortzahlungsbestandteile nicht darunter fallen.

Diese Überlegungen sprechen für das Auslegungsergebnis der Vorinstanzen, wonach unter die Wendung „Anspruch auf Dienstbezüge“ nur originäre, aufgrund tatsächlich geleisteter Arbeit gebührende Ansprüche zu verstehen sind. Wird von diesem Auslegungsergebnis ausgegangen, so sind die Durchschnittsleistungen im Beobachtungszeitraum während der besonderen arbeitsfreien Zeiten (Urlaub, Krankheit, Feiertage) zutreffend nicht zu berücksichtigen, weil sonst zu Gunsten der DN eine Doppelberücksichtigung stattfinden würde. Mit diesem Ergebnis könnte somit der gesamte Normenbestand der auszulegenden Regelungen erhalten werden. Eine solche geltungserhaltende Interpretation liegt dem Willen der Kollektivvertragsparteien am nächsten, weshalb ihr im Zweifelsfall der Vorzug zu geben ist.

Für dieses Auslegungsergebnis spricht noch ein weiterer Umstand. Überschlagsmäßige Vergleichsrechnungen zeigen, dass die Variante des KI einerseits und die zu korrigierende Variante der Bekl (Anpassung der Bemessungsgrundlage durch Einbeziehung der Durchschnittsleistungen in Zeiten von Urlaub, Krankheit und Feiertagen im Beobachtungszeitraum) zu einem annähernd gleichen Ergebnis führen. Sind mehrere Berechnungsmethoden annähernd gleichwertig, so ist ebenfalls jener der Vorzug zu geben, die eine Aufrechterhaltung der Normen des KollV ermöglicht.

6.1 Zusammenfassend ergibt sich:

Nach den einschlägigen Regelungen [der Dienstordnungen] der Sozialversicherungsträger Österreichs bleiben bei der Berechnung des Urlaubs-, Feiertags- und Krankenentgelts die Durchschnittsleistungen (zB Überstunden) im Beobachtungszeitraum (Kalenderjahr) von der Bemessungsgrundlage ausgeklammert. Der Teiler (Divisor) für die Berechnung wird durch die maßgebliche Zeiteinheit (Tag) bestimmt. Dazu wird in der DO.A und DO.B keine eindeutige Anordnung getroffen. Um dem nach § 8 AngG iVm § 40 AngG auch im Verhältnis zu einem KollV zwingenden Ausfallsprinzip Rechnung zu tragen, sind die Nichtarbeitstage im Beobachtungszeitraum derart zu neutralisieren, dass der Teiler (von 360) um diese Tage vermindert wird. Die Wendung „Zeiten, für die kein Anspruch auf Dienstbezüge bestand, [sind] außer Acht zu lassen“ ist daher dahin auszulegen, dass

sie sich auf alle Nichtarbeitstage bezieht. Im Zweifel ist einer geltungserhaltenden Interpretation der Vorzug zu geben.

6.2 Die Entscheidungen der Vorinstanzen stehen mit diesen Grundsätzen im Einklang. Der Revision der Bekl war daher der Erfolg zu versagen. [...]

Anmerkung

Dem OGH ist vom Ergebnis her zuzustimmen. Die folgenden Ausführungen werden daher in der gebotenen Kürze lediglich drei Aspekte der Begründung der E näher beleuchten. Es sind dies die zwingende Wirkung des § 40 AngG, die Frage von Bezugs- oder Ausfallsprinzip sowie die methodische Argumentation des OGH.

1. Einseitig zwingende Wirkung des § 40 AngG

Aufgrund des Vorbringens der bekl GKK hatte der OGH zunächst auf die Kollektivvertragsdispositivität des § 40 AngG näher einzugehen. § 40 AngG bestimmt, dass die Rechte, die dem Angestellten auf Grund der Bestimmungen der §§ 6 Abs 3, 8, 20 etc AngG zustehen, „durch den Dienstvertrag“ weder aufgehoben noch beschränkt werden können. Aus dem Wortlaut allein ist deshalb nicht ableitbar, ob von den Regelungen des AngG auch durch KollIV oder BV zum Nachteil der AN abgewichen werden darf. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass das AngG aus dem Jahr 1921 stammt, dh einer Zeit, in welcher kollektive Rechtsgestaltungsmittel gerade erst Eingang in verschiedene Gesetze gefunden hatten. Überdies wurde der KollIV damals zusammengefasst als Bestandteil des Arbeitsvertrages aufgefasst (vgl § 14 Abs 2 EAG 1919; siehe auch schon OGH 26.9.1923, Arb 3163 = Judikat 10), was eine eigenständige Erwähnung im AngG wohl überflüssig erscheinen ließ. Unter Bedachtnahme auf die historische Rechtslage sowie das Ziel von § 40 AngG ist der Begriff „Dienstvertrag“ daher weit auszulegen, sodass darunter auch „kollektive Dienstverträge“ bzw Gesamtvereinbarungen wie der KollIV und die BV fallen. Dieses umfassende Verständnis entspricht der seit langem herrschenden Auffassung (grundlegend dazu bereits – wenn auch vom OGH in der aktuellen E kurioserweise völlig übersehen – *Martinek/Schwarz*, Angestelltengesetz [1965] § 40 Erl 1; auf diese Autoren Bezug nehmend sowie im Übrigen ebenfalls zum Verhältnis zwischen der zwingenden Wirkung des § 8 AngG und den Regelungen der DO.A schon OGH 4 Ob 64/70 ZAS 1971/8 [*Tomandl*]; weiters OGH 2 Ob 102/69 Arb 8662; *Grillberger*, Kollektivvertragsdispositives Recht, DRdA 1972, 41; ebenso zum – bis zur Novelle BGBl I 2000/44 – vergleichbaren Wortlaut des § 1164 ABGB *Adler/Höller* in *Klang*, ABGB V² [1954] 365; differenzierend jedoch *Tomandl*, Ist das Angestelltengesetz kollektivvertragsdispositiv? in FS Hämmerle [1972] 411).

Bei den in § 40 AngG angeführten Bestimmungen handelt es sich demnach um einseitig zwingende Regelungen; Abweichungen zum Nachteil der AN können sich nur ausnahmsweise aus den verwiesenen Bestimmungen des AngG selbst ergeben. So lässt

etwa § 20 Abs 3 AngG eine Erhöhung der in Abs 2 leg cit mit den vier Quartalsenden beschränkten Kündigungstermine auf bis zu 24 Kündigungstermine pro Jahr zu. § 8 AngG zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bzw zu den sonstigen wichtigen, in der Person des AN gelegenen Dienstverhinderungsgründen enthält derartige Ermächtigungen allerdings nicht; er ist als Ganzes einseitig zu Gunsten des/der Angestellten zwingendes Recht. Bei der Berechnung des fortgezählten Entgelts ist ein pauschalierender Teiler von 360 aber ungünstiger für den/die AN als die gesetzliche Regelung, da er zu einer niedrigeren Durchschnittsentgelthöhe führt als jene Berechnungsmethode, wonach die bloß „weitergezählten“ Tage herausgerechnet werden und den Teiler verkleinern.

Anderes gilt jedoch bezüglich der beiden sonstigen Bereiche der Entgeltfortzahlung für arbeitsfreie Zeiten – Feiertagsentgelt und Urlaubsgeld –, die ebenfalls Gegenstand dieser E sind: Das jeweilige Sondergesetz selbst ordnet für seine Regelungen grundsätzlich einseitig zwingende Wirkung an (vgl § 12 UrlG). Es erlaubt allerdings gleichzeitig im KollIV – im vorliegenden Fall in der DO.A und der DO.B – eine davon abweichende Regelung über die Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Entgelts (vgl § 9 Abs 4 ARG, § 6 Abs 5 UrlG). Dies schließt auch Abweichungen zum Nachteil der AN ein. Anderen Rechtsgestaltungsmitteln als dem ausdrücklich genannten KollIV ist eine Abweichung zuungunsten der AN hingegen versagt. Sowohl die gesetzlichen Regelungen zur Berechnungsart des Urlaubsgeldes als auch jene des Feiertagsentgelts sind daher grundsätzlich kollektivvertragsdispositiv.

Zusammengefasst gilt, dass bei einseitig zwingenden Regelungen der Entgeltfortzahlung gem § 8 AngG eine ungünstigere Regelung in der DO.A bzw der DO.B unzulässig wäre, bei den kollektivvertragsdispositiven Bestimmungen zum Urlaubs- und Feiertagsentgelt käme auch eine für den/die AN nachteilige Berechnungsart in den Dienstordnungen in Frage.

2. Bezugsprinzip – (fiktives) Ausfall(s)prinzip

Bemerkenswert ist an dieser E vor allem die Verschmelzung von Bezugs- und (fiktivem) Ausfallsprinzip. Ersteres bezeichnet im Wesentlichen eine Orientierung der Entgeltfortzahlung am zuletzt erhaltenen Entgelt. Unter zweiterem wird verstanden, dass sich die Entgeltfortzahlung nach jenem Entgelt bemisst, das dem AN gebührt hätte, wenn keine Arbeitsverhinderung eingetreten wäre (Näheres zu den Begriffen siehe *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ [2011] 466 f). Eine Anwendung des Bezugsprinzips in Reinform bedeutet im Ergebnis, dass bei Anfall außergewöhnlich vieler Überstunden im Unternehmen aufgrund guter Auftragslage während einer Krankheit oder bei anderen Dienstverhinderungsgründen des/der AN diese Überstunden nicht in das fortgezählte Entgelt einzubeziehen wären (siehe dazu auch OGH 4 Ob 6/81 DRdA 1983/10 [*G. Klein*]); dies gilt auch für die allenfalls erfolgende kollektivvertragliche Erhöhung des Mindestgehalts in dieser Zeit.

Die Lehre ist bezüglich der Frage, ob zur Berechnung des fortgezählten Entgelts das Bezugs- oder

das Ausfallsprinzip zur Anwendung kommt, gespalten: Der überwiegende Teil geht davon aus, dass der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eines/r Angestellten das Bezugsprinzip zugrunde liegt, wobei dieses im Falle von unregelmäßigen Entgeltbestandteilen mit dem Durchschnittsprinzip zu kombinieren ist (*Drs* in *ZellKomm*² [2011] § 8 AngG Rz 102; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG⁸ § 8 Rz 113 f; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ 467; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht [2012] 187 f). Ebenso soll das Bezugsprinzip für die ArbeiterInnen gem EFZG und sonstige AN-Gruppen gem ABGB in Hinblick auf das nach Wochen, Monaten etc zu bemessende Entgelt zur Anwendung kommen (*Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ 467; weiters *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht [2011] 250). Andere Lehrmeinungen wiederum wollen – trotz des unterschiedlichen Wortlauts der betreffenden Bestimmungen – ohne Differenzierung zwischen den AN-Gruppen (ArbeiterInnen, Angestellte) oder in Hinblick auf den Grund der arbeitsfreien Zeit (Dienstverhinderung, Urlaub, Feiertag) das Ausfallsprinzip anwenden (siehe schon *Spielbühler/Grillberger*, Arbeitsrecht I [1998] 257, 294, 297; weiters *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht⁴ [2011] Rz 445, 484; *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II [2013] 184, 188).

Der OGH prüft in der vorliegenden E nach dem „in § 8 AngG zum Ausdruck kommenden Bezugsprinzip und ebenso de(m) in § 6 Abs 3 UrlG zum Ausdruck kommenden Ausfallsprinzip, ... welcher Entgeltanspruch entstanden wäre, wenn die Arbeitsleistung in dem zu erwartenden Ausmaß erbracht worden wäre“. In seinen zusammenfassenden Ausführungen spricht der OGH dann überhaupt von dem „nach § 8 AngG ... zwingenden Ausfallsprinzip“, davor kombiniert er zur Berechnung regelmäßiger und unregelmäßiger Entgeltbestandteile immer nur das Ausfallsprinzip mit dem Durchschnittsprinzip. Der OGH vermengt damit allerdings die einzelnen Prinzipien miteinander – ohne jegliche Begründung oder Auseinandersetzung mit den (noch dazu unterschiedlichen) Auffassungen in der Lehre und vor allem auch ohne Bedachtnahme auf Rechtsfolgen oder Günstigkeitserwägungen.

Unter Berücksichtigung vergleichbarer Ausführungen der Vorjudikatur (vgl zB OGH 8 ObA 67/02i DRdA 2003/45 [*Kallab*]; darauf hinweisend auch schon *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG [2013] § 8 Rz 16) finden sich in dieser E daher deutliche Ansätze, denen eine Auflösung der bisherigen Abgrenzung zwischen Bezugs- und Ausfallsprinzip zu entnehmen ist: Dies scheint ein vereinheitlichtes Verständnis der verschiedensten Regelungen zur Entgeltfortzahlung zu implizieren. Die gegenständliche E spricht zwar explizit nur AngG, UrlG und ARG an; das vereinheitlichte Verständnis der Bestimmungen ließe sich – aufgrund der vergleichbaren Inhalte – auch auf die Dienstverhinderung nach dem EFZG und damit auf die teilweise noch

immer unterschiedliche Behandlung von ArbeiterInnen und Angestellten übertragen.

Derartige Gleichstellungsambitionen der Rsp trotz des unterschiedlichen Wortlauts der Bestimmungen sind durchaus zu begrüßen; sie müssen mE allerdings viel deutlicher und jedenfalls in Auseinandersetzung mit der gesamten Lehre erfolgen, um für die NormanwenderInnen auch endlich Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu schaffen.

3. Methodischer Ansatz – Geltungserhaltende Auslegung?

Besonderes Interesse verdient die Lösung des OGH auch aus methodischer Sicht: Kernpunkt seiner Auslegung ist der Wortlaut der kollektivvertraglichen Bestimmungen zur Berechnung des fortzuzahlenden Entgelts im Falle von Dienstverhinderung, Urlaub und Feiertag, der – trotz unterschiedlicher Formulierung und Rechtswirkung der gesetzlichen Grundlagen – ident ausgefallen ist. IVm der zwingenden Wirkung des § 8 AngG ergibt sich für den OGH weiters, dass all diese (gleich lautenden) Entgeltfortzahlungsregelungen in der für den/die AN günstigeren Variante auszulegen sind und (zusammengefasst) der kleinere Teiler zur Anwendung kommen muss; dies wird auch für das Feiertags- und Urlaubsgeld angenommen, obwohl diesbezüglich eine ungünstigere kollektivvertragliche Regelung ebenfalls zulässig gewesen wäre. Mit diesem Ergebnis, dass jedenfalls auch vom Wortlaut getragen ist, hat der OGH zudem vermieden, dass die kollektivvertraglich festgelegte Berechnungsmethode für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gegen zwingendes Gesetzesrecht verstößt und gem § 879 ABGB nichtig wäre.

Dem ist soweit durchaus zuzustimmen. Es wird Bedacht darauf genommen, dass der normative Teil des KollV als Gesetz im materiellen Sinne nach §§ 6 f ABGB auszulegen ist und dem Wortlaut dabei besondere Bedeutung zukommt (siehe nur *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG [2002] § 2 Rz 57). Deshalb wäre es freilich naheliegend gewesen, den Regelungen über die Entgeltfortzahlungsfälle aufgrund ihrer wörtlichen Übereinstimmung und ihres Sinnzusammenhangs einen einheitlichen Interpretationsmaßstab anzulegen und ihnen dieselbe Berechnungsart zu unterstellen. Das Ergebnis wäre dann schon mit dem gängigen Interpretationskanon – nämlich mit einer Wortlautinterpretation – zu erzielen gewesen; die Einführung des Begriffs „geltungserhaltende Interpretation“ – eventuell als Vermengung von „verfassungskonformer Interpretation“ und „geltungserhaltender Reduktion“ gedacht – war zur Begründung wohl nicht erforderlich.

NORA MELZER-AZODANLOO (GRAZ)

Monate der Pflichtversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG – keine Beitragsmonate für die Erfüllung einer „Ewigen Anwartschaft“

§§ 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g, 236 ASVG

OGH
12.9.2013
10 ObS 109/13x

OLG Wien
24.4.2013
10 Rs 216/12a

ASG Wien
15.5.2012
24 Cgs 22/11t

Zeiten, die vor dem Inkrafttreten des APG als Ersatzzeiten qualifiziert wurden und seither der Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG unterliegen, sind für die Erfüllung der Wartezeit nach § 236 Abs 4 Z 1 ASVG nicht zu berücksichtigen.

Mit Bescheid vom 2.12.2010 lehnte die Bekl den Antrag der Kl vom 11.10.2010 auf Zuerkennung der Invaliditätspension ab.

Mit der dagegen erhobenen Klage begehrt die Kl, die Bekl zur Leistung einer Invaliditätspension im gesetzlichen Ausmaß ab 1.11.2010 zu verpflichten. [...]

Das *Erstgericht* erkannte der Kl die Invaliditätspension im gesetzlichen Ausmaß für den Zeitraum 1.11.2010 bis 31.5.2011 zu und wies das Mehrbegehren auf Gewährung der Invaliditätspension über den 31.5.2011 hinaus ab. [...]

Das *Erstgericht* legte seiner E zusammengefasst folgende Feststellungen zu Grunde:

„Die am 23.4.1955 geborene Kl hat zum Stichtag 1.11.2010 insgesamt 274 Versicherungsmonate erworben, davon 160 Beitragsmonate der Pflichtversicherung aufgrund einer Erwerbstätigkeit, 94 Monate einer Ersatzzeit und 20 Monate der Pflichtversicherung in der Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit b ASVG infolge Bezugs von Arbeitslosengeld oder infolge des Fehlens eines Anspruchs auf Notstandshilfe mangels Notlage gem § 34 Abs 1 AVG. Sie hat den Lehrberuf Damenkleidermacherin erlernt, diesen Beruf aber in den letzten 15 Jahren vor dem Stichtag 1.11.2010 nicht ausgeübt. Im Zeitraum vom 1.11.2010 bis 31.5.2011 war sie arbeitsunfähig; ab dem 1.6.2011 ist sie in der Lage, leichte körperliche Tätigkeiten überwiegend im Sitzen oder Stehen (mit im Einzelnen festgestellten weiteren Einschränkungen) zu verrichten. Mit diesem Leistungskalkül kann sie den Beruf einer Buchbinderhelferin oder einer Tagportierin ausüben.“ [...]

Das *Berufungsgericht* gab der gegen den klagestattgebenden Teil der erstinstanzlichen E gerichteten Berufung der Bekl Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision aufgrund Vorliegens einer Rechtsfrage von einer über den Einzelfall hinausgehenden Bedeutung zulässig sei. [...]

Rechtliche Beurteilung

Dazu ist auszuführen:

1. Sowohl das Entstehen eines Anspruchs als auch dessen Höhe hängt von den Versicherungszeiten ab. Vor dem Inkrafttreten des Allgemeinen Pensionsgesetzes (APG) am 1.1.2005 wurden unter dem Oberbegriff „Versicherungszeiten“ sowohl Beitragszeiten verstanden (§§ 225, 226, 251 Abs 4 ASVG) als auch Ersatzzeiten, in denen keine Erwerbstätigkeit vorlag (§ 224 ASVG; *Tomandl*, Grundriss des Österreichischen Sozialrechts⁶ Rz 131). Bei Ersatzzeiten handelt es sich um Zeiten, die, ohne dass für sie ein Beitrag entrichtet

wurde, als leistungswirksam berücksichtigt werden. Es sind in der Regel Zeiten, während derer der Versicherte aus verschiedenen vom Gesetzgeber als berücksichtigungswürdig anerkannten Gründen nicht in der Lage war, Beiträge zu entrichten (RIS-Justiz RS0084574).

2.1. Durch das Pensionsharmonisierungsgesetz (BGBl I 2004/142) wurde das APG erlassen und ua das ASVG novelliert. Das APG, mit dem das Pensionskonto eingeführt wurde, enthält in Hinsicht auf die Versicherungszeiten eine wesentliche Änderung. Da es in einem Pensionskonto keine Ersatzzeiten gibt, werden die bisher als solche anerkannten Zeiten bei der Berechnung der Pension künftig wie Beitragszeiten mit einer Beitragsgrundlage behandelt. Entsprechend dem Grundsatz der Beitragswahrheit müssen für sie Beiträge entrichtet werden. Diese Beiträge sind aber nicht von der versicherten Person, sondern vom Bund, vom Arbeitsmarktservice (AMS) oder von einem öffentlichen Fonds zu leisten (§ 3 Abs 1 Z 2 APG; 653 BgNR 22. GP 16). Ein Vorteil des neuen Systems besteht darin, dass die Finanzierungslast nicht mehr – wie bei den Ersatzzeiten – auf eine künftige Generation übertragen wird (*Pinggera/Pöltner/Stefanits*, Das neue Pensionsrecht, Rz 128, 132).

2.2. Die früheren Ersatzzeiten wurden ab 1.1.2005 durch entsprechende Teilpflichtversicherungen in der PV abgelöst (§ 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG; 10 ObS 145/10m, SSV-NF 24/72). Die Zeiten, die zu einer Teilversicherung gem § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG führen, sind als Zeiten der Pflichtversicherung gem § 225 ASVG Beitragszeiten (10 ObS 139/09b; *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen⁶ 120). Personen, die – wie die Kl – nach dem 1.1.1955 geboren sind, können nach der seit 1.1.2005 geltenden Rechtslage demnach keine Ersatzzeiten mehr erwerben (10 ObS 162/09k, SSV-NF 23/77; *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen⁶ 120).

2.3. Auf Personen, die vor dem 1.1.1955 geboren sind, sind die Regelungen über die Ersatzzeit (§§ 227 und 227a ASVG in der jeweils geltenden Fassung) aber nach wie vor anzuwenden (§ 617 Abs 3 ASVG).

2.4. Seit der Pensionsreform 2003 werden aus systematischen Gründen 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 (10 ObS 162/09k, SSV-NF 23/77). Es ist eine „neue Dreiteilung“ der Versicherungszeiten bzw Beitragszeiten vorzunehmen (*Pinggera/Pöltner/Stefanits*, Das neue Pensionsrecht, Rz 128). *Heckenast* geht von der Schaffung einer den Ersatzzeiten gleichwertigen neuen Kategorie von Versicherungszeiten aus (*Heckenast*, Über die Entstehung einer neuen Kategorie von Versicherungsmonaten, SozSi 2010, 286 [288]).

3.1. § 232 Abs 1 ASVG, der die Zuordnung zur Art des Versicherungsmonats bei Vorliegen verschie-

dener Versicherungszeiten innerhalb eines Monats regelt, unterscheidet Beitragszeiten der Pflichtversicherung aufgrund einer Erwerbstätigkeit und Monate einer Pflichtversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG. Nach der Rsp folgt aus § 232 Abs 1 ASVG, 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 behandelt, auch wenn sie gem § 225 Abs 1 Z 1 ASVG Beitragszeiten sind (RIS-Justiz RS0125347; *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen⁶ 120). Es wurde auch schon ausgesprochen, dass Zeiten, die vor dem 1.1.2005 Ersatzzeiten waren, durch die Umstellung des Pensionsrechts mit dem APG zu „besonderen“ Beitragszeiten mutiert seien, die nicht mit einer aktuellen Erwerbstätigkeit zusammenhängen (10 ObS 145/10m, SSV-NF 24/72; kritisch *Heckenast*, Über die Entstehung einer neuen Kategorie von Versicherungsmonaten, SozSi 2010, 286 [289]; ZAS 2011/182 [185]).

3.2. In den jeweils den Berufsschutz nach § 255 Abs 2 ASVG (idF vor dem BudgetbegleitG 2011) betreffenden Entscheidungen 10 ObS 139/09b und 10 ObS 162/09k wurde aus § 232 Abs 1 ASVG sowie aus dem Umstand, dass in diesen Zeiten ebenso wie in den Ersatzzeiten, die sie ablösten, eine „Berufstätigkeit“ nicht ausgeübt wurde, abgeleitet, dass unter „Beitragsmonaten“ iSd § 255 Abs 2 ASVG (idF vor dem BudgetbegleitG 2011) nicht Zeiten nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG zu verstehen sind. Würde dies anders gesehen werden, bestünde ein sachlich nicht rechtfertigbarer Unterschied zu jenen (vor dem 1.1.1955 geborenen) Versicherten, für die weiterhin die Ersatzzeitenregelung des § 227 ASVG Anwendung finde (RIS-Justiz RS0125347; idS auch *Heckenast*, aaO in SozSi 2010, 290).

3.3. Die E 10 ObS 145/10m, SSV-NF 24/72 erging zu § 255 Abs 7 ASVG. Nach dieser Regelung gilt als invalid auch der Versicherte, der schon bei Eintritt in das Erwerbsleben außer Stande war, einem regelmäßigen Erwerb nachzugehen, aber trotz seiner Beeinträchtigung mindestens 120 „Beitragsmonate der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz“ erworben hat. Unter Hinweis auf den Gesetzeszweck (der Bevorzugung von Personen, die trotz ihrer Beeinträchtigung am Erwerbsleben teilgenommen haben) wurde ausgeführt, dass bei Ermittlung der für einen Anspruch nach § 255 Abs 7 ASVG erforderlichen Beitragsmonate 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, nicht zu berücksichtigen sind (RIS-Justiz RS0126271). Historisch betrachtet könne die Bezugnahme auf das ASVG nicht Zeiten betreffen, die im Jahr 2004 Ersatzzeiten waren und erst durch die Umstellung des Pensionsrechts mit dem APG zu „besonderen“ Beitragszeiten mutiert seien, die nicht mit einer aktuellen Erwerbstätigkeit zusammenhängen.

4. Für den vorliegenden Fall ergibt sich:

4.1. § 236 Abs 4 ASVG, der auch nach dem Inkrafttreten des APG weiterhin maßgeblich ist (RIS-Justiz RS0125346), regelt die Wartezeit bei Vorliegen einer bestimmten Anzahl von Versicherungsmonaten

unabhängig von deren zeitlichen Lagerung (sogenannte „ewige Anwartschaft“). Gem § 236 Abs 4 Z 1 ASVG ist die „ewige Anwartschaft“ erfüllt, wenn bis zum Stichtag

- mindestens 180 Beitragsmonate, ausgenommen Zeiten einer Selbstversicherung gem § 16a, soweit sie zwölf Versicherungsmonate überschreiten, oder
- ... erworben worden sind.

4.2. Die Wartezeit als sekundäre Leistungsvoraussetzung soll sicherstellen, dass nur solche Leistungsbezieher in den Genuss von Leistungen kommen, die der Versichertengemeinschaft bereits eine bestimmte Zeit angehören und durch ihre Beiträge zur Finanzierung der Leistungsverpflichtungen dieser Gemeinschaft beigetragen haben (RIS-Justiz RS0106536; RS0084485). Dagegen bestehen auch keine verfassungsmäßigen Bedenken (RIS-Justiz RS0056550).

4.3. Dem Rechtsstandpunkt der Revisionswerberin, aus dem in § 236 Abs 4 Z 1 lit a ASVG verwendeten Begriff „Beitragsmonat“ ergebe sich, dass darunter sämtliche Versicherungszeiten zu verstehen seien, in welchen der Versichertengemeinschaft Beiträge (nach dem 1.1.2005 auch durch den Bund, das AMS oder einen öffentlichen Fonds) geleistet wurden, ist nicht zu folgen. Wie bereits das Berufungsgesicht erkannt hat, findet dies seine Begründung vor allem darin, dass andernfalls eine sachlich nicht rechtfertigbare Differenzierung zu den vor dem 1.1.1955 geborenen Versicherten bestünde, für die weiterhin gem § 617 Abs 3 ASVG die Ersatzzeitenregelung der §§ 227, 227a ASVG Anwendung findet und die daher auch nach dem 1.1.2005 nur Ersatzmonate, aber keine Beitragsmonate iSd § 236 ASVG erwerben können (siehe auch *Heckenast*, ZAS 2011, 182 [186, FN 11]). Diese Versicherten wären allein aufgrund ihres Geburtsdatums vor dem 1.1.1955 gegenüber den nach diesem Datum geborenen Versicherten erheblich benachteiligt. Eine derartige, sachlich nicht begründbare Ungleichbehandlung aufgrund des Alters kann dem Gesetzgeber aber nicht zugesonnen werden. Vielmehr muss die Absicht des Gesetzgebers gefolgt werden, dass Zeiten der neuen Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG in der PV leistungrechtlich nicht die Wirkung von Beitragsmonaten iSd § 236 Abs 4 Z 1 ASVG haben sollen. Zeiten, die vor dem Inkrafttreten des APG als Ersatzzeiten qualifiziert wurden und seither der Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit a bis g ASVG unterliegen, sind demnach für die Erfüllung der Wartezeit nach § 236 Abs 4 Z 1 ASVG nicht zu berücksichtigen.

5. Die von der KI erworbenen 20 Monate der Pflichtversicherung in der Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z 2 lit b ASVG infolge des Bezugs von Arbeitslosengeld und Krankengeld bzw infolge des Fehlens eines Anspruchs auf Notstandshilfe mangels Notlage gem § 34 Abs 1 AIVG können demnach für die Erfüllung der Wartezeit nach § 236 Abs 4 Z 1 lit a ASVG nicht herangezogen werden; die Wartezeit ist nicht erfüllt.

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

Anmerkung

1. Einleitung

Ohne der Anmerkung ihre Spannung nehmen zu wollen, ist gleich einleitend festzuhalten, dass

der – angesichts der in vergleichbaren Fällen bereits vorhandenen Vorjudikatur wenig überraschenden – E des OGH – jedenfalls im Ergebnis – vollinhaltlich zuzustimmen ist. Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, ist in der Begründung des OGH eine feine Differenzierung vorzunehmen, um dogmatisch noch klarer zu argumentieren. Allerdings mutet die Kritik an der Begründung beinahe so an, als würde man eine – kleine – Mangelhaftigkeit in der Argumentation wie die berühmte „Nadel im Heuhaufen“ suchen und pedantisch auf dem bekannten „i-Tüpfelchen“ reiten, um an der E doch tatsächlich auch etwas „anmerken“ zu können.

2. Versicherungszeiten

2.1. Allgemeines

Wie vom OGH ausgeführt, hat das PensionsharmonisierungsgG BGBl I 2004/142 im Bereich der Qualifikation von „Pensionszeiten“ eine nachhaltige Änderung bewirkt. Durch die Einführung des Pensionskontos ab 1.1.2005 für *ab 1.1.1955 geborene Versicherte* (so wie die KI) wurde für diese Versicherungengruppe ein Abgehen vom System der Spaltung von Versicherungszeiten in Beitragszeiten und Ersatzzeiten erforderlich. Das Pensionskonto kennt „Ersatzzeiten“ in diesem Sinne nicht mehr und daher musste auch im Bereich des ASVG entsprechend reagiert werden (*Resch*, DRdA 2011, 541 [542] spricht in seiner Anm zu OGH 19.10.2010, 10 ObS 145/10m allerdings von „fehlender Kompatibilität der mit dem PensionsharmonisierungsgG erfolgten Änderungen des ASVG im Verhältnis zum „Altbestand“ des ASVG“); Anstelle der „Ersatzzeiten“ wurde für die betroffenen jüngeren Versicherten eine Kategorie von Pensionszeiten mit einer besonderen, bis dahin nicht bekannten, Qualität eingeführt, nämlich sogenannte Beitragszeiten aufgrund einer Teilpflichtversicherung. Für die Gruppe der „älteren“ Versicherten gelten hingegen auch die „alten“ Bestimmungen weiter (vgl § 617 Abs 3 ASVG; zur Interpretation der Norm vgl *Heckenast*, Über die Entstehung einer neuen Kategorie von Versicherungsnormen, *SozSi* 2010, 286 [287]).

Wie den Materialien (ErläutRV 653 BlgNR 22. GP 7, 17 f) zu entnehmen ist – und wie sich dies auch aus dem System der Regelung von Zeiten im Bereich des Pensionsversicherungsrechts grundsätzlich logisch ergibt – lösen diese Zeiten einer Teilpflichtversicherung die bisherigen Ersatzzeiten ab und folgen nach § 232 ASVG und – optisch noch deutlicher zu erkennen – § 3 APG in der Rangordnung den Zeiten einer Pflichtversicherung aufgrund einer Erwerbstätigkeit.

Bereits aus diesen Überlegungen ergibt sich klar, dass der Gesetzgeber des PensionsharmonisierungsgG keine Vereinheitlichung aller „Pensionszeiten“ erreichen wollte. Aufgrund der Erfassung auf dem Pensionskonto sind nunmehr für alle Zeiten Beiträge zu entrichten (die Beiträge werden also nunmehr von jener Generation von Erwerbstätigen getragen, der der Versicherte angehört und nicht mehr auf nachfolgende Generationen übergewälzt; vgl *Teschner/Pöltner*, APG § 3 Anm 4) und damit alle Zeiten als Beitragszeiten zu qualifizieren, jedoch mit drei Untergruppen, je nach-

dem, ob der Versicherte aufgrund einer Erwerbstätigkeit selbst Beiträge entrichtet, die Last der Beitragszahlung den Bund bzw einen öffentlichen Fonds trifft oder der Versicherte eine freiwillige Versicherung beantragt hat (vgl *Teschner/Pöltner*, APG § 3 Anm 1). Es erfolgt also eine klare Trennung der unterschiedlichen Kategorien von Beitragszeiten. *Teschner/Widlar* führen aus, dass durch die Bezeichnung der ehemaligen Beitragsmonate einer Pflichtversicherung als Beitragszeiten aufgrund einer Erwerbstätigkeit die Abgrenzung zu Beitragszeiten aufgrund einer Teilpflichtversicherung verdeutlicht werden sollte (vgl *Teschner/Pöltner*, APG § 3 Anm 3).

Die Berücksichtigung der 20 Monate einer Beitragszeit aufgrund Teilpflichtversicherung ist daher im Rahmen des § 236 Abs 1 Z 2 ASVG schon wegen der Systematik der Pensionszeiten nicht möglich. Es sollte durch die Qualifikation als Beitragszeit keine Gleichsetzung mit der Diktion des „Altrechts“ (dem Beitragsmonat) erfolgen. Einer Bezeichnung als „besondere Beitragszeiten“ bedarf es hier nicht. Im Gegenteil – mit einer solchen, nicht im Gesetz vorhandenen Bezeichnung einer Pensionszeit stiftet man zusätzlich Verwirrung.

Allein diese Begründung mit der Systematik der Zeiten hätte eigentlich genügt, um den Anspruch der KI mangels Erfüllung der Wartezeit abzuweisen. Der OGH ist aber tiefer in die Materie eingetaucht und hat sich zudem mit der Bestimmung des § 236 Abs 4 ASVG noch konkreter auseinandergesetzt.

2.2. Wartezeit

Um Anspruch auf eine Leistung aus einem Versicherungsfall der PV zu haben, müssen die Versicherten eine Wartezeit erfüllen, die – je nachdem um welche Pensionsart es sich handelt – unterschiedlich lange ist (vgl § 236 ASVG). Ein Versicherter, der einen Arbeitsunfall hatte oder an einer Berufskrankheit leidet, muss nach § 235 Abs 3 lit a ASVG für den Anspruch auf Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit ausnahmsweise keine Wartezeit erfüllen. Dies gilt in diesen Fällen auch für eine Leistung aus dem Versicherungsfall des Todes.

Durch diese Wartezeitbestimmungen wird sichergestellt, dass nur Versicherte Anspruch auf eine Leistung haben, die zur Risikogemeinschaft der Versicherten in einem gewissen Naheverhältnis stehen (vgl nur RIS-Justiz RS0084845).

2.3. „Ewige Anwartschaft“

Im Bereich der Versicherungsfälle des Alters wurde mit BGBl I 1984/484 eine besondere „ewige Anwartschaft“ eingeführt: Versicherte, die 180 Beitragsmonate nachweisen können, erfüllen nach § 236 Abs 4 Z 1 lit a ASVG die Wartezeit jedenfalls. Mit dieser Bestimmung schuf der Gesetzgeber die Möglichkeit, dass jene Versicherten, die 15 Jahre lang gearbeitet haben, unabhängig von der Lage der Erwerbstätigkeit, bei Erreichen des Regelpensionsalters eine Alterspension in Anspruch nehmen können. Im Gegensatz dazu stellt die Wartezeitbestimmung des § 236 Abs 1 Z 2 lit a ASVG lediglich auf den Nachweis von „180 Monaten“ ab, die

allerdings in einem Rahmenzeitraum von 360 Kalendermonaten vor dem Stichtag liegen müssen. Aus dieser unmittelbaren Gegenüberstellung wird klar ersichtlich, welchen Zweck der Gesetzgeber mit Einführung dieser „ewigen Anwartschaft“ verfolgt hat (in den Materialien zur 40. Novelle ErläutRV 327 BlgNR 16. GP findet sich diesbezüglich leider nichts Näheres): Jene Versicherte, die Beitragsmonate aufgrund einer Erwerbstätigkeit iSd laut „Altrecht“ vorzunehmenden Splittung der Versicherungsmonate in Beitrags- und Ersatzmonate in einem bestimmten Ausmaß erworben haben, müssen nicht fürchten, dieser verlustig zu gehen, nur weil sie unmittelbar vor dem Stichtag längere Zeit keine Versicherungsmonate mehr erworben haben.

Diese „ewige Anwartschaft“ stellt also eine Begünstigung jener Versicherten dar, die für eine gewisse Zeit – nämlich über 180 Monate – aktiv Beiträge in das System einbezahlt haben.

Dem eben erläuterten Gesetzeszweck wird die Argumentation der KI nicht gerecht. Wie der OGH völlig schlüssig ausführt, sind die neuen Beitragszeiten nicht solche, die den „traditionellen“ Beitragsmonaten aufgrund Erwerbstätigkeit gleichzusetzen sind (zur Abgrenzung vgl etwa *Heckenast*, Über die Entstehung einer neuen Kategorie von Versicherungsnormen, SozSi 2010, 286 [289 f]) und können auch aus dem Blickwinkel des Normzweckes, der hinter der „ewigen Anwartschaft“ steht, nicht zu den 180 Beitragsmonaten gezählt werden.

3. Vergleichbare Fallkonstellationen

3.1. Besondere Wartezeit bei Pensionen wegen geminderter Arbeitsfähigkeit für Versicherte mit eingebrachter Krankheit (§ 255 Abs 7 ASVG)

Ähnlich wie die Erfüllung einer „ewigen Anwartschaft“ eine besondere Qualität von Versicherungsmonaten in einem bestimmten Ausmaß voraussetzt, müssen für die Inanspruchnahme einer Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit nach § 255 Abs 7 ASVG mindestens 120 Beitragsmonate der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz nachgewiesen werden. Der Versicherte muss also auch hier eine besondere Wartezeit erfüllen, um in den „Genuss“ (die Diktion erfolgt im Bewusstsein, dass die Wortwahl im gegenständlichen Zusammenhang unpassend erscheinen mag) einer besonderen Leistung zu gelangen. Bei Erfüllung der „ewigen Anwartschaft“ wird ausnahmsweise nicht auf das Vorliegen der Monate innerhalb eines gewissen Zeitraums abgestellt, da der Versicherte über einen entsprechend langen Zeitraum Beiträge ins System einbezahlt hat. Vergleichbar mit dieser Situation sieht § 255 Abs 7 ASVG dann eine Ausnahme vom Grundsatz vor, dass ein Anspruch auf Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit nur dann besteht, wenn der Versicherte ursprünglich nicht gemindert arbeitsfähig war. Wenn der ursprünglich bereits gemindert arbeitsfähige Versicherte über einen sehr langen Zeitraum Beiträge ins

System der PV einbezahlt und dadurch eine gewisse Sonderstellung erlangt hat, hat er bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen dennoch einen Anspruch.

Der OGH verweist in seiner Begründung im gegenständlichen Fall – erneut völlig schlüssig – auf seine Rsp, dass die neuen Beitragszeiten einer Teilversicherung bei Ermittlung der Erfüllung der besonderen Wartezeit nach § 255 Abs 7 ASVG nicht zu berücksichtigen sind (vgl RIS-Justiz RS0126271). Insoweit ist dem OGH gänzlich zu folgen.

3.2. Erwerb von Berufsschutz (§ 255 Abs 2 ASVG)

Etwas anders stellt sich mE die Rechtslage im Zusammenhang mit der Frage dar, ob ein Versicherter Berufsschutz erworben hat. Hier ist nicht allein eine besondere Wartezeit zu beurteilen, in der eine gewisse Anzahl einer bestimmten Art von Versicherungsmonaten – nämlich Beitragsmonate aufgrund einer Pflichtversicherung – erworben wurden; es ist überdies erforderlich, dass diese Beitragsmonate aufgrund einer Pflichtversicherung in einem erlernten oder angelesenen Beruf nachgewiesen werden können.

Hier setzt auch die einzige Kritik an der gegenständlichen E an, da der Vergleich mit der Vorjudikatur zu § 255 Abs 2 ASVG betreffend der Berücksichtigung von Beitragszeiten aufgrund einer Teilpflichtversicherung (vgl etwa RIS-Justiz RS0125347; erst kürzlich OGH 19.11.2013, 10 ObS 143/13d) nur bedingt geeignet ist, die Begründung der gegenständlichen E zu stützen. Sinn des § 255 Abs 2 ASVG ist, dass die Versicherten nur durch die tatsächliche Ausübung des erlernten oder angelesenen Berufes Berufsschutz erwerben oder erhalten können. Hier ist noch naheliegender, dass eine Zeit, in der die Versicherten den Beruf nicht ausüben, nicht zu berücksichtigen ist. Es kommt eigentlich weniger auf die Entrichtung von Beiträgen ins System der PV an – dies ist in diesen Fällen ein „Nebeneffekt“, der sich zwingend ergibt –, sondern es ist einzig entscheidend, dass die Versicherten qualifiziert tätig waren.

Diese Beurteilung bedeutet aber mE nicht automatisch, dass auch im Fall einer Wartezeitbestimmung – wie jener des § 236 Abs 4 ASVG – nur Zeiten, wo die Versicherten aufgrund einer Erwerbstätigkeit Beiträge geleistet haben, berücksichtigt werden können. In solchen Fällen ist eben wie unter 2. ausgeführt, der Gesetzeszweck dieser Wartezeitbestimmungen einschlägig und nicht auf die Sonderfrage der Beurteilung von Zeiten im Rahmen des Berufsschutzes zurückzugreifen.

4. Resümee

Wie bereits einleitend ausgeführt, ist die E des OGH sowohl vor dem Lichte des Gesetzeszweckes der Wartezeitbestimmungen, als auch aus dem Blickpunkt der Systematik der „Pensionszeiten“ im ASVG und APG und damit der bisher dazu ergangenen Rsp völlig konsequent und schlüssig.

BARBARA FÖDERMAYR (LINZ)

Anfechtung einer Übertragungsvereinbarung nach § 47 Abs 3 BMSVG

§ 870 ABGB;
§ 47 Abs 3
BMSVG

OGH
27.9.2013
9 ObA 83/13s

OLG Linz
17.4.2013
12 Ra 27/13x

LG Ried im Inn-
kreis
2.10.2012
19 Cga 76/12w

Eine Übertragungsvereinbarung nach § 47 Abs 3 BMSVG kann wegen List angefochten werden, wenn über eine bereits im Vertragsabschlusszeitpunkt vorliegende Kündigungsabsicht getäuscht wird.

I. Die ordentliche Revision wurde vom Berufungsgericht mit der Begründung zugelassen, dass eine Rsp zur Frage fehle, ob die Übertragung von Abfertigungsanwartschaften in eine betriebliche Pensionskasse wegen Irrtum oder Arglist anfechtbar ist, wenn eine Vertragspartei die andere über die bestehende Absicht täuscht, das Arbeitsverhältnis zu kündigen.

Die Bekl hat in ihrer Revisionsbeantwortung darauf hingewiesen, dass die Revision diese Frage gar nicht weiter releviere und eine erhebliche Rechtsfrage nicht aufgezeigt werde und daher die Zurückweisung der Revision mangels Darstellung einer erheblichen Rechtsfrage beantragt werde.

II. Der OGH [...] hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass es darauf ankommt, ob von der Revision tatsächlich eine erhebliche Rechtsfrage releviert wird (RIS-Justiz RS0102059 mwN). Dies ist hier nicht der Fall.

Die Zurückweisung der ordentlichen Revision kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 letzter Satz ZPO).

III.1. Zum besseren Verständnis werden Auszüge aus den wesentlichen Sachverhaltsfeststellungen vorangestellt.

Der vorweg bei einer Vorgängergesellschaft der Bekl selbst als Geschäftsführer beschäftigte und auch beteiligte Kl sprach bereits im Zuge der Verschmelzung und im Dezember 2011 den Geschäftsführer der Bekl hinsichtlich des Systems der Abfertigung „neu“ an und dass man einmal darüber reden müsse. Konkret begehrte der Kl am 10.1.2012 vom Geschäftsführer den Wechsel in das Abfertigungssystem neu und wollte eine Leistung der Bekl von 25.000 €. Der Geschäftsführer erklärte sich bereit, 20.000 € in die Mitarbeitervorsorgekasse einzuzahlen, womit sich der Kl zufrieden gab. Der Geschäftsführer sagte zum Kl: „Davonrennen darfst du mir aber nicht gleich“ worauf der Kl erwiderte: „Nein das ist eh klar“. Die Übertragungsvereinbarung wurde noch am selben Tag unterfertigt. Der Kl hatte zu diesem Zeitpunkt bereits vor, das Dienstverhältnis zur Bekl durch Kündigung aufzulösen, während der Geschäftsführer der Bekl davon ausging, dass das Dienstverhältnis noch längere Zeit fortgesetzt werde. Der Kl wusste, dass sich der Geschäftsführer aufgrund seiner vorausgegangenen Zusicherung in einem Irrtum über den längerfristigen Fortbestand des Dienstverhältnisses befand und deshalb dem Vertragsabschluss zustimmte. Nachdem der Geschäftsführer ab dem 14.1.2012 eine Woche auf Urlaub gewesen war, kündigte der Kl gleich am ersten Arbeitstag des Geschäftsführers danach das Dienst-

verhältnis auf. Irgendwelche Auseinandersetzungen zwischen den Streitparteien, die dafür maßgeblich gewesen wären, waren nicht feststellbar. Jedoch wurde klar festgestellt, dass der Geschäftsführer dann, wenn er gewusst hätte, dass der Kl das Dienstverhältnis bereits wenige Tage nach Abschluss der Übertragungsvereinbarung aufkündigt, diese Vereinbarung nicht geschlossen hätte.

III.2. Der Kl begehrt nun im Wesentlichen die Zahlung entsprechend der Übertragungsvereinbarung bzw die Feststellung der dahingehenden Verpflichtung.

III.3. Die Bekl beantragte die Abweisung und wendete zusammengefasst ein, dass die Vereinbarung auf Initiative des Kl geschlossen worden sei und dieser zugrunde gelegen sei, dass der Kl wider besseren Wissens zugesichert habe, noch längere Zeit nicht kündigen zu wollen, obwohl er bereits die Kündigung beabsichtigt habe. Die Vereinbarung werde wegen arglistiger Täuschung gem § 870 ABGB angefochten, weil der Kl die Bekl arglistig in Irrtum geführt habe.

III.4. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es erachtete als erwiesen, dass der Kl bereits bei Abschluss der Übertragungsvereinbarung vorhatte, das Dienstverhältnis durch Kündigung aufzulösen und die Bekl darüber arglistig in die Irre geführt habe. Ohne diesen Irrtum hätte die Bekl die Vereinbarung nicht abgeschlossen. Der Kl habe auch vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt. Mit der erfolgreichen Anfechtung des Rechtsgeschäfts falle die Rechtsgrundlage für die Zahlung des Übertragungsbetrags an die Mitarbeitervorsorgekasse weg.

III.5. Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung des Kl nicht Folge. Es komme entgegen der Ansicht des Kl nicht darauf an, ob eine allfällige Vereinbarung, nach der das Selbstkündigungsrecht des AN zum Verlust des Übertragungsbeitrags führt, wegen Erschwerung des Kündigungsrechts unzulässig wäre, sondern auf das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen nach § 870 ABGB. Es gehe also nicht um die Kündigung an sich, sondern vielmehr um die Täuschung des Geschäftsführers darüber, dass der Kl bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung die Kündigung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigt habe. Die Anfechtung einer Übertragungsvereinbarung ua wegen List sei allgemein anerkannt. Grundsätzlich sei auch ein Verzicht des AN auf sein Kündigungsrecht zulässig. Eine solche Vereinbarung hätte auch eine entsprechende Beschränkung der Bekl bewirkt. Der Kl habe mit seinen Ausführungen die Bekl getäuscht und die Voraussetzungen für die Anfechtung wegen Arglist erfüllt. Ein allgemeiner Anspruch auf Übertragung bestehe nicht.

IV.1. Die Revision stellt die allgemeine Möglichkeit der Anfechtung einer solchen Vereinbarung wegen List nicht in Frage (vgl dazu etwa *Mayr/Resch*, Abfertigung neu, BMSVG² § 47 Rz 35; *Gruber*, Abfertigung neu 85 f; *Eypeltauer*, Abfertigung neu: Zwei ausgewählte Rechtsfragen, RdW 2003, 26).

IV.2. Konkret macht der Kl nur geltend, dass seine Äußerungen zur mangelnden Kündigungsabsicht erst

nach der Vereinbarung gefallen seien. Dabei übergeht der KI allerdings, dass die Vereinbarung nach § 47 BMSVG der Schriftform bedarf und seine Äußerungen eindeutig vor der schriftlichen Unterfertigung gefallen sind (vgl zum Schriftformerfordernis *Mayr/Resch*, aaO Rz 2 f).

IV.3. Die weiters relevierte Frage zur Auslegung der Äußerungen des KI und seines Verhaltens beziehen sich allein auf den Einzelfall und vermögen keine erheblichen Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO darzustellen (RIS-Justiz RS0044088 uva).

IV.4. Soweit sich der KI auf einen Charakter des Übertragungsgeschäfts als „Glücksgeschäft“ bezieht, so setzt er sich offensichtlich mit dem Inhalt des Rechtsgeschäfts auseinander, aber nicht mit der Frage inwieweit dessen Abschluss wegen eines vom KI listig herbeigeführten Willensmangels der Bekl anfechtbar ist.

IV.5. Es geht hier auch nicht darum, ob es zulässig gewesen wäre, eine Vereinbarung zu einem Kündigungsverzicht zu treffen, sondern allein um die Darstellung der konkreten Absichten des KI. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach stRsp zwar die Anfechtungsmöglichkeit nach § 871 ABGB wegen Irrtums das Vorliegen eines Geschäftsirrtums voraussetzt und damit auch die Frage, inwieweit ein allfälliger Kündigungsverzicht zulässiger Geschäftsinhalt ist, rechtlich relevant sein könnte, nicht aber bei der Anfechtung wegen Arglist nach § 870 ABGB. Diese ist bereits dann zulässig, wenn der Vertragspartner arglistig über Umstände getäuscht wurde, die für seine Willensbildung maßgeblich waren, mögen diese auch nur Beweggründe oder Eigenschaften umfassen, die nicht Vertragsinhalt sind (vgl etwa *Bollenberger* in *KBB*³ § 871 Rz 9; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 870 Rz 3; *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ § 870 Rz 5 uva; RIS-Justiz RS0014920). Ausgehend davon stellt sich aber auch die vom KI aufgeworfene Frage der Zulässigkeit einer Vereinbarung über einen Kündigungsverzicht nicht. Vielmehr geht es nur darum, dass der KI die Bekl über seine konkreten Absichten im Zeitpunkt der von ihm initiierten Vertragsunterfertigung getäuscht hat. Auch wenn also wesentliche Argumente dafür sprechen, dass es unzulässig wäre, dass der AN einseitig auf sein Kündigungsrecht verzichtet (vgl dazu etwa § 20 Abs 4 AngG), so steht dies doch einer Information des AG über allfällige bestehende konkrete Kündigungsabsichten im Zeitpunkt der Übertragungsvereinbarung nicht entgegen. Genau von dieser sind aber die Vorinstanzen in vertretbarer Weise ausgegangen, ebenso wie davon, dass diese Information unzutreffend war und bewusst den AG über die wahre Absicht des KI täuschte.

IV.6. Wenn der KI letztlich darauf Bezug nimmt, dass ihm bei einem Übertritt in das Abfertigungssystem „neu“ diese auch bei einer gerechtfertigten Entlassung erhalten geblieben wäre, so entfernt er sich von dem konkreten Prozessgegenstand, da es ja darum geht, ob die Vereinbarung über die Übertragung an einem vom KI listig herbeigeführten Willensmangel der Bekl leidet. Wenn dies die Vorinstanzen ausgehend von den konkreten Sachverhaltsannahmen bejaht haben, so liegt darin jedenfalls keine vom OGH aufzugreifende Fehlbeurteilung.

V. Insgesamt war daher die Revision des KI mangels Darstellung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen. [...]

Anmerkung

1. Anfechtung einer Übertragungsvereinbarung nach § 47 Abs 3 BMSVG wegen List gem § 870 ABGB

1.1. Zum entschiedenen Fall

Die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen von List sind gem § 870 ABGB 1. das Vorliegen eines Irrtums (wobei ein Motivirrtum ausreicht), 2. die Kausalität des Irrtums für den Abschluss der Vereinbarung (hätte der/die Irrrende ohne den Irrtum die Vereinbarung in der konkreten Gestalt geschlossen?) und 3. die vorsätzliche Täuschung durch den/die VertragspartnerIn. Diese Voraussetzungen müssen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegeben sein (vgl weiterführend *Pletzer* in *Kletečka/Schauer* [Hrsg], ABGB-ON 1.01 § 870 Rz 1 ff).

Im vorliegenden Fall irrte der AG über die Absicht des AN (in nächster Zeit) nicht zu kündigen (siehe 1.). Der AG hätte ohne den Irrtum die Vereinbarung nicht (in der konkreten Gestalt) geschlossen (siehe 2.). Der KI hat seinen AG bewusst über die Tatsache getäuscht, dass er bereits im (maßgeblichen) Zeitpunkt der Vereinbarung vorhatte, das Arbeitsverhältnis durch Kündigung zu beenden (siehe 3.). Im Ergebnis ist der E des OGH daher zuzustimmen.

Wie wäre der Fall aber zu beurteilen gewesen, wenn die Parteien nicht über mögliche Kündigungsabsichten gesprochen hätten? Die folgenden Überlegungen beziehen sich sowohl auf die Perspektive des/der AG als auch des/der AN, weil natürlich auch Konstellationen denkbar sind, in denen ein/e AG einen Wechsel ins System neu inklusive einer Übertragung (nur eines Teils) der Altabfertigungsanwartschaft initiiert und dann eine Kündigung ausspricht.

1.2. Sonstige Fallkonstellationen

Vor allem dann, wenn ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Abschluss der Vereinbarung und der Kündigung des Arbeitsverhältnisses besteht, wird man davon ausgehen können (sofern keine anderen Umstände hinzukommen), dass die Kündigungsabsicht bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses bestanden hat (*Eypeltauer*, Abfertigung Neu: Zwei ausgewählte Rechtsfragen, RdW 2003, 26 [28]). In diesem Fall hätte aber den/die VertragspartnerIn eine Aufklärungspflicht über die Absicht, das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beenden zu wollen, getroffen. Eine derartige Aufklärungspflicht ergibt sich aus den Grundsätzen des redlichen Verkehrs (*Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 870 Rz 11). *Eypeltauer* leitet die Aufklärungspflicht aus der Fürsorge- bzw Treuepflicht ab (RdW 2003, 28; ihm hinsichtlich der Fürsorgepflicht folgend *Mayr* in *Mayr/Resch*, BMSVG Abfertigung neu² [2009] § 47 Rz 35).

Anders ist aber der Fall zu beurteilen, in dem der/die VertragspartnerIn im für die Beurteilung maßgebli-

chen Abschlusszeitpunkt (*Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 870 Rz 3) noch keine konkrete Kündigungsabsicht hatte. Kommt die Initiative zum Abschluss einer Übertragungsvereinbarung vom/von der AN, kann man zwar davon ausgehen, dass er/sie allgemein an eine Eigenkündigung gedacht hat (vgl auch *Eypeltauer*, RdW 2003, 29), hatte er/sie aber keine konkrete Vorstellung, ob oder wann das Arbeitsverhältnis beendet werden soll bzw wollte er/sie sich nur für den Fall absichern, die Abfertigung alt nicht zu einem späteren Zeitpunkt zu verlieren, so kann man hier den Tatbestand der arglistigen Täuschung iSd § 870 ABGB nicht als erfüllt ansehen. Es mangelt schon am Erfordernis einer Fehlvorstellung des/der Anfechtungsberechtigten im Abschlusszeitpunkt. Zudem liegt keine vorsätzliche Irreführung seitens des/der AN vor. Der/die AG hat in diesem Fall kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass der/die AN nie vorhat, zu kündigen. Er/sie wird das Kündigungsrisiko durch den/die AN ohnehin in seine/ihre Erwägungen, ob er/sie überhaupt eine Übertragungsvereinbarung abschließt und in welcher Höhe die Altabfertigungsanwartschaft übertragen wird, miteinbeziehen (vgl *Grillberger*, Der Übergang zur Abfertigung neu, DRdA 2003, 211 [218]; *K. Mayr in Neumayr/Reissner* [Hrsg], ZellKomm² [2011] § 47 BMSVG Rz 19).

2. Anfechtung einer Übertragungsvereinbarung nach § 47 Abs 3 BMSVG wegen einfachen Irrtums gem § 871 ABGB

Liegt kein listiges Vorgehen eines/einer Vertragspartners/in vor, kommt allenfalls eine Anfechtung einer Übertragungsvereinbarung wegen einfachen Irrtums gem § 871 ABGB in Betracht. Dies aber nur dann, wenn ein beachtlicher Geschäftsirrtum und nicht nur ein bloßer Motivirrtum über den Beweggrund vorliegt (*Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 871 Rz 15 ff). Bei näherer Betrachtung sind hier aber kaum Fallkonstellationen denkbar:

Hat der/die AN (oder der/die AG) im Zeitpunkt des Abschlusses der Übertragungsvereinbarung bereits eine konkrete Kündigungsabsicht, dann ist eine Anfechtung wegen List gem § 870 ABGB möglich (siehe oben 3.2).

Geht der/die AN (oder der/die AG) von einem längeren Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses aus und hat der/die VertragspartnerIn tatsächlich im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung keine konkrete Kündigungsabsicht, so mangelt es auch hier (wie in dem unter 1.2. angesprochenen Fall) bereits an der Tatbestandsvoraussetzung des Irrtums, dh an der Fehlvorstellung des/der Anspruchsberechtigten im Vertragsabschlusszeitpunkt.

3. Kündigungsverzicht – Beschränkung der Kündigungsfreiheit

Der/die AG wird im Falle einer Übertragung einer Altabfertigungsanwartschaft ins System neu Interesse daran haben, dass sein/e AN nicht sofort das Arbeitsverhältnis beendet. Im Folgenden werden weitere Möglichkeiten des/der AG zur Absicherung im Hinblick auf eine AN-Kündigung erörtert.

3.1. Kündigungsverzicht durch den/die AN alleine

Ein wichtiger Grundsatz für die Wirksamkeit eines vom/von der AN abgegebenen Kündigungsverzichts ist, dass der/die AN bei der Möglichkeit der Kündigung nicht schlechter gestellt werden darf als der/die AG (*Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm² § 20 AngG Rz 63; RIS-Justiz RS0114302). Wie der OGH in der vorliegenden E richtig ausführt, ist ein einseitiger Kündigungsverzicht auf Seiten des/der AN daher unzulässig.

3.2. Beidseitiger Kündigungsverzicht

Wie sind nun aber Fälle zu beurteilen, in denen der/die AG gleichermaßen auf sein/ihr Kündigungsrecht verzichtet? Hier sind mehrere Konstellationen, etwa in Form einer Verlängerung der Kündigungsfrist (vgl 3.2.1.) oder eines gänzlichen Ausschlusses des Kündigungsrechts (vgl 3.2.2.) denkbar.

3.2.1. Kündigungsfrist

Gem § 20 Abs 4 AngG kann die einmonatige Frist für die AN-Kündigung durch Vereinbarung auf bis zu sechs Monate verlängert werden, wenn die Frist für den/die AG nicht kürzer ist und ihm/ihr dadurch nicht mehr Kündigungstermine offen stehen (vgl dazu RIS-Justiz RS0114302; *Resch*, Grenzen privatautonomer Dispositionen über das Auflösungsrecht des Arbeitnehmers, ZAS 1991, 4 [7 f] mwN). § 1159c ABGB ordnet ein zweiseitig zwingendes Fristengleichheitsgebot an, dh auch zu Gunsten des/der AN kann dem Wortlaut zufolge keine längere Frist für die AG-Kündigung vereinbart werden. Dies wird in der Literatur als rechtspolitisch verfehlt erachtet und eine Auslegung dahingehend als vertretbar angesehen, dass kürzere Fristen zu Gunsten des/der AN vereinbart werden können (*Resch*, ZAS 1991, 9 mit weiteren Überlegungen).

3.2.2. Ausschluss des Kündigungsrechts

Das Kündigungsrecht des ABGB ist gem § 1164 ABGB einseitig zwingend ausgestaltet. Dh, einzelvertraglich kann nur eine im Vergleich zum Gesetz für den/die AN günstigere Regelung getroffen werden (*Pfeil in Schwimann* [Hrsg], ABGB Praxiskommentar³ [2006] § 1164 Rz 4 f; vgl auch OGH 9 ObA 299/89 wbl 1990, 112). Auch im AngG wird man davon ausgehen können, dass das Kündigungsrecht des/der AN einseitig zwingend ist, wäre es doch unlogisch zwar die Kündigungsfristen und -termine einseitig zwingend auszugestalten, nicht aber das Kündigungsrecht selbst (vgl *Tichy*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 57/72 ZAS 1975, 218 [219]). Die vertraglichen Dispositionsmöglichkeiten über das Kündigungsrecht des/der AN sind daher begrenzt. Im Hinblick auf § 1158 Abs 3 ABGB bzw § 21 AngG wird die dort geregelte Fünfjahresfrist (mit sechsmonatiger Kündigungsfrist) eine absolute Grenze darstellen (*Resch*, ZAS 1991, 13 mwN; vgl auch OGH 9 ObA 299/89 wbl 1990, 112).

3.3. Erschwerung des Kündigungsrechts

Wird mit dem/der AN zwar kein Kündigungsverzicht ausverhandelt, die Übertragungsvereinbarung

aber mit einer auflösenden Bedingung im Falle der Selbstkündigung durch den/die AN (innerhalb einer bestimmten Frist, die wohl höchstens fünf Jahre bei sechsmonatiger Kündigungsfrist betragen darf vgl oben 3.2.2.) versehen, liegt darin möglicherweise auch eine unerlaubte Einschränkung der Kündigungsfreiheit. Hier wäre die Kündigung des/der AN mit einem finanziellen Opfer verbunden, das seine/ihre Kündigungsfreiheit in wirtschaftlicher Hinsicht beschränkt (vgl Pfeil in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1159-1159c Rz 32). Runggaldier (Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts [1995] 114 f) nimmt aber an, dass Betriebsbindungsklauseln (die Sonderleistungen von einem aufrechten Arbeitsverhältnis zu einem Stichtag abhängig machen) nicht per se die Kündigung des/der AN in unzulässiger Weise erschweren, zumal er/sie, sofern er/sie vor dem Stichtag ausscheidet, so gestellt wird, wie er/sie bei Fehlen der Klausel stünde. Im eingangs erwähnten Fall ist mE den Wertungen Runggaldiers zu folgen und von der Zulässigkeit einer derartigen auflösenden Bedingung auszugehen. Dafür spricht auch, dass nach dem System alt ein/e AN die Abfertigungsanwartschaft bei Selbstkündigung verloren hat, also finanzielle Opfer mit einer Kündigung verbunden waren. Im Ergebnis ändert sich mE jedoch nichts, egal welcher Auffassung man folgt:

Bejaht man die Zulässigkeit der auflösenden Bedingung, führt eine Selbstkündigung des/der AN dazu, dass die Übertragungsvereinbarung wegfällt (wobei hier eine Rückwirkung des Bedingungseintritts als vereinbart angesehen werden kann vgl Kietaihl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 897 Rz 46 ff) und es zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung kommt (zu den sich daraus ergebenden Problemen weiterführend Grillberger, DRdA 2003, 218).

Geht man hingegen davon aus, dass es sich um eine unerlaubte Bedingung handelt, führt dies wohl auch nicht zur Restgültigkeit, sondern zur Gesamtnichtigkeit der Übertragungsvereinbarung (vgl dazu weiterführend Kietaihl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 898 Rz 1 ff; vgl auch OGH 4 Ob 139/85 SZ 59/201). Die Übertragung der Altabfertigungsanwartschaft in das System neu dient auch (und vor allem) den Interessen des/der AN. Die Streichung der Bedingung und die Restgültigkeit der Übertragungsvereinbarung würde in der vorliegenden Konstellation den/die AN ungerechtfertigt begünstigen und den hier wohl auch berücksichtigungswürdigen Interessen des/der AG zuwiderlaufen (vgl zu diesen Wertungen Apathy, Zur Folge unzulässiger Ablösevereinbarungen, in FS Eichler [1977] 15 [20 ff]).

3.4. Günstigkeitsvergleich

In jedem Fall ist zu überprüfen, ob die einzelvertragliche Regelung für den/die AN im Vergleich zum Gesetz günstiger ist. Hier sind mittels Gruppenvergleich rechtlich und sachlich zusammenhängende Normen einer objektiven Ex-ante-Betrachtung zu unterziehen, wobei laut OGH auch der sozialpolitische Zweck der Regelung zu beachten ist (vgl § 3 Abs 2 ArbVG; Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm² § 40 AngG Rz 2 ff; Pfeil in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1164 Rz 5, jeweils mwN). Sachliche Nähe haben hier wohl nur Regelungen über die Auflösung von Arbeitsverhältnissen (vgl auch Resch, ZAS 1991, 11). Verzichtet also der/die AG gleichermaßen auf sein/ihr Kündigungsrecht, wird die geforderte sachliche Nähe gegeben sein. Fraglich ist aber, ob eine derartige Vereinbarung einem Günstigkeitsvergleich standhält, zumal der/die AN hier nicht immer günstiger, sondern allenfalls gleich günstig gestellt ist (vgl dazu auch Resch, ZAS 1991, 12). Ob dies ausreicht, ist umstritten (Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm² § 40 AngG Rz 2 mwN).

Verzichtet der/die AG aber nicht auf sein/ihr Kündigungsrecht, sondern erklärt sich, wie im vorliegenden Fall, nur zu einer Übertragung (eines Teiles) der Altabfertigungsanwartschaft ins System neu bereit, stellt sich die Frage, ob hier überhaupt eine Vergleichbarkeit gegeben ist, zumal die Erschwerung der Kündigungsmöglichkeit des/der AN nicht durch eine völlig andersartige Regelung kompensiert werden darf (vgl zum Fall einer zusätzlichen „Weihnachtsgabe“ OGH 9 ObA 178/88 DRdA 1989, 308; RIS-Justiz RS00510729).

4. Resümee

Der vorliegenden E des OGH ist zuzustimmen. Je länger jedoch der Zeitraum zwischen Abschluss der Übertragungsvereinbarung und Kündigung des/der AN oder des/der AG ist, umso schwieriger wird der Nachweis und die Beurteilung einer konkreten Täuschungsabsicht.

Ein Kündigungsverzicht zu Lasten des/der AN ist nur unter strengen Voraussetzungen möglich, genauso wie die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung für den Fall einer Selbstkündigung durch den/die AN, sofern ihm/ihr dadurch ein finanzieller Nachteil droht.

MICHAELA FISCHER (SALZBURG)

Zum Kostenersatz einer Augenlaserbehandlung

§§ 53, 62
B-KUVG;
§§ 120, 133
ASVG

OGH
22.10.2013
10 ObS 111/13s

OLG Wien
27.5.2013
7 Rs 19/13k

1. Das Maß des Notwendigen bestimmt sich aus dem Zweck der Leistung. Notwendig ist jene Maßnahme, die zur Erreichung des Zwecks unentbehrlich oder unvermeidbar ist. Die Beschränkung auf das Maß des Notwendigen enthält auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit der Krankenbehandlung.
2. Eine Interessenabwägung des KI an der Vornahme der Laserbehandlung und jener der Versicherungsgemeinschaft an der wirtschaftlichen Mittelverwendung ergibt, dass die Laserbehandlung das Maß des Notwendigen überschreite.
3. Der Umstand, dass die Laserbehandlung die Behebung der Kurzsichtigkeit bewirkt hat, führe im Rahmen der Gesamtbetrachtung nicht schon zwingend dazu, diese Behandlung als unentbehrlich oder unvermeidbar anzusehen. Da sich die Verwendung von Sehbehelfen zum Ausgleich der Fehlsichtigkeit als ausreichend und zweckmäßig erweist, ist kein solches Maß an Betroffenheit gegeben, dass die Kosten von der KV zu tragen wären.

Der 1967 geborene KI ist als Polizeibeamter tätig und bei der Fremdenpolizei eingesetzt. Er ist kurzsichtig [...]. 2010 entschied er sich dann für die Vornahme einer Laserbehandlung. Sie verlief erfolgreich, sodass er seither keine Sehhilfen mehr in Anspruch nehmen muss. Aus medizinischer Sicht war die Korrektur des Sehfehlers mittels Laserbehandlung nicht erforderlich. Es bestand auch keine medizinische Indikation gegen die Versorgung mit Brillen oder Kontaktlinsen. Diese wäre nach den – den OGH bindenden Feststellungen – auch kostengünstiger gewesen. Die Verwendung von Brillen oder Kontaktlinsen hätte den Einsatz des KI bei der Fremdenpolizei nicht ausgeschlossen. [...]

Rechtliche Beurteilung

[...]

2. Wie der OGH bereits mehrfach ausgeführt hat, ist [...] ein Interessenkonflikt zwischen Patient, Arzt und Sozialversicherungsträger hinsichtlich Art und Umfang der Krankenbehandlung gegeben. Dem (verständlichen) Wunsch des Patienten nach bestmöglicher ärztlicher Betreuung und weitestgehender versicherungsmäßiger Deckung der entstandenen Kosten, sowie der Forderung des Arztes nach möglichst freier Berufsausübung unter angemessener Honorierung seiner Leistung, steht das Interesse des Sozialversicherungsträgers an dem möglichst ökonomischen Verhalten des Arztes gegenüber (10 ObS 20/12g). Aus diesem Grund wird in § 62 Abs 2 Satz 1 B-KUVG als Maßstab festgelegt, dass die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig sein muss, jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten darf. [...]

3.2 Zweckmäßigkeit liegt vor, wenn die Behandlung in Verfolgung der Ziele der Krankenbehandlung erfolgt, erfolgreich oder zumindest erfolversprechend war. Darunter ist zu verstehen, dass die Behand-

lung nach den Erfahrungssätzen der medizinischen Wissenschaft mit hinreichender Sicherheit objektiv geeignet ist, die beabsichtigte Wirkung zu erzielen (10 ObS 14/08v, SSV-NF 22/16 mwN). Sehbehelfe werden daher als zweckmäßig anzusehen sein, wenn sie nach dem anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft objektiv geeignet sind, die durch die Fehlsichtigkeit gegebene Funktionsbeeinträchtigung des Auges auszugleichen.

3.3 Das Maß des Notwendigen bestimmt sich aus dem Zweck der Leistung. Notwendig ist jene Maßnahme, die zur Erreichung des Zwecks unentbehrlich oder unvermeidbar ist. [...] Die Beschränkung der Krankenbehandlung auf das Maß des Notwendigen enthält auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit der Krankenbehandlung (10 ObS 174/93 mwN = SSV-NF 7/112). Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit kommt es aber auf die Gesamtbetrachtung einer zweckmäßigen Behandlung an, sodass nicht immer auch die billigste Lösung dem Gebot der Zweckmäßigkeit entsprechen muss (10 ObS 174/93 = SSV-NF 7/112).

4.1 Die Abwägung zwischen den Interessen des Patienten an der „besten“ Behandlung und der Versicherungsgemeinschaft an einer kostenoptimalen Versorgung hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab (*Schober in Sonntag, ASVG⁴ § 133 Rz 9 mwN*). Entscheidende Bedeutung wird dabei dem Maß der „Betroffenheit“ des Patienten im Einzelfall zugedacht (RIS-Justiz RS0083816). Mit „Betroffenheit“ sind die Auswirkungen der konkreten strittigen Behandlung auf den Patienten gemeint (siehe *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung 363 ff; *Neumayr*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot – Die Rechtslage im österreichischen Krankenversicherungsrecht, in *Jabornegg/Resch/See-wald*, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, 152).

4.2 Bei den für die Betroffenheitsintensität maßgeblichen Wertungen ist in erster Linie die absolute Priorität des Lebens zu beachten, dem andere Güter nachgeordnet sind. Geringeren Stellenwert besitzen die körperliche Integrität, die körperliche Bewegungsfreiheit und die geistige Betätigungsfreiheit, die spezielle Ausformungen in der Arbeitsfähigkeit und der Selbsthilfefähigkeit finden.

5. Mit diesen Grundsätzen steht die Rechtsansicht des Berufungsgerichts in Einklang, eine Abwägung der Interessen des KI an der Vornahme der Laserbehandlung und jener der Versicherungsgemeinschaft an der wirtschaftlichen Mittelverwendung ergebe im vorliegenden Fall, dass die Laserbehandlung das Maß des Notwendigen überschreite. Zum Ausmaß der Betroffenheit des KI hat bereits das Berufungsgericht darauf verwiesen, dass dem KI nach den Feststellungen die weitere Verwendung von Brillen oder Kontaktlinsen medizinisch zumutbar gewesen wäre und eine medizinische Notwendigkeit für die Laserbehandlung nicht gegeben war. Die Laserbehandlung diene auch nicht der Wiederherstellung der Dienstfähigkeit, weil feststeht, dass das Tragen von Kontaktlinsen oder einer

Brille einer Berufstätigkeit bei der Fremdenpolizei nicht entgegensteht.

6.1 Zum Vorbringen des Kl, das Berufungsgericht habe im Rahmen seiner Interessensabwägung nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Laserbehandlung zu einer Behebung der Kurzsichtigkeit führt, während Sehhilfen bloß zu deren Ausgleich dienen, ist noch im Einzelnen auszuführen:

6.2 Ziel der Krankenbehandlung ist, die Gesundheit, die Dienstfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wiederherzustellen, zu festigen oder zu bessern (§ 62 Abs 2 Satz 2 B-KUVG). Aus den genannten Zielen, wurde von der Rsp abgeleitet, dass nicht jedwede Störung des Wohlbefindens zu Lasten der gesetzlichen KV zu beseitigen ist. Es soll kein Idealzustand eines gesunden Menschen erreicht werden, was insb aus der Einschränkung auf die Fähigkeit, „für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse“ (also nicht „für alle Bedürfnisse“ oder „für alle wichtigen Bedürfnisse“) zu sorgen, ersichtlich wird. Ebenso wird durch die Beschränkung auf das Maß des Notwendigen zum Ausdruck gebracht, dass es nicht Aufgabe der gesetzlichen KV sein kann, dem Versicherten durch eine Behandlung maximale Bedürfnisbefriedigung zu ermöglichen (10 ObS 227/03k, SSV-NF 18/65 = ZAS 2006/14 [Pfeil]). [...]

6.3 Es ist auch daran festzuhalten, dass der Krankenbehandlungsanspruch von einem gesellschaftlichen Konsens darüber abhängt, dass die Kosten von der Versicherungsgemeinschaft – und nicht vom Versicherten selbst – getragen werden sollen, was sich bereits aus dem Gesetz, insb der Auflistung der Ziele der Krankenbehandlung in § 133 Abs 2 (§ 62 Abs 2 Satz 2 B-KUVG) ergibt (Felten/Mosler in SV-Komm § 133 ASVG Rz 26).

6.4 Eine notwendige Krankenbehandlung ist schon dann anzunehmen, wenn die Behandlung geeignet erscheint, eine Verschlechterung des Zustands hintanzuhalten (RIS-Justiz RS0106245; RS0106403). Die notwendige Krankenbehandlung muss daher nicht die endgültige und vollständige Heilung des Patienten zum Ziel haben; es genügt vielmehr, wenn sie die Besserung des Leidens oder die Verhütung von Verschlimmerungen bezweckt (10 ObS 258/02t mwN SSV-NF 17/17 = RIS-Justiz RS0106245 [T1]). Bei Funktionseinschränkungen kann unter dieser Voraussetzung der Zweck der Wiederherstellung oder Festigung der Gesundheit auch durch Maßnahmen der Substitution erreicht werden (Mazal, Krankheitsbegriff und Risikoabgrenzung, 321). Die in § 137 ASVG aufgezählten „Behelfe“ dienen dem gleichen Zweck, weil sich der Gesundheitszustand eines Versicherten ohne Brillen, orthopädische Schuheinlagen oder Bruchbänder verschlechtern würde (Binder in Tomandl, SV-System, 21. ErgLfg 244 f; siehe auch 10 ObS 2363/96i, SSV-NF 10/120).

6.5 Auch für – durch die Entwicklung der Medizin möglich gewordene – neue Behandlungsmethoden muss sich das Maß des Notwendigen als grundsätzliches Ziel einer Krankenbehandlung aber immer aus dem Zweck der Leistung bestimmen. Für neue Behandlungsmethoden gilt somit in gleicher Weise die Einschränkung, dass notwendig nur jene Maßnahmen sind, die zur Erreichung des Zwecks unentbehrlich

oder unvermeidbar sind. Nach der bisherigen Rsp ist bei Bestehen mehrerer gleichermaßen zweckmäßiger Behandlungsmethoden diejenige zu wählen, die die geringsten Kosten verursacht bzw bei der die Relation von Kosten und Nutzen am günstigsten ist (RIS-Justiz RS0083823).

7. Ausgehend von diesen Überlegungen stellt auch die Ansicht des Berufungsgerichts keine Fehlbeurteilung dar, der Umstand, dass die Laserbehandlung die Behebung der Kurzsichtigkeit bewirkt habe, führe im Rahmen der anzustellenden Gesamtbetrachtung nicht schon zwingend dazu, diese Behandlung als unentbehrlich oder unvermeidbar anzusehen. Da sich die Verwendung von Kontaktlinsen oder Brillen zum Ausgleich der Fehlsichtigkeit als ausreichend und zweckmäßig erweise, ist kein solches Maß an Betroffenheit des Versicherten gegeben, dass die Kosten der Laserbehandlung von der gesetzlichen SV zu tragen wären.

Ergänzend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall im Vordergrund das der höchstpersönlichen Lebenssphäre des Kl zuzuordnende Interesse steht, zum Ausgleich der Fehlsichtigkeit in Hinkunft weder Brillen noch Kontaktlinsen tragen zu müssen. Dieses Interesse liegt also darin, einer rein subjektiv empfundenen Beeinträchtigung der Lebensqualität abzuhelfen; ein von der gesetzlichen KV verfolgtes Ziel der Krankenbehandlung wird aber damit nicht erfüllt (siehe Schober in Sonntag, ASVG⁴ § 133 Rz 9). [...] Zieht man noch die (derzeit geltenden) Wertvorstellungen der Gesellschaft heran, so ist es nicht Zweck der gesetzlichen KV, ein derartiges Interesse des Versicherten zu finanzieren.

Anmerkung

Der OGH behandelt in der vorliegenden E die Grenzen der Leistungspflicht der gesetzlichen KV in Zusammenhang mit einer Augenlaserbehandlung. Angesichts der rasanten medizinischen Entwicklung im Bereich der Augenheilkunde und der vermehrten Durchführung von Augenlaserverfahren überrascht es nicht, dass die Frage des Kostenersatzes den Weg zum OGH gefunden hat. Dieser verneint die Kostenübernahme einer Laserbehandlung aufgrund der Möglichkeit des Einsatzes von Sehbehelfen. Der folgende Beitrag beschäftigt sich daher mit der Frage des Umfangs der Leistungspflicht, wenn mehrere Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen, wobei eine zur Behebung der Funktionseinschränkung und die andere zu deren Ausgleich führt.

Ausgangspunkt nachstehender Überlegungen ist § 133 Abs 2 ASVG: Demnach hat der Versicherte Anspruch auf eine Krankenbehandlung, die *ausreichend* und *zweckmäßig* ist, das Maß des *Notwendigen* jedoch nicht überschreitet. Der Sinngehalt dieser Kriterien ist unter Berücksichtigung der Ziele der Krankenbehandlung zu ermitteln (Mazal, Krankheitsbegriff und Risikoabgrenzung [1992] 331 f; Felten/Mosler, SV-Komm § 133 Rz 49). Als solche nennt das Gesetz die Wiederherstellung, Festigung oder Besserung der Gesundheit, der Arbeitsfähigkeit und der Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen. § 62 Abs 2 Satz 1 B-KUVG, auf dessen Grund-

lage der OGH in der vorliegenden E judiziert hat, ist wortgleich ausgestaltet. Die folgenden Ausführungen sind daher auch für das B-KUVG relevant.

1. Zweckmäßige Krankenbehandlung

Eine Krankenbehandlung ist zweckmäßig, wenn sie nach dem anerkannten Stand der Wissenschaft objektiv geeignet ist, eines der in § 133 Abs 2 ASVG genannten Ziele zu erfüllen (OGH 10 ObS 86/09h ZAS 2011/46 [Stadler]). Während die Laserbehandlung die Gesundheit *wiederherstellt*, sind Sehbehelfe geeignet, eine weitere Verschlechterung der Sehkraft zu verhindern und *festigen* somit die Gesundheit (OGH 10 ObS 193/98z DRdA 1999/288 [Enzberger]). Fraglich ist, ob der gleichzeitig erfolgende Ausgleich der Funktionsbeeinträchtigung als Wiederherstellung iSd § 133 Abs 2 ASVG qualifiziert werden kann. Verneint man dies, stellt sich in weiterer Folge die Frage, ob die Laserbehandlung vorrangig zu gewähren ist, weil sie auf die Wiederherstellung und nicht allein auf die Festigung der Gesundheit abzielt.

1.1. Wiederherstellung der Gesundheit durch Substitutionsmaßnahme?

Begrifflich kann die Wiederherstellung der Gesundheit iSd § 133 Abs 2 ASVG auf die Beseitigung des regelwidrigen Zustandes selbst oder lediglich auf die Beseitigung der nachteiligen Folgen des regelwidrigen Zustandes abstellen. *Mazal* (Krankheitsbegriff 321) geht von einem weiten Begriffsverständnis aus: Eine Wiederherstellung der Gesundheit könne auch durch Substitutionsmaßnahmen erfolgen, wenn es sich beim regelwidrigen Zustand um eine Funktionseinschränkung handle. Als Beispiele hierfür zählt er die Dialysebehandlung, die Verabreichung von Insulin und die künstliche Beatmung auf. Die hM (OGH 10 ObS 193/98z DRdA 1999/288 [Enzberger]; *Felten/Mosler*, SV-Komm § 133 Rz 33) geht bei diesen Maßnahmen jedoch nicht von einer Wiederherstellung, sondern von einer *Festigung* der Gesundheit aus. Auch die Rsp des OGH zur In-Vitro-Fertilisation (OGH 10 ObS 193/98z DRdA 1999/288 [Enzberger]) spricht gegen die von *Mazal* vertretene Auffassung: Der OGH verneint die Kostenübernahme einer In-Vitro-Fertilisation mit der Begründung, dass der regelwidrige Zustand des medizinischen Konzeptionshindernisses nicht verändert werde. Somit fände weder eine Verbesserung oder eine Festigung, noch eine Wiederherstellung statt. Mit dieser Begründung ist er ausdrücklich der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung (zB *Holzer*, JBI 1985, 183 f) entgegengetreten, dass die Beseitigung der Kinderlosigkeit als Wiederherstellung der Gesundheit zu werten sei.

In der vorliegenden E finden sich widersprüchliche Aussagen zu der Frage, ob eine Substitutionsmaßnahme die Gesundheit wiederherstellt: Der OGH führt einerseits aus, dass durch Substitutionsmaßnahmen der Zweck der Wiederherstellung und der Festigung der Gesundheit erreicht werden kann. Die Sehbehelfe ordnet er aber in weiterer Folge der Festigung zu. Auch die Behandlung eines Zuckerkranken mit Insulin oder eine Dialysebehandlung bei Niereninsuffizienz wurde von der älteren Judikatur als bloße Festigung

eingeorordnet (OGH 10 ObS 193/98z DRdA 1999/288 [Enzberger]). Offen bleibt daher, ob und unter welchen Umständen der OGH von einer Wiederherstellung der Gesundheit durch Substitutionsmaßnahmen ausgeht.

ME ist die Rsp des OGH zur In-Vitro-Fertilisation eindeutiges Indiz für ein enges Begriffsverständnis der Wiederherstellung, die auf die Beseitigung der Regelwidrigkeit abzielen muss. Kann eine Krankheit dem Grunde nach nicht behandelt werden, ist eine Wiederherstellung der Gesundheit nicht möglich. Für die Qualifikation als Krankenbehandlung gem § 133 ASVG ist daher auf eine Festigung oder Verbesserung der Gesundheit abzustellen.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung und führt die Substitutionsmaßnahme daher nicht zu einer Wiederherstellung der Gesundheit, hat die Maßnahme aber sehr wohl festigenden Charakter, stellt sich die Frage nach einer Rangordnung der gem § 133 Abs 2 ASVG zu verfolgenden Zwecke, wenn gleichzeitig auch eine die Gesundheit wiederherstellende Maßnahme existiert.

1.2. Vorrang der Wiederherstellung gegenüber Festigung?

Ein Vorrang der Wiederherstellung ist weder dem Gesetzestext noch den Materialien (599 BlgNR 7. GP 53 f) zu entnehmen. Auch in der Literatur hat bislang eine Diskussion über eine Reihenfolge der Vorgänge, auf denen die Ergebnisse der Krankenbehandlung (Gesundheit, etc) zu erreichen sind, nicht stattgefunden (zur Unterscheidung zwischen Vorgängen und Ergebnissen vgl *Mazal*, Krankheitsbegriff 314). Allerdings wird teilweise eine Rangordnung der Ergebnisse vertreten: Nach *Pfeil* (Anm zu OGH 10 ObS 227/03k ZAS 2006, 93; siehe auch *Felten/Mosler*, SV-Komm § 133 Rz 34 ff) bringe die im Gesetz vorgesehene Reihung eine gewisse Wertigkeit zum Ausdruck, nach der primär die Gesundheit, dann die Arbeitsfähigkeit und schlussendlich erst die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, wiederherzustellen, zu festigen oder zu bessern seien. Selbst wenn man dieser Auffassung folgt, ist dieser Gedanke jedoch nicht auf die Vorgänge übertragbar. Denn der Gesetzestext von § 133 Abs 2 ASVG spricht als ersten Punkt von der Wiederherstellung, dann von der Festigung und schlussendlich von der Besserung. Eine Besserung des Zustandes ist aber im Vergleich zur Festigung wertungsmäßig ranghöher einzustufen. Eine dem Gesetz zu entnehmende Wertung ist daher mE auszuschließen.

Auch der OGH verneint in der vorliegenden E eine Reihung der Vorgänge: Ein Idealzustand eines gesunden Menschen sei durch die KV nicht herzustellen. Die Beschränkung auf das Maß des Notwendigen bringe zum Ausdruck, dass die Ermöglichung einer maximalen Bedürfnisbefriedigung nicht Aufgabe der KV sei. Daher würden festigende oder verbessernde Maßnahmen genügen. Eine vollständige Heilung des Patienten müsse nicht vorgenommen werden. Mangels dogmatischer Anhaltspunkte für einen Vorrang der Wiederherstellung ist der Rsp des OGH zuzustimmen. Die Ansicht, dass wiederherstellende Maßnahmen anstelle von festigenden unabhängig von Kostenüberlegungen

zu gewähren seien, ist daher abzulehnen. Ein *absoluter* Vorrang scheidet mE aus.

Allerdings ist die Frage, ob eine Maßnahme zur Wiederherstellung oder Festigung der Gesundheit führt, dennoch relevant: Der OGH (10 ObS 113/94 ZAS 1994/18 [Tomandl]) nimmt für die Lösung der Kostenersatzfrage eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Patienten an der besten Behandlung und dem Interesse der Versichertengemeinschaft an einer kostenoptimalen Versorgung vor. Das Gewicht des Kostenarguments nimmt zu, je geringer der von der Behandlung tangierte Zweck der Krankenbehandlung bewertet wird. Die Kosten sind daher nur eines der Beurteilungskriterien im Rahmen des Bewertungsaktes. Die Abwägung ist wesentlich von der Betroffenheit des Patienten abhängig. Für die Beurteilung der Betroffenheit spielen Wertungen eine große Rolle, wobei das Leben absolute Priorität genießt. Dem Leben sind andere Güter, wie zB die körperliche Integrität, nachgeordnet. Die Betroffenheit des Patienten ist aber idR auch unterschiedlich hoch, je nachdem, ob eine Maßnahme zur Wiederherstellung oder Festigung der Gesundheit führt. Auch dieser Aspekt hat daher mE in die Interessenabwägung einzufließen. Weil die Wiederherstellung der Gesundheit höher zu bewerten ist, kommt den Kosten eine vergleichsweise geringere Bedeutung zu. Allerdings ist diese Beurteilung immer anhand des Einzelfalls vorzunehmen. Hat eine festigende Maßnahme daher gleichzeitig ausgleichende Wirkung und führt sie im Endeffekt zum gleichen Ergebnis wie die wiederherstellende, muss die Betroffenheit des Patienten bei Vornahme der festigenden Maßnahme nicht automatisch größer sein als bei Vornahme der wiederherstellenden. Allein die Überlegung, dass die Wiederherstellung der Gesundheit höher zu bewerten ist als die Festigung, führt nicht zu einem automatischen Vorzug. Diese Sichtweise wird auch durch die Judikatur bestätigt, nach der eine kostenintensivere Behandlung zweckwidrig ist, wenn nur geringe Unterschiede zu einer billigeren Methode bestehen (OGH 10 ObS 113/94 ZAS 1994/18 [Tomandl]).

Endbefund ist daher, dass ein *absoluter* Vorrang von Maßnahmen, die zu einer Wiederherstellung der Gesundheit führen, zu verneinen ist. Existieren mehrere Behandlungsmethoden, wobei eine zur Wiederherstellung der Gesundheit und die andere zur Festigung führt, fließt dies als einer von mehreren Faktoren in die Beurteilung der Betroffenheit des Patienten ein.

Für den vorliegenden Fall bedeutet diese Ansicht Folgendes: Aufgrund der Tatsache, dass die Laserbehandlung zur Wiederherstellung der Sehkraft führt, ist sie gegenüber der Verwendung von Sehbehelfen nicht automatisch vorrangig. In die Interessenabwägung ist dieser Umstand zwar einzubeziehen, da aber durch die Sehbehelfe final betrachtet das gleiche Ergebnis wie aufgrund einer Laserbehandlung erzielt wird, ergibt sich rein aus diesem Aspekt keine größere Betroffenheit des Patienten durch die Verwendung von Sehbehelfen.

1.3. Nachteilige Nebenwirkungen

Stehen *mehrere* zweckmäßige Behandlungsmethoden zur Verfügung, ist nach Judikatur (OGH

10 ObS 113/94 ZAS 1994/18 [Tomandl]) und Lehre (Schrammel, ZAS 1986, 151; Felten/Mosler, SV-Komm § 133 Rz 51) jene Methode auszuwählen, deren Einsatz mit den geringsten nachteiligen Nebenwirkungen für den Patienten verbunden ist. Der OGH geht in seiner Begründung überraschenderweise auf die Frage nachteiliger Nebenwirkungen nicht ein. Dies obwohl die Laserbehandlung mit einer Reihe von Risiken verbunden ist. Die Komplikationen reichen von trockenen Augen, optischen Wahrnehmungsstörungen (zB erhöhte Lichtempfindlichkeit) bis hin zu Sehverschlechterungen (Knorz, Komplikationen der Excimerchirurgie, in Kohnen, Refraktive Chirurgie [2011] 56). Obwohl schwere Komplikationen sehr selten auftreten, besteht dennoch ein gewisses Risiko (Kook/Kohnen in Kohnen, Refraktive Chirurgie 58). Es stellt sich daher die Frage, ob Maßnahmen der Substitution, die idR mit weniger nachteiligen Effekten verbunden sind, ein Vorrang gegenüber körperlichen Eingriffen einzuräumen ist. Dies ist mE wieder unter der Voraussetzung zu bejahen, dass durch den körperlichen Eingriff und die Substitutionsmaßnahme final betrachtet das gleiche Resultat erzielt wird. Sowohl die Verwendung von Sehbehelfen als auch die Laserbehandlung führen dazu, dass der Patient wieder imstande ist, gut zu sehen. Bei gleichem Resultat ist die Verwendung von Sehbehelfen die risikoärmere Behandlung, weshalb sie zweckmäßiger ist. Insb ist auch an die Folgekosten für die KV zu denken, wenn die Laserbehandlung fehlschlägt. Das Argument der nachteiligen Nebenwirkungen könnte mE zusätzlich für die Rechtsansicht des OGH ins Treffen geführt werden.

2. Maß des Notwendigen

Die Notwendigkeit bestimmt sich nach hA (Neumayr in Jabornegg/Resch/Seewald, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung [2007] 152; Felten/Mosler, SV-Komm § 133 Rz 53; OGH 10 ObS 312/92 DRdA 1993/53 [Maza]) aufgrund des Zwecks der Leistung. Eine Maßnahme wird dann als notwendig erachtet, wenn sie zur Erreichung dieses Zwecks unentbehrlich oder unvermeidbar ist. Die Beschränkung auf das Maß des Notwendigen beinhaltet ein Gebot der Wirtschaftlichkeit der Krankenbehandlung. Stehen mehrere zweckmäßige Behandlungsmethoden zur Verfügung, ist diejenige zu wählen, bei der die Relation der Kosten zum Nutzen am günstigsten ist (OGH 10 ObS 174/93 ÖJZ 1994/102; siehe auch § 3 Abs 2 RÖK).

Im Zuge der Wirtschaftlichkeitsprüfung gewinnt das Argument, dass aufgrund der Laserbehandlung die Gesundheit wiederhergestellt wird, erneut an Relevanz: Denn ist zwar der Vorgang der Wiederherstellung teurer als die Festigung durch Substitutionsmaßnahmen, kann die Wiederherstellung aber gesamthaft betrachtet dennoch billiger sein, wenn damit ein dauerhafter Erfolg erzielt werden kann (OGH 10 ObS 113/94 ZAS 1994/18 [Tomandl]). Über welchen Zeitraum eine Beurteilung zu erfolgen hat, ist offen, wird aber vom konkreten Einzelfall abhängig sein. In der vorliegenden E hat das Erstgericht festgestellt, dass die Versorgung mit Sehbehelfen kostengünstiger sei. Auch hier gibt es allerdings keinen Anhaltspunkt, welcher Zeitraum vom Gericht herangezogen wurde. Laut Auskunft der

Österreichischen Ophthalmologischen Gesellschaft (ÖOG) kosten Operationen nach der „Lasik-Methode“ derzeit ungefähr € 3.000,- bis € 4.500,- gemeinsam für beide Augen. Diese Kosten sind im Einzelfall mit der Kostenübernahme des Sozialversicherungsträgers für Brillen oder Kontaktlinsen gem § 137 Abs 2a ASVG zu vergleichen. Zu bedenken ist hierbei, dass die Kosten einer Laserbehandlung aufgrund der erweiterten medizinischen Möglichkeiten künftig weiter sinken werden. Es ist daher mE nur eine Frage der Zeit, bis Laserverfahren kostengünstiger als die Versorgung mit Sehbehelfen sein werden.

Weiters kann der medizinische Fortschritt dazu führen, dass die neue Behandlungsmethode als unentbehrlich oder unvermeidbar anzusehen ist. Gegen diese Ansicht spricht zwar, dass verbesserte Behandlungsmöglichkeiten nicht automatisch dazu führen, dass der medizinische Mindeststandard angehoben wird. Allerdings bestimmen gesellschaftliche Wertungen das Ausmaß der Krankenbehandlung (*Ettmayer/Posch*, DRdA 2006, 201). Ändert sich daher die gesellschaftliche Auffassung und werden in Zukunft

Laserverfahren als notwendige Mindestbehandlung angesehen, wären diese selbst dann zu gewähren, wenn sie kostenintensiver sind. Dies erkennt auch der OGH in der vorliegenden E, indem er auf die „(derzeit geltenden) Wertvorstellungen“ abstellt.

Eine gesellschaftliche Wertung, dass die Laserbehandlung eine unentbehrliche Maßnahme darstellt, existiert heutzutage nicht. Stellt das Gericht fest, dass die Laserbehandlung teurer als die Versorgung mit Sehbehelfen ist, kommt es daher entscheidend darauf an, „ob der höhere Preis mit einem ausreichenden therapeutischen Mehrnutzen verbunden ist“ (*Rebhahn*, ASVG § 136 Rz 47). Dies ist im vorliegenden Fall zu verneinen, da – wie bereits erwähnt – sowohl durch die Sehbehelfe als auch die Laserbehandlung derselbe Effekt erzielt wird; die Patienten können wieder ausreichend gut sehen. Dem OGH ist daher im Ergebnis zuzustimmen, dass keine Pflicht zur Kostenübernahme durch die KV besteht, wenn die Laserbehandlung die kostenintensivere Maßnahme ist.

ELISABETH PETRIC (WIEN)

33.

Legalitätsprinzip und Vertrauensschutz bei Leistungen aus der zusätzlichen PV

§§ 479 und 480 ff ASVG

OGH
22.10.2013
10 ObS 128/13s

OLG Graz
25.8.2013
7 Rs 27/13i

LG Graz
4.2.2013
35 Cgs 65/12p
(35 Cgs 66/12k)

1. § 479 Abs 2 und 4 ASVG begegnet aus der Sicht des verfassungsrechtlichen Determinierungsgebots keinen Bedenken.
2. Die mit der Satzung 2012 des Pensionsinstituts für Verkehr und öffentliche Einrichtungen erfolgte Herabsetzung der Leistungen des (mit 1.1.2012 ausgelaufenen) leistungsorientierten Systems verstößt nicht gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes.

[...]

2.2 Die Zusatzversicherung beruht auf entsprechenden Satzungen der Pensionsinstitute (§ 479 Abs 2 ASVG). Eine gesetzliche Determinierung dieser Satzungen ist nur insoweit gegeben, als § 479 Abs 2 ASVG zufolge bei der Regelung der Zusatzversicherung auf die „finanzielle Leistungsfähigkeit“ des jeweiligen Versicherungsträgers (vgl auch § 479 Abs 4 ASVG) sowie auf die „wirtschaftlichen Bedürfnisse der Versicherten“ Bedacht zu nehmen ist und zusätzlich eine Reihe von Bestimmungen des ASVG sinngemäß anzuwenden sind. Über die Höhe der in der zusätzlichen PV zu leistenden Beiträge gibt § 479 ASVG ebenso wenig Auskunft wie über Art und Ausmaß der vorzusehenden Pensionsleistungen (*Frank* in SV-Komm § 479 ASVG Rz 7). [...]

2.4 Bedenken [ob der] Verfassungsmäßigkeit des § 479 Abs 2 und 4 ASVG aus der Sicht des Legalitätsprinzips (Art 18 Abs 1 B-VG) bestehen nicht. Art 120b Abs 1 B-VG idF BGBl I 2008/2 eröffnet den Trägern der nicht-territorialen Selbstverwaltung, zu der auch die BeKl gehört, ausdrücklich die Möglichkeit, ihre Angelegenheiten „im Rahmen der Gesetze“ durch

Satzungen zu ordnen. Dieses gesetzergänzende Ordnungsrecht erlaubt es, die in § 479 ASVG vorgesehene Zusatzversicherung gänzlich im Satzungsweg zu regeln, soweit dabei nicht gegen „bestehende Gesetze und Verordnungen“ verstoßen werde (vgl Art 118 Abs 6 B-VG). Vor diesem Hintergrund ist § 479 ASVG daher – verfassungsrechtlich unbedenklich – (nur) die Bedeutung beizumessen, die Pensionsinstitute als Träger der sozialen Selbstverwaltung zu konstituieren, die Durchführung der zusätzlichen PV zu ihrer „Aufgabe“ (Art 120b Abs 1 B-VG) zu erklären und einzelne Schranken für die Ausgestaltung dieser Versicherung aufzustellen (vgl 10 ObS 9/13s unter Hinweis auf *Frank*, SV-Komm § 479 ASVG Rz 8).

2.5 Die vom KI als verfassungswidrig erachtete Regelung des § 479 Abs 4 ASVG bestimmt näher, wann die finanzielle Leistungsfähigkeit der Pensionsinstitute gegeben ist, und verfügt, dass bei Überschreiten des – konkret festgelegten – Betrags zur Deckung des Abgangs die Versicherungsleistungen zu vermindern oder die Beiträge zu erhöhen sind. Eine mangelnde Determinierung dieser Bestimmung aus der Sicht des Legalitätsprinzips ist aufgrund der dargelegten Erwägungen, deren Richtigkeit auch vom KI nicht in Zweifel gezogen wird, nicht erkennbar.

3. Weiters macht der KI – zusammengefasst – geltend, die Kürzung seines Ruhegenusses im Jahr 2012 von 337,03 € monatlich auf 183,35 € monatlich, somit um 45,6 % stelle einen schwerwiegenden und massiven Eingriff in seine Rechtsposition dar [...]. Die Höhe dieser Kürzung sei iSd Rsp des VfGH als überproportional und erheblich anzusehen und stelle eine Verletzung des aus dem Gleichheitssatz abzuleitenden verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes sowie des Eigentumsrechts dar. [...]

4. Diesen Ausführungen des Kl ist insoweit beizupflichten, als entsprechend seinem Vorbringen die von ihm konkret bekämpfte Kürzung seiner Zusatzpension auch nach Ansicht des erkennenden Senats keinesfalls mehr als geringfügig bezeichnet werden kann, sondern als erheblich iSd Kriterien des VfGH gewertet werden muss. Diese Ansicht bedarf keiner weiteren Erörterung.

4.1 [...]

4.2 Mit dem SRÄG 2011, BGBl I 2011/122, wurden – als erster Schritt zur Auflösung und Abwicklung des bekl Pensionsinstituts – sämtliche Zuschussleistungen und Anwartschaften aus den im Pensionsinstitut geführten „Altlasten“ in die Höherversicherung nach § 248 ASVG übernommen, und zwar mit Wirkung vom 1.1.2012. Gleichzeitig wurde auch die Übertragung des beitragsorientierten Systemteils auf Pensionskassen bis Ende 2013 beschlossen sowie die Schließung des bekl Pensionsinstituts zum 31.12.2014 normiert (vgl AB 2508 BlgNR 24. GP 6).

4.2.1 [...]

4.2.2 [...]

4.2.3 Dazu führen die Materialien (ErläutRV 1512 BlgNR 24. GP 4 f und 12 f) auszugswise aus:

„Das Pensionsinstitut für Verkehr und öffentliche Einrichtungen wurde im Jahr 1898 gegründet und vom Gesetzgeber im Jahr 1956 als „Zuschusskasse öffentlichen Rechts“ in das ASVG übernommen (...). Das im Wesentlichen im Umlageverfahren finanzierte System des Pensionsinstituts für Verkehr und öffentliche Einrichtungen geriet – unter anderem weil die Zahl der BeitragszahlerInnen zwischen 1980 und 1997 drastisch gesunken war – ab Mitte der 1990er-Jahre in einen erheblichen finanziellen Engpass.

Im Rahmen eines im Jahr 1999 umgesetzten Sanierungskonzepts, zu dem neben einem beachtlichen finanziellen Beitrag des Bundes auch die LeistungsbezieherInnen und die Anwartschaftsberechtigten (durch Kürzung von Leistungen und Anwartschaften) sowie die DienstgeberInnen einen Beitrag geleistet hatten, sollte das umlagefinanzierte Altsystem auslaufen, neu eintretende Versicherte aber in einem neuen „beitragsorientierten System“ geführt werden.

Das auslaufende „Altsystem“ (sogenanntes leistungsorientiertes System) startet im Jahr 2000 dennoch mit einer finanziellen Unterdeckung von rund 25,5 Mio EUR, die – nachdem in den folgenden Jahren insbesondere auch die zugrundeliegende Ertragserwartung nicht erfüllt werden konnte – spätestens ab Vorliegen der versicherungstechnischen Bilanz zum 31.12.2006 die Setzung entsprechender Maßnahmen mit 2007 dringend angezeigt erscheinen ließ.

Die erforderlichen massiven Eingriffe in bestehende Leistungen und Anwartschaften, um das Problem systemintern zu lösen, stießen auf evidente verfassungsrechtliche Schranken, weshalb in der Folge in Gesprächen unter Beteiligung des Pensionsinstituts, des Sozial- und des Finanzressorts Varianten zur Sanierung unter neuerlicher Hilfestellung des Bundes entwickelt wurden.

In diesem Zusammenhang wurde von den erwähnten Bundesministerien insbesondere auch eine umfassende Prüfung der Sachlage durch den Rechnungshof als Basis für eine tragfähige Lösung in die Wege geleitet (vgl Bericht des Rechnungshofs Bund 2011/4).

Die nunmehr vorgeschlagene Lösung basiert auf der Übernahme sämtlicher Zuschussleistungen und Anwartschaften aus dem im Pensionsinstitut geführten „Altsystem“ (dem leistungsorientierten System nach Abschnitt V der Satzung 2006 ...) in die Höherversicherung nach § 248 ASVG.

...

Von dieser Maßnahme werden rund 1.300 ZuschussleistungsbezieherInnen und 1.586 Anwartschaftsberechtigte betroffen sein.

Das Ausmaß der Zuschussleistungen und Anwartschaften aus dem Altsystem ist entsprechend der neuen Satzung des Pensionsinstituts mit deren Inkrafttreten am 31.12.2011 bescheidmäßig herabzusetzen und diese herabgesetzten Leistungen werden sodann in die Höherversicherung nach dem ASVG übernommen.

Aufgrund dieser Höherversicherung gebührt – soweit schon ein Leistungsanspruch besteht – anstelle der bisherigen Zuschussleistungen des Pensionsinstituts ein besonderer Steigerungsbetrag, und zwar in der Höhe der am 31.12.2011 satzungsmäßig (neu) festgestellten Zuschussleistung.

...

Von Bundesseite werden für die erforderlichen Leistungen Mittel in Höhe von 27,5 Mio EUR bereitgestellt, welche im Lauf der kommenden 60 Jahre sukzessive in die – durch die Leistungsübernahme – erhöhte Abgangsdeckung fließen. Die dem „Altsystem“ zugeordneten finanziellen Mittel (insgesamt rund 55 Mio EUR) sind im Gegenzug dem zuständigen Pensionsversicherungsträger zu übertragen.

Um mit den genannten finanziellen Mitteln das Auslangen zu finden, ist aber auch eine entsprechende Leistungskürzung durch das Pensionsinstitut unabdingbar: Durch diese im Rahmen und in der Verantwortung der Selbstverwaltung des Pensionsinstituts vorzunehmende Kürzung soll sichergestellt werden, dass die in das ASVG übernommenen Leistungen aus der Höherversicherung letztendlich keine höhere Belastung als die genannte Summe von 27,5 Mio EUR verursachen.

...

Durch die Übertragung von Zuschussleistungen und Anwartschaften des Pensionsinstituts in der vorgeschlagenen Form werden die in der Satzung 2012 des Pensionsinstituts vorgesehenen Pensions-Zuschussleistungen abgesichert, wobei die Belastung des Bundes den vorgesehenen Betrag von 27,5 Mio EUR insgesamt mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit nicht überschreiten wird.“

4.2.4 In dem in den soeben zitierten Gesetzesmaterialien erwähnten Bericht des Rechnungshofs Bund 2011/4 ist ua die finanzielle Lage des bekl Pensionsinstituts für die Jahre 2000 bis einschließlich 2009 umfassend dargestellt. Danach unterstützte der Bund das bekl Pensionsinstitut im Jahr 1999 mit rund 67,33 Mio €. Dies änderte aber nichts daran, dass das bekl Pensionsinstitut in der versicherungstechnischen Bilanz 2009 erneut einen Abgang von rund 84,11 Mio € auswies (S 61). Damit waren rund 45 % der Pensionszusagen der vor dem Jahr 2000 versicherten Personen nicht gedeckt. Aufgrund der starken Unterdeckung schränkte der Prüfvaktuar im Jahr 2007

den Bestätigungsvermerk ein, 2008 und 2009 verweigerte er ihn zur Gänze. Die dauerhafte Erfüllbarkeit der Verpflichtungen sei nicht gegeben (vgl S 64). Das bekl Pensionsinstitut wies 2009 und 2010 auch im beitragsorientierten System (Neusystem) Leistungen aus, die aktuariell nicht gedeckt waren. Diese finanzielle Lage des bekl Pensionsinstituts führte dazu, dass am 1.4.2009 eine Leistungskürzung um 15 % einheitlich für alle Versichertengruppen rückwirkend ab 1.1.2009 beschlossen wurde (vgl S 105).

4.3 Durch die Satzung 201[2] der Bekl erfolgte eine weitere Leistungskürzung.

§ 52 der am 2.12.2011 kundgemachten neuen Satzung 201[2] der Bekl (avsv 2011/353) lautet auszugsweise wie folgt:

„(1) Monatliche Leistungen des leistungsorientierten Systems der vor dem Inkrafttreten dieser Satzung geltenden Satzung werden wie folgt herabgesetzt:

...

b) Ruhegehälter, die nach dem Jahr 1982 und vor dem Jahr 2000 angefallen sind, werden einer Neuberechnung nach der am 1.1.1999 in Geltung gestandenen Satzung unterzogen. Von der Neuberechnung ist ein allfälliger besonderer Steigerungsbetrag gemäß § 581 Abs 2a ASVG in Abzug zu bringen. Sind 85 vH des verbleibenden neu berechneten Ruhegehältes niedriger als der vor dem Inkrafttreten dieser Satzung gebührende Ruhegehalt, wird der Ruhegehalt um den halben Differenzbetrag herabgesetzt. Ruhegehälter, die vor dem Tag, an dem die Altersgrenze für die Alterspension aus der Pensionsversicherung nach dem ASVG erreicht ist, angefallen sind, werden überdies für jeden angefangenen Monat des Anfalls vor dieser Altersgrenze um 0,25 vH, höchstens jedoch um 15 vH des zuvor ermittelten Ausmaßes herabgesetzt.

...

(2) Die gemäß Abs 1 herabgesetzten Leistungen werden weiters auf 77,5 vH ihres Ausmaßes herabgesetzt.“

5. Für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der soeben dargestellten Leistungskürzungen ist davon auszugehen, dass die geltende Rechtslage keine Verpflichtung des Bundes vorsah, die Pensionsinstitute finanziell zu unterstützen. Nach den zu Pkt 4.2.3 wiedergegebenen Gesetzesmaterialien und dem darin erwähnten Bericht des Rechnungshofs ist aber auch davon auszugehen, dass das leistungsorientierte System nach der mit der 57. ASVG-Novelle vorgegebenen kapitalgedeckten Finanzierungsform ohne Steuermittel nicht aufrechtzuerhalten war. Ohne die Beteiligung des Bundes in Höhe der Hälfte der dem „Altsystem“ zugeordneten finanziellen Mittel (vgl den Bundesbeitrag zur gesetzlichen PV nach § 80 ASVG) hätte die Leistungskürzung noch höher ausfallen oder hätten die Beiträge so beträchtlich erhöht werden müssen, dass diese Belastungen dem Gesetzgeber nicht verfassungsmäßig erschienen. Die Zielsetzung, den Beitrag des Bundes mit einem Drittel des zur Finanzierung der in das ASVG-Pensionssystem übergeleiteten Zuschussleistungen aus dem „Altsystem“ zu begrenzen, liegt im öffentlichen Interesse. Sie bedingt aber den Beitrag der Leistungsbezieher, dass es für sie weiter eine Zusatzleistung zur ASVG-Grundpension gibt (10 Obs 9/13s).

5.1 Soweit der KI verfassungsrechtliche Bedenken gegen das konkrete Ausmaß der bei ihm erfolgten Kürzung seiner Zusatzpension geltend macht, ist ihm entgegenzuhalten, dass es sich dabei nicht um Grundleistungen der gesetzlichen PV, sondern um ergänzende Leistungen einer Zusatzversicherung – ähnlich einer Pensionskasse – handelt. Weiters bestand aufgrund der Regelung des § 479 Abs 4 ASVG eine dringende gesetzliche Handlungspflicht der Bekl, da der tatsächliche Abgang ein Vielfaches des zulässigen Ausmaßes betragen hat und daher aufgrund der hohen wirtschaftlichen Unterdeckung die finanzielle Leistungsfähigkeit iS dieser Gesetzesstelle bei weitem nicht mehr gegeben war. Allfällige Beitragserhöhungen in einem sachlich begründbaren Ausmaß hätten nach zutreffender Rechtsansicht der Bekl im Hinblick auf die seit dem Jahr 2000 kontinuierlich sinkende Zahl der Beitragszahler in dem mit 31.12.2011 ausgelaufenen leistungsorientierten System die finanziellen Probleme auch nicht annähernd lösen können. Die Bekl war daher zu sofortigen massiven Leistungskürzungen gezwungen, die aber ohne den staatlichen Zuschuss im Ausmaß von 27,5 Mio € noch immer nicht ausgereicht hätten, um die Finanzierung des nun ausgelaufenen leistungsorientierten Systems sicherzustellen. Eine Sanierung ohne jeglichen staatlichen Zuschuss hätte jedenfalls einen noch massiveren Kürzungsbedarf bedingt.

5.2 Dem Einwand des KI, er habe darauf vertrauen dürfen, dass er jedenfalls den Betrag, den er nach der ersten Leistungskürzung im Jahr 2009 erhalten habe, auch weiterhin beziehen werde, ist zu entgegnen, dass die zusätzliche PV nach § 479 Abs 2 ASVG unter Bedachtnahme auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Versicherungsträger und auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Versicherten durch die Satzung der Versicherungsträger zu regeln ist. Weiters ordnet der seit dem Jahr 2000 in Geltung stehende § 479 Abs 4 ASVG Leistungskürzungen oder Beitragserhöhungen an, wenn der versicherungstechnische Abgang das zulässige Ausmaß überschreitet. Der KI konnte daher nicht darauf vertrauen, dass die Leistungen der zusätzlichen PV durch die Bekl stets in unveränderlicher oder nur begrenzt veränderlicher Höhe gebühren. Es musste ihm vielmehr auch aufgrund der Sanierungsbemühungen der letzten Jahre bewusst sein, dass es zu Leistungskürzungen in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Situation der Bekl kommen könne.

5.3 [...]

5.4 Schließlich ist im vorliegenden Fall vor allem aber auch zu berücksichtigen, dass der KI durch die von der Bekl vorgenommene Leistungskürzung im Ergebnis (unstrittig) tatsächlich keinen finanziellen Nachteil erlitten hat, weil aufgrund kollektivvertraglicher Regelung sein früherer AG diese Kürzung auszugleichen hat. Zum Einwand des KI, es könne nicht von einem unveränderten Fortbestand dieser kollektivvertraglichen Regelung ausgegangen werden, zumal er darauf auch keinen Einfluss nehmen könne, ist zu bemerken, dass Regelungen in Kollektivverträgen oder Betriebsvereinbarungen nicht beliebig abänderbar sind, weil die Kollektivvertragsparteien bzw die Partner einer BV dabei verschiedene Grenzen der Verhältnismäßigkeit und der Begründbarkeit beachten

müssen. Dies beruht nach stRsp auf der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (Eigentumsschutz und Gleichheitssatz), die im Wege der Konkretisierung der Generalklausel des § 879 ABGB auch auf den normativen Teil von Betriebsvereinbarungen und Kollektivverträgen durchschlagen und einwirken (vgl 8 ObA 47/08g; 9 ObA 7/96 mwN). [...]

Anmerkung

Die Einrichtung der Pensionsinstitute verweist auf die Anfänge der gesetzlichen PV. Ursprünglich (in Konkurrenz zu den Trägern der gesetzlichen PV) mit der Durchführung der gesetzlichen PV betraut, wurden die Pensionsinstitute unter der Geltung der deutschen Reichsversicherung zu bloßen „Zuschusskassen“ herabgestuft; in dieser Funktion haben die Pensionsinstitute auch Eingang in die gesetzliche SV der Zweiten Republik gefunden (*Frank* in SV-Komm § 479 ASVG Rz 1 ff).

1. Die zusätzliche PV als Anwendungsfall des autonomen Satzungsrechts der Träger der sonstigen Selbstverwaltung

Das Beitrags- und Leistungsrecht der zusätzlichen PV entbehrte von Anfang an einer näheren gesetzlichen Regelung. Aus § 29 Abs 5 Zweite VO, dRGBI I 1940, 270, ging lediglich hervor, dass die Institute berufen waren, die aus der gesetzlichen PV gewährten Leistungen so weit zu ergänzen, dass die Gesamtleistung den nach den am 31.12.1939 geltenden Vorschriften gebührenden Ansprüchen „mindestens“ gleichwertig war. § 122 SV-ÜG ordnete an, dass diese Institute „nach den weiter anzuwendenden bisherigen Vorschriften“ Zuschüsse zu gewähren hatten (Abs 1), wobei die näheren Bestimmungen durch die Satzung zu treffen waren (Abs 3). Auch im geltenden § 479 ASVG wird die Regelung der zusätzlichen PV im Wesentlichen dem Satzungsweg vorbehalten.

Dass diese gesetzliche Grundlage – für sich betrachtet – dem aus Art 18 Abs 2 iVm Abs 1 B-VG abgeleiteten verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht gerecht wird, liegt nahe (vgl VfGH 1968/VfSlg 5742 [378], VfGH 1986/VfSlg 10.899; VfGH 2003/VfSlg 16.900; VfGH 2003/VfSlg 16.902; aM – die sich aus diesem Verfassungsgebot ergebenden Anforderungen jedoch verkennend – OGH 10 ObS 68/89 SSV-NF 3/53). Dennoch kann § 479 ASVG nicht (mehr) als verfassungswidrig qualifiziert werden, steht doch den Trägern der „sonstigen“, also nicht-territorialen Selbstverwaltung seit der B-VG-Novelle BGBl I 2008/2 ein gesetzsergänzendes Satzungsrecht zu (Art 120b Abs 1 erster Satz B-VG; vgl VfGH 2008/VfSlg 18.660; zur Rechtslage vor dieser B-VG-Novelle vgl – ein derartiges autonomes Satzungsrecht ausdrücklich ablehnend – VfGH 1976/VfSlg 7903). Als Träger der (abgeleiteten) Selbstverwaltung eingerichtet (vgl § 479 Abs 2 Z 4 ASVG), sind die Pensionsinstitute demnach ermächtigt, die zusätzliche PV zur Gänze im Satzungsweg zu regeln, soweit dabei nicht „gegen bestehende Gesetze und Verordnungen“ verstoßen wird (vgl Art 118 Abs 6 B-VG; *Frank* in SV-Komm § 479 ASVG Rz 8). Dem OGH ist daher zuzustimmen, dass gegen die Verfassungsmä-

ßigkeit der gesetzlichen Grundlagen der zusätzlichen PV aus dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots keine Bedenken bestehen.

2. Vertrauensschutz bei Leistungskürzungen

Bei der Ausgestaltung der zusätzlichen PV verfügen die Pensionsinstitute über einen Spielraum, der jedoch – wie gesagt – seine Grenze in den „bestehenden Gesetzen und Verordnungen“, also in der übrigen Rechtsordnung einschließlich der Bundesverfassung, findet. Diese Bindung an die Bundesverfassung wird etwa dann schlagend, wenn sich ein Pensionsinstitut veranlasst sieht, einer versicherungstechnischen Schieflage gegenzusteuern. Da der zusätzlichen PV keine öffentlichen Mittel (etwa nach Art des Bundesbeitrags gem § 80 ASVG) zur Verfügung stehen, lässt sich ein derartiges Ungleichgewicht systemintern nur in der Weise beheben, dass entweder die Beiträge erhöht oder die Versicherungsleistungen vermindert werden (§ 479 Abs 4 ASVG). Welche dieser Maßnahmen auch gewählt wird, es kommt in jedem Fall zu Eingriffen in „wohlerworbene“ Rechte der Versicherten bzw der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten. Damit stellt sich die Frage, wie weit solche Verschlechterungen gehen dürfen, ohne mit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der Betroffenen, insb mit dem aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten Vertrauensschutz, in Konflikt zu geraten. Dieser verfassungsrechtliche Vertrauensschutz verbietet es, in erworbene Rechtspositionen plötzlich („abrupt“) – gemeint: ohne angemessene Übergangsregelung – und intensiv einzugreifen (zuletzt VfGH 12.12.2013, G 53/2013 – ÖBB-Pensionsrecht).

Dass angefallene Leistungsansprüche aus Versicherungsverhältnissen „erworbene Rechtspositionen“ sind, bedarf keiner weiteren Erörterung. Freilich ist zu bedenken, dass die Leistungen der zusätzlichen PV nicht zu den Grundleistungen der gesetzlichen PV zählen, sondern diese lediglich ergänzen. Diesen Gesichtspunkt hebt auch der OGH hervor, ohne jedoch den – naheliegenden – Schluss zu ziehen, dass es für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Einschnitten bei solchen Leistungen konsequenterweise nur darauf ankommen kann, in welchem Ausmaß sich die *insgesamt* zufließenden Pensionsleistungen vermindern (vgl VfGH 2002/VfSlg 16.754 [1040 ff]). Eine Herabsetzung der Zusatzpensionsleistung um 45,6 %, wie sie der Kl erlitten hat, ist zwar alles andere als geringfügig, doch ist damit – ohne Berücksichtigung der Grundleistungen der gesetzlichen PV – noch nicht dargetan, dass auch ein Eingriff von erheblichem Gewicht iSd Rsp des VfGH zum Grundsatz des Vertrauensschutzes vorläge. Indem der OGH diese Frage „ohne weitere Erörterung“ bejaht, verschließt er sich der Möglichkeit, die gegen diese Maßnahme erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken knapper abzuhandeln, als dies im vorliegenden Beschluss geschehen ist.

Umgekehrt ist es – entgegen der Auffassung des OGH – für die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Satzungsbestimmung ohne Bedeutung, dass der frühere AG des Kl die erlittene Minderung der Zusatzpension aufgrund kollektivvertraglicher Regelung auszugleichen hat: Kann doch eine derartige Zuwendung den erfolgten Eingriff niemals ungeschehen machen,

sondern nur im Nachhinein wieder beseitigen (vgl. neuerlich VfGH 2002/VfSlg 16.754 [1046]).

Unabhängig davon, ob von einem intensiven Eingriff ausgegangen werden kann, ist dem OGH jedoch darin zu folgen, dass dem Satzungsgeber kein Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes angelastet werden kann:

Da sich die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Pensionsinstituts – in gleicher Weise wie bei Pensionskassen – nach dem Verhältnis zwischen eingehobenen Beiträgen und ausbezahlten Leistungen bestimmt, konnten die Leistungsberechtigten nicht darauf vertrauen, die zuerkannten Leistungen stets in unveränderter Höhe zu beziehen; dies umso weniger, als das (mit 1.1.2012 ausgelaufene) sogenannte leistungsorientierte System des Pensionsinstituts bereits seit der 57. Novelle einem Übergangsregime mit verpflichtenden Anpassungen (vgl. § 479 Abs 4 iVm § 581 Abs 4 ASVG) unterworfen war.

Ein verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen ist bei solchen lediglich ergänzenden Leistungen wohl nur insoweit denkbar, als die Betroffenen davon ausgehen dürfen, eine Leistung zu erhalten, die nicht „außer Verhältnis“ zu den geleisteten Beiträgen steht (vgl. VfGH 2002/VfSlg 16.764 [1124]). Wo diese Grenze im Einzelnen liegt, sei hier dahingestellt. Fest steht aber, dass es eine solche Grenze gibt und dass auf diese Weise zumindest konfiskatorisch wirkenden Maßnahmen aus verfassungsrechtlicher Sicht ein Riegel vorgeschoben ist.

Von Eingriffen in Anwartschaften und Leistungen ist demnach – bei verfassungskonformer Handha-

bung des § 479 Abs 4 ASVG – abzusehen, wenn die vom Grundsatz des Vertrauensschutzes gezogene „Schmerzgrenze“ erreicht ist. Hat aber das Pensionsinstitut seinen verfassungsrechtlichen Spielraum für systeminterne Anpassungen erschöpft, so ist letztlich der Staat aufgerufen, gestützt auf öffentliche Mittel die finanzielle Leistungsfähigkeit des betroffenen Trägers der zusätzlichen PV wiederherzustellen oder in anderer Weise für bestehende Anwartschaften und angefallene Leistungsansprüche Vorsorge zu treffen (im Fall des Pensionsinstituts für Verkehr und öffentliche Einrichtungen: durch Überleitung dieser Ansprüche in die Höherversicherung nach dem ASVG). Mit der Schaffung einer Pflichtversicherung, wie sie auch die zusätzliche PV darstellt, übernimmt der Staat nämlich eine spezifische Verantwortung (*Stelzer*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Eingriffs in Rechte oder Vertragsverhältnisse, DRdA 2001, 508 [516]), der er sich nicht (in derselben Weise) entziehen kann wie bei abgabenfinanzierten Transferleistungen (zum Spielraum des Gesetzgebers bei solchen Leistungen vgl. VfGH 2011/VfSlg 19.411 und VfGH 2011/VfSlg 19.517).

Dass sich der Staat dieser seiner sozialen Verantwortung für das Schicksal der von ihm gebildeten Versicherungsgemeinschaften bewusst ist, stellt der vorliegende Fall unter Beweis: Ist doch die strittige Leistungskürzung lediglich Teil eines auch erhebliche Bundesmittel einschließenden Konzepts zur Absicherung der vom Pensionsinstitut gewährten Leistungen der zusätzlichen PV.

STEFAN LEO FRANK (WIEN)

34.

Fallweise Beschäftigung als zulässige Kettenbefristung

§ 471b ASVG;
§ 879 ABGB;
§ 7 UrIG;
Pkt 7 lit e, 14
KoIV für
ArbeiterInnen
im Hotel- und
Gastgewerbe

OGH
28.10.2013
8 ObA 50/13f

OLG Graz
23.5.2013
6 Ra 19/13f

LG Graz
6.11.2012
38 Cga 90/12s

1. Grundsätzlich sind Kettendienstverträge wegen der immanenten Gefahr einer Beeinträchtigung wesentlicher AN-Interessen sehr restriktiv zu beurteilen. Sie sind nur dann rechtmäßig, wenn die Aneinanderreihung einzelner auf bestimmte Zeit abgeschlossener Arbeitsverträge im Einzelfall durch besondere soziale oder wirtschaftliche Gründe, die in der Person des AN liegen müssen, gerechtfertigt ist. Es bedarf einer Interessenabwägung iSd beweglichen Systems, bei der nicht nur das Ausmaß der Unterbrechungszeiten, sondern auch das der zwischen diesen Unterbrechungszeiten liegenden Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen ist.

2. Übersteigt die Dauer der Zeiten der Unterbrechung erheblich die der Beschäftigung, spricht dies tendenziell gegen eine unzulässige Vertragskette.

3. Der Umstand, dass der AN fallweise gebeten wurde, für andere Mitarbeiter „einzuspringen“ ist für eine Aushilfstätigkeit geradezu charakteristisch. Da er nicht verpflichtet war, solchen Ersuchen nachzukommen und im Weigerungsfall auch keine Sanktionen zu erwarten hatte, kann daraus kein Argument für ein durchgehendes Dienstverhältnis abgeleitet werden.

4. Nach der Rahmenvereinbarung trug die AG das Risiko des Ausfalls einer Hilfskraft. Dagegen kam sie dem Interesse des AN an einem Zusatzverdienst durch eine Beschäftigung entgegen, der er nach Bedarf neben seiner Vollzeitbeschäftigung bei einem anderen Unternehmen nachgehen konnte. Auch wenn der AN im Rückblick regelmäßig im Einsatz war, kommt es doch wesentlich darauf an, dass er dazu – im Unterschied zu einem durchgehend teilzeitbeschäftigten AN – nicht verpflichtet gewesen wäre.

5. Der Umstand, dass ein kurzfristiges Absagen eines vereinbarten Termins beim AN nur ein einziges Mal vorgekommen ist, deutet angesichts dessen, dass er sich seine Einsatztage immer auf wenige Wochen im Voraus selbst ausgesucht hat und schon dabei etwaige Verhinderungsgründe berücksichtigen konnte, nicht auf eine weitergehende vertragliche Bindung hin.

6. Da die Jahresremuneration nach Pkt 14 lit a des KoIV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe nur den AN, die mindestens zwei Monate ununterbrochen im selben Betrieb beschäftigt sind, gebührt, haben fallweise beschäftigte Aushilfskräfte keinen Anspruch auf diese. Im Ergebnis

wird diese AN-Gruppe aber dennoch nicht entgeltmäßig schlechter gestellt (§ 2b AVRAG) als unbefristet Beschäftigte, weil ihnen statt dessen ein auf 120 % erhöhter kollektivvertraglicher Mindeststundenlohn gebührt.

7. Auch fallweisen Beschäftigten iSd § 471b ASVG steht ein Urlaubsanspruch zu, der (zugunsten des AN) auch stundenweise in Anspruch genommen werden kann.

8. Eine Einbeziehung der Urlaubersatzleistung in eine „All-In-Vereinbarung“ verstößt gegen das Ablöseverbot des § 7 UrlG und ist nichtig.

9. Die Verfallsbestimmung nach Pkt 7 lit e des KollV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe bezieht sich nur auf das laufende Entgelt.

Der in seinem Hauptberuf bei einem anderen Unternehmen als Maschinist beschäftigte KI war bei der Bekl, die eine Diskothek betreibt, als Aushilfskraft beschäftigt. Auf das Vertragsverhältnis war der KollV für das Hotel- und Gastgewerbe anzuwenden.

Der KI arbeitete bei der Bekl als „Fasser“, der die Kellner mit frischen Getränken zu versorgen hat. Im Rahmen des Bewerbungsgesprächs erklärte der Betriebsleiter M L dem KI, dass er „fallweise Beschäftigter“ sei und dafür jeweils nach Ende der Schicht einen Lohn von 7,50 € netto pro gearbeiteter Stunde ausbezahlt erhalten werde. Diese Abmachung wurde eingehalten. Die Lohnabrechnungen wurden jeweils für einen Monat im Nachhinein erstellt.

Der KI konnte sich selbst einteilen, wann er arbeiten wollte. Er trug – so wie auch die anderen bei der Bekl beschäftigten Fasser – seine gewünschten Arbeitstage in einem dafür vorgesehenen Kalenderblatt für maximal fünf Wochen im Voraus ein. Im Jahr 2012 wollte er vor allem an Freitagen, zwei bis drei mal pro Monat, arbeiten.

Jene Fasser, die den Dienst antraten, wurden bei der Gebietskrankenkasse (GKK) zunächst avisiert und dann nachträglich für den jeweiligen Tag als „fallweise Beschäftigte“ angemeldet. Es war aber jedem Fasser möglich, auch noch kurzfristig abzusagen; dann musste der Vorgang bei der GKK rückgängig gemacht werden. Diese Mitarbeiter konnten kurz darauf schon wieder andere Dienste übernehmen. Es bestand für sie keine Verpflichtung, einen Vertreter zu entsenden. Der KI hatte bspw für den 23.12.2011 eine Arbeitstätigkeit vereinbart, die er wegen Erkrankung seiner Tochter nicht einhalten konnte. Die Stornierung dieses Termins war für den KI sanktionslos.

Der KI wurde ungefähr drei- bis viermal im Jahr vom Betriebsleiter kurz vor Arbeitsbeginn ersucht, wegen eines Ausfalls anderer Mitarbeiter auszuheilen.

Gegen Ende Mai 2012 erlitt der KI einen leichten Bandscheibenvorfall. Er teilte der Bekl mit, dass er aus diesem Grund zur Zeit nicht arbeiten gehen könne, was diese zur Kenntnis nahm. Danach trat er ohne weitere Erklärung keinen Dienst mehr an.

In der *Klage* wird mit dem Vorbringen, der KI sei als Aushilfskellner in Wahrheit in einem durchgehenden Dienstverhältnis gestanden, kollektivvertragliche Jah-

resremuneration sowie Urlaubersatzleistung für die Zeit vom 1.7.2009 bis 30.4.2012 geltend gemacht.

Die *Bekl* wandte ein, der KI sei lediglich fallweise beschäftigt gewesen. Es habe für ihn keine Arbeitspflicht bestanden. Die Diskothek sei idR nur donnerstags bis samstags, gelegentlich auch vor Feiertagen geöffnet worden, deshalb und wegen unregelmäßiger Auslastung habe die Bekl nie durchgehende Dienstverhältnisse gewollt. Wäre dennoch von einem durchgehenden Beschäftigungsverhältnis auszugehen, dann hätte es durch unberechtigten vorzeitigen Austritt des KI geendet. Der Anspruch auf Jahresremuneration entstehe erst nach einer ununterbrochenen Beschäftigung von mehr als zwei Monaten, die der KI nie erreicht habe. Für die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden habe er, wie es der KollV für fallweise Beschäftigte vorsehe, einen erhöhten Mindestlohn erhalten, mit dem sämtliche Ansprüche angemessen abgegolten seien.

Das *Erstgericht* sprach dem KI 2.300,47 € brutto unter Abweisung des Mehrbegehrens zu. Es sei angesichts der Häufigkeit seiner Arbeitseinsätze von einem durchgehenden Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Einen wichtigen Grund für eine vorzeitige Beendigung habe der KI nicht nachweisen können, sodass das Arbeitsverhältnis durch seinen unberechtigten Austritt beendet worden sei. Mit Ausnahme der austrittsabhängigen Ansprüche bestehe das Klagebegehren zu Recht.

Das *Berufungsgericht* gab den von beiden Streitparteien erhobenen Berufungen keine Folge. [...]

Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil erhobene Revision der Bekl (§ 508a ZPO) ist zulässig, weil das Berufungsgericht in seiner rechtlichen Beurteilung von der Judikatur des OGH zur Beurteilung von Kettenarbeitsverhältnissen abgewichen ist. [...]

Die Revision ist teilweise auch berechtigt.

1. Der Begriff der „fallweise beschäftigten“ Personen stammt aus dem Bereich des Sozialversicherungsrechts. Nach § 471b ASVG sind darunter Personen zu verstehen, die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben DG beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist. Aus arbeitsrechtlicher Sicht handelt es sich bei solchen fallweisen Beschäftigungen um aufeinanderfolgende befristete Dienstverhältnisse.

Der hier anzuwendende Rahmen-KollV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe enthält in seinem Pkt 8.g. eine Sonderregelung für die Entlohnung fallweise beschäftigter Personen iSd sozialversicherungsrechtlichen Definition. Für diese Beschäftigtengruppe wird ein Mindestlohn in Höhe von 120 % des kollektivvertraglichen Mindestlohns der ihrer Tätigkeit entsprechenden Beschäftigtengruppe normiert. Unstrittig ist, dass der mit dem KI vereinbarte Stundenlohn von 7,50 € netto diesen erhöhten Mindestlohn überschritten hat.

2. Die festgestellte Vereinbarung der Streitparteien begründete für den KI keine Arbeitspflicht. Umgekehrt verschaffte sie ihm aber auch keinen Anspruch auf Beschäftigung zu bestimmten Zeiten oder in einem bestimmten Mindestausmaß. Der Inhalt beschränkte sich auf eine Rahmenvereinbarung über die Art und

die Höhe der Entlohnung von nebenberuflichen Einsätzen als Aushilfskraft. Zu einem konkreten Arbeitsverhältnis kam es jeweils erst dann, wenn der Kl sich für bestimmte, frei gewählte Tage zum Einsatz bereit erklärte und die Bekl seine Arbeitskraft tatsächlich in Anspruch nahm. Nach der festgestellten jahrelangen Praxis haben die Streitteile eine Serie von befristeten Arbeitsverhältnissen geschlossen.

Grundsätzlich ist diese Art der Vertragsgestaltung wegen der immanenten Gefahr einer Beeinträchtigung wesentlicher AN-Interessen sehr restriktiv zu beurteilen. Kettenarbeitsverträge sind nur dann rechtmäßig, wenn die Aneinanderreihung einzelner auf bestimmte Zeit abgeschlossener Arbeitsverträge im Einzelfall durch besondere soziale oder wirtschaftliche Gründe, die in der Person des AN liegen müssen, gerechtfertigt ist (RIS-Justiz RS0028327 [T2, T6]). Es bedarf einer Interessenabwägung iSd beweglichen Systems, bei der nicht nur das Ausmaß der Unterbrechungszeiten, sondern auch das der zwischen diesen Unterbrechungszeiten liegenden Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen ist.

Der vorliegende Sachverhalt lässt keine Gründe erkennen, aus denen die Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverhältnisse nach den Umständen des Einzelfalls als sittenwidrig zu beurteilen wäre.

Übersteigt die Dauer der Zeiten der Unterbrechung – wie beim Kl – erheblich die der Beschäftigung, spricht dies tendenziell gegen eine unzulässige Vertragskette (RIS-Justiz RS0021824; RS0110312 = 8 ObA 15/98h).

Nicht nur legte die Rahmenvereinbarung der Streitteile keine Arbeitsverpflichtung des Kl fest, dies entsprach auch den tatsächlichen Gepflogenheiten; weder konnte von verpönte „Arbeit auf Abruf“, noch von einseitig am Bedarf des Unternehmens orientierter, variabler Arbeitszeit (vgl 8 ObA 15/98h) die Rede sein. Der Umstand, dass der Kl fallweise gebeten wurde, für andere Mitarbeiter „einzuspringen“, ist für eine Aushilfsfähigkeit geradezu charakteristisch. Da er nicht verpflichtet war, solchen Ersuchen nachzukommen und im Weigerungsfall auch keine Sanktionen zu erwarten hatte, kann daraus kein Argument für ein durchgehendes Dienstverhältnis abgeleitet werden.

Nach der Rahmenvereinbarung trug die Bekl das Risiko des Ausfalls einer Hilfskraft. Dagegen kam sie dem Interesse des Kl an einem Zusatzverdienst durch eine Beschäftigung entgegen, der er nach Bedarf neben seiner Vollzeitbeschäftigung bei einem anderen Unternehmen nachgehen konnte. Auch wenn der Kl im Rückblick in den strittigen zweieinhalb Jahren ziemlich regelmäßig im Einsatz war, kommt es doch wesentlich darauf an, dass er dazu – im Unterschied zu einem durchgehend teilzeitbeschäftigten AN – nicht verpflichtet gewesen wäre. Der Umstand, dass ein kurzfristiges Absagen eines vereinbarten Termins bei ihm nur ein einziges Mal vorgekommen ist, deutet angesichts dessen, dass er sich seine Einsatztage immer auf wenige Wochen im Voraus selbst ausgesucht hat und schon dabei etwaige Verhinderungsgründe berücksichtigen konnte, nicht auf eine weitergehende vertragliche Bindung hin.

3. Eine Jahresremuneration gebührt nach Pkt 14 lit a des KollV für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe

allen AN, die mindestens zwei Monate ununterbrochen im selben Betrieb beschäftigt sind.

Diese Voraussetzung können fallweise beschäftigte Aushilfskräfte nicht erfüllen. Im Ergebnis wird diese Gruppe von AN durch die kollektivvertragliche Regelung aber dennoch nicht entgeltmäßig schlechter gestellt (§ 2b AVRAG) als unbefristet Beschäftigte, weil ihnen statt dessen ein auf 120 % erhöhter kollektivvertraglicher Mindeststundenlohn gebührt. Der Durchschnittslohn für fortlaufend beschäftigte AN beträgt unter aliquoter Einrechnung der diesen zustehenden Jahresremuneration 119,17 % des allgemeinen Mindestlohnsatzes. Fallweise Beschäftigte haben daher für dieselbe Anzahl an Arbeitsstunden im Ergebnis nicht weniger, sondern (geringfügig) mehr Lohn zu erhalten als durchgehend Beschäftigte.

Auch dem fallweise kurzfristig beschäftigten Kl stand mangels Erfüllung der zeitlichen Voraussetzungen des Pkt 14 des KollV keine Jahresremuneration zu. Die Frage, ob die Bekl mit ihm eine „All-In-Vereinbarung“ treffen wollte, kann aus diesem Grund dahingestellt bleiben (zur Zulässigkeit ua 9 ObA 160/11m; 8 ObA 32/13h je mwN).

4. Anders verhält es sich mit dem Anspruch auf Urlaubersatzleistung. Mit der Frage des Anspruchs fallweise beschäftigter AN auf Erholungsurlaub sowie der Abgeltung des Urlaubs bei Nichtverbrauch hatte sich der erkennende Senat erst jüngst in seiner E 8 ObA 32/13h zu befassen, die ein gleichartiges Arbeitsverhältnis zur identen Bekl betraf.

Am Ergebnis dieser E ist festzuhalten: Auch fallweisen Beschäftigten iSd § 471b ASVG steht ein Urlaubsanspruch zu, der (zugunsten des AN) auch stundenweise in Anspruch genommen werden kann. Eine Einbeziehung der Urlaubersatzleistung in eine „All-In-Vereinbarung“ verstößt gegen das Ablöseverbot des § 7 UrlG und ist nichtig. Das in Pkt 8 lit g des KollV für fallweise beschäftigte AN festgelegte erhöhte Mindestentgelt enthält keine anteilige Urlaubersatzleistung.

Die geltend gemachte Urlaubersatzleistung steht dem Kl daher für die Dauer seiner befristeten Dienstverhältnisse zu. Die Bekl hat die rechnerische Höhe des Anspruchs unter der Prämisse, dass kein durchgehendes Dienstverhältnis vorlag, nicht substantiiert bestritten, sondern lediglich vorgebracht, dass auf einen Arbeitstag rechnerisch 0,08 anteilige Urlaubstage entfallen würden. Auch auf dieser Grundlage würde sich aber, ausgehend vom Nettolohn des Kl, ein Betrag ergeben, der das (Brutto-)Klagebegehren jedenfalls nicht unterschreitet (§ 273 ZPO; Tageslohn je nach Einsatzdauer 60 bis 75 € netto an insgesamt 120 Arbeitstagen im Anspruchszeitraum).

5. Da der Kl nicht zur Fortsetzung seiner Arbeit verpflichtet war, besteht für die Annahme eines unberechtigten vorzeitigen Austritts kein Raum. Die damit begründete Teilabweisung der eingeklagten Urlaubersatzleistung durch die Vorinstanzen ist allerdings in Rechtskraft erwachsen und kann vom OGH nicht mehr korrigiert werden.

Die Verfallsbestimmung nach Pkt 7 lit e des KollV bezieht sich, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben, nur auf das laufende Entgelt (RIS-Justiz RS0064834; 8 ObA 32/12h). [...]

Anmerkung

Der OGH behandelt in dieser E mit überzeugenden Ergebnissen zahlreiche Aspekte der sogenannten „fallweisen Beschäftigung“, worunter sehr kurzfristige, aneinandergereihte Arbeitsverhältnisse zum selben AG zu verstehen sind. Zwar beinhaltet das ASVG einen eigenen Abschnitt über diese AN-Gruppe mit Sondervorschriften betreffend das Melde- und Beitragsrecht, das Arbeitsrecht kennt diesen Begriff hingegen nicht. Deshalb ist in einem ersten Schritt zu fragen, welche Auswirkungen diese sozialversicherungsrechtlichen Regelungen auf das Arbeitsrecht haben (Pkt 1). Nicht nur für die vorliegende E zentral ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine derartige „fallweise Beschäftigung“ überhaupt zulässig ist und wie diese von einer unzulässigen Kettenbefristung abzugrenzen ist (Pkt 4). Davor ist jedoch noch die, vom OGH nicht angesprochene vorgelagerte Frage aufzuwerfen, warum nicht schon der Rahmenvertrag als durchgängiges (freies) Dienstverhältnis beurteilt wurde (Pkt 2 und 3). Auf die Auswirkungen der fallweisen Beschäftigung auf die im anwendbaren KollV speziell geregelten Sonderzahlungen und die Urlaubersatzleistung (dazu OGH 8 ObA 32/13h wbl 2013/236; *Shubshitzky*, Arbeitsrechtliche Aspekte einer fallweisen Aushilfe im Gastgewerbe, ASoK 2013, 488; *Braun*, Einbeziehung der Urlaubersatzleistung in eine All-in-Vereinbarung verstößt gegen das Ablöseverbot des § 7 UrlG, ASoK 2013, 219) wird hier aus Platzgründen nicht weiter eingegangen.

1. „Fallweise Beschäftigung“ – Begriff und Zulässigkeit

Das ASVG enthält im neunten Teil („Sonderbestimmungen“) einen Abschnitt Ia, der der fallweisen Beschäftigung gewidmet ist und mit der 29. ASVG-Novelle BGBl 1973/31 eingeführt wurde. Er enthält im Wesentlichen Sonderbestimmungen betreffend die An- und Abmeldung sowie damit im Zusammenhang stehende Fragen der Geringfügigkeitsgrenze sowie der Beitragsgrundlage. Zur Begründung führen die Materialien „*ein dringendes praktisches Bedürfnis nach Einführung vereinfachter An- und Abmeldungen für Dienstnehmer, die in unregelmäßiger Folge tageweise beschäftigt werden*“ (ErläutRV 404 BlgNR 13. GP 129), an. Diese Sonderregelungen gelten für jene Personen, „*die in unregelmäßiger Folge tageweise beim selben Dienstgeber beschäftigt werden, wenn die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als eine Woche vereinbart ist*“ (§ 471b ASVG).

Das ASVG geht somit davon aus, dass es bei demselben DG zu einer Aneinanderreihung von befristeten Dienstverhältnissen kommen kann. Dies setzt deren arbeitsrechtliche Zulässigkeit voraus, worauf *Schrank* (Komm zu OGH 8 ObA 116/04y ZAS 2016/13) zu Recht hinweist. Ohne die Sonderregelungen der §§ 471a ff ASVG müsste jedes Dienstverhältnis einzeln hinsichtlich der Versicherungspflicht (Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze) beurteilt werden und würde jeweils eine eigene An- und Abmeldepflicht auslösen. Durch die Spezialbestimmungen erfolgt eine Art sozialversicherungsrechtlicher Zusammenlegung dieser in arbeitsrechtlicher Hinsicht ansonsten gesondert zu

beurteilender Dienstverhältnisse. Aus deren Vorliegen ist – im Einklang mit den Materialien – auch abzuleiten, dass es sich arbeitsrechtlich weiterhin um gesondert zu beurteilende befristete Dienstverhältnisse handelt, ansonsten die sozialversicherungsrechtliche Sonderbehandlung sinnlos wäre. In dieselbe Richtung weist in dem der E zu Grunde liegenden Sachverhalt auch die Sonderregelung hinsichtlich des Entgelts für „fallweise beschäftigte“ Personen im KollV für ArbeiterInnen im Hotel- und Gastgewerbe.

Mit dieser *grundsätzlichen Zulässigkeit* sehr kurzfristiger Arbeitsverhältnisse iSd „fallweisen Beschäftigung“, wie sie zB auch von *Chr. Klein* (Möglichkeiten und Grenzen flexibler Teilzeitarbeit, in FS Cerny [2001] 219 [221]), wenngleich ohne Rückgriff auf das Sozialversicherungsrecht vertreten wird, ist noch nichts darüber ausgesagt, wann diese überhaupt zulässig sind. Im Lichte der das Vertragsrecht beherrschenden Privatautonomie ist von deren grundsätzlicher Zulässigkeit auszugehen, wenn diese nicht zum Schutze einer der Vertragsparteien oder der Allgemeinheit eingeschränkt ist. Im konkreten Fall geht es in erster Linie um den Schutz der typischerweise beim Aushandeln der Vertragsbedingungen schwächeren Partei, dem/der AN, die eine derartige Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen immer mit demselben AG, unzulässig erscheinen lassen können. Der OGH hat idS daher auch die Frage, ob zulässige Kettendienstverträge vorliegen, in den Vordergrund gerückt. Offen gelassen wurde hingegen, ob der hier vorliegende Rahmenvertrag selbst nicht schon als durchgängiges Arbeitsverhältnis angesehen werden kann, wie dies in der umstrittenen OGH-E „*Peek & Cloppenburg*“ (OGH 8 ObA 116/04y DRdA 2005/33 [B. Schwarz], idF kurz P&C-E) der Fall war. Da diese – vom OGH ausgesparte – Problematik jener der aneinandergereihten Befristungen logisch vorgelagert ist, soll sie zuerst kurz auch iSe Abgrenzung der vorliegenden E von der P&C-E behandelt werden, bevor auf die Kettenbefristung einzugehen ist.

2. Der Rahmenvertrag als unbefristetes Arbeitsverhältnis?

Auffällig an der vorliegenden E ist, dass die in Praxis und Wissenschaft heftig diskutierte P&C-E (zur Diskussion in der Literatur siehe neben den Kommentaren von *Schrank*, ZAS 2006/13 und *B. Schwarz*, DRdA 2005/33 zB *Friedrich*, Rahmendienstvertrag und Arbeitszeit, ASoK 2006, 12; *Gerhartl*, Probleme der Beschäftigung nach Bedarf, RdW 2005/840) an keiner Stelle erwähnt wird, und somit auch keine Abgrenzung zur dort vertretenen Beurteilung bereits des Rahmenvertrages als durchgängiges unbefristetes Arbeitsverhältnis unternommen wird. Zur Erinnerung: Der OGH vertrat in der mE nicht immer sehr klar argumentierten P&C-E, dass im Falle eines Rahmenvertrages, bei dem die einzelnen Arbeitseinsätze nach beiderseitigem Bedarf-„Konsens“-Prinzip festgelegt werden, von einem durchgehenden Arbeitsvertrag, bei dem es – entgegen § 19c AZG – an der Vereinbarung der Normalarbeitszeit fehlte, auszugehen ist. Warum ist der vorliegende Fall nun so anders gelagert, dass es der OGH gar nicht für notwendig erachtete, auf die P&C-E einzugehen?

In der P&C-E nimmt der OGH eine Abgrenzung zur „fallweisen Beschäftigung“, die er als eine „andere Form flexibler Teilzeitarbeit“ als das strittige Bedarfsarbeitsverhältnis bezeichnet, dadurch vor, dass es dort an einer „bewussten umfassenden vertraglichen Vereinbarung“ fehle. Im vorliegenden Fall des Fassers lag nach den Sachverhaltsfeststellungen lediglich eine mündliche, sehr rudimentäre Rahmenvereinbarung vor, die sich auf „die Art und Höhe der Entlohnung von nebenberuflichen Einsätzen als Aushilfskraft“ beschränkte. Dazu kam wohl auch eine Vereinbarung über die Art der Tätigkeit als Fasser, nämlich die Versorgung von KellnerInnen mit frischen Getränken. Somit lag keine „bewusste umfassende vertragliche Vereinbarung“ iSd P&C-E vor, die zu einer intensiveren Bindung des/der AN geführt hätte.

Der OGH hebt in der P&C-E an mehreren Stellen die „umfassende, unbefristete Vereinbarung“ hervor und betont den Unterschied zu „Rahmenkonditionsvereinbarungen“, bei denen überhaupt keine Integration in den Betrieb des Vertragspartners/der Vertragspartnerin vorgesehen war (mit Verweis auf OGH 9 ObA 52/88 ZAS 1989, 136 [Schöffl] – hier lag deshalb grundsätzlich auch gar kein Arbeitsverhältnis vor) oder es an einem Willen zu einer dauerhaften, durchgehenden Vereinbarung fehle (mit Verweis auf OGH 8 ObA 15/98h DRdA 1999/44 [Krapf] – Blutspendedienst). Die Beurteilung als durchgehendes unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer fehlenden Vereinbarung des Arbeitszeitausmaßes wird somit bereits auf den „schriftlichen Rahmendienstvertrag (im Zusammenhang mit den bei seinem Abschluss abgegebenen Erklärungen des zuständigen Mitarbeiters der bekIP [Anm: der AG] über das zu erwartende durchschnittliche Beschäftigungsangebot, das weit über eine fallweise Beschäftigung hinausging)“ gegründet.

Im vorliegenden Fall fehlt es sowohl an einer umfassenden Rahmenvereinbarung als auch an einer von Seiten der AG ausgelösten Erwartung des AN eines bestimmten Mindestausmaßes der Arbeitsleistung. Außerdem wurden die Arbeitseinsätze nicht von der AG angeboten, was auf eine Arbeitszeiteinteilung hauptsächlich nach deren Interessen hindeuten würde, sondern der AN trug seine gewünschten Kalendertage selbst in ein dafür vorgesehenes Kalenderblatt ein. Es liegt somit kein Erklärungsverhalten der AG vor, das auf ein durchgängiges Vertragsverhältnis hindeutet. Der OGH betont daher zu Recht, dass im vorliegenden Fall weder verpönte „Arbeit auf Abruf“ noch eine einseitig am Bedarf des Unternehmens orientierte, variable Arbeitszeit vorliege (dies unter Berufung auf die Blutspende-E OGH 8 ObA 15/98h DRdA 1999/44 [Krapf] und nicht auf die P&C-E). Ebenso spricht die einseitige, nicht begründungspflichtige Ablehnungsmöglichkeit bereits vereinbarter Arbeitseinsätze gegen ein durchgängiges Vertragsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit, womit aber eine weitere – vom OGH nicht angesprochene – Frage kurz aufzuwerfen ist, nämlich jene, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

3. Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag?

Schwierig in Einklang zu bringen ist die vorliegende E auch mit jener des OGH (9 ObA 10/99g DRdA 1999,

392; vgl Karl, Zur rechtlichen Qualifikation von Sprachlehrern, ASoK 1999, 277) zu einem Sprachlehrer, der keine Fixstundenverpflichtung hatte und spätestens am Vortag durch Eintragung in ein Blocking-Buch Zeiträume bekannt geben konnte, innerhalb derer er für Unterrichtszwecke zur Verfügung stand. Am Nachmittag eines jeden Tages wurde dann zwischen der Sprachschule und dem Sprachlehrer telefonisch festgelegt, zu welchen Stunden nun tatsächlich unterrichtet werden sollte. Die Abhaltung fix vereinbarter Unterrichtsstunden konnte aus bestimmten Gründen abgelehnt werden, etwa, wenn SchülerInnen zudringlich wurden. Unbegründete Ablehnung oder unbegründete Absage bzw Nichterscheinen zu bereits vereinbarten Unterrichtsstunden hatte Konsequenzen zur Folge; sei es, dass ein derart unverlässlicher Mitarbeiter nicht mehr im gleichen Ausmaß betraut wurde wie bisher oder dass ihm überhaupt keine Stunden mehr zugeteilt wurden. Im zu beurteilenden Fall hatte sich der Sprachlehrer nicht von Tag zu Tag, sondern meistens für größere Zeiträume von zwei bis drei Wochen oder mehr durch Eintragung ins Blocking-Buch als verfügbar erklärt.

Der Gerichtshof beurteilte dies als durchgängiges Vertragsverhältnis, das aber wegen der starken Ingerenz des Arbeitenden auf das Ausmaß und die Lage der Arbeitszeit sowie der Absagemöglichkeiten bereits vereinbarter Einsätze kein „echtes“, sondern ein *freies Dienstverhältnis* sei. Aus meiner Sicht spricht vieles dafür, dass die Sprachlehrer-E verfehlt ist und eigentlich von einer „fallweise Beschäftigung“ als AN auszugehen gewesen wäre und nicht von einem, dem Schutz des Arbeitsrechts nicht unterliegenden, freien Dienstverhältnis.

Will man aber an dieser Rsp festhalten und sie mit der vorliegenden E zum Fasser harmonisieren, dann kommt es wohl auf den Willen der Vertragsparteien an, ob eine dauerhafte, durchgängige Beschäftigung mit vom Arbeitenden zu bestimmendem variablen Arbeitszeitausmaß beabsichtigt ist oder tatsächlich eine bloß fallweise Beschäftigung als echte/r AN. Auf letzteres deutet die Möglichkeit hin, dass die vereinbarten Arbeitseinsätze sanktionslos und ohne Verpflichtung zur Entsendung eines Vertreters/einer Vertreterin abgesagt werden konnten. Das ist ein gewichtiges Argument dafür, dass keine durchgängige, sondern tatsächlich eine sehr kurzfristige Beschäftigung ohne weitere Verpflichtungen beabsichtigt war.

Dies schließt aber die persönliche Abhängigkeit während der einzelnen Arbeitseinsätze nicht aus. War der Dienst einmal angetreten, dann konnte der Fasser seinen Arbeitsplatz nicht mehr frei verlassen, sondern war zweifelsohne in den Arbeitsprozess der Diskothek eingegliedert und in seiner persönlichen Freiheit so beschränkt, dass von persönlicher Abhängigkeit während der einzelnen Arbeitseinsätze auszugehen war.

Auf folgenden, sich aus der Rsp ergebenden Widerspruch ist hinzuweisen: Bei einem durchgängigen Vertragsverhältnis als Fasser ist einerseits wegen des sanktionslosen Absagerechts bereits vereinbarter Einsätze ein freies Dienstverhältnis mit geringem Schutz anzunehmen – andererseits ist bei einer fallweisen Beschäftigung, die eine isolierte Betrachtung der einzelnen Einsätze nach sich zieht, von „echten“ Arbeitsverhältnissen auszugehen. Die Rsp, die in sol-

chen Konstellationen durchgängige freie Dienstverhältnisse annimmt, sollte deshalb mE noch einmal überdacht werden.

4. Zur Zulässigkeit der Kettenbefristung

Ist nun klargestellt, dass keine durchgängige Beschäftigung vorliegt, ist die Frage nach der Zulässigkeit der Kettenbefristung zu lösen, für die es in Österreich bekanntlich keine explizite gesetzliche Regelung gibt, was mE der Umsetzungsverpflichtung der Befristungs-RL 1999/70/EG nicht gerecht wird (siehe *Jöst/Risak*, Aktuelle Neuerungen im Arbeitsrecht, ZAS 2002, 97 [100]). Die Rsp sieht unter Berufung auf § 879 ABGB die Aneinanderreihung einzelner auf bestimmte Zeit abgeschlossener Arbeitsverträge nur dann als zulässig an, wenn dies im Einzelfall durch besondere soziale oder wirtschaftliche Gründe, die in der Person des/der AN liegen, gerechtfertigt ist. Ansonsten liegt ab der zweiten, nicht gerechtfertigten Befristung ein durchgängiges Arbeitsverhältnis vor (zB OGH 9 ObA 118/88 infas 1989 A 4).

Chr. Klein (Möglichkeiten und Grenzen flexibler Teilzeitarbeit, in FS Cerny 219 [226, 235]) führt bei

seiner Untersuchung zu den Möglichkeiten flexibler Teilzeit einen einzigen Grund und ein Indiz für eine zulässige fallweise Beschäftigung an. Als *Grund* ist lediglich eine Rechtfertigung mit Umständen möglich, die in der Person des/der AN liegen. Als Beispiel sind neben der hier vorliegenden anderweitigen Haupteinkommensquelle des AN auch die Ausbildung (vgl OGH 8 ObA 15/98h DRdA 1999, 318 [*Krapf*] – Medizinstudium) oder familiäre Betreuungspflichten zu nennen. Das *Indiz*, dass die Tätigkeit im Interesse des/der AN nur fallweise stattfinden soll und nicht als durchgängig intendiert ist, ist das Verhältnis zwischen der Gesamtdauer der Arbeitsverhältnisse und der Gesamtdauer der Unterbrechungen andererseits. MaW: Je größer die Abstände zwischen den einzelnen Arbeitsverhältnissen sind, desto mehr spricht dafür, dass es sich tatsächlich um einzelne Arbeitsverhältnisse und keine Umgehungen handelt. Der OGH kommt deshalb unter Zugrundelegung dieser Kriterien im Einklang mit seiner bisherigen Rsp zum Schluss, dass es sich um eine zulässige Kettenbefristung handelt und kein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt.

MARTIN RISAK (WIEN)

Handynutzung durch nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder während der Arbeitszeit

35.

1. Auch Mobiltelefone sind Sacherfordernisse gem § 72 ArbVG, da sie heute zur üblichen Büroausstattung gehören.
2. Daher steht auch den nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern im Prinzip das Recht zu, zur Ausübung der Betriebsrats Tätigkeit ihre Mobiltelefone zu verwenden, und zwar auch während der Arbeitszeit.
3. Die Betriebsrats Tätigkeit beschränkende Maßnahmen des AG können im Einzelfall durch betriebliche Gründe gerechtfertigt werden. Die Rechtfertigung ist in Beachtung des Normzwecks des § 115 ArbVG im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den Interessenvertretungsaufgaben und den Betriebsinteressen zu prüfen.
4. Die Rechtfertigung des Handyverbots mit dem AN-Schutz und die Befürwortung des Verbots durch den Arbeitsinspektor genügt dafür nicht, da faktische Gegebenheiten, die kurzfristig ein Telefonieren wegen des Lärms bei den Maschinen und der hohen Temperaturen im Heißeinsatzbereich nicht ermöglichen, nicht ein generelles Verbot ermöglichen.

Die Bekl beschäftigt rund 720 Arbeiter und 70 bis 80 Leiharbeiter. Der klagende Arbeiter-BR hat 13 Mitglieder, von denen zwei permanent freigestellt sind. Die sonstigen Betriebsräte sind in drei bis vier Schichten tätig, darunter auch im Gießereibereich. Dem Arbeiter-BR steht ein Büro samt Festnetztele-

fon und Fax sowie Computer mit E-Mail und Internet zur Verfügung. Die beiden permanent freigestellten Betriebsratsmitglieder verfügen auch über Mobiltelefone. Die Produktionsstätten der Bekl umfassen mehrere Hallen in verschiedenen Gebäuden. Pro Halle und Schicht sind mehrere Schichtführer im Einsatz, die über „Schichtführerhandys“ verfügen; die Schichtführerbüros sind mit einem Festnetzanschluss ausgestattet. Zur Sicherheitsausrüstung der Arbeiter gehört ein Gehörschutz, der aufgrund des Lärmpegels in den Produktionshallen bei den Maschinen verwendet werden muss. Im Gießereibereich müssen Heißeinsatzhandschuhe getragen werden. Zudem gibt es drei weitere Arten von Handschuhen, wobei die Bedienung eines Mobiltelefons nur mit der dünnsten Ausführung der Handschuhe überhaupt möglich ist. Aufgrund der Lärmsituation im Produktionsbereich ist es nicht möglich, das Läuten und auch das Vibrieren eines Mobiltelefons wahrzunehmen. Aus diesem Grund reagierten die Betriebsratsmitglieder auf Anrufe an ihrem Handy zumeist mit einer Zeitverzögerung von bis zu einer Stunde.

Am 30.3.2010 wurde die Nutzung des Privathandys während der Arbeitszeit am Arbeitsplatz untersagt. Aktive Betriebsratsmitglieder wurden von diesem Verbot ausgenommen. Am 28.3.2012 wurde dieses Verbot der privaten Handynutzung am Arbeitsplatz auf die aktiven, nicht freigestellten Arbeiterbetriebsratsmitglieder ausgedehnt. Mit Schreiben vom 2.5.2012 unterstützte der Arbeitsinspektor das Handyverbot am Arbeitsplatz im Produktionsbereich.

Der Kl begehrte die Feststellung, dass die Nutzung privater Mobiltelefone (auch) durch *nicht freigestellte*

§§ 72, 115
Abs 3, 4,
116, 117 ArbVG

OGH
28.10.2013
8 ObA 58/13g

OLG Wien
27.6.2013
7 Ra 27/13m

LG St Pölten
23.11.2012
27 Cga 131/12y

Arbeiterbetriebsräte in Ausübung ihrer Betriebsrats-tätigkeit keine Privatnutzung darstelle und daher über den 30.3.2012 hinaus während der Arbeitszeit zulässig sei. Das Verbot der Handynutzung für nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder verstoße gegen das Beschränkungsverbot des § 115 Abs 3 ArbVG. Diese Maßnahme sei auch nicht durch überwiegende schutzwürdige Interessen der Bekl gerechtfertigt. Da sich die Betriebsräte schon wegen des hohen Lärmpegels zum Telefonieren vom Arbeitsplatz entfernen müssten, bestehe auch kein erhöhtes Sicherheitsrisiko. Bei Vorliegen einer Gefahrensituation würden die Betriebsräte Anrufe ohnedies nicht entgegennehmen. Die Inanspruchnahme der Schichtführertelefone sei nicht adäquat, weil die Betriebsräte in Ausübung ihrer Tätigkeit keiner Kontrolle durch die Bekl unterliegen dürften.

Die Bekl entgegneten, dass das Verbot der Nutzung privater Mobiltelefone dem AN-Schutz diene. Es würde ein erhöhtes Sicherheitsrisiko bedeuten, wenn die Betriebsratsmitglieder wegen eines Anrufs die Sicherheitsausrüstung ablegen oder durch ein Telefonat abgelenkt würden. Die Erreichbarkeit der Betriebsratsmitglieder sei sichergestellt, weil eine Kontaktaufnahme über das Schichtführertelefon jederzeit möglich sei.

Das Erstgericht wies das Feststellungsbegehren hinsichtlich der aktiven, nicht freigestellten Arbeiterbetriebsräte (samt Eventualbegehren) ab. [...]

Das Berufungsgericht bestätigte diese E. [...] Die ordentliche Revision sei mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zulässig.

Gegen diese E richtet sich die Revision des Kl, die auf eine Stattgebung des Feststellungsbegehrens (auch) hinsichtlich der aktiven, nicht freigestellten Mitglieder des Arbeiter-BR abzielt.

Mit ihrer Revisionsbeantwortung beantragen die Bekl, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen, in eventu, diesem den Erfolg zu versagen.

Entgegen dem den OGH nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts ist die Revision zulässig, weil sich die Beurteilung der Vorinstanzen zur Zulässigkeit des in Rede stehenden Verbots der Nutzung privater Mobiltelefone durch die aktiven, nicht freigestellten Betriebsratsmitglieder als korrekturbedürftig erweist. Die Revision ist dementsprechend auch berechtigt.

1. Im Revisionsverfahren ist die Frage zu klären, ob den aktiven, *nicht freigestellten* Betriebsratsmitgliedern im Betrieb der Bekl die Verwendung von Mobiltelefonen zur Verrichtung ihrer Betriebsrats-tätigkeit während der Arbeitszeit untersagt werden darf. Die Kl berufen sich auf das Beschränkungsverbot nach § 115 Abs 3 ArbVG.

2. In der Rsp ist anerkannt, dass (auch) Mobiltelefone Sacherfordernisse iSd § 72 ArbVG darstellen und der Begriff der Kanzlei- und Geschäftserfordernisse nach dieser Bestimmung dynamisch zu interpretieren, also dem jeweiligen Stand der technologischen Entwicklung anzupassen ist (9 ObA 89/07i; *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 72 Rz 11 f; *Kallab* in *ZellKomm*² § 72 ArbVG Rz 8; *Preiss* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht⁴ § 72 Erl 1 und 4). Heutzutage stellt das Mobiltelefon sowohl im Privat- als auch im Unternehmensbereich

ein übliches Kommunikationsmittel dar. Die modernen Kommunikationsformen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Erreichbarkeit nahezu überall und zu jeder Zeit gegeben ist. Ausgehend von dieser technologischen Entwicklung gehören Mobiltelefone zur üblichen Büroausstattung (*Preiss* § 72 Erl 1). Es kann daher auch nicht ausgeschlossen werden, dass unter bestimmten Umständen die Beistellung einer angemessenen Anzahl von Mobiltelefonen nach § 72 ArbVG in Betracht kommt (vgl 9 ObA 89/07i), sofern dies in concreto nach Vornahme einer Interessenabwägung tatsächlich erforderlich ist (*Preiss* § 72 Erl 6).

3.1 Nach dem Beschränkungsverbot iSd § 115 Abs 3 ArbVG sind grundsätzlich alle Anordnungen des Betriebsinhabers untersagt, die innerhalb des betriebsverfassungsrechtlichen Wirkungsbereichs den AN die Inanspruchnahme des BR oder dem BR die Ausübung seiner Befugnisse erschweren oder unmöglich machen. Auch auf AN-Schutzvorschriften gestützte generelle Verbote dürfen nicht zu einer Beschränkung der Tätigkeit der Betriebsratsmitglieder in Durchführung ihrer Aufgaben führen (vgl *Schneller* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, Arbeitsverfassungsrecht⁴ § 115 Erl 6). Eine Beschränkung der Betriebsrats-tätigkeit besteht in jedem Eingriff in den Ablauf des vom Betriebsratsmitglied gewünschten bzw in Aussicht genommenen Verhaltens im Rahmen der Interessenvertretung als Belegschaftsorgan. Das Beschränkungsverbot schützt dabei nicht nur das Belegschaftsorgan als Gremium (vgl 9 ObA 175/08p; 9 ObA 133/12t), sondern auch jedes einzelne Betriebsratsmitglied vor einer Erschwerung oder Verhinderung seiner Mandatsausübung (*Resch* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 115 Rz 81 f).

3.2 Bis zur Ausdehnung des Verbots der Handynutzung auf aktive, nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder am 28.3.2012 durften sämtliche Betriebsratsmitglieder ihre Mobiltelefone zur Verrichtung ihrer Betriebsrats-tätigkeit im Betrieb der Bekl verwenden. Dass die betroffenen Betriebsratsmitglieder durch dieses Verbot in der von ihnen gewünschten Art und Weise der Verrichtung ihrer Betriebsrats-tätigkeit behindert werden und das Verbot zu Recht als Eingriff in ihre Befugnisse als Belegschaftsvertreter betrachten, ist evident.

Hinzu kommt, dass die dargestellten Wertungen nach § 72 ArbVG in die hier anzustellende Beurteilung nach § 115 Abs 3 ArbVG einzufließen hat. Dies ergibt sich vor allem aus der gleichgelagerten Zielrichtung beider Bestimmungen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Betriebsratsfonds jene Sacherfordernisse, deren Bereitstellung der Betriebsinhaber rechtswidrig verweigert, auch selbst anschaffen könnte (*Preiss* § 72 Erl 6; siehe dazu auch 9 ObA 175/08p).

3.3 Für den Anlassfall ergibt sich aus diesen Grundsätzen, dass auch den nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern im Prinzip das Recht zusteht, zur Ausübung der Betriebsrats-tätigkeit ihre Mobiltelefone zu verwenden, und zwar auch während der Arbeitszeit. Gerade das Erfordernis der raschen, möglichst einfachen und breiten Erreichbarkeit des bevorzugten Betriebsratsmitglieds für die Mitarbeiter und die flexible Handhabung der Kontaktaufnahme mit Rücksicht auf den jeweils konkret stattfindenden

Arbeitsablauf spricht eindeutig für den Einsatz von Mobiltelefonen. Das in Rede stehende Verbot der Verwendung privater Mobiltelefone stellt somit eine potentielle Beschränkung der Betriebsratsstätigkeit nach § 115 Abs 3 ArbVG dar.

4.1 Auch die Betriebsratsstätigkeit beschränkende Maßnahmen des AG können im Einzelfall durch betriebliche Gründe gerechtfertigt werden. Die Rechtfertigung ist in Beachtung des Normzwecks des § 115 ArbVG im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den Interessenvertretungsaufgaben und den Betriebsinteressen zu prüfen (vgl. *Resch* § 115 Rz 61).

4.2 Die Bekl beruft sich zur Rechtfertigung des Handyverbots auf den AN-Schutz und die Befürwortung des Verbots durch den Arbeitsinspektor.

Im gegebenen Zusammenhang bestehen zwei Gefahrenquellen, die auch die Verwendung einer Sicherheitsausrüstung erforderlich machen, und zwar die Lärmentwicklung bei den Maschinen in den Produktionshallen und die hohen Temperaturen im Heißeinsatzbereich (Gießereibereich).

4.3 Nach den Feststellungen ist es aufgrund der Lärmsituation in den Produktionshallen *faktisch* nicht möglich, das Läuten oder Vibrieren eines Mobiltelefons wahrzunehmen. Entgegen der Ansichten der Vorinstanzen können derartige faktische Gegebenheiten das in Rede stehende Verbot der Verwendung von Mobiltelefonen allerdings nicht rechtfertigen. Nach den Feststellungen reagieren die Betriebsratsmitglieder im Fall eines Anrufs in der Regel zeitverzögert. Die Verwendung eines Mobiltelefons ermöglicht ihnen also, den Zeitpunkt des Rückrufs frei zu bestimmen und die Wahrnehmung ihrer Aufgaben als Interessenvertreter mit den Erfordernissen des konkreten Arbeitsablaufs und des AN-Schutzes zu koordinieren.

Anders als die Vorinstanzen meinen, stellt die Möglichkeit der Verwendung der Mobiltelefone der Schichtführer (bzw der Teamleiter oder Abteilungsleiter) oder der Festnetztelefone in den Schichtführerbüros keine adäquate Alternative für die Betriebsratsmitglieder dar. Nach den Feststellungen dürfen diese Telefone nur „in dringenden Fällen“ von den Mitarbeitern benützt werden. Demgegenüber muss jedem Betriebsratsmitglied selbst die Entscheidung überlassen sein, welche Betriebsratsstätigkeit zu welcher Zeit ausgeübt wird (vgl. *Resch* § 115 Rz 84). Die Betriebsratsmitglieder dürfen daher in ihrer Kompetenz, wann sie eine Kontaktaufnahme mit der Belegschaft für erforderlich halten, nicht durch die fremdbestimmte Beurteilung, ob ein Anruf „dringend“ ist, beschränkt werden. Aus diesem Grund ist auch etwa die aus § 72 ArbVG resultierende Pflicht des Betriebsinhabers zur Überlassung von Mobiltelefonen nur dann erfüllt, wenn dem BR die uneingeschränkte Verfügungsmacht über die Handys eingeräumt wird. Zudem ist eine Überprüfung der vom BR geführten Telefongespräche, etwa durch Überprüfung der einzelnen angerufenen Telefonnummern, nicht zulässig. Eine solche Vorgangsweise würde nicht nur die Tätigkeit des BR behindern, sondern auch die Verschwiegenheitspflicht gem § 115 Abs 4 ArbVG gefährden (*Preiss* § 72 Erl 7).

4.4 Ein objektives Gefahrenpotential im Zusammenhang mit der Verwendung von Mobiltelefonen besteht

nach den Feststellungen im Heißeinsatzbereich (Gießereibereich), was sich auch aus dem Schreiben des Arbeitsinspektors ergibt. Zunächst lässt sich den Feststellungen nicht eindeutig entnehmen, ob alle aktiven, nicht freigestellten Arbeiterbetriebsräte überhaupt im Gießereibereich arbeiten (arg: „darunter auch im Gießereibereich“). Ungeachtet dieses Umstands ist auch für den Kl unbestritten, dass im Heißeinsatzbereich nicht telefoniert werden darf, sondern dieser Bereich zum fraglichen Zweck verlassen werden muss.

Die Betriebsratsmitglieder, die im Gießereibereich arbeiten, haben grundsätzlich auch das *Recht*, zum Telefonieren den Gefahrenbereich zu verlassen. Nach § 116 ArbVG hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf *Freistellung* von der Arbeit, soweit die Ausübung der Betriebsratsstätigkeit während der Arbeitszeit *erforderlich* ist. Auch diese Frage ist anhand einer Interessenabwägung zu beantworten. Dabei ist zu beachten, dass die Vornahme der Interessenabwägung zunächst dem jeweiligen Betriebsratsmitglied selbst obliegt; sie unterliegt der nachträglichen gerichtlichen Erforderlichkeitsprüfung. Wie viel Zeit ein Betriebsratsmitglied für die Erfüllung seiner Aufgaben als Interessenvertreter benötigt und in welcher Intensität eine solche Aufgabe wahrgenommen werden soll, hat also das betroffene Betriebsratsmitglied zunächst selbst zu entscheiden (*Resch* § 116 Rz 21 f; *Schneller* § 116 Erl 1). Konkret muss im jeweiligen Einzelfall selbst beantwortet werden, ob der Gefahrenbereich verlassen werden darf, um das private Mobiltelefon zur Ausübung der Betriebsratsstätigkeit zu verwenden. Im gegebenen Zusammenhang ist anerkannt, dass eine Mandatsausübung während der Arbeitszeit etwa dann erforderlich ist, wenn der *Kontakt* mit den nur während der Arbeitszeit im Betrieb anwesenden AN notwendig ist (*Resch* § 116 Rz 19; *Schneller* § 116 Erl 1).

Die Bekl gehen letztlich selbst von diesen Grundsätzen aus, zumal sie den Betriebsratsmitgliedern zugestehen wollen, zum Telefonieren die Festnetz- und Mobiltelefone der Schichtführer zu verwenden. Auch dies kann freilich nicht im Gefahrenbereich erfolgen.

4.5 Entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts bedeutet dies für den Anlassfall, dass ein Betriebsratsmitglied nach (von ihm bemerkter) Kontaktaufnahme durch einen Mitarbeiter nach pflichtgemäßer Einschätzung der Erforderlichkeit und mit Rücksicht auf die betrieblichen Notwendigkeiten im Hinblick auf den konkret im Gang befindlichen Arbeitsablauf seinen Arbeitsplatz verlassen darf, um außerhalb des Gefahrenbereichs in Ausübung seiner Aufgaben als Belegschaftsvertreter auch mit dem Mobiltelefon zu telefonieren. Beachtet das Betriebsratsmitglied diese Bedingungen, so sprechen weder AN-Schutzüberlegungen noch sonstige Gründe dagegen, ein Mobiltelefon am Arbeitsplatz mitzuführen und erforderlichenfalls außerhalb des Gefahrenbereichs zu verwenden.

4.6 Der Umstand, dass im Betrieb der Bekl außer den Heißeinsatzhandschuhen noch andere Arten von Sicherheitshandschuhen zum Einsatz gelangen, die die Bedienung eines Handys unmöglich machen, betrifft wiederum nur faktische Gründe, die das in Rede stehende Verbot der Bekl keinesfalls rechtfertigen können.

4.7 Schließlich ist auch das Argument des Erstgerichts, es reiche aus, wenn die beiden permanent freigestellten Betriebsratsmitglieder Mobiltelefone während der Arbeitszeit nützten, nicht stichhaltig. Eine permanente Freistellung nach § 117 ArbVG darf nämlich nicht dazu führen, dass die anderen Betriebsratsmitglieder nur auf die Mitwirkung in den Sitzungen des BR beschränkt werden (vgl. *Mosler* in *ZellKomm*² § 116 ArbVG Rz 7). Auch ihnen kann der Kontakt insb zu den Mitarbeitern oder den überbetrieblichen Interessenvertretungen nicht generell verwehrt werden. Selbst wenn bei Vorhandensein permanent freigestellter Betriebsratsmitglieder „die Erforderlichkeit“ der Freistellung von der Arbeitspflicht nach § 116 ArbVG strenger zu prüfen ist (*Resch* § 116 Rz 29; *Mosler* § 116 Rz 7), sind die Mitarbeiter nicht gehalten, ausschließlich mit den permanent freigestellten Betriebsratsmitgliedern in Kontakt zu treten.

4.8 Insgesamt ergibt sich somit, dass die von den Bkl und von den Vorinstanzen ins Treffen geführten betrieblichen Gründe die Beschränkung der Betriebsratstätigkeit in Bezug auf die übliche Kommunikationsform mit Mobiltelefonen nicht tragen. [...]

Anmerkung

Obwohl der gegenständliche Sachverhalt die heute alltägliche Frage der Zulässigkeit des Telefonierens mit dem Handy im Betrieb bzw während der Arbeitszeit betrifft, sind in diesem Zusammenhang auch grundsätzliche Fragen des Betriebsverfassungsrechts zu behandeln. Der OGH hat diesen Fall mustergültig gelöst, sodass diesem Urteil vollinhaltlich zuzustimmen ist. Da es in der Praxis und wie man hier sieht auch beim Erst- und Berufungsgericht immer wieder Missverständnisse über grundsätzliche Fragen im Betriebsverfassungsrecht gibt, möchte ich solche näher beleuchten. Bevor man die Frage der Zulässigkeit der Handynutzung durch einzelne, nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder beantworten kann, muss man sich mit der Frage beschäftigen, welche Befugnisse dem BR überhaupt zustehen und danach, ob diese Befugnisse nur dem Kollegialorgan und/oder auch den einzelnen Betriebsratsmitgliedern zustehen. Das Erstgericht hat hier die Ansicht vertreten, es genüge, dass die gem § 117 ArbVG freigestellten Betriebsratsmitglieder mit den Handys während der Arbeitszeit telefonieren könnten. Erst- und Berufungsgericht hielten auch die Möglichkeit des Telefonierens „in dringenden Fällen“ mit den Handys der Schichtführer etc für ausreichend. Daher ist nun den Ursachen auf den Grund zu gehen.

1. Betriebsratsbefugnisse

Die grundlegende Bestimmung des Betriebsverfassungsrechts findet sich in § 38 ArbVG und ist mit der Überschrift „Aufgaben“ versehen. Danach haben die Organe der Arbeitnehmerschaft die Aufgabe, die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der AN im Betrieb wahrzunehmen und zu fördern. Deren Zweck ist es, die AN des Betriebes in die Lage zu versetzen, ihre Interessen gegenüber dem Betriebsinhaber zur Geltung zu bringen. Diese Aufgabe kommt den Organen der Arbeitnehmerschaft zu. § 38 ArbVG kommt eine zentrale Bedeutung zu, indem dort

die grundlegende Interessenvertretungsaufgabe formuliert wird (vgl. *Gahleitner* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, *Arbeitsverfassungsrecht* 24 [2010] § 38 Erl 1). Die der Arbeitnehmerschaft eingeräumten Befugnisse in den §§ 89 ff ArbVG sind dieser Aufgabe zugeordnet, also Mittel zum Zweck. Sie dienen nicht dazu, den Interessengegensatz zwischen AG und AN zu überwinden, sondern die Austragung dieser Gegensätze in geordnete Bahnen zu lenken, wobei der Grundsatz des Betriebsfriedens oberste Richtschnur ist (vgl. *Strasser* im *ArbVG-HK* [1975] §§ 38, 39 4.3.1.). Außerdem soll dadurch die nach Meinung des Gesetzgebers schwächere Seite in dieser Auseinandersetzung gestärkt werden. In Zweifelsfällen ist § 38 Richtlinie für Interpretation und Handhabung einzelner Bestimmungen der Betriebsverfassung (vgl. *Floretta/Spielbühler/Strasser*, *Arbeitsrecht* II³ [1990] 303). Das 3. Hauptstück des II. Teils (Betriebsverfassung) trägt die Überschrift „Befugnisse der Arbeitnehmerschaft“ und unterteilt diese dann in Abschnitt 1 „Allgemeine Befugnisse“ und in die Abschnitte 2 bis 4 mit der Bezeichnung „Mitwirkung“ in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten. Daneben gibt es aber auch innerhalb des 3. Hauptstückes Befugnisse, welche andere ergänzen bzw konkretisieren. Auch in anderen Gesetzen (zB § 4 Abs 2 AZG, § 2 Abs 4 UrlG) finden sich einzelne Befugnisse (vgl. *Cerny* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, *Arbeitsverfassungsrecht* 34 [2009] § 89 Erl 1).

2. Ausübung der Betriebsratsbefugnisse

Das Grundkonzept der Betriebsverfassung geht davon aus, dass die Befugnisse dem Kollegialorgan (BR) zustehen. Dies wird auch durch § 69 ArbVG bestätigt (vgl. *Neumayr* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, *Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz* [Loseblatt] § 69 Rz 1 mwN), welcher die Übertragung von Aufgaben im Einzelfall regelt. Gem § 69 Abs 1 ArbVG kann der BR im Einzelfall die Durchführung einzelner seiner Befugnisse einem oder mehreren seiner Mitglieder übertragen. Würde man nun die naheliegende These vertreten, dass alle Befugnisse nur dem BR als Kollegialorgan zustehen, so würde dies nicht nur bedeuten, dass Betriebsratsmitglieder einer Minderheitsfraktion mit Ausnahme der Teilnahme an einer Betriebsrats-sitzung keine sonstigen Befugnisse hätten, sondern auch, dass den Betriebsratsmitgliedern der Mehrheitsfraktion infolge der allgemeinen Vertretungsbefugnis durch den Vorsitzenden gem § 71 ArbVG kaum Befugnisse übrig bleiben würden. Allerdings könnten sich die Mitglieder der Mehrheitsfraktion einzelne Befugnisse übertragen lassen. Eine derart restriktive Interpretation der Befugnisausübung widerspricht aber dem Verhältniswahlrecht gem § 51 Abs 2 ArbVG bzw § 27 BR-WO. Könnten alle Befugnisse nur von der siegreichen Liste ausgeübt werden, hätte es keinen Sinn, der unterlegenen Liste Betriebsratsmandate zuzuteilen. Zudem müssen Rechte, die jeder Mensch gem § 16 ABGB bzw ein AN gem § 37 ArbVG hat, auch jedem einzelnen Betriebsratsmitglied zustehen.

Es ist daher davon auszugehen, dass die allgemeinen Befugnisse gem §§ 89 bis 92 ArbVG sowohl vom BR als Kollegialorgan als auch von den einzelnen Betriebsratsmitgliedern ausgeübt werden können (vgl.

dazu grundsätzlich EA Wien Re 42/67 Arb 8403; EA Leoben Re 24/83 Arb 10.235; VwGH 83/01/0073 DRdA 1986, 146), soweit sie überhaupt einzeln ausübbar sind. Dies ist etwa bei den Quartalsgesprächen gem § 92 Abs 1 ArbVG nicht denkmöglich.

Somit ist grundsätzlich geklärt, dass auch nicht freigestellte Betriebsratsmitglieder Befugnisse als BR ausüben können. Es genügt daher nicht – wie vom Erst- und Berufungsgericht gemeint –, dass die freigestellten Betriebsratsmitglieder telefonieren dürfen und die nicht freigestellten Betriebsratsmitglieder „in dringenden Fällen“ mit den Handys der Schichtführer telefonieren können. Als Letztes ist im Folgenden noch zu klären, inwieweit dies während der Arbeitszeit, also auf Kosten des AG, zulässig ist.

3. Kostentragung

§ 116 ArbVG regelt für die nicht freigestellten Betriebsratsmitglieder eine Entgeltfortzahlung für die Erfüllung ihrer Obliegenheiten. Neben der allgemeinen Voraussetzung, dass die Ausübung der Tätigkeit durch das Betriebsratsmitglied während der Arbeitszeit erforderlich sein muss, sind mE diese Obliegenheiten bei einzelnen Betriebsratsmitgliedern jedenfalls bei Wahrnehmung der allgemeinen Befugnisse sowie bei Wahrnehmung des § 37 Abs 2 ArbVG gegeben. Für eine weite Auslegung des § 116 ArbVG spricht auch § 72 ArbVG, welcher dem BR zur ordnungsgemä-

Ben Erfüllung seiner Aufgaben Sacherfordernisse auf Kosten des AG einräumt. Auch § 22 BR-GO, welcher in großen Betrieben die Beistellung einer Schreibkraft vorsieht (vgl *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz [Loseblatt] § 72 Rz 14 mwN), verwendet den Begriff „Aufgaben“. Es spricht daher Vieles dafür, Aufgaben und Obliegenheiten iSv § 38 ArbVG weit zu verstehen (vgl *Resch in Strasser/Jabornegg/Resch*, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz [Loseblatt] § 116 Rz 10 mwN). Dafür, dass nicht alle Betriebsratsmitglieder ständig in Angelegenheiten des § 38 ArbVG unterwegs sein können, sorgt § 39 Abs 3 ArbVG, welcher verlangt, dass die Tätigkeit der Organe der Arbeitnehmerschaft tunlichst ohne Störung des Betriebes zu erfolgen hat. Welche Aufgaben den einzelnen Organmitgliedern konkret zukommen, ist nach den organisationsrechtlichen Regelungen zu beurteilen, also nach den Organbeschlüssen, insb Konstituierung, Geschäftsordnung und die Beschlüsse gem §§ 69 und 71 ArbVG (vgl *Strasser/Jabornegg*, ArbVG³ § 116 Anm 3; *Resch in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 116 Anm 10). Für den vom OGH entschiedenen Sachverhalt bedeutet dies, dass jedes einzelne Betriebsratsmitglied unter Beachtung der Voraussetzungen des § 116 ArbVG grundsätzlich mit dem Handy während der Arbeitszeit zur Erfüllung aller Aufgaben telefonieren darf.

KLAUS MAYR (LINZ)

Anspruch auf aliquote Sonderzahlungen trotz Entlassung eines Angestellten

36.

1. § 16 AngG steht dem nachträglichen Wegfall eines bereits aliquot erworbenen Sonderzahlungsanspruchs entgegen. Soweit in OGH 15.9.1994, 8 ObA 240/94 obiter eine gegenteilige Auffassung bezüglich § 16 AngG zum Ausdruck kommt, wird an dieser nicht festgehalten.

2. Eine Kollektivvertragsbestimmung, wonach der – ohne Einschränkung und ohne Bedingung gewährte – Sonderzahlungsanspruch im Falle einer schuldhaften Entlassung, eines unberechtigten Austritts oder einer Nichteinhaltung der Kündigungsfrist durch den Angestellten als gar nicht erworben gilt, verstößt gegen die zwingende Bestimmung des § 16 AngG.

Die Bekl war bei der Kl von 10.3.2003 bis zur berechtigten, von der Bekl verschuldeten Entlassung am 30.6.2011 als diplomierte Gesundheits- und Krankenschwester beschäftigt. Sie verrichtete Angestelltentätigkeiten. Mit der Endabrechnung im Juli 2011 nahm die Kl eine Rückverrechnung des der Bekl mit der Juniabrechnung für 2011 bereits ausbezahlten Urlaubsgeldes [...] vor. Daraus errechnet sich unter Berücksichtigung offener Ansprüche der Bekl ein Saldo von 1.238,52 €. [...]

Das Dienstverhältnis unterlag dem KollV für DN der Privatkrankenanstalten Österreichs (idF: KollV). Dessen § 15, der für alle DN, also auch Angestellte gilt, lautet:

„Urlaubsgeld (13. Monatsbezug) und Weihnachtsremuneration (14. Monatsbezug):

1. Allen Dienstnehmern gebührt jährlich ein Urlaubsgeld und eine Weihnachtsremuneration in der Höhe eines laufenden Monatsentgeltes [...].

Der Anspruch auf Urlaubsgeld und Weihnachtsremuneration gebührt nicht, wenn der Dienstnehmer schuldhaft entlassen wird oder ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt oder die Kündigungsfrist nicht einhält.

2. Bei einer Dienstzeit von weniger als einem Jahr gebührt der aliquote Teil. Ein über den aliquoten Teil des Urlaubsgeldes hinausgehendes bereits empfangenes Urlaubsgeld kann mit dem Anspruch auf das aliquote Weihnachtsgeld aufgerechnet werden und umgekehrt.

3. Das Urlaubsgeld ist den Dienstnehmern vor Urlaubsantritt, spätestens aber am 30. Juni, das Weihnachtsgeld spätestens am 30. November des laufenden Jahres zur Auszahlung zu bringen. [...]

Die Kl begehrt, gestützt auf § 15 Z 1 zweiter Satz KollV, den offenen Saldo von 1.238,52 € [...].

Die Bekl bestritt das Klagebegehren dem Grunde nach [...]. § 15 Z 1 zweiter Satz KollV widerspreche der zwingenden (§ 40 AngG) Bestimmung des § 16 AngG und sei daher rechtsunwirksam. Unter Berücksichtigung der der Bekl zustehenden aliquoten Weihnachtsremuneration (1.1.2011 bis 30.6.2011) und des Anspruchs der Kl auf Rückverrechnung des aliquoten Urlaubsgeldes (1.1.2011 bis 30.6.2011) stehe der Kl nichts mehr zu. [...]

§§ 16, 40 AngG

OGH
26.11.2013
9 ObA 82/13v

OLG Wien
16.4.2013
8 Ra 124/12g

ASG Wien
7. 5. 2012
11 Cga 196/11i

Das *Erstgericht* sprach aus, dass die Klagsforderung zu Recht [...] bestehe [...].

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung der Bekl nicht Folge. Übereinstimmend mit dem *Erstgericht* gelangte es zum Ergebnis, dass § 15 Z 1 zweiter Satz KollV nicht gegen § 16 AngG verstoße, weil diese Aliquotierungsverpflichtung keinen Anspruch auf eine Remuneration schaffe, sondern einen solchen voraussetze. Einen derartigen Anspruch habe die Bekl hier aber aufgrund der berechtigten Entlassung nicht erworben. Die Bekl sei auch ohne ausdrückliche Rückverrechnungsregel zur Rückzahlung der zuviel ausbezahlten Sonderzahlung verpflichtet. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil keine höchstgerichtliche Rsp zu dem in einem Angestellten-KollV normierten Entfall der Sonderzahlung bei berechtigter verschuldeter Entlassung vorliege. [...]

Rechtliche Beurteilung [des OGH]:

[...] Nach stRsp ist es den Kollektivvertragsparteien unbenommen, das Entstehen des Anspruchs auf Sonderzahlungen, auf die kein gesetzlicher Anspruch besteht, an bestimmte Bedingungen zu knüpfen (RIS-Justiz RS0048332), soweit deren Ausgestaltung nicht gegen die gesetzlichen Rahmenbedingungen bzw gegen grundlegende Wertungen der Arbeitsrechts- und Sozialrechtsordnung verstößt (9 ObA 85/10f). Regelungen in (Arbeiter-)Kollektivverträgen, wonach der Anspruch auf die aliquoten Sonderzahlungen bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis ua dann entfällt (erlischt), wenn der AN unberechtigt vorzeitig ausgetreten ist oder berechtigt entlassen wird, wurden für zulässig erklärt (9 ObA 40/95; 8 ObA 75/07y; 9 ObA 97/08t ua). Bei einer gerechtfertigten Entlassung des AN wird dieser Anspruch auf Sonderzahlungen dann gar nicht erworben und eine bereits enthaltene [gemeint wohl: erhaltene] Sonderzahlung ist auch ohne ausdrückliche Rückzahlungsverpflichtung zurückzuzahlen (RIS-Justiz RS0048332).

§ 16 Abs 1 AngG lautet: „*Falls der Angestellte Anspruch auf eine periodische Remuneration oder auf eine andere besondere Entlohnung hat, gebührt sie ihm, wengleich das Dienstverhältnis vor Fälligkeit des Anspruches gelöst wird, in dem Betrage, der dem Verhältnisse zwischen der Dienstperiode, für die die Entlohnung gewährt wird, und der zurückgelegten Dienstzeit entspricht.*“

Nach ständiger Judikatur schafft § 16 AngG keinen gesetzlichen Anspruch auf Sonderzahlungen, sondern setzt einen solchen – aufgrund eines Einzelvertrags, eines KollV oder einer sonstigen (neben dem AngG anwendbaren) Norm bestehenden – Anspruch voraus (RIS-Justiz RS0028232, RS0030313). Allerdings kann die nach § 40 AngG zwingende Bestimmung des § 16 AngG weder durch Dienstvertrag noch durch KollV (RIS-Justiz RS0029931; *Drs* in ZellKomm² § 40 AngG Rz 1 mwN) dadurch umgangen werden, dass die Entstehung des nicht mit einer spezifischen Leistung des AN verknüpften, sondern für die gesamte Arbeitsleistung im Kalender- oder Arbeitsjahr gebührenden Remunervationsanspruchs an das Erreichen eines bestimmten Stichtags gebunden wird (RIS-Justiz RS0028850). Dem liegt der Zweck der zwingenden Bestimmung des § 16 AngG, dem Angestellten das durch die Arbeitsleistung quotenmäßig fortlaufend von

Tag zu Tag verdiente Entgelt auch dann zu sichern, wenn er vorzeitig ausscheidet, zugrunde (RIS-Justiz RS0028235; 8 ObA 127/00k mwN; *Preiss* in ZellKomm² § 16 AngG Rz 3).

Sonderzahlungen sind eine Form aperiodischen Entgelts, dh mit abweichenden Fälligkeitsterminen, gehören aber zum „laufenden Entgelt“ (8 ObA 11/08p mwN). Sonderzahlungen sind keine freiwilligen Leistungen des AG, sondern aufgrund des KollV geschuldetes echtes Entgelt. Sie sollen die Tag für Tag geleistete Arbeit abgelden (RIS-Justiz RS0102516), werden daher als Gegenleistung für die vom AN erbrachte Arbeit geleistet (*Preiss* in ZellKomm² § 16 AngG Rz 2).

Vereinbarungen, wonach der Anspruch des AN auf den aliquoten Teil der bereits ins Verdienen gebrachten periodischen Sonderzahlung unter gewissen Voraussetzungen entfällt, sind grundsätzlich unwirksam (8 ObA 11/08p; 9 ObA 104/02p mwN).

Der OGH hat bislang noch nicht ausdrücklich zur Frage Stellung genommen, ob auch im Angestelltenrecht Regelungen in Kollektivverträgen, wonach der Anspruch auf die aliquoten Sonderzahlungen bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis ua dann entfällt (erlischt), wenn der AN unberechtigt vorzeitig ausgetreten ist oder berechtigt entlassen wird, zulässig sind.

In 9 ObA 77/94 (9 ObA 78/94) wurde betreffend einer zum Entgeltbestandteil gehörenden Erfolgsprämie festgehalten, dass der AG aufgrund der Aliquotierungsbestimmung des § 16 AngG dem AN diesen bereits erworbenen Entgeltbestandteil nicht einmal dann rückwirkend entziehen hätte können, wenn der AN gerechtfertigt entlassen worden wäre.

In 8 ObA 240/94 wurde zwar obiter ausgesprochen, dass (auch) aus § 16 AngG nicht abgeleitet werden könne, dass in Kollektivverträgen das Entstehen eines Anspruchs auf Remuneration nicht sonst beschränkt werden dürfe, weil nach dem Wortlaut dieser Gesetzesstelle durch diese der Anspruch auf Sonderzahlung nicht begründet, sondern vorausgesetzt werde. Diese E betraf aber einen Arbeiter-KollV.

In 9 ObA 104/02p wurde unter Bezugnahme auf Lehrmeinungen im Zusammenhang mit einem Angestellten-KollV entschieden, dass AN, sofern ihnen laut Arbeitsvertrag oder KollV eine Sonderzahlung gebühre, auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses während des Jahres Anspruch auf jenen Teil der Sonderzahlung hätten, der ihrer Dienstzeit während des laufenden Jahres entspreche. Aus der zwingenden Wirkung des Gesetzes ergebe sich, dass Vereinbarungen, wonach der Anspruch des AN auf den aliquoten Teil der bereits ins Verdienen gebrachten periodischen Sonderzahlung unter gewissen Voraussetzungen entfalle, unwirksam seien.

In 8 ObA 161/02p prüfte der OGH, ob es sich bei einer Aktienoptionszusage des DG, deren Verfall bzw Erlöschen mit der Beendigung des Dienstverhältnisses verknüpft war, um eine „Umgehung“ des § 16 AngG bzw „Vernichtung“ von „erdientem“ Entgelt gehandelt habe. Diese Frage wurde im Wesentlichen mit der Begründung verneint, dass dieser Zusage weder ein bestimmter Arbeitserfolg gegenüber gestanden sei (nur „Motivation“) noch davon ausgegangen werden

könne, dass sie die Arbeitsleistung in einer bestimmten Periode auch nur mit einem bestimmtem Entgelt abgelte. Eine klare synallagmatische Beziehung habe weder zu einer bestimmten Periode der Arbeitszeit noch der Arbeitsleistung bestanden. Die Zusage habe vor Ablauf der Wartezeit keinen selbständigen wirtschaftlichen Wert gehabt und es hätten die Aktienoptionen doch auch ganz wesentlich der freiwilligen Belohnung bereits erbrachter Dienste gedient. *Jabornegg* (in DRdA 2004/17) kritisierte diese E ua mit dem Argument, dass bedingtes Entgelt nicht nur deshalb nicht als Entgelt angesehen werden dürfe, weil es eben bloß bedingt sei. Bei der Zuteilung von Aktienoptionen handle es sich daher zweifelsfrei um zusätzliches Arbeitsentgelt, nämlich um eine „andere besondere Entlohnung“ iSd § 16 AngG, die für eine bestimmte Periode, nämlich für das abgelaufene und (in der Regel) die nachfolgenden fünf Jahre gewährt werde. Das mögliche Argument, dass § 16 AngG nicht selbst den Anspruch schaffe, sondern ihn voraussetze und erst auf dieser Basis eine zwingende Aliquotierung vorsehe, vermöge in dem Augenblick nicht mehr zu greifen, in dem Aktienoptionen effektiv zugeteilt worden seien.

Die E 8 ObA 73/04z begründete die Zulässigkeit einer Bestimmung in einem Angestellten-KollV, wonach für die ersten sechs Monate des Dienstverhältnisses kein Anspruch auf Sonderzahlungen bestehe, im Hinblick auf § 16 AngG damit, dass der Anspruch weder an einen Stichtag gebunden noch mit der Art der Auflösung des Arbeitsverhältnisses verknüpft sei.

Im Schrifttum finden sich unterschiedliche Meinungen:

Tomandl/Schrammel (Arbeitsrecht II 7 81) teilen zwar die Ansicht, dass § 16 AngG keinen Anspruch begründet, halten aber fest, dass § 16 AngG dem Angestellten einen aliquoten Anspruch sichern wolle, also ein Zwölftel des Anspruchs auf Sonderzahlungen je Dienstmonat in diesem Jahr. Die Art der Beendigung sei – im Gegensatz zu gleichartigen Bestimmungen in Arbeiter-Kollektivverträgen – unbeachtlich. Das AngG sehe in diesen Sonderzahlungen ein Entgelt, das zwar in jeder Arbeitsstunde mitverdient werde, aber nur einmal pro Jahr fällig werde.

Marhold/Friedrich (Arbeitsrecht² 136) verweisen unter Bezugnahme auf den Zweck des § 16 AngG zunächst darauf, dass es für das Entstehen des aliquoten Remunerationsanspruchs nicht auf die Art der Beendigung des Dienstverhältnisses ankomme. Auch (kollektiv-)vertraglich könne daher nicht vereinbart werden, dass ein aliquoter Remunerationsanspruch im Falle der Selbstkündigung, gerechtfertigter Entlassung oder ungerechtfertigter Austritts nicht entstehen solle, da es sich um bereits verdientes Entgelt handle.

Nach *Schrank* (Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 150) gebühren Angestellten die Sonderzahlungen bei verschuldeter fristloser Entlassung oder unbegründetem vorzeitigen Austritt aliquot.

Rabl (in *Reissner*, AngG § 16 Rz 37) teilt die Rechtsansicht von *Marhold/Friedrich* und *Schrank*.

Kraft (Sonderzahlungsrückverrechnung bei nachträglichem Anspruchsentfall, taxlex 2009, 489 [490]) spricht in diesem Zusammenhang von bereits aliquot „angewachsenen“ Sonderzahlungen, deren gänzlicher

Entfall in einem Angestellten-KollV der zwingenden Wirkung des § 16 AngG widerspreche.

Spitzl (in ZAS 2000/18, 176 [179]) hält Wegfallsregelungen, wie die hier vorliegende, unter dem Gesichtspunkt des § 16 AngG ebenfalls für unzulässig und daher teilnichtig.

Nach *Radner* (in ZelliHB AV-Klauseln Rz 39.09) widersprechen derartige in Arbeiter-Kollektivverträgen für zulässig angesehene Klauseln im Angestelltenrecht einerseits dem Gesetzeswortlaut des § 16 AngG, andererseits dem dieser Bestimmung zugrunde liegenden Gedanken, dass – auch freiwillig gewährte – periodische Sonderzahlungen keine Schenkung, sondern Entgelt für die Bereitstellung der Arbeitskraft darstellen, welches parallel zur erbrachten Dienstleistung erworben werde.

Löschnigg (Arbeitsrecht¹¹ Rz 6/213) hält ebenfalls fest, dass weder der Umstand der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses noch die Art der Lösung ausschlaggebend sein könnten, in bereits erworbene Entgeltansprüche und damit in wohl erworbene Rechte einzugreifen.

Demgegenüber vertreten *Binder/Schindler* (in *Löschnigg*, AngG II 9, § 16 AngG Rz 89), *Marhold* (in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, § 16 Rz 77), *Schindler* (in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar Kap XX Rz 24) und *Rauch* (Die jüngere arbeitsrechtliche Judikatur zu den Sonderzahlungen, ASoK 2000, 75), alle jedoch unter Bezugnahme vor allem auf – die grundsätzlich einen Arbeiter-KollV betreffende E – 8 ObA 240/94, die gegenteilige Ansicht. Allerdings sehen *Binder/Schindler* an anderer Stelle (in *Löschnigg*, AngG II 9, § 16 AngG Rz 111) in Fällen, in denen das Arbeitsverhältnis in pönalisierter Form beendet werde (verschuldete Entlassung, unberechtigter Austritt), es unter Hinweis auf *Naderhirn* (DRdA 2011/35, 365 [369] und *Runggaldier*, RdW 1997, 340 [341]) für dogmatisch unklar an, dass im Gegensatz zu laufendem Entgelt bereits verdiente Sonderzahlungsanteile wegfallen könnten, ja sogar zurückerzahlen seien.

Der erkennende Senat teilt die von der überwiegenden Lehre mit überzeugenden Argumenten vertretene Rechtsansicht, dass § 16 AngG dem nachträglichen Wegfall eines bereits aliquot erworbenen Sonderzahlungsanspruchs entgegensteht. Soweit in 8 ObA 240/94 obiter eine gegenteilige Auffassung bezüglich § 16 AngG zum Ausdruck kommt, wird an dieser nicht festgehalten.

Im vorliegenden Fall gewährt der anzuwendende KollV grundsätzlich – zunächst ohne Einschränkung und ohne Bedingung – allen DN jährlich ein Urlaubsgeld und eine Weihnachtsremuneration (§ 15 Z 1 erster Satz KollV). Da § 16 AngG darauf abzielt, die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung (Arbeitsleistung und Entgelt) zu wahren, zumal der Angestellte die Ansprüche auf Sonderzahlung bereits (anteilig) „verdient“ hat, verstößt die weitere Kollektivvertragsbestimmung, wonach dieser Sonderzahlungsanspruch im Falle einer schuldhaften Entlassung, eines unberechtigten Austritts des DN oder einer Nichteinhaltung der Kündigungsfrist durch den DN als gar nicht erworben gilt (§ 15 Z 1 zweiter Satz KollV), gegen die nach § 40 AngG zwingende Bestimmung des § 16 AngG.

Diese Regelung ist daher für die dem KollV für DN der Privatkrankenanstalten Österreichs unterliegenden Angestellten unwirksam, weil (teil-)nichtig.

Der Revision der Bekl ist danach Folge zu geben und das Klagebegehren in Abänderung der klagsstattgebenden E der Vorinstanzen abzuweisen. [...]

Anmerkung

1. Fragestellung

Im Anlassfall sah der (für Arbeiter und Angestellte anwendbare) KollV für AN der Privatkrankenanstalten vor, dass allen AN jährlich ein Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld gebührt, der bei unterjähriger Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich aliquot zusteht. Kein Anspruch auf Urlaubsgeld und Weihnachtsremuneration besteht allerdings dann, wenn der AN schuldhaft entlassen wird, ohne wichtigen Grund vorzeitig Austritt oder die Kündigungsfrist nicht einhält.

Die zuletzt erwähnte Klausel veranlasste das Erstgericht (bestätigt durch das Berufungsgericht), die bekl Angestellte (diplomierten Gesundheits- und Krankenschwester) im Hinblick auf die von ihr verschuldete Entlassung zur Rückzahlung des vollen für das Jahr 2011 erhaltenen Urlaubsgeldes zu verpflichten und keinen Anspruch auf die geltend gemachte anteilige Weihnachtsremuneration zuzusprechen. Demgegenüber bejahte der OGH den Anspruch auf aliquotes Urlaubs- und Weihnachtsgeld, da er die gegenständliche Kollektivvertragsklausel für Angestellte im Hinblick auf §§ 16 iVm 40 AngG zutreffend als unwirksam erachtete.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob es in Beurteilung der Zulässigkeit solcher Kollektivvertragsklauseln keiner Differenzierung nach der Art der Sonderzahlung bedarf (siehe Pkt 2.2). Da sich der OGH im gegenständlichen Fall mit der Stellung der Angestellten beschäftigt hat, wird auch in dieser E-Besprechung – aus Platzgründen – vor allem auf diese AN-Gruppe näher eingegangen.

2. Sonderzahlungsanspruch von Angestellten

§ 16 AngG normiert für den Fall, dass einem Angestellten ein Anspruch auf periodische Remuneration gewährt wird, diese auch dann gebührt, wenn ein Dienstverhältnis vor Fälligkeit des Anspruchs gelöst wird; und zwar im Verhältnis zur zurückgelegten Dienstzeit. Hiervon sind vor allem Urlaubs- und Weihnachtsgelder erfasst. Ausgeschlossen sind Leistungen, die vom Typus der Abfertigung alt ähneln (*Binder/Schindler* in *Löschnigg*, AngG II⁹ § 16 Rz 29, 36 und 45 ff).

§ 16 AngG schützt Angestellte bei dieser Form der Entlohnung nur vor dem Verlust im Falle einer Lösung des Dienstverhältnisses vor der Anspruchsfälligkeit, schafft jedoch keinen Sonderzahlungsanspruch (OGH 8 ObA 134/97g DRdA 1999/14, 120 [122] [Waas]; *Trost*, Anspruch auf Sonderzahlungen in entgeltfreien Zeiten, DRdA 1995, 116 [119] mwH). Anspruchsgrundlage ist idR der Arbeitsvertrag oder KollV, der Anspruch auf Sonderzahlungen kann aber zB auch

aus dem Gleichbehandlungsgebot resultieren (*Marhold* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 16 Rz 27).

2.1. Zulässigkeit von Bedingungen

Da § 16 AngG keinen Anspruch schafft, dürfen Kollektivverträge den Erwerb von Sonderzahlungen an Bedingungen knüpfen (zuletzt OGH 8 ObA 32/11f Arb 13.005). *Binder* (Remuneration und Kündigung, DRdA 1991/45, 366 [368]) spricht von einem „suspensiv bedingten Leistungsanspruch“.

Runggaldier (Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts [1995] insb 146) vertritt diesbezüglich die Ansicht, dass der hinter auflösenden Bedingungen stehende pönale Zweck nicht verpönt sei, zumal von den Kollektivvertragsparteien eine bewusste Bedingung des Anspruchserwerbes erwartet werden könne. Somit können zB Wartezeitregelungen oder Qualitätsanforderungen als zulässige Bedingungen erachtet werden (*Binder/Schindler* in *Löschnigg*, AngG II⁹ § 16 Rz 86 ff, 95). Die hM verneint aber im Hinblick auf § 16 AngG die Zulässigkeit von Stichtagsklauseln, da hierdurch die Äquivalenz von Arbeitsleistung und Entgelt gestört wird (*Preiss* in *Zell-Komm*² § 16 AngG Rz 38 ff mwN; *Marhold* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 16 Rz 53 ff mwN). Dahingegen sehen Teile der Lehre (*Marhold* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 16 Rz 77; *Binder/Schindler* in *Löschnigg*, AngG II⁹ § 16 Rz 89 f, krit aber in Rz 111) in einer Kollektivvertragsklausel, wonach der Sonderzahlungsanspruch im Falle einer schuldhaften Entlassung oder eines unberechtigten Austritts entfällt, keinen Verstoß gegen § 16 AngG. Somit könne der KollV den Anspruch auf Urlaubs- und/oder Weihnachtsgeld im Falle einer verpönten Beendigungsart ausschließen. Eine Stütze für diese Ansicht findet sich im obiter dictum in der OGH-E 8 ObA 240/94 (RdW 1995, 69), die allerdings einen Arbeiter-KollV betraf (siehe Pkt 3). In dieser E vertrat der OGH die Ansicht, dass aus § 16 AngG nicht abgeleitet werden könne, dass ein KollV das Entstehen eines Anspruchs auf Remuneration nicht sonst beschränken darf und begründete vor allem im Hinblick auf den Grundsatz der Honorierung der Vertragstreue die Zulässigkeit der Differenzierung nach der Art der Beendigung (8 ObA 240/94 RdW 1995, 69 f). In der vorliegenden E stellt der OGH jedoch klar, dass § 16 AngG dem nachträglichen Wegfall eines bereits aliquot erworbenen Sonderzahlungsanspruchs entgegensteht und distanziert sich von dem oben erwähnten obiter dictum.

In Konsequenz dieser bedeutenden Klarstellung erscheint die Erwägung notwendig, ob die Zulässigkeit solcher Kollektivvertragsklauseln abhängig vom Zweck einer Remuneration unterschiedlich zu beurteilen ist.

2.2. Zweckgebundene Differenzierung

Runggaldier (Sozialrückbau durch Rechtsprechung? DRdA 1996, 101 [106]) hält fest, dass nicht alle Sonderzahlungen als Entgelt für die konkret Tag für Tag geleistete Arbeit zu qualifizieren sind. Da ihnen nicht vorab ein bestimmter Zweck unterstellt werden kann, ist dieser insb aus den einzel- bzw kollektivvertraglichen Bedingungen zu ermitteln (*Rung-*

galdier, Anspruch auf anteilige Remuneration doch beschränkbar? RdW 1995, 64 [66]). IdS verfolgt eine Kollektivvertragsklausel den Zweck, eine bestimmte Betriebstreue zu honorieren, wenn sie den Wegfall der Sonderzahlung im Falle einer verpönten Beendigungsart regelt; in dieser Situation ähnelt sie dem Typus der Abfertigung alt (vgl *Runggaldier*, DRdA 1996, 106). Da solche Leistungen vom Anwendungsbereich des § 16 AngG ausgenommen sind, kann der Wegfall des Anspruchs bei unberechtigtem vorzeitigem Austritt bzw bei verschuldeter Entlassung (auch für Angestellte) geregelt werden (siehe Pkt 2).

Tomandl (ZAS 1976/17, 146 [149]) hält fest, dass es für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Bedingung für den Anspruchserwerb festzustellen gilt, ob eine Remuneration mit einer spezifischen Tätigkeit des AN verbunden ist. Während bei zeitbezogenen Entgelten (zB Gewinnbeteiligungen) der Anspruch idR aliquot erworben wird, muss bei leistungsbezogenen Entgelten zwischen Prämien für kurzfristige (zB Bilanzerstellung) und langfristige Leistungen (zB Projektmitarbeit) unterschieden werden (vgl *Kuras*, Möglichkeiten und Grenzen einzelvertraglicher Gestaltungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, ZAS 2003/19, 100 [109 ff]). Im Hinblick auf den Bedarf eines verstärkten Einsatzes in einer für das Unternehmen bedeutenden Phase ist der Gedanke der Betriebsbindung durchaus legitim; in diesem Fall wird die Tätigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt – nicht über das ganze Kalenderjahr – honoriert (vgl *Löschnigg*, Phänomene der Betriebsbindung, in *Resch* [Hrsg], Kritische Klauseln im Arbeitsvertrag [2004] 15 ff). Dahingegen muss davon ausgegangen werden, dass sich der Angestellte bei einem längerfristigen Projekt den Sonderzahlungsanspruch anteilig von Tag zu Tag erarbeitet. IdS wurde vom OGH bereits bei anderen Gelegenheiten festgehalten, dass ein AN seine Kräfte im verstärkten Maße bereits ab Jahresbeginn einsetzen wird, wenn ihm für das Erreichen eines für ein ganzes Geschäftsjahr vorgesehenen Zieles eine Prämie zugesagt wird (zB OGH 8 ObA 127/00k Arb 12.049). Deswegen sind Leistungen, denen ein „Ansporneffekt“ immanent ist, besonders schutzwürdig (*Pircher*, ZAS 1992/4, 48 [51]).

Vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass § 16 AngG nicht nach der Beendigungsart differenziert, ist im Falle, dass die Sonderzahlung nicht eine Leistung (zB Prämie), sondern im Allgemeinen die Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung honoriert (zB 13. und 14. Gehalt), die Bedingung einer bestimmten Beendigungsart (bzw der Ausschluss einer verpönten Beendigungsart) als dem Telos des § 16 AngG widersprechend zu qualifizieren (vgl *Tomandl*, ZAS 1976/17, 149).

Zusammenfassend bedeutet das, dass hinter der Gewährung von Sonderzahlungen jeweils ein anderer Zweck stehen kann. Die Annahme, dass die Bedingung für den Anspruchserwerb diesen Zweck indiziert, ist mE jedoch nicht hinreichend für die Beurteilung der Zulässigkeit eben dieser Bedingung. Vielmehr ist in Anlehnung an *Tomandl* (ZAS 1976/17, 149) auf das vertragliche Synallagma zwischen Remuneration und Gegenleistung abzustellen, wobei im Einzelfall beurteilt werden muss, ob eine Prämie eine spezifische Tätigkeit (kurz- oder langfristige) honoriert oder

die Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung vergütet. Regelmäßigkeit und Häufigkeit der Remuneration indizieren das Vorliegen eines aliquot erworbenen Sonderzahlungsanspruchs (*Grillberger*, Zur Beschränkung der Kündigungsfreiheit des AN, DRdA 1993/12, 117 [121]).

2.3. Urlaubs- und Weihnachtsgeld

Obwohl idR die Fälligkeitstermine voneinander abweichen, stellen Urlaubs- und Weihnachtsgelder Teile des „echten“ laufenden Entgeltes dar (OGH 8 ObA 11/08p infas 2008 A 72, 167 [168]). Sie sind somit von „echten“ Bilanzgeldern zu unterscheiden (*Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht³⁵ 150). In Anbetracht der Tatsache, dass die abweichende Fälligkeit des 13. und 14. Gehaltes auf eine steuerliche Begünstigung zurückzuführen ist (vgl *Doralt* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG § 67 Tz 2), das Bilanzgeld hingegen tatsächlich für eine spezifische Tätigkeit (Bilanzerstellung) gewährt wird, erscheint diese Differenzierung sinnvoll.

Da die AN im Anlassfall ihren Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld laufend durch die Zurverfügungstellung ihrer Arbeitsleistung erarbeitet hat (vgl *Marhold* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 16 Rz 3; *Preiss* in *ZellKomm*² § 16 AngG Rz 3 mwN), ist im Anwendungsbereich des § 16 AngG ein rückwirkender Entzug dieser Entgeltbestandteile nicht einmal im Falle einer gerechtfertigten Entlassung zulässig (OGH 9 ObA 77-78/94 RdW 1994, 356 f). Deswegen blieb im vorliegenden Fall der AG die Rückzahlungsforderung hinsichtlich des schon ins Verdienen gebrachten Teils des bereits ausbezahlten Urlaubsgeldes versagt. Das über den aliquoten Teil des Urlaubsgeldes hinausgehende bereits ausbezahlte Urlaubsgeld konnte aber gem § 15 Z 2 zweiter Satz des KollV für AN der Privatkrankeanstalten mit dem Anspruch auf das aliquote Weihnachtsgeld aufgerechnet werden.

3. Sonderzahlungsanspruch von Arbeitern

Für Arbeiter existiert keine dem § 16 AngG entsprechende gesetzliche Bestimmung. Daher werden kollektivvertragliche Regelungen, die den Wegfall des aliquoten Teils der Sonderzahlungen vorsehen, in stRsp als zulässig erachtet (zB OGH 9 ObA 97/08t DRdA 2011/35, 365 [krit *Naderhirn*]). Eine solche den Wegfall des aliquoten Sonderzahlungsanspruchs regelnde Bestimmung befindet sich zB idGF des KollV Eisen- und Metallerzeugende und -verarbeitende Industrie, deren Zulässigkeit in einer früheren Fassung des KollV in der OGH-E 8 ObA 240/94 (RdW 1995, 69 f) bestätigt wurde. In der vorliegenden E distanziert sich der OGH zwar von dem obiter dictum in der E vom 15.9.1994 (8 ObA 240/94) bezüglich § 16 AngG, jedoch nicht vom Ergebnis im Hinblick auf die Zulässigkeit von kollektivvertraglichen Regelungen, die den Wegfall des aliquoten Teils der Sonderzahlungen für Arbeiter vorsehen. Daher bleibt die verfassungsrechtlich bedenkliche benachteiligende Ungleichbehandlung der Arbeiter im Vergleich zu den Angestellten in diesem Kontext weiterhin aufrecht (vgl zur Unsachlichkeit der Ungleichbehandlung beim Schutz der bereits erdienten Sonderzahlungsansprüche

Drs, Arbeiter und Angestellte [1999] 213 ff). Aus Platzgründen kann hier allerdings auf die Rechtsstellung der Arbeiter in Bezug auf Sonderzahlungsansprüche nicht weiter eingegangen werden.

4. Conclusio

Somit ist für Angestellte hinreichend geklärt, dass sogar eine vom AN verschuldete Entlassung nichts am Anspruch auf den aliquoten Teil einer periodischen Remuneration wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld ändert. Der vorliegenden E ist im Hinblick auf diese Art von periodischen Sonderzahlungen, die im Allgemeinen die Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung

honorieren, zuzustimmen. Anders verhält es sich mit Remunerationen, die mit einer spezifischen Tätigkeit zusammenhängen. Hierbei muss zwischen Prämien für kurzfristige Leistungen (zB Bilanzerstellung) und für langfristige Projektmitarbeit unterschieden werden. Während bei Ersteren mE das Argument der Honorierung einer bestimmten Betriebstreue (verstärkter Einsatz in einer für das Unternehmen bedeutenden Phase) legitim erscheint, sollte bei Letzteren einem Angestellten der anteilig von Tag zu Tag erarbeitete Sonderzahlungsanspruch iSd § 16 AngG abgegolten werden.

MARTA J. GLOWACKA (WIEN)

37.

Entlassung eines Betriebsratsmitglieds wegen eines beleidigenden Facebook-Postings

§§ 120 und 122
ArbVG;
§ 27 Z 6 AngG;
§ 82 lit g GewO
1859

OLG Linz
27.5.2013
12 Ra 34/13a

LG Linz
6.3.2013
7 Cga 141/12h

1. Eine Äußerung wird nicht dadurch ihrer beleidigenden Wirkung entkleidet, dass derjenige, der sie tätigt, davon ausgeht, sie würde von Angehörigen einer bestimmten politischen Gruppierung als lustig oder witzig empfunden werden. Für die Qualifikation einer Äußerung als erhebliche Ehrverletzung ist nicht erforderlich, dass diese öffentlich erfolgt und gerichtlich strafbar ist; sie muss auch nicht unmittelbar gegenüber dem Beleidigten getätigt werden. Vielmehr genügt, dass das Verhalten objektiv geeignet ist, Autorität und Ansehen des Betroffenen im Betrieb herabzusetzen und dadurch dessen Ehrgefühl zu verletzen, und der Betroffene der Äußerung das entsprechende Gewicht beigemessen hat.

2. Die Zustimmung zur Entlassung eines Betriebsratsmitglieds ist nach dem Wortlaut des § 122 Abs 1 Z 5 ArbVG (selbst bei Vorliegen einer erheblichen Ehrverletzung) nur zu erteilen, sofern durch dieses Verhalten eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen Betriebsratsmitglied und Betriebsinhaber (BI) nicht mehr zu erwarten ist. Gemeint ist damit die Zusammenarbeit in betriebsverfassungsrechtlicher – und nicht in individualarbeitsrechtlicher – Hinsicht. Eine sinnvolle Zusammenarbeit setzt insofern voraus, dass beide Teile ungeachtet der Ehrverletzung weiterhin in der Lage sind, den von ihnen im gemeinsamen Zusammenwirken zu erfüllenden gesetzlichen Aufgaben gerecht zu werden. Dies ist objektiv, wenn auch unter Bedachtnahme auf die besonderen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei nicht nur die Sicht des BI, sondern auch jene des BR als Belegschaftsvertretungsorgan von Bedeutung ist.

Der Bekl ist Angestellter der KI kraft Vertrags und Mitglied des BR. [...] Der Bekl ist bei der Müllabfuhr beschäftigt. Im Jahr 2008 kandidierte er gegen die Fraktion Sozialistischer Gewerkschafter und ist nunmehr der „schwarzen“ Seite zuzuordnen. Bei der KI

werden Firmenjubiläen besonders gefeiert. Derartige Firmenfeiern werden von den Mitarbeitern sehr geschätzt. Anlässlich der Firmenfeier am 5.10.2012 wurde der Mitarbeiter H* H* für seine 10-jährige Betriebszugehörigkeit geehrt. Wie üblich wurde ein Gruppenfoto aufgenommen, welches in der Mitte den Geehrten zeigt, um ihn herum den stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden J* B*, den Geschäftsführer der KI DI A* L*, den Bereichsleiter Ing. T* L*, die Betriebsrätin K* St*, den Vorstandsdirektor der L* AG und Geschäftsführer der KI DI E* H* und den Betriebsratsvorsitzenden E* K*. Mit Ausnahme des H* H* sind sämtliche auf dem Foto abgebildeten Personen einer sozialdemokratischen Gesinnung zuzuordnen.

H* H* (der oben erwähnte Betriebsjubiläum und Facebook-„Freund“ des bekl Betriebsratsmitglieds; Anm) stellte sein Gruppenfoto von der Firmenfeier auf seine Facebook-Seite. Er hatte zu diesem Zeitpunkt im Facebook 371 Freunde, der Bekl hatte 94 Freunde; beide hatten jeweils fünf (jedoch andere) Mitarbeiter der L* AG – das ist die Holding-Gesellschaft der KI, von der deren Personalangelegenheiten zentral ausgeübt werden – als (gemeinsame; Anm) Facebook-Freunde. Der Bekl und H* H* waren einige Zeit zuvor in der gleichen Betriebsratsfraktion tätig gewesen und kennen einander daher etwas näher; H* H* gehört allerdings nicht zum näheren Freundeskreis des Bekl.

Als Facebook-Freund des H* H* erhielt der Bekl eine Verständigung vom neuen Foto und hinterließ am 14.10.2012 um 7:04 Uhr folgenden Eintrag: „du bist a harta hund, wie haltst des nur aus zwischen die ganzen roten Socken?“ Daraufhin antwortete der H* H* wie folgt: „Ich ersuche sachlich und höflich zu bleiben.“ Der Bekl schrieb daraufhin zurück: „Ist doch sachlich und höflich, ... wens ned höflich war würd I schreiben wie hoits des aus zwischen den rodn o*arsch“.

Der Bekl wusste, dass dieser Eintrag vom Freundeskreis im Facebook des H* H* gelesen werden konnte. Auf den ersten Eintrag des Bekl antwortete A* W*, Betriebsrätin bei der KI und Mitglied der Fraktion Sozialistischer Gewerkschafter, mit „Gefällt mir“. Nach den beiden Einträgen des Bekl auf der Facebook-Seite des Zeugen H* folgten weitere Eintragungen anderer Per-

sonen, die den Eintrag des Bekl lesen konnten. H* H* löschte die Einträge auf seiner Facebook-Seite nicht. Der zweite Eintrag des Bekl war etwa 12 Stunden lesbar, dann löschte der Bekl diesen wieder. Den ersten Eintrag löschte er kurz vor dem Gerichtsverfahren.

Beide Geschäftsführer der KI, also sowohl DI E* H* als auch DI A* L* fühlten sich durch diese Eintragungen persönlich sehr betroffen und wollten sich nicht gefallen lassen, so bezeichnet zu werden. Für den Geschäftsführer DI A* L* war der Begriff „rote Socke“ eine abwertende Aussage. Sich als „O*arsch“ bezeichnen zu lassen, wertete er für sich als eine Aussage aus der „letzten Schublade“. Während seiner gesamten Zeit im Unternehmen seit 1993 war es ihm noch nie passiert, so bezeichnet zu werden. Es ist ein Sprachgebrauch, den weder er verwendet, noch ein Sprachgebrauch, der im Unternehmen – jedenfalls nicht im Verhältnis von Mitarbeitern zu ihren Vorgesetzten – üblich ist.

Am 25.10.2012 wurde die Klage eingebracht. Mit Schreiben vom 29.10.2012 wurde der Bekl darauf hingewiesen, er habe mit seinen Einträgen auf Facebook „eine Grenze überschritten, die für uns eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar macht“, und mit sofortiger Wirkung vom Dienst suspendiert. Der Bekl entschuldigte sich in weiterer Folge bei keinem der auf dem Gruppenbild aufscheinenden Personen wegen seiner Eintragungen. Für den Geschäftsführer DI A* L* hätte auch eine Entschuldigung des Bekl nichts daran geändert, dass er sich durch die Eintragungen des Bekl in seiner Ehre verletzt fühlt. Weder gegen A* W* noch gegen H* H* ist die KI wegen des Kommentars zu dem Eintrag des Bekl bzw wegen des Nichtlöschsens des Eintrages vorgegangen.

In rechtlicher Beurteilung des Sachverhaltes ist das Erstgericht zum Ergebnis gekommen, der Bekl habe eine erhebliche Ehrverletzung iSd § 122 Abs 1 Z 5 ArbVG begangen. Der KI sei die Weiterbeschäftigung unzumutbar. Die Klage sei rechtzeitig eingebracht worden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Bekl aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung samt unvollständiger Sachverhaltsfeststellung aus diesem Grund mit dem Antrag, es iS einer Klagsabweisung abzuändern.

Die gem § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu behandelnde Berufung ist nicht begründet.

In der Rechtsrüge wendet sich der Berufungswerber vor allem gegen die Qualifikation der festgestellten Einträge des Bekl als Grund für die Zustimmung zur Entlassung gem § 122 Abs 1 Z 5 ArbVG und behauptet in insgesamt vier Punkten Unvollständigkeits des festgestellten Sachverhaltes. Das Erstgericht hat den – dafür ausreichenden – festgestellten Sachverhalt zutreffend rechtlich beurteilt [...]. Ergänzend dazu ist den Ausführungen in der Berufung entgegenzuhalten:

Aus der Abfolge der Facebook-Einträge des Bekl ergibt sich, dass der zweite Eintrag als authentische Interpretation der Bezeichnung „rote Socken“ zu verstehen ist, dass also der „sachliche und höfliche“ Begriff „rote Socken“ iS von „rode o*arsch“ zu verstehen war. Zumal der Begriff „o*arsch“ in einem insgesamt umgangssprachlich-lautschriftlich geschriebenen Satz verwendet wurde, kann nicht davon die Rede sein, der Bekl habe das Wort nicht ausgeschrieben

(gemeint: und damit abgeschwächt); er hat viel eher durch die Verlängerung des Wortes mittels dreier * zusätzlich die Interpretation als Steigerungsform – etwa iS von „Ober“ – ermöglicht. Daher war gerade der zweite Eintrag unmittelbar beleidigend gegenüber den Abgebildeten mit Ausnahme des H* H***, sodass die zu Pkt B.4 (ua) zusätzlich begehrte diesbezügliche Feststellung ausscheidet.

Auch vom Berufungswerber wird nicht (ausdrücklich) bestritten, dass die Bezeichnung als „Arschloch“ an sich grob beleidigend ist (vgl dazu etwa OGH 7 Ob 193/65, 9 ObA 285/97w). Daran würde auch die Feststellung nichts ändern, der Bekl sei davon ausgegangen, der Kreis der Freunde des Zeugen H* aus dem „blauen Bereich“ werde seine Äußerung als „eher lustig oder witzig“ empfinden (Pkt B.4). Eine Äußerung wird nicht dadurch ihrer beleidigenden Wirkung entkleidet, dass derjenige, der sie tätigt, davon ausgeht, sie würde von Angehörigen einer bestimmten politischen Gruppierung als lustig oder witzig empfunden werden.

Generell ist für die Qualifikation einer Äußerung als erhebliche Ehrverletzung nicht erforderlich, dass diese öffentlich erfolgt und gerichtlich strafbar ist (vgl nur OGH RIS-Justiz RS0029876); sie muss auch nicht unmittelbar gegenüber dem Beleidigten getätigt werden (vgl etwa OGH 9 ObA 51/09d). Vielmehr genügt, dass das Verhalten objektiv geeignet ist, Autorität und Ansehen des Betroffenen im Betrieb herabzusetzen und dadurch dessen Ehrgefühl zu verletzen, und der Betroffene der Äußerung das entsprechende Gewicht beigemessen hat (vgl OGH 9 ObA 45/99x; in diesem Sinne schon VwGH ArbSlg 6893, 7771, 8320; zur insofern vergleichbaren Bestimmung des § 27 Z 6 AngG OGH RIS-Justiz RS0029827, RS0029845).

Soweit der Berufungswerber davon ausgeht, die abgebildeten Personen seien nicht erheblich in ihrer Ehre verletzt worden, weicht er vom Sachverhalt ab, nach dem sich der Geschäftsführer DI A* L* „durch die Eintragungen des Bekl an seiner Ehre verletzt“ gefühlt hat. Darüber hinaus können die Feststellungen, die Geschäftsführer der KI hätten „sich durch die Eintragungen persönlich sehr betroffen“ gefühlt und wollten sich „nicht gefallen lassen, so bezeichnet zu werden“, nur so verstanden werden, dass die Geschäftsführer der KI die objektiv beleidigenden Einträge des Bekl als erheblich beleidigend empfunden haben.

Mit dem Hinweis auf eine „selektive Wahrnehmung“ der KI, die keine Maßnahmen gegen den Zeugen H* H* und die Mitarbeiterin A* W* gesetzt habe, bekämpft der Berufungswerber im Ergebnis die Beweiswürdigung des Erstgerichts, jedoch ohne die Beweisrüge gesetzmäßig auszuführen (OGH RIS-Justiz RS0041835). In diesem Zusammenhang ist allerdings anzumerken, dass A* W* selbst Mitglied der Fraktion Sozialistischer Gewerkschafter ist und H* H* zwar den Eintrag des Bekl nicht gelöscht, diesen jedoch rügend („Ich ersuche sachlich und höflich zu bleiben“ sowie zusätzlich „A*: Von derartig unprofessionellen öffentlichen Äußerungen distanzier ich mich. Parteifarbe hin oder her“; vgl Blg./1) kommentiert hat, sodass deren Verhalten mit jenem des Bekl nicht vergleichbar und aus der unterschiedlichen Reaktion der KI für den Bekl schon deshalb nichts gewonnen ist. Im Übrigen unterliegen Gestaltungsrechte wie Kündigungen und Entlassungen

nicht dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (OGH RIS-Justiz RS0111109).

Vom Erstgericht wurde festgestellt, dass der Bekl der „schwarzen“ Seite zuzuordnen ist und sämtliche auf dem Foto abgebildeten Personen mit Ausnahme des Geehrten einer sozialdemokratischen Gesinnung zuzuordnen sind. Daraus ergibt sich implizit, dass H* H* nicht dieser politischen Einstellung zugehört; welcher Fraktion er angehört, ist für die rechtliche Beurteilung ebenso irrelevant wie der Umstand, dass der Bekl bei der Betriebsratswahl 2008 mit einer unabhängigen Namensliste angetreten ist und dadurch mit einer „Tradition“ gebrochen hat.

Auf den zwischen ihm und einem bestimmten Arbeitskollegen herrschenden Umgangston kann sich der Bekl nicht mit Erfolg berufen, weil dieser Sprachgebrauch nach den Feststellungen im Unternehmen nicht üblich ist. Zudem sind die ihm angelasteten Äußerungen so erheblich, dass sie auch durch den Umgangston zwischen ihm und einem (einzigen) Arbeitskollegen nicht zu rechtfertigen wären. Auch die weitere zu Pkt B.4 begehrte Feststellung ist damit in rechtlicher Hinsicht irrelevant; im Übrigen verstößt sie gegen das Neuerungsverbot.

Der Berufungswerber weist an sich zu Recht darauf hin, dass die Zustimmung zur Entlassung eines Betriebsratsmitglieds nach dem Wortlaut des § 122 Abs 1 Z 5 ArbVG (selbst bei Vorliegen einer erheblichen Ehrverletzung) nur zu erteilen ist, sofern durch dieses Verhalten eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen Betriebsratsmitglied und BI nicht mehr zu erwarten ist. Gemeint ist damit die Zusammenarbeit in betriebsverfassungsrechtlicher – und nicht in individualarbeitsrechtlicher – Hinsicht. Eine sinnvolle Zusammenarbeit setzt insofern voraus, dass beide Teile ungeachtet der Ehrverletzung weiterhin in der Lage sind, den von ihnen im gemeinsamen Zusammenwirken zu erfüllenden gesetzlichen Aufgaben gerecht zu werden; dies ist objektiv, wenn auch unter Bedachtnahme auf die besonderen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei nicht nur die Sicht des BI, sondern auch jene des BR als Belegschaftsvertretungsorgan von Bedeutung ist (vgl. *Kuderna*, Entlassungsrecht² 160 f).

Nach den Materialien zum ArbVG sollte durch die Einführung eines „Zerrüttungsprinzips“ bei diesem Entlassungstatbestand „der besonderen Situation in kleineren Betrieben und der dort in der Regel engeren persönlichen Kontakte zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat Rechnung getragen“ werden (840 BlgNR 13. GP 90 f). Es ist diesen jedoch nicht zu entnehmen, dass damit eine (weitgehende) Einschränkung des zuvor in § 18 Abs 3 lit f BRG 1947 geregelten Tatbestands für die Zustimmung zur Entlassung verbunden sein sollte. Weil die Vertretung des BR nach außen – und damit gerade auch dem BI gegenüber – gem § 71 ArbVG ausschließlich dem Vorsitzenden, seinem Stellvertreter bzw einem Sondervertreter obliegt, würde die vom Berufungswerber gewünschte Interpretation dazu führen, dass beleidigende Äußerungen nur bei den zur Vertretung des BR nach außen berufenen Betriebsratsmitgliedern zur Zustimmung zur Entlassung führen könnten. Damit würde der Anwendungsbereich des § 122 Abs 1 Z 5 ArbVG weitestgehend eingeschränkt und Betriebsratsmitgliedern, die im Rahmen ihrer Inte-

ressenvertretungsaufgabe aufgrund von Größe, Struktur und Organisation des BR bzw des Betriebs kaum oder überhaupt nicht in unmittelbaren persönlichen Kontakt mit dem Betriebsinhaber kommen, gleichsam ein Freibrief für Beleidigungen jeglicher Intensität ausgestellt.

Ob eine sinnvolle Zusammenarbeit (noch) zu erwarten ist, muss daher von der – jederzeit veränderlichen – Aufgabenteilung im konkreten BR abstrahierend beurteilt werden. Dabei ist die in § 122 Abs 1 Z 5 ArbVG enthaltene Einschränkung („sofern ...“) im selben Sinne zu verstehen wie § 122 Abs 2 ArbVG – beide verankern gleichermaßen das Zerrüttungsprinzip und waren in § 18 Abs 3 BRG 1947, der Vorgängerbestimmung des § 122 ArbVG, nicht enthalten (zu deren Verhältnis vgl VwGH ZAS 1979/19) – und bildet damit eine Ausnahme vom Grundsatz, dass bei erheblichen Ehrverletzungen gegen den BI die Zustimmung zur Entlassung zu erteilen ist (vgl allgemein OGH 9 ObA 267/98z).

Auch wenn der Ort, an dem der Bekl seine Arbeit antritt, nicht am Sitz der Kl liegen und der Bekl einem der beiden Geschäftsführer nur namentlich bekannt sein sollte [...], wäre aufgrund der objektiv und auch subjektiv beleidigenden Wirkung der Einträge des Bekl davon auszugehen, dass eine sinnvolle betriebsverfassungsrechtliche Zusammenarbeit nicht mehr zu erwarten ist. Besondere Gründe, die ausnahmsweise die Weiterbeschäftigung zumutbar erscheinen lassen, liegen nicht vor.

Weil bislang – soweit ersichtlich – höchstgerichtliche Rsp zur Frage fehlt, in welchem Sinne die Einschränkung „sofern durch dieses Verhalten eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen Betriebsratsmitglied und Betriebsinhaber nicht mehr zu erwarten ist“ in § 122 Abs 1 Z 5 ArbVG gerade bei Betriebsratsmitgliedern in großen Betriebsratskollegien großer Betriebe zu verstehen ist, kommt dieser iSd § 502 Abs 1 ZPO erhebliche Bedeutung zu. Die ordentliche Revision war daher zuzulassen (wurde aber nicht erhoben; Anm).

Anmerkung

Wieder einmal hat eine (unbedachte?) Äußerung in einem sozialen Netzwerk eine Entlassung nach sich gezogen. Es handelt sich dabei natur- und technikgemäß um ein relativ neues Phänomen, das betreffend AN, die keinem besonderen Entlassungsschutz unterlagen, in den letzten Jahren mehrmals zu beobachten war. Nun ist, soweit überblickbar, erstmals ein Betriebsratsmitglied davon betroffen. Eine problematische Verstrickung wird im vorliegenden Fall auf den ersten Blick erkennbar: Ein gewählter „betriebspolitischer“ Mandatar ist – im Gegensatz zu allgemeinpolitischen MandatsträgerInnen – gleichzeitig disziplinar- und weisungsunterworfenener AN, also Arbeitsvertragspartner des BI, in dessen Organisation er sein betriebspolitisches Amt ausübt.

Auseinandersetzungen, Aufstachelungen und Übertreibungen im staatspolitischen (allgemeinpolitischen) Wettbewerb werden im Regelfall höchstens mit einem Ordnungsruf quittiert, wenn sich ein Mandatar im Ton vergreift; außerdem müssen sich in diesem Bereich die AkteurlInnen nach dem Medienrecht sowie im Zusammenhang mit Ruf- und Kreditschädigung-

gen im Vergleich zu NichtpolitikerInnen deutlich mehr gefallen lassen. Demgegenüber können sich im Kontext der Betriebsverfassung die Konsequenzen eines überschießenden und unangemessenen betriebspolitischen Verhaltens unmittelbar auf die zweite Funktion und „Rolle“ des Akteurs auswirken, auf jene als AN. Der „betriebspolitische“ Gegner, der BI also (hier: seine bevollmächtigte Vertreter, deren parteipolitische Zuordnung öffentlich bekannt war), darf dabei „dünnhäutig“ wie ein Nichtpolitiker sein.

Interessant an der rechtskräftigen E des OLG Linz sind mehrere Aspekte, die Folgenden sollen kurz betrachtet und hinterfragt werden:

- Entspricht ein zT unkenntlich gemachter und im Konjunktiv verfasster Kommentar („Posting“ oder „Post“) der gegenständlichen Art dem, was die ständige höchstgerichtliche Judikatur unter erheblicher Ehrverletzung durch „besonders bestandgeschützte“ Betriebsratsmitglieder versteht?
- Sind die Kommunikationsform, der Kontext der Äußerung und die nur zum Teil beeinflussbaren Funktionalitäten des Mediums ausreichend berücksichtigt worden; dh sind unangebrachte, unbedachte oder flapsige Äußerungen, die an einem „virtuellen Stammtisch“ zirka zwölf Stunden lang „gepostet“ waren, ebenso ernst zu nehmen wie Beleidigungen in der „analogen“ Welt in Form eines Schriftstücks, eines Telefonats oder gar im direkten persönlichen Kontakt?
- Wurde das „Zerrüttungsprinzip“, das ja vom OLG in der Revisionszulassung bezüglich eines Aspekts selbst hinterfragt wird, ausreichend beachtet?

In mehreren gerichtlichen, auch höchstgerichtlichen Entscheidungen der letzten Jahre wurde betont, dass Social Media wie Twitter oder Facebook – so wie das Internet ganz allgemein – lediglich Kommunikationsmittel bzw Kommunikationsmedien seien; Übertragungsmittel ähnlich einem Brief, einem Flugblatt, einer Zeitung oder eines Telefons und deren technischer Weiterentwicklungen. Auf die Inhalte der Kommunikation habe „das Medium“ und seine Verwendung keinen Einfluss, weder abschwächend noch verstärkend (näher zB *Tichy*, *Shitstorm*, *ecolex* 2013, 396; *Kern/Schweiger*, Die Bedeutung der Nutzung von Social Media im Entlassungsrecht, ZAS 2013, 302). Diese Judikaturlinie möchte ich nicht grundsätzlich in Frage stellen, ein wenig relativiert sollte sie mE aber dennoch werden. Denn die fast prophetischen Worte des 1980 verstorbenen kanadischen Kommunikationstheoretikers *Marshall McLuhan*, „*the medium is the message*“, bewahrheiten sich gerade im spezifischen Aufschaukelungspotenzial mancher sozialer Medien innerhalb des globalen Dorfs „Internet“.

1. Beleidigung im Konjunktiv mit teil-ausgeschriebenem Wort?

Im ersten Leitsatz (ganz oben 1.) sind die wesentlichen Sentenzen der Rsp zu erheblichen Ehrverletzungen wiedergegeben. Sie bewegen sich, abstrakt betrachtet, im Rahmen der stRsp und hL, und zwar sowohl zu generellen Entlassungstatbeständen wie auch zum besonderen Entlassungsschutz von Betriebsratsmitgliedern (näher *Grillberger* in *Löschnigg*

[Hrsg], AngG⁹ § 27 Rz 161 ff; *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* [Hrsg], ZellKomm² § 27 AngG Rz 163 ff; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 122 Rz 67 ff).

Ein in der Literatur nicht aufzufindendes Novum dürfte die – im Internet vermehrt zu beobachtende – Verschleierung des Schimpfworts durch drei Platzhalter (Sternchen bzw Asterisken; typographisch: „Ellipsen“, um ein anstößiges oder tabuisiertes Wort nicht ausschreiben zu müssen) sein. Damit hat der Bekl die Verbalinjurie wohl „bis zur Kenntlichkeit entstellt“, was ihm daher wenig nützte. Auch die Formulierung des Bekl in der Möglichkeitsform (hier: wenn er nicht höflich wäre, würde er [...] schreiben) ist im Schrifttum noch kaum erörtert worden; höchstgerichtliche Rsp ist dazu nicht bekannt. Die Verwendung des Konjunktivs kann eine Beleidigung mE zwar niemals gänzlich verharmlösen, aber uU doch abschwächen. Das OLG legt dem bekl Betriebsratsmitglied die Unvollständigkeit und den Konjunktiv jedenfalls so nachteilig als möglich aus, ua iS einer Steigerungsmöglichkeit bzw -unterstellung: Das teil-unkenntlich gemachte Wort könne auch als Ober-o*sch verstanden werden. Die Beurteilung des OLG, dass es sich bei diesem Wort um eine „authentische Interpretation“ von „rote Socken“ handle, wirkt bemüht verschärfend. Dass der Bekl versucht haben könnte, das inkriminierte und zweifellos ehrverletzende Wort auch nur ein wenig abzuschwächen oder als (unangebrachten) Scherz zu formulieren, wird nicht festgestellt. Auch einen möglichen Lapsus, zu wenige Buchstaben geschwärzt zu haben (wäre er mit „o***ch“ noch an der Entlassungsgrenze vorbeigeschrammt?), zieht das OLG nicht in Betracht, im Gegenteil. Diese Rigidität ist mE überzogen und trübt den Blick auf die noch zu prüfenden Schranken des § 122 ArbVG. Dessen zwei Entlassungs-Hürden (unten 3.) wird durch die maximale Unterstellung einer möglichst gravierenden Beleidigungsabsicht somit negativ präjudiziert.

Unbefriedigend bleibt ganz allgemein die extreme Einzelfallbezogenheit bei einschlägigen Entlassungsverfahren, wenn man vergleichsweise eine rezente E des OLG Wien vom 17.12.2013 (8 Ra 103/13w ARD 6388/17/2014) betrachtet: Die Beschimpfung des Kommanditisten der AG-Gesellschaft als „Obertrottel“ (zugegeben, durch eine zu Unrecht der Kundenabwerbung beschuldigte AN) verwirkliche nicht den Ehrverletzungstatbestand des § 27 Z 6 AngG.

1.1. Vergleich mit einem Kommentar in der „analogen Welt“

Nochmals sollen die Worte des entlassenen Betriebsratsmitglieds auf die Waagschale gelegt und mit derartigem Verhalten in direkter Offline-Kommunikation verglichen werden. Und zwar in ihrem Zusammenhang, im Kontext eines sich um ein hergezeigtes Foto entspannenden „Threads“, also „digitalen Gesprächs“. Darauf, dass die NutzerInnen von Social Media bei Postings oder Likes Spontanäußerungen beabsichtigen und dabei vergessen, dass es sich um permanente Äußerungen mit viraler Internet-Verbreitungsgefahr handelt, weisen etwa *Kern/Schweiger* (Die Bedeutung der Nutzung von Social Media im Entlassungsrecht, ZAS 2013, 303) hin.

Die Worte „rote Socken“ waren noch nicht entlassungsbegründend. Im österreichischen und bundesdeutschen Sprachgebrauch ist das eine (selbst) ironische, eventuell auch leicht verhöhnende Bezeichnung für SozialdemokratInnen, KommunistInnen oder ganz allgemein „Linke“ (vgl zB den deutschen Politiker *Gregor Gysi*, der mit dieser Selbstbezeichnung einige Wahlerfolge verzeichnete). Relevant war letztlich der von potenziell 371 Facebook-FreundInnen des H* H* lesbare, auf dessen Ermahnung folgende Zweitkommentar *„(mein Kommentar) ist doch sachlich und höflich ... wenn er nicht höflich wäre, würde ich schreiben [...]“*. Verglichen mit der analogen Welt entspricht das mE der sinngemäß gleichen Aussage *„wenn ich kein höflicher Mensch wäre, würde ich die neben dir stehenden Vorgesetzten als rote O. bezeichnen“* – und zwar ohne dabei das letzte Wort des Götzzitats voll auszusprechen.

2. Zum Kontext des Kommentars

Außer Betracht blieb in der Urteilsbegründung auch, dass der Bekl nach ca zwölf Stunden – am Abend desselben Tages – sein Posting wieder gelöscht hatte. Auch die langjährige Dienstzeit und offenkundige Einmaligkeit des Vorfalls wurden nicht weiter rechtlich gewürdigt (vgl aber zB *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* [Hrsg], *ZellKomm² § 27 AngG Rz 167* und vor allem *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, *ArbVG § 122 Rz 77*). Wie *Pfeil* (in *Neumayr/Reissner* [Hrsg], *ZellKomm² § 27 AngG Rz 166*) richtigerweise betont – und anhand der Judikatur belegt –, kommt der Frage zur Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung schon bei AN, die keinen besonderen Bestandschutz haben, gerade beim Ehrverletzungstatbestand besondere Bedeutung zu. Es sind hier vor allem die Stellung des AN im Betrieb, sein Bildungsgrad, die Art des Betriebs, der dort herrschende Umgangston, das bisherige Verhalten des AN und die *Begleitumstände der Äußerung* („die Gelegenheit, bei der die Äußerung gefallen ist“) zu berücksichtigen. War das relativ rasche Löschen des Postings nicht so etwas wie „tätige Reue“?

Jedenfalls hätten sich mE die beiden Gerichtsinstanzen – ebenso wie diverse Gerichte bei Entlassungsverfahren in jüngerer Zeit, die kreditschädigende oder beleidigende Facebook-Postings von nicht besonders bestandgeschützten AN zum Gegenstand hatten – in diesem Zusammenhang eingehender mit den Mechanismen und Abläufen diverser Kommunikationsformen in Facebook und ähnlich funktionierenden sozialen Netzwerken beschäftigen sollen. Es bestehen in diesen Foren Unterschiede zur Realkommunikation, die uU arbeitsrechtlich relevant sein können.

2.1. Zur Eigendynamik und Eskalationsneigung mehrseitiger kommunikativer Vorgänge im Internet

Threads (Diskussionsstränge bzw -fäden) in diesen Netzwerken funktionieren nach wiederkehrenden Mustern, die seit geraumer Zeit kommunikationstheoretisch und sozialpsychologisch intensiv diskutiert werden. Zwei Kommunikationsmuster sind hier besonders relevant: Durch provokante Gegenfragen

oder Kritiken kann es zu Aufschaukelungen kommen und die Facebook-Funktion „Teilen“ (oder ein Screenshot, eine Kopie in ein E-Mail etc) ermöglicht es, ohne Absicht und Zustimmung des Kommentierenden, sein Posting beliebig weit zu streuen. Das alles in schriftlicher Form, die selbst nach Löschung wiederherstellbar bleibt: In digitalisierter Form bewahrheitet sich die Binsenweisheit *„ein Schriftl ist ein Giftl“* umso mehr.

Im konkreten Fall hatte das bekl Betriebsratsmitglied das Foto eines vermeintlichen „Freundes“ kommentiert, dann dessen Ermahnung zu höflichem und sachlichem Ton wohl nicht verstanden (nicht wissend, dass dieser „Freund“ oder ein Dritter das Posting weiterleiten würde) und sich zu einer Steigerung von zweifelhaft humoristischem Charakter hinreißen lassen. In der Realkommunikation würde das ganze eher an eine Stammtisch-Kommunikation gemahnen (fünf Facebook-Freunde aus dem Konzern waren potenziell beteiligt, keiner jedoch aus dem Unternehmen, vom Fotografierten und vom Bekl abgesehen), wobei ein Gesprächsteilnehmer sich, was einigen unbekannt ist, nicht mehr im parteipolitisch geschlossenen Kreis bewegt. Die eine „real“, also offline gemachte Äußerung möglicherweise relativierende Mimik, Gestik oder der Tonfall fehlen ohnehin.

Wie die Social Media-Expertin *Danah Boyd* (Harvard University) jüngst anmerkte, sei Facebook ein anomales soziales Netzwerk, da es im Gegensatz zu den meisten anderen Netzwerken, die üblicherweise einen geschlossenen, engen Bekanntenkreis umfassen, viel breiter frequentiert werde. Man treffe dort sämtliche Bekannte, von den Großeltern über ehemalige SchulkollegInnen bis hin zu Vorgesetzten. Diese „multiplen Kontexte“ würden zu einem Gefühl der Verlegenheit führen (derstandard.at vom 17.3.2014: *„Facebook im echten Leben ohne Alkohol nicht erträglich“*, <http://derstandard.at/1395056795011/Forscherin-Facebook-im-echten-Leben-ohne-Alkohol-nicht-ertraeglich>) und dieses wiederum zu unbedachten Spontanäußerungen. Dass das „Belohnungshormon“ Dopamin verstärkt ausgeschüttet wird, wenn Zustimmung („Likes“) auf ein Facebook-Posting folgen (hier zB beachtlich: das „Like“ einer sozialdemokratischen Betriebsratskollegin des Bekl), sei hier nur am Rande erwähnt (näher zB: Studie der University of Southern California, http://www-scf.usc.edu/~uscience/dopamine_social_networking.html).

Diverse Gerichte haben mit Kommunikationsformen der Social Media ihre Probleme, wie etwa ein rezentes Urteil des OLG Innsbruck zeigt: Eine Verurteilung wegen Verhetzung unterblieb, weil der Angeklagte seinem in Facebook geposteten fremdenfeindlichen Witz das Emoticon „zinkerndes Smiley“ hinzugesetzt hatte. In der Urteilsbegründung wurde zur Bedeutung dieses Emoticons Wikipedia zitiert, demnach es bedeute „es ist ja nicht so ernst gemeint“ (<http://derstandard.at/1369363164906/Tuerkenwitz-auf-Facebook-Freispruch-dank-Zwinker-Smiley>). Auch das deutsche Judikatur-Portal *„juris.de“* zeigt eine breite Palette an erst- und zweitinstanzlichen Entscheidungen zu Facebook-Aktivitäten, wo sehr ähnliche Schimpfwörter das eine Mal zu einer (außerordentlichen) Kündigung berechtigten, das andere Mal wieder nicht.

3. Zum doppelten Zerrüttungsprinzip: Wie sind die Zumutbarkeitsschranken zu prüfen?

Wie *Trost* (in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 122 Rz 59) richtig anmerkt, ist schon bei der Prüfung des Tatbestands der Z 5 des § 122 Abs 1 ArbVG das zweite Tatbestandselement „sofern durch dieses Verhalten eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen Betriebsratsmitglied und Betriebsinhaber nicht mehr zu erwarten ist“ zu berücksichtigen, und zwar unabhängig von der in weiterer Folge zu prüfenden Entlassungsschranke des § 122 Abs 2 ArbVG „wenn nach den besonderen Umständen des Falles dem Betriebsinhaber die Weiterbeschäftigung des Betriebsratsmitglieds zumutbar ist“. Zwei Schranken bestehen also, eine ist dem Ehrverletzungs- (und Tätlichkeits-)Begriff immanent und die weitere ist als umgekehrte Schwelle zum allgemeinen Grundsatz bei vorzeitigen Beendigungen von Dauerschuldverhältnissen formuliert: Nur wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses, selbst für die relativ kurze Zeit der Kündigungsfrist, nicht (mehr) zumutbar ist, soll die „Fristlose“ Berechtigung haben. Indem der Gesetzgeber diese Schranke in Abs 2 aber positiv formulierte, hat er sie auch verstärkt: Der BI (hier wie bei allen juristischen Personen: seine betroffenen VertreterInnen) ist anzuhören – zumindest muss das Gericht ein objektiviertes Bild von einem normativen Maß-Betriebsinhaber in dieser Hinsicht erlangt haben –, dass eine Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände der Z 5-Tatbestandsverwirklichung unzumutbar ist. Mittels der Zusatzschranke des § 122 Abs 2 ArbVG wird die zuvor eingenommene Beurteilungsperspektive („nicht mehr zu erwarten“) iS einer zusätzlichen Gegenprüfung quasi um 180 Grad gedreht (keine gerichtliche Zustimmung, „sofern Zusammenarbeit zumutbar“).

Wie ist diese doppelte Schranke nun vorrangig zu prüfen, objektiv oder (auch) subjektiv, kollektiv- oder (auch) individualarbeitsrechtlich? Oder sind bei der Schranke des Z 5-Tatbestands andere Parameter zu berücksichtigen als bei jener des Abs 2?

3.1. Vom individuellen zum kollektiven Zerrüttungszustand?

Die erhebliche Ehrverletzung muss per se schon objektiv über die Schranke der Z 5 hinausgehen, um den Tatbestand zu verwirklichen. Dabei sind, nach dem Wortlaut der Rechtsnorm, der Betriebsinhaber(-vertreter) und das Betriebsratsmitglied zu beachten. Eine kollektive Komponente ist dem Tatbestand nicht zu entnehmen. Die Wirkungen der Worte sind bezüglich der AkteurlInnen, nämlich des Beleidigers und des Beleidigten, rein individualarbeitsrechtlich iS einer gravierenden und objektiv die Zusammenarbeitsmöglichkeit zerrüttenden Störung des Dauerschuldverhältnisses zu beurteilen.

Auch die „Fortbestandsprognose“ des Gerichts nach Abs 2, hinsichtlich einer gedeihlichen Zusammenarbeitsmöglichkeit nämlich, ist dem Wortlaut nach individualistisch geprägt. Die aus der historischen Entwicklung vom BRG (welches das Zerrüttungsprinzip noch nicht enthielt) zum ArbVG vom Gericht abgeleitete Besonderheit, dass in einer größeren Betriebsrats-

körperschaft dem ehrverletzenden Betriebsratsmitglied möglicherweise eine höhere Toleranzschwelle seitens der BetriebsinhabervertreterInnen zuzubilligen sei, ist durch den Wortlaut nicht gedeckt und wäre auch absurd: Einem fernab der Zentrale, ohne direkten Kontakt mit Vorgesetzten beschäftigten Mitglied könnte der BR die Rolle des ständigen (ehrverletzenden) Provokateurs übertragen, wenn das Zerrüttungsprinzip ausschließlich zwischen BI und Kollektivorgan wirkte.

Zusätzlich werden im Tatbestand des Abs 2 die Beachtlichkeit der besonderen Umstände des Falles betont. Die Einzelfallbeurteilung hat dann insb das bisherige Verhalten des Betriebsratsmitglieds zu berücksichtigen, weshalb die langjährige anstandslose Beschäftigung zB dazu führte, dass trotz einer „analog“ angedrohten Ohrfeige gegenüber dem Vorgesetzten im Zuge einer Handgreiflichkeit (am Mantel fassen), der Zustimmungsklage zur Entlassung nicht stattgegeben wurde (OGH 19.4.1989, 9 ObA 68/89; *Trost* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 122 Rz 77; *Schneller* in *Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller*, ArbVG⁴ § 122 Erl 8).

4. Ergebnis

Zu straf- oder disziplinarrechtlich relevanten Verhaltensweisen in *Social Media* besteht bis dato keine Judikatur, die auf deren spezifische Kommunikationsformen und -abläufe eingeht. Als „bloße Kommunikationsmittel“ werden soziale Netzwerke, wie etwa Facebook, von den Gerichten nicht anders behandelt als andere Übertragungsmedien, wie das Telefon, oder wie Gespräche und Diskussionen unter gleichzeitig real anwesenden Personen. Die fehlende Tonlage und Mimik (vgl aber das „Smiley“-Urteil des OLG Innsbruck, oben 2.1.) und vor allem die *Aufschaukelungs- und Eskalationsgefahr*, die den typischen Thread-Abläufen innewohnt, wird mE von der Rsp zu wenig berücksichtigt. Social Media und ähnliche Netzwerke funktionieren, wie ihre Bezeichnungen schon sagen, wie „analoge“ Gespräche und Diskussionen und gleichzeitig wie Massenmedien in dem Sinn, dass sie – auch – von Übertreibungen, Kampagnen und Skandalisierungen leben. Sorgfältig abgewogene Worte oder penible Recherchen wären wohl keine Erfolgsfaktoren für diese Kommunikationsplattformen. Beweisbar und „langlebig“ bleiben ihre Inhalte jedoch wie klassische Schriftformate. Diese Tatsache soll AN, die sich als „User“ betätigen, nicht von ihrer Verantwortung freisprechen; es soll damit nur ein häufig bestehender, spezifischer Kontext aufgezeigt sein.

Was die Ehrverletzung in concreto betrifft, so würde das inkriminierte Wort den Tatbestand zweifellos erfüllen. Allerdings wurde es vom Betriebsratsmitglied im Konjunktiv formuliert und auch bloß angedeutet, also nicht „ausgesprochen“ (ausgeschrieben). Ob das gem § 122 ArbVG „zweifach“ zu prüfende Zerrüttungsprinzip ausreichend beachtet wurde, ist zu bezweifeln. Die einschlägige Rsp des OGH legt die Erforderlichkeit einer sorgfältigeren Berücksichtigung des bisherigen Verhaltens nahe, als dies im gegenständlichen OLG-Urteil der Fall war.

HANNES SCHNELLER (WIEN)

Neue Bücher

Besprechungen

Gabriele Höllbacher

Die Auswirkung des BAGS-Kollektivvertrages auf die Personalentlohnung in Social Profit Organisationen

pro mente edition, Linz 2013, 136 Seiten, € 19,90

Das gegenständliche Buch, herausgegeben von pro mente OÖ, beschäftigt sich mit dem KollV für die Gesundheits- und Sozialen Dienste, welcher erstmals 2004 von den zuständigen Kollektivvertragsparteien abgeschlossen wurde. Durch die Satzung des BAGS-KV 2006 sind heute mehr als 300 Mitgliederorganisationen von der Geltung in den Bereichen Gesundheit, Soziales, Behindertenarbeit, Kinder- und Jugendwohlfahrt und Arbeitsmarktpolitische Dienstleistungen erfasst. In diesen Tätigkeitsfeldern sind etwa 90.000 Personen beschäftigt. Die Reichweite des BAGS-KV ist somit durchaus beachtlich.

Dennoch herrscht in einigen Social Profit Organisationen (SPOs) die Meinung, dass sich die Entlohnung der in SPOs beschäftigten AN seit Inkrafttreten des KollV verschlechtert hat. Ob dies der Realität entspricht, untersucht die Autorin anhand von sieben SPOs im Bundesland Salzburg. Vor dem Inkrafttreten des BAGS-KV wurden die MitarbeiterInnen dieser Institutionen nach dem Dienst- und Besoldungsrecht der Vertragsbediensteten des Bundes (Vertragsbedienstetengesetz 1948 – VBG) entlohnt.

Nach einer kurzen einleitenden Schilderung der Ausgangssituation und der geplanten empirischen Untersuchungen folgt ein Kapitel über theoretische Grundlagen. Neben Begriffsdefinitionen und der Entstehungsgeschichte der SPOs und des BAGS-KV wird auch auf die Entlohnung nach Landesschema bzw nach dem BAGS-KV eingegangen. Dieses Kapitel liefert hilfreiche Grundlagen für das Verständnis der folgenden Ausführungen. Bei den Begriffsdefinitionen wird ua erklärt was man unter einer SPO, der Berufsvereinigung von AG für Gesundheits- und Sozialberufe (BAGS) oder eben ganz allgemein unter einem KollV oder der Entlohnung versteht. Die Begriffe werden dabei stark vereinfacht erklärt, sodass sie auch für den juristisch nicht vorgebildeten Leser leicht verständlich sind. Man erfährt in diesem Kapitel ua, dass SPOs größtenteils als GmbHs oder Vereine ausgestaltet sind und „sozialen Profit“ erwirtschaften. Sie dürfen dabei Gewinne erzielen, müssen diese jedoch für einen gemeinnützigen Zweck verwenden. Aufgrund ihrer Gemeinnützigkeit sind SPOs nicht Mitglieder der Wirtschaftskammer. Daher haben sich mehrere Interessenvertretungen der AG zu einer freiwilligen AG-Vereinigung zusammengeschlossen und 1997 die Berufsvereinigung für Gesundheits- und Sozialberufe (BAGS) gegründet, um einheitliche Regelungen für die gesamte Branche der Gesundheits- und Sozialberufe zu schaffen.

Zur Entstehungsgeschichte der SPOs und des BAGS-KV hat *Gabriele Höllbacher* mit VertreterInnen aus den Gesundheits- und Sozialberufen Interviews geführt, die auch im Buch abgedruckt sind. Im Rahmen dieser Interviews erfährt der Leser etwa, dass im BAGS-KV ein Mehrdienstzuschlag ausverhandelt wurde, welcher im Lichte der Gleichbehand-

lung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten eine absolute Notwendigkeit darstellte. Verstärkt wird dies vor allem durch die Tatsache, dass im Sozial- und Gesundheitsbereich sehr viele AN teilzeitbeschäftigt sind, was einerseits mit der Art der Tätigkeit und andererseits mit dem hohen Frauenanteil in diesem Bereich zusammenhängt.

Ebenfalls erläutert werden in diesem zweiten Kapitel die Verwendungsgruppen des BAGS-KV (S 40 ff). Die Einstufung in eine bestimmte Verwendungsgruppe erfolgt dabei nach der Art der Tätigkeit und nicht anhand der Ausbildung. Die Tätigkeitsbeschreibungen und Berufsbilder erfolgten allerdings nur in demonstrativer Weise, sodass Arbeitsbereiche, die im Katalog keine Erwähnung finden, in die Verwendungsgruppe eingestuft werden, die dem Aufgabenkreis der entsprechenden Tätigkeit am nächsten kommt. Um die Gehaltsunterschiede zwischen den einzelnen Verwendungsgruppen deutlich zu machen, wurde die Gehaltstabelle mit den Mindestentgelten abgedruckt. Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch noch die Anrechnung von Vordienstzeiten, welche ebenfalls erklärt wird.

Da es im Gesundheits- und Sozialbereich auch einige Organisationen gibt, die eigene Kollektivverträge haben, wird, basierend auf den Grundbezügen das Einkommensniveau anhand eines diplomierten Sozialarbeiters im Alter von 35 Jahren im elften Berufsjahr vergleichend dargestellt. Angeführt werden der KollV der Diakonie Österreich, des Roten Kreuzes Salzburg, der karitativen Einrichtungen der Katholischen Kirche Österreich und des Vereins Neustart. Bei dieser vergleichenden Darstellung zeigt sich, dass lediglich die AN, die nach dem KollV von Neustart entlohnt werden, im Vergleich zum BAGS-KV besser entlohnt werden, alle anderen werden schlechter entlohnt.

Im dritten Teil des Buches erläutert die Autorin die Zielsetzung und Konzeption der Untersuchung. Im empirischen Teil geht es dabei einerseits um einen Vergleich der Entlohnung nach Landesschema mit jenem nach BAGS-KV anhand von konkreten MitarbeiterInnen, und andererseits werden GeschäftsführerInnen, PersonalistInnen und Betriebsratsmitglieder von SPOs zum Umstellungsprozess der Entlohnungsschemata befragt. Von den sieben in Salzburg untersuchten Unternehmen ist eine Organisation Mitglied der BAGS, dh dort erfolgte die Umstellung auf das Entlohnungsschema nach dem KollV bereits 2005. Bei den restlichen sechs Einrichtungen erfolgte die Umstellung aufgrund der Satzung des BAGS-KV 2006.

Höllbacher hat in der Folge zwei Forschungsfragen formuliert und aus diesen fünf interessante Hypothesen abgeleitet (S 64). Neben der Frage, wie sich die Entlohnung der MitarbeiterInnen in den ausgewählten Organisationen durch die Umstellung auf den BAGS-KV verändert hat, untersuchte sie auch, ob die Umstellung Auswirkungen auf die Mitarbeiterfluktuation, die Beratungsleistungen der Betriebsräte sowie auf die Personalsuche hat.

Im vierten Kapitel – etwa ab der Hälfte des Buches – ist man beim Kernstück angelangt: Dort werden die empirischen Ergebnisse präsentiert. Die Autorin untersucht, ob sich die zuvor aufgestellten Hypothesen durch die Forschungsergebnisse verifiziert oder falsifiziert haben. Die Hypothese 1 etwa, welche von

der Annahme ausging, dass sich das Entgelt der MitarbeiterInnen durch die Umstellung vom Landesschema auf BAGS-KV verringert hat, hat sich weder als falsch noch als richtig herausgestellt. Jedoch ist eine Tendenz zur Gehaltsreduktion feststellbar, da von den 18 ausgewählten MitarbeiterInnen 12 bei der Entlohnung nach dem BAGS-KV weniger Gehalt beziehen als zuvor. Interessant ist jedoch das Ergebnis, dass Führungskräfte durch den BAGS-KV nun finanziell besser gestellt sind. Eindeutig falsifiziert werden konnte die Hypothese 2. Die Untersuchungen haben ergeben, dass aufgrund der Umstellung auf den BAGS-KV keine MitarbeiterInnen ihr Dienstverhältnis beendet haben. Feststellbar war nur, dass aufgrund der Verschlechterung bei der Anrechnung von Vordienstzeiten keine erfahrenen und älteren MitarbeiterInnen mehr gewonnen werden können, sondern lediglich jüngeres Personal. Verifiziert hat sich hingegen die Hypothese 3, wonach sich die Inanspruchnahme der Beratungsleistungen der Betriebsräte erhöht hat. Bei ihrer vierten Hypothese ging *Höllbacher* davon aus, dass sich die Personalsuche aufgrund der Umstellung auf den BAGS-KV erschwert hat und bei der abschließenden fünften Hypothese untersuchte sie, ob die MitarbeiterInnen mit ihrer Einkommenssituation nach dem BAGS-KV unzufrieden sind. Die Ergebnisse dieser beiden Untersuchungen möchte ich nicht vorwegnehmen, um die Neugier der potentiellen LeserInnen zu erhalten.

In ihrem abschließenden Resümee kommt *Höllbacher* zu dem Ergebnis, dass der BAGS-KV nicht zwingend eine Entgeltreduktion bedeuten muss, der KollV aber dennoch keine optimale Grundlage bildet.

Die Autorin hat das oben erwähnte Ziel, welches sie sich mit dem vorliegenden Buch gesetzt hat, definitiv erreicht. Die dabei untersuchten Forschungsfragen sind nicht nur interessant, sondern auch für die sehr große Zahl der in den Gesundheits- und Sozialberufen tätigen AN überaus wichtig.

Etwas schade ist der Umstand, dass sich die Zahlen und Untersuchungen auf die Jahre 2011 und 2012 beziehen und somit die Aktualität des Buches in manchen Bereichen etwas leidet. Nichtsdestotrotz ist es der Autorin gelungen, das Wichtigste zum Thema kompakt in diesem Buch darzustellen und dies in sehr übersichtlicher und leicht verständlicher Weise.

„Die Auswirkungen des BAGS-Kollektivvertrages auf die Personalentlohnung in Social Profit Organisationen“ von *Höllbacher* ist zweifellos empfehlenswert und eine wertvolle Hilfe für alle, die sich beruflich mit SPOs beschäftigen bzw. in diesen tätig sind.

IRENE HOFSTÄTTER (LINZ)

Fadler

Der Zukunft verpflichtet – Im Gedenken an den Visionär Alfred Dallinger

Verlag des ÖGB, Wien 2014, 156 Seiten, € 29,90
(mit Erinnerungs-DVD *Alfred Dallinger*)

Dieses Buch der Reihe „Zeitgeschichte“ des ÖGB-Verlags ist dem Gedenken an den so tragisch verunglückten Arbeits- und Sozialminister *Alfred Dallinger* aus Anlass seines 25. Todestages am 23.2.2014 gewidmet. *Astrid Fadler* gestaltete das Erinnerungsbuch einfühlsam und akzentuiert. Sie lässt den visionären Politiker, der weit über den nächsten Wahltermin hinaus gedacht hat, an vielen Stellen selbst zu Wort kommen, was der charismatischen Persönlichkeit dieses Ausnahmepolitikers am besten gerecht wird und seinen noch heute aktuellen Ideen und Forderungen unveränderte Authentizität verleiht.

Alfred Dallinger ging es um einen gerechten, solidarischen Sozialausgleich und entsprechende Umverteilung, um Bildungschancen für alle, um Vollbeschäftigung. Maßnahmen und Forderungen *Dallingers* in allen Bereichen der Sozialpolitik unterstützen diese Politik. Er war davon überzeugt, dass die Bewältigung der Zukunft nicht mit den Methoden der Vergangenheit möglich sei, sondern neue Methoden und den Mut zu Visionen erfordere. Arbeit im weitesten Sinn, Bildung, die dazu befähigt, und den Ausbau der Mitbestimmung mit eingeschlossen, stand für ihn im Vordergrund. Er ging davon aus, dass Rationalisierung und der rasante technische Fortschritt die Arbeitsplätze verknappen und zu steigender Arbeitslosigkeit sowie zu Problemen bei der Finanzierung der Pensionssysteme führen würden. Diesen Entwicklungen entgegenzusteuern, den Menschen Arbeit und Arbeitsfähigkeit zu geben und zu erhalten, sowie ihnen eine entsprechende Altersversorgung sicherzustellen, waren seine vorrangigen politischen Ziele.

Die Idee der Wertschöpfungsabgabe – einer von seinen politischen Gegnern als „Maschinensteuer“ verunglimpften neu angedachten Form der Finanzierung der Sozialsysteme – hat heute, mehr als zwanzig Jahre nach seinem Wirken, mE nichts an Brisanz, aber auch nichts an Aktualität verloren. Auch wenn sich unsere Arbeitswelt zu einer Dienstleistungsgesellschaft wandelt, ist der Weg der bisherigen Finanzierung der Sozialsysteme zweifellos überholt. Wenn alles aus Steueraufkommen und anhand der Einkünfte der AN (Lohnsumme) abgedeckt wird, aber Steuerleistungen und vollzeitbeschäftigte AN immer weniger werden, muss die Finanzierung des Sozialstaats neu überdacht werden, um Sozialabbau vermeiden zu können.

Zur Sicherung der Vollbeschäftigung verfolgte *Dallinger* eines seiner weiteren erklärten Ziele, nämlich die Arbeitszeitverkürzung, gleichfalls in der Öffentlichkeit heftig und kontrovers diskutiert. In der Arbeitsmarktpolitik wurden unter *Dallinger* innovative Strategien entwickelt, beispielsweise die Förderung von Selbsthilfeprojekten Arbeitsloser über die legendäre Aktion 8000 bis hin zur Arbeitsstiftung. *Alfred Dallinger* blieb vor allem wegen den unter seiner Leitung beschrittenen neuen Wegen in der Beschäftigungspolitik (Stichwort: Experimentelle Arbeitsmarktpolitik) in Erinnerung, was ihm aber nicht gerecht zu werden vermag. Er war ein entschiedener Verfechter von Gleichbehandlung und Antidiskriminierung und nahm sich ebenso der Entschädigung der politisch oder wegen ihrer ethnischen Abstammung Verfolgten an wie der kontinuierlichen Verbesserung der sozialen Lage von Menschen mit besonderen Bedürfnissen. Auch sein Wirken auf internationaler Ebene fand stets Anerkennung und Resonanz, sei es bei den Tagungen der ILO in Genf, sei es im Rahmen der OECD.

Das alles wird in dem Erinnerungsbuch von *Fadler* gewürdigt sowie plastisch und feinfühlig dargestellt. Der Weg *Alfred Dallingers* vom engagierten und konsequenten Gewerkschafter zu dem seine Ziele ebenso engagiert und konsequent verfolgenden Arbeits- und Sozialminister wird nachgezeichnet und die Erinnerung an seine politischen Ziele und Überzeugungen wachgerufen.

Die zT sehr gehässigen Reaktionen auf die politischen Ideen und Forderungen von *Alfred Dallinger* kommen in den im Buch wiedergegebenen Karikaturen aus Printmedien, aber auch in dem darin abgebildeten Flugblatt zum Ausdruck, auf dem um ein Foto von *Alfred Dallinger* die „Warnung“ gedruckt war: „Hier spricht die Wirtschaft – dieser Mann ist der größte Arbeitsplatzvernichter Österreichs!“

Die interessant und flüssig geschriebenen Kapitel dieses lesenswerten Buches befassen sich vor allem mit den visionären politischen Ideen von *Alfred Dallinger*, spannen regelmäßig

aber auch den Bogen zur Gegenwart (Stichwort: Und heute?) und präsentieren eine Reihe wichtiger Zahlen und Fakten. Die eindrucksvolle Persönlichkeit des Menschen *Alfred Dallinger* und sein Wirken als Vorbild, Chef und Kollege werden beschrieben, ebenso seine Toleranz und Selbstdisziplin als Privatmann. Als GesprächspartnerInnen der Autorin erinnern sich seine KollegInnen aus Gewerkschaft und seine MitarbeiterInnen aus dem Arbeits- und Sozialministerium an ihre persönlichen Kontakte und Erfahrungen mit *Alfred Dallinger*.

Für eine heitere, aber dennoch politisch sehr pointierte Note sorgen die an mehreren Stellen des Buches auszugsweise abgedruckten Verse aus „Sieben Streiche“ (frei nach *Wilhelm Busch*) von *Dallingers* MitarbeiterInnen zu dessen 58. Geburtstag.

Sehr berührend die Fotografien aus Familienbesitz, die Fotos mit seinen wichtigsten politischen Weggefährten sowie die Zusammenstellung der Nachrufe nach dem tragischen Flugzeugabsturz, dem *Alfred Dallinger* und alle Insassen der Maschine zum Opfer fielen. Auch die dem Buch beigefügte DVD mit Ausschnitten aus Interviews und ORF-Beiträgen lässt die Erinnerung an *Alfred Dallinger* wieder neu zum Leben erwachen.

Das Buch „Der Zukunft verpflichtet – im Gedenken an den Visionär Alfred Dallinger“ von *Astrid Fadler* macht die Faszination, die von *Alfred Dallinger* ausging, deutlich und unterstreicht seine außerordentliche Bedeutung für die politische Landschaft in Österreich in sehr anschaulicher Weise.

Die ältere Generation wird diese Erinnerungen hoch schätzen. Für junge Menschen, die den Politiker *Alfred Dallinger* und seine Zeit nicht miterlebten, sollte dieses Buch über die Aufbruchsstimmung in der Sozialdemokratie, die damals umgesetzten wichtigen Reformen sowie die Wertvorstellungen und Visionen *Alfred Dallingers* zur Pflichtlektüre werden.

EVA-ELISABETH SZYMANSKI (WIEN)

Österreichische Juristenkommission (Hrsg)
Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit

Linde Verlag, Wien 2013, 416 Seiten, kartoniert, € 58,-

Im Schnittpunkt von Gesundheit und Recht gibt es zahllose rechtliche, rechtspolitische und gesundheitspolitische Fragestellungen: zur Ausgestaltung und Durchsetzung von Grundrechten, zu Haftung und Schadenersatz, zur Allokation oder zum Datenschutz. Um diesen vielfältigen Anknüpfungspunkten Rechnung zu tragen und ausgewählte Fragen näher zu beleuchten, stand die Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission 2012 unter dem Thema „Gesundheit und Recht“. Der Mitte 2013 erschienene Tagungsband „Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit“ gibt die Diskussionsbeiträge und Referate der Teilnehmer nun wieder. Das Buch folgt dem Aufbau der Tagung, in fünf Teilen finden sich die Beiträge thematisch gegliedert nach den vier Arbeitssitzungen und dem Kamingsgespräch. Die Schwerpunkte sind das Verhältnis von Arzt und Patient, dh ärztliche Aufklärung und der Umgang mit Behandlungsfehlern, die „Zweiklassenmedizin“, Rechtsfragen am Beginn des Lebens, Pflege und Psychiatrie, Datenschutz vor dem Hintergrund von ELGA und Nichtraucherschutz. Insgesamt enthält der Tagungsband 24 Beiträge von zahlreichen Experten, daher können hier nur einige wenige im Detail erwähnt werden. Arbeitsrechtliche Anknüpfungen gibt es kaum, am ehesten finden sich in

den Beiträgen zum Datenschutz und zum Nichtraucherschutz Berührungspunkte. Dafür werden im Tagungsband zahlreiche sozialpolitisch relevante Themen umfassend behandelt.

Das Kapitel zum Thema Gesundheit und Datenschutz spiegelt die kontroverse Diskussion um die Einführung von ELGA wider und auch die Beiträge unterscheiden sich in ihrem kritischen Potential. In seinem Beitrag „ELGA und das Grundrecht auf Datenschutz“ (299 ff) unterzieht *Andreas Lehner* den Entwurf zur Einführung einer elektronischen Gesundheitsakte einer verfassungsrechtlichen Analyse. Er bezieht sich dabei auf den Entwurf des „Elektronische Gesundheitsakte-Rahmengesetz“ aus dem Jahr 2012, der inhaltlich weitgehend übereinstimmend mittlerweile als Elektronische Gesundheitsakte-Gesetz (ELGA-G) in Kraft getreten ist (BGBl I 2012/111). *Lehner* nimmt eine umfassende Darstellung der Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz und deren Rechtfertigungsmöglichkeiten durch ELGA vor. Dabei gelingt es ihm, einen Überblick über die ambivalenten Interessenssphären – einzelne Patienteninteressen, öffentliche Interessen an der Steigerung der Behandlungs- und Betreuungsqualität im Gesundheitswesen – darzustellen. Interessant ist auch seine Diskussion der Ausgestaltung mittels Opt-in- oder Opt-out-Modell, die Ausgangspunkt der massiven datenschutzrechtlichen Bedenken war. Auch *Sebastian Reimer* mit seinem Beitrag „Möglichkeiten zur Objektivierung von Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung am Beispiel ELGA“ (319 ff) und *Lukas Stärker* „Zukunftsherausforderung ELGA“ (337 ff) widmen sich der elektronischen Gesundheitsakte. Während *Reimer* sich in seinem Artikel wie *Lehner* auf Fragestellungen aus verfassungsrechtlicher Sicht beschränkt, ist die Auseinandersetzung bei *Stärker* deutlich breiter angelegt. Seine Stellungnahme zu ELGA fällt zudem sehr kritisch aus.

Während in Bezug auf Nichtraucher und Raucher die Diskussion zuletzt auch von der Frage der Einarbeitung von Rauchpausen und Nichtraucherprämien geprägt war, wird im Tagungsband der Fokus auf den Nichtraucherschutz gerichtet. Der Nichtraucherschutz im Arbeitsrecht wird allerdings nur kurz und überblicksartig im Beitrag von *Dieter Kolonovits* („Der Nichtraucherschutz des TabakG aus rechtlicher Sicht“ [377 ff]) dargestellt. Das Kapitel bietet mit dem Beitrag von *Peter Koller* („Rauchverbote zwischen Nichtraucherschutz und Paternalismus“ [363 ff]) aber auch eine spannende rechtspolitische Erörterung von rechtlichen Beschränkungen des Rauchens. Er zeigt empirische Prämissen über die Auswirkungen des Rauchens und Möglichkeiten rechtlicher Regulierung ebenso auf, wie normative Grundsätze zur Rechtfertigung rechtlicher Beschränkungen. Dass die Diskussion durch die zwei Beiträge für die Teilnehmer noch nicht umfassend genug aufgearbeitet werden konnte, zeigt die folgende, mitunter emotionale Diskussion des Podiums und Publikums. Ein Diskussionsteil ist im gesamten Tagungsband immer nach den Fachbeiträgen abgedruckt, nimmt aber in diesem Kapitel besonders viel Platz ein und widmet sich allen gesellschaftlich relevanten Facetten des Rauchens und Nichtrauchens: E-Zigaretten, räumliche Trennung in Gastronomiebetrieben, Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens, sozialer Druck, Vollzug des Nichtraucherschutzes.

Sozialpolitisch äußerst aktuell und relevant sind die Beiträge aus dem Kamingsgespräch, das sich dem Thema „Recht auf Gesundheit – Gleiche Versorgung für alle oder „Zweiklassenmedizin“ widmete. *Gerald Bachinger* („Transparenzmängel sind weit offene Einfallstore für Zwei-Klassen-Medizin und Korruption“ [109 ff]) sieht als Mittel gegen Missbrauch von öffentlichen Mitteln und Korruption im Gesundheitswe-

sen vor allem die Transparenz, die er beispielsweise beim Wartezeitenmanagement und hinsichtlich Nebentätigkeiten von Spitalsärzten vergrößern will. Wenig überraschend ist sein Vorschlag, Whistleblowing zur Korruptionsbekämpfung einzusetzen. Rechtlich interessant ist die Analyse von *Meinrad Handstanger* zum Thema „Grundrecht auf Gesundheitsschutz“ (101 ff), bei der auch insb unionsrechtliche Anknüpfungspunkte im Rahmen der GRC besprochen werden.

Eine umfassende Darstellung erfahren auch die „Rechtsfragen am Beginn des Lebens“. Hier hinterfragt beispielsweise *Erwin Bernat* („SH et al gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück“ [163 ff]) die Haltung des österreichischen Gesetzgebers hinsichtlich Fortschritten in der Fortpflanzungsmedizin. *Matthias Neumayr* („Embryopathie und wrongful birth“ [207 ff]) stellt hingegen sehr praxisnah anhand von österreichischer und internationaler Judikatur die Rechtslage und das Problem von Schadenersatz in wrongful-birth-, wrongful-conception- und wrongful-life-Fällen dar.

Abschließend kann gesagt werden, dass der Tagungsband einen äußerst interessanten Überblick über gesundheitspolitische Themen gibt. Praktische arbeitsrechtliche Anknüpfungen beschränken sich zwar auf einen überschaubaren Anteil, aber für jeden an gesundheitspolitischen Themengebieten Interessierten bietet das Buch umfassende Informationen und Anregungen.

CHARLOTTE REIFF (WIEN)

Pellar

Eine andere Geschichte Österreichs – Gewerkschaft, soziale Verantwortung und menschliche Politik

Verlag des ÖGB, Wien 2014, 128 bzw 148 Seiten, € 29,90

Im Rahmen der Schriftenreihe Zeitgeschichte sind im ÖGB-Verlag zeitgleich zwei aktualisierte Bände mit dem gleichen Titel und Untertitel erschienen. Einer dieser Bände ist in Kooperation mit der Gewerkschaft der Post- und Fernmeldebediensteten entstanden, der zweite mit der Produktionsgewerkschaft. Autorin ist in beiden Fällen die ausgewiesene und anerkannte Expertin der Gewerkschaftsgeschichte *Brigitte Pellar*, beim ersten Band in Zusammenarbeit mit *Thomas Linzbauer*, beim zweiten mit *Robert Wittek*.

Der Inhalt der beiden Bücher ist größtenteils identisch, nämlich ein detaillierter Streifzug durch die Geschichte der Gewerkschaftsbewegung. Nur im Schlussteil unterscheiden sich die beiden Bände, indem jeweils auf die spezielle Geschichte der beiden Gewerkschaften eingegangen wird.

Die Wortwahl im Titel „Eine andere Geschichte Österreichs“ soll offenbar zum Ausdruck bringen, dass hier nicht, wie in unzähligen anderen Publikationen, wie zB in den bekannten Standardwerken von *Hugo Portisch*, eine allgemeine Darstellung der historischen Entwicklung unseres Landes geboten wird, sondern die Geschichte speziell aus dem Blickwinkel der Gewerkschaften und ihres Beitrages zur politischen, ökonomischen und sozialen Entwicklung betrachtet wird.

Die Spannweite des Zeitraums, der in den beiden Bänden dargestellt wird, ist groß: Der Bogen spannt sich von den frühen Kämpfen der österreichischen ArbeiterInnenschaft im Mittelalter über die junge Gewerkschaftsbewegung in der Monarchie, die großen Sozialreformen unter *Ferdinand Hanusch* zu Beginn der Ersten Republik, die dunklen Jahre der Ständestaat-Diktatur und der Nazizeit, die Wiedererichtung der Grundlagen der Zweiten Republik, Auf- und

Ausbau der Sozialgesetzgebung und des Sozialstaats, Sozialpartnerschaft, veränderte Rahmenbedingungen seit den 1980er-Jahren bis hin zur Gegenmacht der Gewerkschaftsbewegung zum Turbokapitalismus und Widerstand gegen den Sozialabbau in diesem Jahrtausend. Im letzten Abschnitt mit der Überschrift „Bewegung in Bewegung“ wird schließlich der Weg des ÖGB der 16 Gewerkschaften zum ÖGB der sieben Gewerkschaften chronologisch nachgezeichnet.

Die in der Schriftenreihe Zeitgeschichte erschienenen Bücher wenden sich nicht in erster Linie an ein wissenschaftlich interessiertes Publikum. Zielgruppe der hier besprochenen Bände sind vielmehr jene „Zigtausenden Menschen, die ihrer Gewerkschaft beitreten und diese große Gemeinschaft damit zu dem machen, was sie seit ihren Anfängen bis heute geblieben sind – eine engagierte Kämpferin für die Rechte und das Wohl der arbeitenden Menschen“, so Präsident *Erich Foglar* im Vorwort.

Dieser Zielsetzung entsprechend ist auch die Gestaltung der beiden Bände: ähnlich wie eine Zeitung, jede Seite kann für sich allein gelesen werden. Die Sprache ist kurz, präzise und leicht verständlich, ohne jedoch zu sehr an der Oberfläche zu bleiben. Für die Richtigkeit der Fakten und die Korrektheit der Darstellung bürgt die hohe fachliche Kompetenz der Autorin.

Besonders hervorzuheben ist der große Umfang des verarbeiteten Bildmaterials (auch wenn es nicht immer zum Text der jeweiligen Seite passt). Hier finden auch einschlägig vorinformierte mit Sicherheit viel Interessantes und Neues.

Wünschenswert wäre es aus meiner Sicht, wenn das letzte Kapitel der Gewerkschaftsgeschichte, nämlich der Zusammenschluss zu neuen Gewerkschaften, nicht nur in Form einer Chronologie dargestellt, sondern auch mit bereits vorhandenen Erfahrungswerten versehen und durch eine Zukunftsperspektive ergänzt werden könnte. Zwar wird von den Vorsitzenden der beiden Gewerkschaften, *Helmut Köstinger* und *Rainer Wimmer*, in ihrem Vorwort zumindest angedeutet, dass der Start erfolgreich und der eingeschlagene Weg richtig war, es wäre aber interessant zu erfahren, ob das von jenen, denen diese „Ehrenbände“ (*Foglar*) gewidmet sind, nämlich den Gewerkschaftsmitgliedern, auch so gesehen wird.

Wer sich rasch und trotzdem verlässlich über die Geschichte der Gewerkschaftsbewegung informieren will, ist mit den beiden Büchern gut bedient; wer mehr in die Tiefe gehen möchte, dem sei das wissenschaftliche Werk der Autorin empfohlen.

JOSEF CERNY (WIEN)

Schweighofer

Zulässigkeitschranken befristeter Dienstverhältnisse – Am Beispiel der Mitglieder des Lehrkörpers von Fachhochschulen

Verlag Österreich, Wien 2013, XXI, 327 Seiten, broschiert, € 54,-

Befristete Arbeitsverhältnisse und deren wiederholte Aneinanderreihung haben gerade an postsekundären Bildungseinrichtungen eine lange Tradition und noch immer einen hohen Stellenwert. Die Vereinbarkeit mit allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen und insb der Befristungs-Rahmen-RL 1999/70/EG steht allerdings dabei immer in Frage. Aus der Sicht eines Arbeitsrechtlers, der seit Jahren an der Gestaltung der entsprechenden Regelungen im Bereich des

Personalrechts der Universitäten mitwirken darf und dieses auch wissenschaftlich zu begleiten versucht, muss eine Untersuchung dieses Problemkreises mit Fokus auf den Bereich der Fachhochschulen (FHs) auf besonderes Interesse stoßen.

Allerdings wird die Arbeit den Erwartungen, die mit ihrem Titel und angesichts des Umstandes geweckt werden, dass ihr Autor als langjähriger Leiter der Abteilung Recht und Personalrecht einer FH tätig ist, nur teilweise gerecht. Die überaus umfangreiche, auf eine 2008 an der Universität Wien approbierte Dissertation zurückgehende Monografie bietet zunächst einen guten Überblick über die Rahmenbedingungen für befristete Arbeitsverhältnisse im nationalen wie im Unionsrecht. Nach einer (bisweilen wohl zu) detaillierten Darstellung der EuGH-Judikatur zur Befristungs-RL werden völlig zutreffend die diesbezüglichen Umsetzungsdefizite im österreichischen Recht hervorgehoben. Mit Recht kritisch wird auch der „Meinungsstand“ insb der Judikatur zur Vereinbarkeit von Befristung und Kündigung beleuchtet (beim Schrifttum fehlt dagegen etwa die Arbeit von S. Mayer, RdW 2008/496). Dieser Abschnitt führt aber eigentlich ebenso vom Thema weg wie die einlässliche Schilderung der deutschen Rechtslage. Das Unbehagen wird verstärkt, wenn das an sich viel näher liegende UG 2002 kaum vorkommt und auch den Besonderheiten des FH-Sektors nur wenige Seiten gewidmet sind.

Dieses Manko wird dann durch ein durchaus spannendes Schlusskapitel („Ergebnisse am Beispiel der Mitglieder des Lehrkörpers von Fachhochschulen“) zumindest teilweise kompensiert. Dort finden sich ua berechtigte Kritik an der Regelung des § 7 (ursprünglich § 5a) FHStG (die der Gesetzgeber aber leider als Vorbild für § 100 Abs 4 und 5 UG gesehen hat) sowie einige bemerkenswerte Aspekte zum (möglichen oder gar gebotenen) Verständnis der Aufgaben von Lehrenden an FHs. Auch dem abschließenden Plädoyer für ein eigenes Dienstrecht für diese Bildungs- und zunehmend auch Forschungseinrichtungen ist beizupflichten.

Insgesamt ist die Schrift solide gearbeitet und vom Bemühen um saubere Methodik geprägt, sie wirkt aber manchmal etwas langatmig und wenig fokussiert. Ihr Hauptteil ist breit angelegt, bringt aber vor allem Bekanntes zu den allgemeinen Grenzen befristeter Arbeitsverhältnisse. Deren Umlegung auf den FH-Bereich hätte jedoch ebenso eine Vertiefung verdient wie der Querbezug zum Personalrecht der Universitäten. Dass dort die drei wichtigsten einschlägigen, allesamt aus 2010 stammenden Arbeiten gar nicht oder nur mit einer pauschalen Fußnote berücksichtigt werden, dürfte bei einer Aktualisierung im Jahr 2012 nicht passieren. Wer sich also konkreter mit diesen Fragestellungen beschäftigen will, wird über die Monografie *Schweighofers* hinausgreifen müssen, auch wenn diese fraglos als informativ und materialreich sowie von großer Sachkunde getragen zu qualifizieren ist.

WALTER J. PFEIL (SALZBURG)

Burger-Ehrnhofer/Schritt Wieser/Thomasberger
Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz

2. Auflage, Verlag des ÖGB, Wien 2013, 656 Seiten, € 59,-

Der in Österreich umfangreichste Kommentar zum MSchG und VKG aus der ÖGB-Reihe ist nunmehr in der zweiten Auflage erschienen. Das Werk bietet dem Leser eine umfassende und profunde Darstellung des MSchG und VKG, wobei auch auf die engen Verflechtungen mit anderen Gesetzen, etwa dem KBGG oder dem ASVG, Bezug genommen wird.

Die Autorinnen, Arbeitsrechtsexpertinnen auf der WU Wien (*Karin Burger-Ehrnhofer*), bei der AK Steiermark (*Bettina Schrittwieser*) und AK Wien (*Martina Thomasberger*), haben die einzelnen Gesetzesbestimmungen unter Berücksichtigung aktueller Literatur und Judikatur tiefgründig aufgearbeitet. Mit dem Kommentar lässt sich hervorragend arbeiten. Die Erläuterungen der Autorinnen sind äußerst verständlich und sehr ausführlich verfasst. Positiv hervorzuheben ist, dass die Autorinnen in strittigen Fragen auch eigene Position beziehen, etwa bei der Frage, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen § 15e Abs 2 MSchG nach sich zieht, wenn eine Arbeitnehmerin während der Karenz länger als 13 Wochen über die Geringfügigkeitsgrenze hinaus beschäftigt wird.

In der zweiten Auflage hat das Autorinnenteam insb die Neufassung der Elternurlaubs-RL (RL 2010/18/EU) und die seit 2007 zum MSchG und VKG ergangene Rsp eingearbeitet. Auf gesetzlicher Ebene gab es seit der Erstauflage im MSchG und VKG keine grundlegenden Änderungen. Jedoch wurde übersehen, dass eine mit dem MSchG verflochtene Bestimmung, konkret § 4 Abs 5 UrlG, mit 28.3.2012 aufgrund der EuGH-E 22.4.2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, novelliert worden ist (BGBl I 2012/19): Die Verjährungsfrist gem § 4 Abs 5 UrlG verlängert sich nunmehr um die Dauer der Karenz und nicht nur, wie auf S 378 kommentiert, um den Zeitraum, um den die Karenz zehn Monate übersteigt. Ein solches „Übersehen“ verwundert aber bei einem derart umfangreichen Werk nicht und schmälert den Wert des Kommentars keinesfalls.

Insgesamt haben die Autorinnen mit dem Kommentar zum MSchG und VKG ein aktuelles und an den Bedürfnissen der Praxis orientiertes Nachschlagewerk ausgearbeitet, das sowohl der Wissenschaft ans Herz zu legen als auch für PraktikerInnen zu empfehlen ist.

DIANA NIKSOVA (WIEN)

Horvath/Lebesmühlbacher/Lehne/Lütte/Murer (Hrsg)
Ungleichheit im aktuellen Diskurs – Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht, Bd 3

Jan Sramek Verlag, Wien 2013, XIX, 265 Seiten, € 59,90

Der Band enthält acht Beiträge zum Thema Gleichheit, von denen aus der Sicht von DRdA drei von besonderem Interesse sind.

Sebastian Scholz erörtert „Die Drittwirkung der gesellschaftspolitischen Diskriminierungsverbote“ der Art 21 und 23 Grundrechtecharta (GRC). Diese verbieten nicht nur, dass Union und Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts nach „personenbezogenen Merkmalen“ diskriminieren. Das Urteil *Test Achats* des EuGH (zu geschlechtsbezogenen Versicherungstarifen) zeige, dass Art 21 GRC auch verbiete, solche Diskriminierungen durch Private zuzulassen. Aus dem Urteil selbst kann man mE aber nur ableiten, dass der Unionsgesetzgeber solche Diskriminierungen nicht legitimieren darf. Die Frage, ob Private durch die Diskriminierungsverbote unmittelbar (ohne Vermittlung gesetzlicher Vorschriften) verpflichtet werden, wird von *Scholz* breit diskutiert und bejaht. Das erst 2014 ergangene EuGH-Urteil *Association de médiation sociale* (EuGH 15.1.2014, C-176/12, Rn 47) könnte für diese Auffassung sprechen.

Christopher Frank behandelt die „Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung im Beschäftigungsverhältnis“.

nis“. Probleme sieht *Frank* heute weniger im materiellen Recht als im Zugang zum Rechtsschutz. Zum materiellen Recht wird darauf hingewiesen, dass das Verbot auch die Benachteiligung aufgrund des sexuellen Verhaltens erfasse. Zum Rechtsschutz weist *Frank* primär auf den – mE pathologischen – Zustand hin, dass in Österreich 35 (!) Materiengesetze des Bundes und der Länder die Vorgaben der RL 2000/43/EG umsetzen. An diesen Wildwuchs der gesetzlichen Regelungen knüpfen dann die Rechtsschutzmöglichkeiten an (auch bei anderen Diskriminierungstatbeständen), mit unterschiedlichen Rechtsschutzwegen und Fristen. *Frank* fragt, ob dies dem Gebot zur Umsetzung der RL entspricht. ME ist dies zu verneinen, weil es die „praktische Wirksamkeit“ des Unionsrechts deutlich beeinträchtigt. Kuriositäten der Kompetenzverteilung und Ausgliederungspraktiken können dies nicht entschuldigen.

Doris Wakolbinger befasst sich mit „Auswirkungen des Antidiskriminierungsrechts auf die Loyalitätsobliegenheiten religionsgemeinschaftlicher Arbeitsverhältnisse“. Im Anschluss an ihre Dissertation behandelt *Wakolbinger* konzis und umsichtig die heiklen Fragen, die insb § 20 Abs 2 GIBG („Anforderungen angesichts des Ethos der Organisation“) für Forderungen nach einem „ethosadäquaten“ Lebenswandel aufwirft. Der Anwendungsbereich dieser Ausnahmebestimmung wird weit gezogen, nur rein kommerzielle Betätigten seien ausgeschlossen. Deutlich restriktiver sieht *Wakolbinger* das Erfordernis, dass sich das Ethos der Organisation auf die Tätigkeit der AN auswirkt. Dabei werden Kern- und Randbereich ethosbezogener Tätigkeiten unterschieden; zum ersten zählen Verkündungsarbeit und wohl auch Einrichtungen der sozialen Arbeit (zB mit Kindern und Alten), zum zweiten administrative Tätigkeit und die Arbeit von Ärzten und Pflegepersonal in Krankenhäusern. Die Loyalitätsobliegenheiten seien nur je nach der Nähe der Tätigkeit zum Kernbereich abgestuft zulässig. Zusätzliche Schranken sollen bestehen, wenn die Benachteiligung aufgrund eines ausdrücklich verbotenen Differenzierungsmerkmals erfolgt (zB Geschlecht – Schwangerschaft; sexuelle Orientierung). Man darf gespannt sein, wieweit Gerichte diese Überlegungen aufgreifen.

Andere Beiträge behandeln Quoten im Wahlrecht, Fremdenrecht, Gesundheitsakte, regionale Selektivität im Beihilfenrecht, und die Zugangsbeschränkungen zu Universitäten. Der Eröffnungsvortrag von *Lienbacher* widmet sich dem „Assistentenbild in der Gegenwart“. Ein Bericht über die Podiumsdiskussion „Ungleichheit in der Wissenschaft“ beschließt den ertragreichen Band.

ROBERT REBHANN (WIEN)

Greifeneder/Liebhart
Pflegegeld – Handbuch

3. Auflage, Manz-Verlag, Wien 2013, XXII, 500 Seiten, € 98,-

Nachdem ich in dieser Zeitschrift bereits die erste und die zweite Auflage dieses Handbuchs besprechen durfte, kann die Vorstellung seiner dritten Auflage trotz ihrer beträchtlichen Erweiterungen und Umstellungen mit einem Verweis beginnen. Die bereits in DRdA 2005, 467 bzw DRdA 2009, 565 hervorgehobenen Vorzüge dieses Handbuchs, das inzwischen zum Standardwerk des Pflegegeldrechts geworden ist, gelten uneingeschränkt weiter: Die Rechtslage wird auch für sozialrechtlich weniger Versierte gut aufbereitet, dennoch erfolgt eine juristisch präzise Auseinandersetzung

mit den auftauchenden Sachproblemen unter sorgfältiger Einarbeitung der Judikatur, die – nach wie vor – erfreulicherweise immer wieder auch kritisch hinterfragt wird.

Die wichtigsten Änderungen seit der Voraufgabe betreffen neben der Berücksichtigung der seither ergangenen Rsp natürlich die Änderungen auf Grund des Pflegegeldreformgesetzes 2012, das die längst überfällige Konzentration der Pflegegeldkompetenzen beim Bund und eine dramatische Reduzierung der Zahl der zuständigen Entscheidungsträger gebracht hat. Die damit verbundene Neuordnung der Darstellung des Kreises der anspruchsberechtigten Personen hat ua eine Zusammenführung der unionsrechtlichen Fragen rund um das Pflegegeld in einem eigenen Kapitel ermöglicht.

Weitere Änderungen betreffen die – quantitative wie qualitative – Erweiterung des Abschnitts über den Pflegebedarf von Kindern und Jugendlichen sowie die Vorziehung der ebenfalls substanziell erweiterten Erläuterungen zum Pflegegeldverfahren. Diese finden sich nun – durchaus ihrer praktischen Bedeutung entsprechend – vor den Kapiteln über den Anspruchsübergang, die Situation bei Tod der Antrag stellenden Person sowie über Anzeigepflicht und Rückersatz. Während die Ergänzungen im Hinblick auf die Absicherung pflegender Personen bzw die „Pflegeverträge“ (hier könnte man höchstens über diese Überschrift streiten, während die inhaltlichen Ausführungen zum Heimvertrag nach KSchG bzw zum HBeG wenig Wünsche offen lassen) bleiben, ist der Abschnitt über das HeimAufG entfallen. Das soll offenbar durch den Ausbau des Kapitels über „Freiheitsbeschränkende Maßnahmen und Pflegeeinstufung“ kompensiert werden, dessen systematische Einordnung zu den „Grundsätzen des BPGG“ freilich schon in der letzten Rezension als wenig glücklich angesehen wurde.

Dass trotz des Verzichts auf dieses Kapitel das Handbuch wieder um mehr als 40 Seiten umfangreicher geworden ist, zeigt freilich, dass bald die Grenzen des (zumal für zwei Autoren mit anderen Hauptberufen) Machbaren erreicht sind. Auch der Preis liegt (wiewohl er dem dafür Gebotenen mehr als angemessen und zudem seit der Voraufgabe praktisch gleich geblieben ist) in einem Bereich, der unmittelbar Betroffene kaum mehr ansprechen wird (für diese bieten die beiden Autoren aber im gleichen Verlag einen Ratgeber an: „Alles zum Pflegegeld“ [2012]).

Ein weiterer Substanzgewinn scheint daher nur möglich, wenn andere Kapitel „eingespart“ werden könnten. Dafür würde sich, wie schon vor knapp fünf Jahren angemerkt, der abschließende Vergleich mit der „Pflegeversicherung“ am Beispiel des deutschen gesetzlichen Systems bzw in Form privater Vorsorge anbieten. An dessen Stelle könnte eine zumindest grobe Darstellung der (landesrechtlichen) Grundlagen stationärer Pflege einschließlich der politisch nach wie vor heftig umstrittenen Fragen des (vor allem sozialhilferechtlich geregelten) Vermögenseinsatzes bzw des Regresses gegenüber Angehörigen und anderen Dritten treten.

Für den Kernbereich des Pflegegeldrechts gibt es dagegen nicht nur faktisch keine Alternative zum „*Greifeneder/Liebhart*“, für eine solche besteht eigentlich auch kein Platz. Auch die vorliegende Neufassung des Handbuchs besticht wieder gleichermaßen durch kaum überbietbaren Informationsgehalt, beeindruckendes wissenschaftliches Niveau und umfassende praktische Handhabbarkeit. Um dem Werk die Verbreitung zu ermöglichen, die ihm dementsprechend zukommen müsste, sollten Autoren und Verlag vielleicht über eine online-Version nachdenken.

WALTER J. PFEIL (SALZBURG)

Büchereingang

Lutz/Heilegger

Arbeitsruhegesetz

5. Auflage, Verlag des ÖGB, Wien 2014
460 Seiten, kartoniert, € 49,-

Aust/Gittenberger/Knallnig-Prainsack/Strohmayr

Berufsausbildungsgesetz

Verlag des ÖGB, Wien 2014, 1072 Seiten, kartoniert, € 78,-

Goricnik/Mayer/Priewasser/Stadler (Hrsg)

Gewerbe-KV 2014

Verlag des ÖGB, Wien 2014, 424 Seiten, kartoniert, € 29,90

Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg)

Der SV-Komm

Faszikelwerk in 3 Leinenmappen, 1.-108. ErgLfg
Manz Verlag, Wien 2014, 3896 Seiten, € 398,-

Burger/Mair/Wachter

Sozialrecht Basics²

2. Auflage, Jan Sramek Verlag, Wien 2014
XIII, 276 Seiten, broschiert, € 29,90

Kramer

Juristische Methodenlehre

4. Auflage, Manz/C.H. Beck/Stämpfli Verlag, Wien 2013
352 Seiten, broschiert, € 40,-

Jabornegg/Naderhirn/Trost

Die Betriebsratswahl

6. Auflage, Verlag des ÖGB, Wien 2014
436 Seiten, kartoniert, € 38,-

Kietaibl/Schörghofer/Schrammel (Hrsg)

Rechtswissenschaft und Rechtskunde – Liber Amicorum für Robert Rebhahn

Manz Verlag, Wien 2014, XIV, 196 Seiten, broschiert, € 42,-

Graf-Schimek (Hrsg)

Fachlexikon Sozialversicherungsrecht

Linde Verlag, Wien 2014, 624 Seiten, € 68,-

Sonntag (Hrsg)

GSVG – Gewerbliches Sozialversicherungsrecht – Jahreskommentar

3. Auflage, Linde Verlag, Wien 2014, 904 Seiten, € 124,-

Sonntag (Hrsg)

ASVG – Allgemeines Sozialversicherungsrecht – Jahreskommentar

4. Auflage, Linde Verlag, Wien 2013
1888 Seiten, Leinen, SU, € 148,80 (Abopreis: € 119,-)

Resch (Hrsg)

Kollektive Lohngestaltung in Österreich

Verlag des ÖGB, Wien 2014, 100 Seiten, € 24,90

Komlosy

ARBEIT – Eine globalhistorische Perspektive.

13. bis 21. Jahrhundert

Promedia Verlag, Wien 2014, 208 Seiten, broschiert, € 17,90

Grünanger/Goricnik

Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle – Handbuch

Manz Verlag, Wien 2014, LVI, 272 Seiten, broschiert, € 54,-

Koziol/Bydliniski/Bollenberger (Hrsg)

ABGB – Kurzkomentar

4. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2014
2454 Seiten, gebunden, € 339,-

Tomandl

Urlaubsrecht – eine kritische Analyse

Verlag Österreich, Wien 2014, 174 Seiten, broschiert, € 42,-

Slezak

Koppelungsklauseln in Vorstandsverträgen – Fragen zur Beendigung des freien Dienstvertrags sowie des Anstellungsvertrags

Verlag Österreich, Wien 2014, 470 Seiten, broschiert, € 89,-

Kroh

Weitergeltung & Nachwirkung – Kollektivrechtliche Vergütungsordnungen im Lichte von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Nomos Verlag, Baden-Baden 2014
325 Seiten, broschiert, € 84,-

Heinz

Tarifgeltung ohne Mitgliedschaft

Nomos Verlag, Baden-Baden 2014
277 Seiten, broschiert, € 72,-

Heidinger/Kasper

Antidiskriminierung – Rechtliche Gleichbehandlung in Österreich und in der EU

2. Auflage, LexisNexis Verlag, Wien 2014
248 Seiten, kartoniert, € 43,80



Bestellung **VERSANDKOSTENFREI** im Themenshop des ÖGB-Verlags:

www.arbeit-recht-soziales.at | bestellung@oegbverlag.at

Tel.: +43 1 405 49 98-132 oder direkt in der Fachbuchhandlung des ÖGB-Verlags

OGB VERLAG

AUSLÄNDERBESCHÄFTIGUNGSGESETZ



Gesetze und Kommentare Nr. 125

Dr. Hermann Deutsch, Dr.ⁱⁿ Ingrid Nowotny, Mag. Reinhard Seitz

2014 || 902 Seiten || € 69,-

ISBN: 978-3-99046-022-1

eBook inside

Das Buch bietet eine komplette, auf den letzten Stand gebrachte Darstellung des rechtlichen Rahmens für die Ausländerbeschäftigung. Die Ausführung zu den einzelnen Bestimmungen des AuslBG und dessen Verordnungen stützen sich auf die Erlässe des BMASK und versuchen, die Komplexität des Ausländerbeschäftigungsverfahrens und die unterschiedlichen Formen der Zulassung umfassend zu erläutern.

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



Bestellung **VERSANDKOSTENFREI** im Themenshop des ÖGB-Verlags:

www.arbeit-recht-soziales.at | bestellung@oegbverlag.at

Tel.: +43 1 405 49 98-132 oder direkt in der Fachbuchhandlung des ÖGB-Verlags

OGB VERLAG

RECHTLICHE UND ÖKONOMISCHE FRAGEN DER FINANZIERUNG ÖFFENTLICHER UNIVERSITÄTEN IN ÖSTERREICH



Schriften zum österreichischen und internationalen Universitäts- und Hochschulrecht Band 7

Bernd-Christian Funk (Hrsg.)

2014 || 188 Seiten || € 36,-

ISBN: 978-3-99046-060-3

Die Finanzierung öffentlicher Universitäten in Österreich ist durch das UG 2002 auf eine neue Grundlage gestellt worden. An die Stelle der direkten Zuteilung von Mitteln aus dem Bundesbudget sind die Verhandlung und vertragliche Festlegung der staatlichen Finanzierungspflichten durch Leistungsvereinbarungen mit den Universitäten getreten. Nach wie vor trägt der Bund die Hauptlast der Finanzierung der öffentlichen Universitäten. Die Beiträge dieses Sammelbandes behandeln ökonomische Modelle, rechtliche Instrumente, praktische Erfahrungen und Reformperspektiven der Erschließung und Verwendung der den öffentlichen Universitäten zur Verfügung stehenden Finanzmittel.

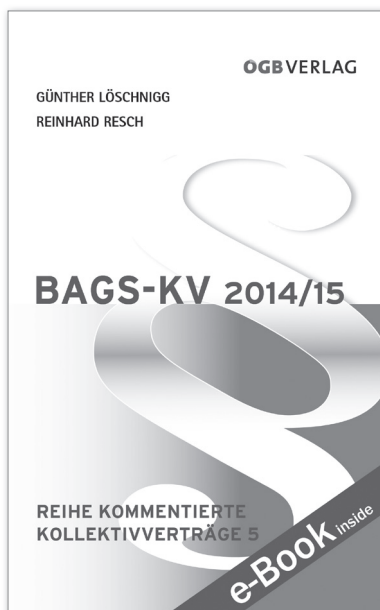
Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH || Fachbuchhandlung || Rathausstraße 21 | 1010 Wien

Telefon: +43 1 405 49 98-132 | Fax: +43 1 405 49 98-136 || E-Mail: fachbuchhandlung@oegbverlag.at | www.oegbverlag.at

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

OGB VERLAG

BAGS-KV 2014/15



Reihe: Kommentierte Kollektivverträge 5

Günther Löschnigg/Reinhard Resch

9. Auflage 2014 || 384 Seiten || € 29,90

ISBN: 978-3-99046-041-2

eBook inside

Der BAGS-KV ist mittlerweile zum Leitkollektivvertrag für den Gesundheits- und Sozialbereich avanciert. Er gilt nicht nur für Mitglieder der BAGS, sondern auch für fast alle Anbieter sozialer und gesundheitlicher Dienste präventiver, betreuender und rehabilitierender Art auf Grund der Satzung. Die neunte Auflage 2014 enthält BAGS-KV und Satzung in der aktuellen Fassung. Gerade die Satzungs-erklärungen sind ein wesentlicher Schritt, um die Arbeitsbedingungen in den sozialen Unternehmen einheitlich zu gestalten. Mit der Satzung des Kollektivvertrages werden rund 70.000 Beschäftigte erfasst.

Bestellung **VERSANDKOSTENFREI** im Themenshop des ÖGB-Verlags:

www.arbeit-recht-soziales.at | bestellung@oegbverlag.at

Fax: +43 1 405 49 98-136 | Telefon: +43 1 405 49 98-132

oder direkt in der Fachbuchhandlung des ÖGB-Verlags, 1010 Wien, Rathausstraße 21