

## Kapitel 1

# Beginn des Arbeitsverhältnisses

## 1.1 Arbeitsvertrag (ArbV) und Arbeitnehmer (AN)-Begriff

### 1.1.1 Abschluss des ArbV

Der ArbV ist ein Vertrag zwischen zwei Parteien (AG und AN), der durch die Stellung eines **Angebots** und dessen **Annahme** zustande kommt. Es ist unerheblich, ob der Arbeitgeber (AG) oder der AN das Angebot stellt bzw annimmt.

Beim ArbV handelt es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. AG und AN einigen sich über bestimmte Inhalte des ArbV, an die sich beide Parteien in weiterer Folge auch halten müssen und von denen sie grundsätzlich einseitig nicht mehr abgehen können (*siehe dazu Pkt 1.1.3*).

Beim Abschluss eines ArbV sind die Bestimmungen des ABGB über den Abschluss von Verträgen zu beachten. **Wesentliche Erfordernisse** für das Zustandekommen eines ArbV sind ua

- die **Geschäftsfähigkeit** der Vertragsparteien (§§ 21, 170 – 171 ABGB),
- die gültige **Willenserklärung** der Vertragsparteien (§§ 869 – 877 ABGB) und
- die Möglichkeit und **Erlaubtheit des Vertragsinhalts** (§§ 878 – 879 ABGB).

#### **Achtung**

*Das Gesetz schreibt **für den Abschluss eines ArbV keine bestimmte Form vor**. Der ArbV kann daher mündlich, schriftlich oder durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten zustande kommen.*

*Ein Lehrvertrag ist zwingend schriftlich abzuschließen (§ 12 Abs 1 BAG).*

*ArbV sind gebührenfrei.*

Der AG hat dem AN unverzüglich nach Beginn des Arbeitsverhältnisses (AV) eine schriftliche Aufzeichnung über die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem ArbV in Form eines Dienstzettels auszuhändigen (§ 2 Abs 1 AVRAG).

### 1.1.2 Dienstzettel

Der **Dienstzettel** hat gem § 2 Abs 2 AVRAG **folgende Angaben** zu enthalten:

- Name und Anschrift des AG,
- Name und Anschrift des AN,
- Beginn des AV,
- bei AV auf bestimmte Zeit das Ende des AV,

## 1.3 Freier Dienstvertrag

### 1.3.1 Arbeitsrechtliche Bestimmungen

Ein freier Dienstvertrag liegt vor, wenn sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, einem Anderen seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, **ohne** sich in **persönliche Abhängigkeit** zu begeben. Die persönliche Unabhängigkeit des AN besteht darin, dass dieser nicht an Arbeitszeit, Arbeitsort, Arbeitsablauf und an Weisungen des AG gebunden ist (vgl OGH 24.1.2001, 9 ObA 276/00d).

#### **Achtung**

Für einen freien Dienstvertrag spricht, wenn der AN

- nicht in die Betriebsorganisation des AG eingebunden ist,
- keine definierten Arbeitszeiten einzuhalten hat,
- den Weisungen des AG, wie er seine Tätigkeiten zu verrichten hat, nicht unterliegt und
- sich tatsächlich vertreten lassen kann (vgl OGH 22.3.2011, 8 ObA 49/10d)

Die tatsächliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen im Einzelfall ist maßgebend.

Im Rahmen eines **freien Dienstvertrages** sind die **Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts** grundsätzlich **nicht anzuwenden** (OGH 25.2.1999, 8 ObA 38/99t). Diese können jedoch im Einzelfall vereinbart werden. Auch kollektivvertragliche Bestimmungen gelangen nicht zur Anwendung.

Die Rsp wendet jedoch jene arbeitsrechtlichen Normen, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des AN ausgehen, auf den freien Dienstvertrag analog an (OGH 29.10.2008, 9 ObA 133/08m; OGH 29.1.2010, 1 Ob 190/09m). Im Rahmen eines freien Dienstvertrages sind demzufolge die Bestimmungen

- § 1152 ABGB, wonach ein angemessenes Entgelt im Zweifel geschuldet wird,
- §§ 1159a und 1159b ABGB sowie §§ 1162 bis 1162d ABGB hinsichtlich der Auflösung des AV und
- die Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG)

anzuwenden.

Freie Dienstnehmer haben Anspruch auf Ausstellung eines Dienstzettels.

Die mehrmalige Aneinanderreihung von befristeten freien Dienstverträgen ist zulässig (OGH 21.4.2004, 9 ObA 127/03x).

#### **Achtung**

In der Lohnverrechnung sind freie Dienstnehmer insofern zu berücksichtigen, als diese vom ASVG umfasst sind und der AG für diese Lohnnebenkosten abzuführen hat. Steuerrechtlich erzielen freie Dienstnehmer idR betriebliche Einkunftsarten, sodass kein Lohnsteuerabzug vorzunehmen ist.

## 1.8.2 Feststellen des „richtigen“ Kollektivvertrages

Ein KV ist dann auf ein AV anwendbar, wenn der **AG** im Zeitpunkt des Abschlusses des KV Mitglied der am Kollektivvertrag beteiligten Partei war oder erst später geworden ist (§ 8 Abs 1 ArbVG). Keine Bedeutung spielt grundsätzlich, wer auf Arbeitnehmerseite den KV abgeschlossen hat (Außenseiterwirkung).

In einem ersten Schritt ist somit zu überprüfen, ob der jeweils in Betracht kommende AG **Mitglied** einer gesetzlichen Interessenvertretung oder einer freiwilligen Berufsvereinigung ist.

### 1.8.2.1 Arbeitgeber ist Mitglied der Wirtschaftskammer

Die weitaus meisten KV werden arbeitgeberseitig von der **Wirtschaftskammer** abgeschlossen. Übt der AG eine Tätigkeit aus, die der Gewerbeordnung unterliegt, ist er jedenfalls Pflichtmitglied der Wirtschaftskammer (§ 2 WKG).

Üblicherweise tritt als Vertragspartner jedoch nicht „die Wirtschaftskammer“ sondern die jeweils in Betracht kommende **Fachorganisation** auf.

#### Beispiel:

Arbeitgeberseitig wird der KV der Handelsangestellten von der Sparte Handel abgeschlossen. Nach dem fachlichen Geltungsbereich sind sämtliche Betriebe erfasst die der **Sparte Handel**, dem **Fachverband der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten** oder dem **Fachverband Buch- und Medienwirtschaft** angehören und nicht ausdrücklich vom Geltungsbereich ausgenommen sind.

Der KV für die Angestellten der chemischen Industrie wird arbeitgeberseitig von der Sektion Industrie der Wirtschaftskammer abgeschlossen und gilt fachlich für alle Mitgliedsfirmen des Fachverbandes der Chemischen Industrie.

Die Zuordnung des AG zu einer kollektivvertragsschließenden **Fachorganisation** in Verbindung mit dem **Wortlaut der Gewerbeberechtigung** ist somit von entscheidender Bedeutung. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie man die Zuordnung eines Unternehmens in eine Fachorganisation feststellen kann.

Ist die Zuordnung fraglich oder nicht bekannt, kann einerseits bei der Wirtschaftskammer eine entsprechende Auskunft eingeholt werden, andererseits kann aber auch eine Abfrage über das Internet ([www.wko.at](http://www.wko.at)) unter der Rubrik „Firmen A-Z“ erfolgen.

#### Beispiel:

Bei dem abzurechnenden AG handelt es sich um die XY Verlags GmbH. Es gilt festzustellen, welcher KV anwendbar ist.

Zunächst kann auf der Homepage der Wirtschaftskammer in der Rubrik „Firmen A-Z“ der Name des AG eingegeben werden.

## Kapitel 2

# Inhalt des Arbeitsverhältnisses

## 2.1 Entgelt

### 2.1.1 Allgemeines zum Entgeltbegriff

Die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts ist – sofern nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde – die wesentliche **Gegenleistung des AG** im Rahmen des AV.

Die **Höhe des Entgelts** ist zwischen den Vertragsparteien grundsätzlich **frei vereinbar**. Wurde keine ausdrückliche Vereinbarung über das Entgelt getroffen, so wird ein **angemessenes bzw. ortsübliches Entgelt** geschuldet. Gewisse Schranken ergeben sich jedoch aus KV, die in der Regel **Mindestentgelte** vorsehen.

Eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen knüpft an den **Entgeltbegriff** an. So ist in sogenannten Ausfallzeiten (zB Urlaub, Krankenstand, Feiertag) das regelmäßige Entgelt weiter zu zahlen oder bei AV, die noch dem System der Abfertigung Alt unterliegen, ist bei Vorliegen bestimmter Beendigungsarten eine gesetzliche Abfertigung im Ausmaß eines Vielfachen des zuletzt bezogenen Entgelts zu zahlen. In diesen Fällen sind gerade Lohnverrechner oft gefordert, die Entgeltansprüche des AN korrekt zu berechnen.

Aufgrund dieser Rechtslage ist es zunächst einmal von besonderer Bedeutung festzustellen, welche Arbeitgeberleistungen konkret unter den Entgeltbegriff fallen.

Nach Rechtsprechung ist unter dem Entgeltbegriff jede Leistung des AG zu verstehen, die der AN für die **Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft** erhält. Der Entgeltbegriff ist daher weit auszulegen und es fallen neben dem eigentlichen Gehalt oder Lohn auch alle anderen, ordentlichen oder außerordentlichen Bezüge, insbesondere Sonderzahlungen, Provisionen, Gewinnbeteiligungen und Naturalleistungen des AG unter den Entgeltbegriff (RIS-Justiz RS0030847).

Im Folgenden soll auf in der Praxis immer wieder auftretende Fragen im Zusammenhang mit der Entgeltberechnung näher eingegangen werden.

### 2.1.2 Besondere Entgeltformen

#### 2.1.2.1 Sachbezüge

Leistungen des AG welche nicht in Geld oder geldgleichen Zahlungsmittel (Gehaltszahlung per Bankanweisung) bestehen, werden als **Naturalentgelt** bezeichnet.

Als Naturalbezüge kommen unter anderem in Betracht:

- Freiflugtickets
- Dienstkleidung
- Privatnutzung eines Firmenfahrzeuges

### 2.1.5.2 Strafbare Unterentlohnungen

Die wesentliche Bestimmung des Lohn- und Sozialdumping findet sich in § 29 LSD-BG. Danach macht sich ein AG strafbar, wenn er einen AN beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder KV gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten. Entgeltbestandteile gem § 49 Abs 3 ASVG sind ausdrücklich nicht von der Strafdrohung erfasst.

#### **Hinweis**

*In § 49 Abs 3 ASVG werden bestimmte Entgeltbestandteile ausdrücklich von der Beitragspflicht in der Sozialversicherung ausgenommen. Im Wesentlichen handelt es sich um folgende Entgeltbestandteile:*

- Schmutzzulagen
- Aufwandersatz (zB Tag- und Nächtigungsgelder)
- Vergütungen die anlässlich der Beendigung des AV gewährt werden (zB Abfertigung)
- Beiträge für Zukunftssicherungsmaßnahmen in bestimmter Höhe
- Beiträge nach dem BMSVG; Beiträge/Prämien nach dem BPG
- Bestimmte Zuschüsse des AG zu Leistungen aus der Krankenversicherung

Strafbar ist nur die Nichtgewährung von Entgeltbestandteilen, deren Anspruchsgrundlage in einem Gesetz, einer Verordnung oder einem KV geregelt ist. Entgeltbestandteile oder Überzahlungen, deren Anspruchsgrundlage in einem Arbeitsvertrag oder einer Betriebsvereinbarung zu finden sind, sind nicht erfasst.

Verfügt ein Arbeitgeber nur über eine Gewerbeberechtigung und hat die ihm zugeordnete Fachgruppe der Wirtschaftskammer einen Kollektivvertrag abgeschlossen, so ist die Feststellung des richtigen KV nicht weiter schwierig. Kommen mehrere KV in Betracht, gewinnt die in *Pkt 1.8.2* dargestellte Abgrenzung in Anbetracht des Lohn-dumpingrisikos zusätzliche Brisanz.

Ist ein Arbeitgeber nicht Mitglied der Wirtschaftskammer oder wurde seitens der für den AG zuständigen Fachgruppe kein KV abgeschlossen, muss geprüft werden, ob nicht gesetzte KVs oder Mindestlohntarife zur Anwendung gelangen.

#### **Beispiel:**

Ein AG bietet soziale und gesundheitliche Dienste präventiver und betreuender Art an. Der AG ist nicht Mitglied einer Organisation der Sozialwirtschaft Österreich. Ein Kollektivvertrag findet unmittelbar auf die AV keine Anwendung. Es ist ein Betriebsrat eingerichtet und es wurde in einer Betriebsvereinbarung eine Leistungszulage vereinbart.

Zu beachten ist, dass der KV der Sozialwirtschaft gesetzt wurde und daher auch für AG verbindlich ist, für welche der KV nicht unmittelbar zur Anwendung gelangt. Da es sich bei einer Satzung um eine Verordnung handelt, sind die im KV festgehaltenen Mindestentgelte auch von dem AG in diesem Beispiel zu leisten.

## 2.2.3 Entgeltfortzahlung im Krankheits- und Unglücksfall

### 2.2.3.1 Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung

**Voraussetzung** für die Entgeltfortzahlung im Krankheits- und Unglücksfall ist gem § 8 Abs 1 AngG (Angestellte) sowie § 2 EFZG und § 1154b ABGB (Arbeiter) die **Arbeitsunfähigkeit des AN nach Antritt seines Dienstes, infolge gesundheitlicher Beeinträchtigung**. Darüber hinaus darf die Arbeitsunfähigkeit vom AN nicht durch grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz herbeigeführt worden sein.

Die Begriffe Krankheit und Unglück sind nicht exakt abgrenzbar. Unter beiden Begriffen versteht man Ereignisse, die einen Menschen abweichend vom normalen Verlauf der Dinge unerwartet treffen. Krankheit und Unglücksfall müssen daher grundsätzlich nach allgemeiner Lebenserfahrung entschieden werden.

- Eine **Krankheit** liegt vor, wenn der AN aus physischen oder psychischen Gründen außerstande ist, die Arbeitsleistung zu erbringen. Eine ärztliche Bescheinigung ist ausreichend (*siehe hierzu näher unter Pkt 2.2.3.3*).
- **Kur- und Erholungsaufenthalte** gelten dann als Krankheit, wenn sie vom SV-Träger bewilligt oder angeordnet werden (§ 2 Abs 2 EFZG). Erhält der Versicherte nur einen Kostenbeitrag vom SV-Träger, liegt ein Krankenstand nur vor, wenn der Versicherte von einem Arzt krankgeschrieben wurde.
- Ein **Unglücksfall (Freizeitunfall)** liegt bei Unfallereignissen im privaten (außerbetrieblichen) Bereich vor.
- Als **Arbeitsunfall** wird ein Unfallereignis bezeichnet, das sich im Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung oder auf dem direkten Weg zu oder von der Arbeitsstätte ereignet hat (§§ 175 f ASVG).

#### **Achtung**

- *Der durch einen Sport- oder Freizeitunfall verursachte Krankenstand gilt grundsätzlich weder als vorsätzlich noch grob fahrlässig verschuldet. Dies gilt auch für Nebenbeschäftigungen des AN, gleichgültig ob sie vom AG genehmigt oder nicht genehmigt wurden.*

*Als grobe Fahrlässigkeit kann nur ein Versehen gewertet werden, das sich über alltäglich vorkommende Fahrlässigkeitshandlungen erheblich und ungewöhnlich heraushebt, wobei der Eintritt eines Schadens als wahrscheinlich voraussehbar ist. Der Verstoß gegen das normale Handeln muss auffallend sein (vgl OGH 27.9.2006, 9 ObA 95/06w; OGH 29.1.2014, 7 Ob 9/14w).*

*Medizinisch nicht begründete Schönheitsoperationen gelten als vorsätzlich herbeigeführt und berechtigen daher grundsätzlich nicht zur Entgeltfortzahlung aus dem Titel der Krankheit bzw des Unfalls. Anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn die Operation medizinisch veranlasst ist. Letztendlich muss diese Frage im Streitfall auf Basis eines medizinischen Sachverständigenutachtens gelöst werden.*

## 2.4.3 Überstunden

### 2.4.3.1 Allgemein

**Überstunden** liegen vor, wenn die Grenzen der täglichen und wöchentlichen Normalarbeitszeit iSd § 3 AZG überschritten werden und kein Modell flexibler Arbeitszeitgestaltung (Gleitzeit, Durchrechnungen, Schichtarbeit usw) vereinbart wurde.

Weiters kann bei Vollzeitbeschäftigten eine Überstunde anfallen, wenn zwar die obigen Grenzen (tägliche und wöchentliche NAZ-Grenzen) nicht überschritten werden, es aber zu Abweichungen der konkret getroffenen Arbeitszeiteinteilung kommt und diese Abweichung nicht durch einen Änderungsvorbehalt hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit gem § 19c Abs 2 AZG gedeckt ist.



#### Hinweis

*Gemäß § 19c Abs 1 AZG ist die Lage der Arbeitszeit zwischen AN und AG zu vereinbaren. Die Vereinbarung, nach welcher sich ein AG die konkrete Festsetzung der Arbeitszeit vorbehält, ist unwirksam. Nur im Rahmen des § 19c Abs 2 AZG kann der AG bei Vorliegen bestimmter Gründe eine einseitige Festlegung der Arbeitszeit vornehmen.*

Die Lage der Arbeitszeit kann nach § 19c Abs 2 AZG vom AG geändert werden, wenn

- dies aus objektiven, in der Art der Arbeitsleistung gelegenen Gründen sachlich gerechtfertigt ist;
- dem AN die Lage der Arbeitszeit für die jeweilige Woche mindestens zwei Wochen im vorhinein mitgeteilt wird;
- berücksichtigungswürdige Interessen des ANs dieser Einteilung nicht entgegenstehen und
- keine Vereinbarung entgegensteht.

Von der mindestens zweiwöchigen Vorankündigungsfrist kann nur in unvorhersehbaren Fällen zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils abgewichen werden, wenn andere Maßnahmen nicht zumutbar sind.

Die einseitige Anordnung bzw Änderung der Lage (nicht des Ausmaßes!) der NAZ setzt sohin unter anderem die Durchführung einer Interessenabwägung sowie das Nichtvorliegen einer entgegenstehenden Vereinbarung voraus.



#### TIPP

*Bereits im ArbV sollte ausdrücklich die Möglichkeit der einseitigen Lagefestsetzung nach § 19c Abs 2 AZG vereinbart werden.*



### **MUSTER: Änderungsvereinbarung zur Lage der Arbeitszeit**

*Die wöchentliche Normalarbeitszeit beträgt ..... Stunden und ist wie folgt auf die einzelnen Wochentage verteilt:*

*Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Lage der Arbeitszeit unter Bedachtnahme auf die betrieblichen Erfordernisse sowie berücksichtigungswürdige Interessen des Arbeitnehmers in den Grenzen des § 19c (bei Teilzeitarbeit § 19d) des Arbeitszeitgesetzes abzuändern. Diese Änderung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer grundsätzlich mindestens zwei Wochen vor Inkrafttreten der Änderung bekannt zu geben, sofern die Änderung nicht aufgrund unvorhersehbarer Umstände zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteils erforderlich ist.*

Eine Verpflichtung des ANs zur Überstundenleistung besteht nur innerhalb der Grenzen des AZG und einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung.



#### **Achtung**

*In betrieblichen Notfällen kann auch ohne vertragliche Regelung der AN zur Leistung von Überstunden aufgrund der ihn treffenden Treuepflicht verpflichtet sein. Auf diese Treuepflicht kann sich der AG aber dann nicht berufen, wenn er einen vorhersehbaren Mehrbedarf nicht durch andere betriebsorganisatorische Maßnahmen, wie Aufstockung des Personals, Heranziehen von Leiharbeitskräften oder entsprechende Urlaubsgestaltung abdecken konnte.*

Für Überstunden gebührt ein gesetzlicher **Überstundenzuschlag** im Ausmaß von 50%. Nur bei Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung oder wenn dies der KV bzw eine Betriebsvereinbarung vorsieht, können Überstunden durch Zeitausgleich abgegolten werden, wobei auch in diesem Fall der Überstundenzuschlag entsprechend zu berücksichtigen ist.

In KV wird vielfach für bestimmte Überstundenleistungen, die zu besonderen Zeiten (Nacht, Sonntag, Feiertag) geleistet werden, ein höherer Zuschlag (100%) vorgesehen (qualifizierte Überstunden).

Überstunden sind mangels abweichender Vereinbarung am Schluss der Kalenderwoche, innerhalb derer sie geleistet wurden, fällig. Wenn es sich um Dienste höherer Art handelt, tritt die Fälligkeit am Schluss des Kalendermonats ein (§ 1154 Abs 2 ABGB).



#### **Hinweis**

*Durch eine entsprechende Vereinbarung kann die Abgeltung der Überstunden auch im Folgemonat oder einem späteren Zeitpunkt erfolgen.*

## 2.8.2 Umfang der Haftung

### 2.8.2.1 Haftung des AN gegenüber dem AG

Hat ein AN bei Erbringung seiner Arbeitsleistungen dem AG durch ein Versehen einen Schaden zugefügt, so kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Ersatz mäßigen oder, sofern der Schaden durch einen minderen Grad des Versehens zugefügt worden ist, auch ganz erlassen (§ 2 Abs 1 DHG).

Für einen Schaden, der dem AG durch eine **entschuldbare Fehlleistung** des AN bei Erbringung der Arbeitsleistung zugefügt wurde, hat der **AN nicht zu haften (§ 2 Abs 3 DHG)**. Eine entschuldbare Fehlleistung kann nur angenommen werden, wenn die Fehlleistung nicht als nennenswertes Verschulden gewertet werden kann oder nur ein geringes Versehen vorliegt, das sich bei Berücksichtigung der gesamten Arbeitsbelastung und mit Rücksicht auf die Art und Schwierigkeit ohne weiteres ergibt und nur bei Anwendung außerordentlicher Aufmerksamkeit abgewendet werden kann (vgl RIS-Justiz RS0054822).

#### Beispiel:

Eine entschuldbare Fehlleistung ist nicht gegeben, wenn der Schaden durch Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung verursacht wurde.

Für alle anderen Formen der Fahrlässigkeit hat der AN einzustehen. Bei Vorliegen von **leichter Fahrlässigkeit kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Ersatz gänzlich erlassen**. In Fällen von **grober Fahrlässigkeit kann das Gericht den Ersatz mäßigen**. **Bei Vorsatz besteht keine Haftungserleichterung**. Welcher Grad des Verschuldens vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles und durch das Gericht zu beurteilen.

#### Achtung

Wird der AN bei der Verrichtung der ihm übertragenen Arbeiten vom AG überfordert oder stellt der Auftrag an den AN eine Mitursache für den Schadenseintritt dar, so kann von einem Verschulden des AN nicht gesprochen werden.

Grobe Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn eine außergewöhnliche und auffallende Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht vorliegt und der Eintritt des Schadens als wahrscheinlich und nicht bloß als möglich voraussehbar ist (vgl RIS-Justiz RS0030644).

Die Normierung des § 2 Abs 2 DHG zählt demonstrativ eine Reihe von Mäßigungskriterien auf. Demnach ist primärer Ansatzpunkt für die Feststellung des Ausmaßes des Schadenersatzes das Verschulden des AN. Darüber hinaus hat das Gericht auf

- das Ausmaß der mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenen Verantwortung,
- das Verhältnis von Entgelthöhe und Gefährdungsgeneigtheit der Tätigkeit,
- den Grad der Ausbildung des AN und
- die konkreten Arbeitsbedingungen sowie auf die Schadenswahrscheinlichkeit abzustellen.

## Kapitel 3

# Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 3.1 Einvernehmliche Auflösung

In der Regel wird ein AV auf **unbestimmte Dauer** eingegangen. Ist eine Vertragspartei nicht mehr an der Fortsetzung des AV interessiert, so kann eine Beendigung des AV durch den Ausspruch einer Kündigung bzw bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch Entlassung oder Austritt beendet werden. Derartige Lösungsformen sind an bestimmte Fristen, Termine oder sonstige Voraussetzungen gebunden.

Sind beide Parteien mit der Beendigung des AV einverstanden, so kann die Beendigung selbstverständlich auch **ohne die Einhaltung von Fristen und Terminen** jederzeit vereinbart werden.

Wie der Abschluss des ArbV ist auch die einvernehmliche Auflösung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, in dem beide Vertragsparteien eine Einigung über die Beendigung des ArbV erzielen.



#### **MUSTER: einvernehmliche Auflösung**

*Das zwischen den Vertragsparteien am ... abgeschlossene Arbeitsverhältnis wird im beiderseitigen Einvernehmen mit Ablauf des ... (letzter Tag des Arbeitsverhältnisses) aufgelöst.*

Die einvernehmliche Auflösung ist grundsätzlich nicht an bestimmte Formen gebunden, kann also auch mündlich erfolgen.



#### **Achtung**

*In bestimmten Fällen verlangt das Gesetz die Einhaltung von Formvorschriften:*

- *In Fällen, in denen die Bestimmungen des besonderen Kündigungsschutzes nach dem MSchG/VKG gelten, muss eine einvernehmliche Auflösung schriftlich erfolgen und bei minderjährigen AN muss eine Bescheinigung des Gerichts oder der gesetzlichen Interessenvertretung vorliegen, aus welcher hervorgeht, dass der AN über seinen Kündigungsschutz belehrt wurde (§ 10 Abs 7 MSchG, § 7 Abs 3 VKG).*
- *Auch für Zivil- und Präsenzdienler ist Schriftlichkeit und bei Minderjährigkeit des AN eine entsprechende Bescheinigung erforderlich (§ 16 APSG).*
- *Bei Lehrverhältnissen ist nach einer dreimonatigen Lehrzeit eine Amtsbestätigung des Gerichts oder der Kammer für Arbeiter und Angestellte notwendig, aus der hervorgeht, dass der Lehrling über die Bestimmungen betreffend der Endigung und vorzeitigen Auflösung des Lehrverhältnisses belehrt wurde (§ 15 Abs 5 BAG).*

### Beispiel:

Die Kündigungsfrist beträgt 2 Monate. Als Kündigungstermin kommt jeweils der Fünfzehnte oder Letzte eines Monats in Betracht. Der AG fragt in der Lohnverrechnung am 22.8.2018 an, welcher Tag der letztmögliche Tag ist, an dem die Kündigung ausgesprochen werden kann, um das AV zum nächstmöglichen Kündigungstermin zu lösen.

### Lösung:

Zunächst ist immer von den Kündigungsterminen auszugehen. Der letzte Tag des AV muss ein Fünfzehnter oder ein Letzter eines Monats sein. Zwischen dem Ausspruch der Kündigung und diesen Terminen muss mindestens eine Kündigungsfrist von 2 Monaten liegen. Wird die Prüfung der Kündigungsmöglichkeiten am 22.8.2018 angestellt, so kann der Termin frühestens im Oktober liegen. Würde man die Kündigung bereits am 22.8. aussprechen, so wäre am 15.10.2018 die Kündigungsfrist noch nicht erfüllt. Dieser Tag scheidet daher aus. Hingegen würde bei einer Kündigung zum 31.10.2018 die Frist bei einem Ausspruch am 22.8. jedenfalls erfüllt sein.

Der AG will aber den letztmöglichen Ausspruchttag zum nächstmöglichen Kündigungstermin wissen. Man muss also vom 31.10.2018 zwei Monate zurückrechnen und gelangt somit zum 31.8.2018 (zur Berechnung der Fristen siehe unten).

Der AG muss somit spätestens am 31.8.2018 den AN wirksam kündigen um das AV zum 31.10.2018 zur Auflösung zu bringen. Wird die Kündigung erst am 1.9.2018 ausgesprochen, so kann das AV frühestens am 15.11.2018 enden.

Für Arbeiter wurden im Jahr 2017 die Kündigungsbestimmungen gänzlich neu überarbeitet und eine Angleichung mit den Kündigungsbestimmungen der Angestellten für die Zukunft beschlossen. Diese Neuregelung betreffend Kündigungsfristen für Arbeiter treten mit 1.1.2021 in Kraft und sind auf Beendigungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2020 ausgesprochen werden. Mit diesem Zeitpunkt treten auch die entsprechenden Bestimmungen im ABGB sowie der Gewerbeordnung 1859 außer Kraft. Bis zu diesem Zeitpunkt müssen jedoch weiterhin die besonderen Kündigungsbestimmungen für Arbeiter beachtet werden.

Für Angestellte sieht das AngG als Kündigungstermin grundsätzlich das jeweilige **Quartalsende** vor, sodass für den AG pro Jahr nur 4 Kündigungstermine zur Verfügung stehen. Es kann jedoch mit den Angestellten der **Fünfzehnte** und **Letzte** eines Monats vereinbart werden (§ 20 Abs 3 AngG).

### Achtung

*KV können hier Einschränkungen vorsehen, so sieht etwa der KV für die Handelsangestellten nach einer 5-jährigen tatsächlichen kaufmännischen Tätigkeit im gleichen Betrieb vor, dass der AG wiederum nur mehr zum jeweiligen Quartalsende kündigen kann.*

*Ein Blick in den jeweiligen KV ist daher unerlässlich.*

### 3.3.2 Kettenarbeitsverhältnis

In der Praxis werden befristete AV häufig für kurze Zeit geschlossen. Für AN können sich hieraus Nachteile hinsichtlich jener Ansprüche ergeben, die sich an der Dauer des AV orientieren. Die Gefahr, dass ein AV zum Zweck der Umgehung von zwingenden Bestimmungen befristet abgeschlossen wird, ist daher groß. Die **Aneinanderreihung von mehreren befristeten AV** ist daher grundsätzlich **unzulässig**.

Der Abschluss von Kettenverträgen ist nach stRsp immer dann wie ein AV auf unbestimmte Zeit zu behandeln, wenn nicht im konkreten Einzelfall besondere **wirtschaftliche oder soziale Gründe** dies **gerechtfertigt** erscheinen lassen (RIS-Justiz RS0021824). Die Beweislast, dass für die Aneinanderreihung sachliche Gründe maßgebend waren, trifft den AG.

Bei unmittelbarer Aufeinanderfolge von AV ist es unerheblich, aus welchen Gründen das vorhergehende AV beendet wurde. Selbst die Beendigung des vorhergehenden AV durch Entlassung begründet ein verbotenes Kettenverhältnis, weil durch den alsbaldigen Neuabschluss jene Situation bereinigt wird (vgl OGH 27.8.1997, 9 ObA 262/97p).

#### **Achtung**

- *Ein ununterbrochenes AV liegt jedenfalls dann vor, wenn eine verhältnismäßig kurze Frist zwischen dem Ende des einen und dem Beginn des nächsten AV liegt und die Umstände auf eine sachliche Zusammengehörigkeit der beiden AV hindeuten (RIS-Justiz RS0028387).*

*Bei der sachlichen Rechtfertigung von wiederholten befristeten AV hat eine Interessenabwägung iSe beweglichen Systems zu erfolgen, wobei nicht nur das Ausmaß der Unterbrechungszeiten, sondern auch die zwischen den Unterbrechungszeiten liegenden Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen sind.*

*Übersteigt die Dauer der Zeiten der Unterbrechung erheblich die der Beschäftigung, spricht dies tendenziell gegen eine unzulässige Vertragskette (vgl OGH 19.12.2013, 9 ObA 153/13k; OGH 28.4.2014, 8 ObA 13/14s).*

*Der Umstand, dass zwischen zwei befristeten AV ein zeitlicher Abstand liegt, schließt die Beurteilung der aneinandergereihten Verträge als einheitliches AV nicht aus, wenn sich der Sache nach die folgenden Verträge als Fortsetzung des vorangegangenen erweisen (OGH 4.9.2002, 9 ObA 89/02g).*

#### **Beispiel:**

- Bei einer Unterbrechung des AV für 25 Tage wurde die Zusammenrechnung vom OGH verneint (OGH 19.3.2003, 9 ObA 21/03h).
- Eine Unterbrechung von elf Tagen zwischen erstem und zweitem AV lässt auf ein Kettenarbeitsverhältnis schließen (OGH 27.8.1997, 9 ObA 262/97p).
- Auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung getroffene befristete AV über einzelne Arbeitseinsätze stellen kein unzulässiges Kettenarbeitsverhältnis dar, wenn sich diese an den Interessen des AN orientieren (OGH 30.8.2011, 8 ObA 87/10t).

### 3.5.2 Austrittsgründe gem § 82a GewO 1859

In den Regelungen des § 82a GewO 1859 findet sich eine **taxative (abschließende) Aufzählung von wichtigen Gründen**, welche einem **Arbeiter** das Recht einräumen, seinen **Austritt** zu erklären. Es bestehen Parallelen zu den Tatbeständen des § 26 AngG.

Vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Kündigung kann ein Arbeiter die Arbeit verlassen, wenn

- er ohne **erweislichen Schaden für seine Gesundheit** die Arbeit nicht fortsetzen kann (§ 82a lit a GewO 1859);

#### **Achtung**

- *Der Austrittsgrund nach § 82a lit a GewO 1859 ist dann gegeben, wenn der AN seine bisherige **Tätigkeit ohne Schaden für seine Gesundheit nicht fortsetzen** kann (OGH 15.9.1999, 9 ObA 113/99d).*

*Der AN kann sich auf den Austrittstatbestand des § 82a lit a GewO 1859 nur dann mit Erfolg berufen, wenn er nicht bloß die zuletzt ausgeübte Tätigkeit, sondern auch andere vertragsgemäße Arbeiten, die ihm vom AG angeboten worden sind, aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr verrichten kann (vgl RIS-Justiz RS0028732).*

*Die **Gesundheitsgefährdung** muss nicht allein durch die Arbeitsleistung verursacht sein, sondern auch die Verschlechterung eines anlagebedingten oder auf andere Ursachen zurückzuführenden Leidens durch die Arbeitsleistung berechtigt den AN zum Austritt (OGH 19.12.2001, 9 ObA 297/01v).*

- der AG sich einer **tätlichen Misshandlung** oder einer groben **Ehrenbeleidigung** gegen ihn oder dessen Angehörige schuldig macht (§ 82a lit b GewO 1859);

#### **Achtung**

- *Als **Misshandlung** ist jede schuldhaft, objektiv gegen den Körper gerichtete Handlung zu verstehen, wobei es auf die mit der Handlung verbundene Absicht nicht ankommt (vgl RIS-Justiz RS0029863).*

*Der **Ehrenbeleidigung** muss eine Verletzungsabsicht des AG gegenüber dem AN zugrunde liegen. Sie muss objektiv geeignet sein, im erheblichen Maße ehrverletzend zu wirken und im gegenständlichen Fall diese Wirkung auch hervorgerufen haben (vgl RIS-Justiz RS0029827).*

- der AG oder dessen Angehörige den AN oder dessen Angehörige zu unsittlichen oder **gesetzwidrigen Handlungen zu verleiten** suchen (§ 82a lit c GewO 1859);