

ASoK

Arbeits- und SozialrechtsKartei

Festheft

50 Jahre Arbeits- und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Mit einem Geleitwort von **Franz Marhold**

und Beiträgen von

Elisabeth Brameshuber

Karin Burger-Ehrnhofer

Monika Drs

Julia Eichinger

Marta J. Glowacka

Erika Kovács

Christoph Paul Ludvik

Franz Marhold

Verena Zwinger



Linde

ARBEITS- UND SOZIALRECHTSKARTEI

Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Franz Marhold, Mag. Stefan Menhofer
1210 Wien, Scheydgasse 24, Telefon: 01/24 630, Fax: 01/24 630/51,
E-Mail Redaktion: redaktion@lindeverlag.at

INHALTSVERZEICHNIS

FRANZ MARHOLD	402
50 Jahre Arbeits- und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien	
ELISABETH BRAMESHUBER	404
Elternteilzeit oder Versetzung – eine Kontravalenz des Arbeitsrechts?	
KARIN BURGER-EHRNHOFER	421
Die versteckten Probleme der Neuregelung des Kinderbetreuungsgeldes	
MONIKA DRS	418
Neue Dreiteilung der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe	
JULIA EICHINGER	424
Mitarbeitermotivation durch Incentive-Events	
MARTA J. GLOWACKA	433
Die Schweiz als Vorbild für die betriebliche Altersvorsorge in Österreich?	
ERIKA KOVÁCS	440
Kopftuchverbot am Arbeitsplatz?	
CHRISTOPH PAUL LUDVIK	451
Konkurrenzklausele und Betriebsübergang	
FRANZ MARHOLD	458
Mehrfachbeschäftigung nach dem Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz	
VERENA ZWINGER	463
VfGH hebt Mindestlohntarif für angestellte Tierärzte auf	

50 Jahre Arbeits- und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Erstmals im Wintersemester 1966/1967 – also vor 50 Jahren – wurden das Arbeitsrecht und das Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien nachhaltig strukturell verankert. *Albert Nowak* wurde zu diesem Zeitpunkt zum Vorstand des Instituts für Sozialrecht ernannt, zunächst als außerordentlicher Hochschulprofessor und seit 1971 als ordentlicher Hochschulprofessor. Damit reiht sich die Geschichte des Arbeits- und Sozialrechts an der Wirtschaftsuniversität in die allgemeine Wissenschaftsgeschichte des Faches ein. In den 1960er-Jahren, schwergewichtig in deren zweiten Hälfte, wurden Lehrkanzeln für Arbeitsrecht und Sozialrecht an den Universitäten Wien, Linz, Salzburg, Innsbruck und Graz eingerichtet. Bis zur inhaltlichen Verankerung der Fächer in der Juristenausbildung sollte es noch nahezu 20 Jahre dauern, während an den sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten und Universitäten Arbeitsrecht und Sozialrecht schon bald zum Wahlpflichtkanon gehörten. *Nowak* übte seine Stellung als Lehrstuhlinhaber parallel zu seiner Tätigkeit als Generaldirektor der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten aus. Das war zu dieser Zeit nicht nur akzeptiert, sondern in Ermangelung einer entsprechenden akademischen Tradition im Fach auch erforderlich. Dementsprechend erhielt der Lehrstuhl zunächst eine stark sozialrechtliche Prägung, die auf eine glückliche Verbindung von praktischer Tätigkeit und wissenschaftlicher Kompetenz aufbauen konnte. *Nowak* wirkte an der Indexierung von Renten und Pensionen maßgeblich mit, eine Frage, die bis in die heutigen Tage relevant ist (Stichwort: automatische Pensionsanpassung). Mit dem Pensionsanpassungsgesetz, BGBl 1965/96, an dem *Nowak* maßgeblich mitwirkte, war aber der entscheidende Grundstein gelegt, die Wertsicherung der Alterspensionen vom jeweiligen politischen Dezisionismus abzukoppeln. Die Studierendenzahlen waren sehr überschaubar, das junge Arbeits- und Sozialrecht war im regen, häufig aber unterlegenen Wettstreit um Studierende mit anderen Wahlfächern, wie insbesondere dem Finanzrecht.

Nowak leitete das Institut 17 Jahre und es gelang ihm, eine – naturgemäß sehr praxisorientierte – Bibliothek aufzubauen, die einen gewissen Schwerpunkt im Bereich der sozialen Sicherheit hatte.

Nowaks Nachfolger war *Ulrich Runggaldier*, der das Institut ab 1983 leitete.

Runggaldiers Schwerpunktsetzung lag im Arbeitsrecht und dort in dessen europäischen Bezügen. Geraume Zeit vor dem österreichischen Beitritt zum EWR und zur EG beschäftigte sich *Runggaldier* mit dem Anpassungsbedarf Österreichs an den *acquis communautaire*. Eine ganze Serie von wissenschaftlichen Arbeiten, die am Institut entstanden sind, widmete sich diesen Fragen. Das Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität war einer der Fokuse der wissenschaftlichen Auseinandersetzung, aber auch der Politikberatung im Zusammenhang mit dem dann immer näher kommenden Beitritt Österreichs zum EWR und zur EG. Der zweite nachhaltige Schwerpunkt der wissenschaftlichen und praktischen Tätigkeit des Instituts in diesem Zeitraum waren die Arbeiten zur Neuordnung des österreichischen Abfertigungsrechts und zur Einführung der rechtlichen Absicherung von Betriebspensionen. Die Umstellung der österreichischen Abfertigung von einem dienstzeitabhängigen und dem Risiko der Beendigungsart ausgesetzten System zu einem kapitalgedeckten Ansparsystem wurde wissenschaftlich vom Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität ganz wesentlich begleitet. Die ersten Arbeiten zum Betriebspensions- und Pensionskassenrecht stammen ebenfalls aus dieser Zeit.

Fragen des Betriebsübergangsrechts stellten ebenso einen Schwerpunkt der wissenschaftlichen Forschung dar, dies als Ausschnitt der gesamthaften Befassung mit dem europäischen Arbeitsrecht. Es ist daher auch nicht überraschend, dass in der Zeit

Runggaldiers das Institut seinen heutigen Namen als Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht erhielt. Besonders hervorzuheben sind die Infrastrukturleistungen, die in diesem Zeitraum erbracht wurden. So wurde insbesondere der Bibliotheksbestand verbreitet und mit einem europarechtlichen, aber – der Herkunft *Runggaldiers* entsprechend – auch italo-rechtlichen Schwerpunkt versehen. Der in diesem Zeitpunkt bestellte Honorarprofessor *Georg Schima* hat sich in seiner Assistentenzeit darum sehr verdient gemacht. Diese Forschungsschwerpunkte von *Runggaldier* werden insbesondere im Betriebspensionsrecht durch die damals habilitierte außerordentliche Universitätsprofessorin *Monika Drs* weiterverfolgt.

2012 hatte dann ich die Ehre, die Leitung des Instituts übernehmen zu dürfen, ein wohlbestattetes Haus. Die jetzigen sowohl wissenschaftlichen als auch praktischen Schwerpunkte liegen weiterhin im europäischen Arbeitsrecht, wurden und werden aber durch die Bearbeitung des europäischen koordinierenden Sozialrechts ergänzt. Darüber hinaus spielt die Verankerung unseres Instituts in internationalen Forschungsk Kooperationen eine verstärkte Rolle. Zu nennen sind die Einbindung des Instituts ins Europäische Institut für Soziale Sicherheit in Leuven sowie Forschungsk Kooperationen mit deutschen, französischen und italienischen Schwesterinstitutionen, die auch in EU-geförderte Projekte Eingang finden. Insbesondere die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Praxis der Kollektivverhandlungen im Arbeitsrecht stellen einen weiteren Forschungsschwerpunkt des Instituts dar. Seit der Implementierung einer Juristenausbildung an der Wirtschaftsuniversität trifft das Institut auf ganz andere Herausforderungen im Bereich der Lehre, die durch die Mitwirkung zahlreicher externer Lehrbeauftragten zu großer Zufriedenheit bewältigt werden. In nächster Zukunft wird das Institut weiter seine Profilbildung im Bereich des europäischen Arbeits- und Sozialrechts und in den Kooperationen mit zahlreichen anderen europäischen Schwesterinstitutionen fortsetzen. Dabei werden die drängenden Fragen neuer Formen der sozialen Sicherung sowohl im Gesundheitswesen als auch in der Sozialhilfe eine bedeutende Rolle spielen. Ein Auftakt wurde bereits 2015 mit der internationalen Fachtagung „Migration und Sozialhilfe“ begonnen. Dabei wird sich das Institut nicht dogmatisch auf bestimmte Forschungsthemen beschränken, sondern für aktuelle Fragestellungen offenbleiben.

Franz Marhold



Elternteilzeit oder Versetzung – eine Kontravalenz des Arbeitsrechts?

Arbeitgeberseitige Änderungs- und somit Versetzungsangebote sollten auch bei der Interessenabwägung des Elternteilzeitverfahrens berücksichtigt werden können

ELISABETH BRAMESHUBER*)



Möchte eine Arbeitnehmerin¹⁾ Elternteilzeit in Anspruch²⁾ nehmen, so liegt auf Arbeitnehmerseite der Fokus regelmäßig auf der Vereinbarkeit von Beruf und Kinderbetreuung, während Arbeitgeber oftmals vor dem Problem stehen, wie sie die Arbeitnehmerin künftig einsetzen sollen. Weitgehend ungelöst ist vor allem die Frage des Zusammenspiels zwischen dem Anspruch der Arbeitnehmerin auf den gleichen bzw gleichwertigen Arbeitsplatz und einem allfälligen bestehenden Versetzungsschutz sowohl der Elternteilzeit begehrenden Arbeitnehmerin als auch der anderen Mitarbeiter. Erschwerend tritt hinzu, dass das Gericht im Elternteilzeitverfahren nach herrschender Ansicht nicht über Fragen betreffend den Inhalt des Arbeitsvertrages absprechen kann.³⁾ Dass hier Handlungsbedarf besteht, wird im nachfolgenden Beitrag aufgezeigt.

1. Einleitung

Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung ist das Elternteilzeitverfahren gegenüber einem Verfahren zur gerichtlichen Zustimmung zur Kündigung der Arbeitnehmerin in Elternteilzeit vorrangig.⁴⁾ Auch aufgrund der gebotenen Einhaltung der Fristen nach § 15k MSchG⁵⁾ besteht in aller Regel auch ein faktischer Vorrang gegenüber einem gerichtlichen Zustimmungsverfahren nach § 101 ArbVG. Sowohl im Verfahren nach § 15k MSchG als auch im § 101 ArbVG-Verfahren sind Arbeitnehmer- gegen Arbeitgeberinteressen abzuwägen; aufgrund organisatorischer Gegebenheiten ist es jedoch oftmals nicht realisierbar, einen Elternteilzeit-Arbeitsplatz einzurichten, ohne die durchzuführenden Tätigkeiten und Aufgabenbereiche zu verändern.⁶⁾ Fraglich ist häufig, ob die Zuweisung anderer Tätigkeiten oder eines anderen Aufgabenbereichs eine Versetzung darstellt. Da eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen ist und diese vor allem durch Auslegung des Einzelarbeitsvertrages zu erfolgen hat, kann dies hier nicht weiter vertieft werden. Unklar ist, ob das Gericht eine – nach Ansicht des Arbeitgebers für die Realisierung der Arbeitszeitreduktion erforderliche – Versetzung in die Interessenabwägung nach § 15k Abs 3 MSchG miteinzubeziehen hat.⁷⁾ Nicht geregelt ist auch, ob bei der Interessenabwägung im Elternteilzeitverfahren ein solches Vorbringen des Arbeit-

*) Dr. Elisabeth Brameshuber ist Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

1) Da in der Praxis vor allem Mütter Elternteilzeit in Anspruch nehmen, wird in diesem Beitrag für die Elternteilzeit begehrende Person konsequent die weibliche Form „Arbeitnehmerin“ verwendet.

2) Zur Differenzierung zwischen „großem“ Anspruch nach § 15h MSchG bzw § 8 VKG und „kleinem“ Anspruch gemäß § 15i MSchG bzw § 8a VKG *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ (2015) Abschnitt 6 MSchG Rz 5. Diese Begriffsbildung wurde auch vom OGH übernommen; vgl zB OGH 26. 5. 2011, 9 ObA 80/10w; dazu *Riedl*, In Unkenntnis der Bestimmungen des MSchG vereinbarte Teilzeit ist dennoch Elternteilzeit, ASoK 2011, 331. Gegenstand dieses Beitrags sind ausschließlich Fälle des „großen“ Anspruchs, in denen das Elternteilzeitverfahren nach § 15k MSchG bzw § 8c VKG anzustrengen ist.

3) Vgl etwa *Krömer*, ZAS 2015, 93; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³, § 15k MSchG Rz 22.

4) OGH 22. 8. 2012, 9 ObA 91/12s; 25. 6. 2014, 9 ObA 2/14f, ZAS 2015/15 (*Krömer*).

5) Bzw § 8c VKG. In der Folge wird, sofern nach dem VKG nichts Gegenteiliges gilt, ausschließlich auf die Vorschriften des MSchG verwiesen.

6) *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³, § 15k MSchG Rz 21; *Krömer*, ZAS 2015, 93.

7) Vgl *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³, § 15k MSchG Rz 22, der darauf hinweist, dass ein fehlender Änderungswille der Arbeitnehmerin vom Gericht „wohl“ nur bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden könne.

gebers zu berücksichtigen ist, wonach er zwar zur Ermöglichung der Elternteilzeit gewillt sei, ihm aber die Hände gebunden seien, da er die erforderliche Zustimmung des Gerichts zur Versetzung eines anderen Mitarbeiters nach § 101 ArbVG nicht bekomme. Im Ergebnis ist daher zu eruieren, ob sich Versetzung und Elternteilzeit gegenseitig ausschließen oder ob es in gewissen Fällen der Versetzung der Elternteilzeit beanspruchenden Arbeitnehmerin oder eines anderen Mitarbeiters sogar bedarf, um die Elternteilzeit unter Berücksichtigung des Interesses der Arbeitnehmerin an Vereinbarkeit von Beruf und Kinderbetreuung⁸⁾ zu ermöglichen.

2. Fallkonstellationen

2.1. Allgemeines

Einigen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmerin nicht einvernehmlich auf die Elternteilzeit und ist auch das Vergleichsverfahren gemäß § 15k Abs 2 MSchG nicht erfolgreich, hat der Arbeitgeber, um den Elternteilzeitanspruch in der von der Arbeitnehmerin gewünschten Form „abzwehren“, Klage gemäß § 15k Abs 3 MSchG einzubringen. Klagsgegenstand ist die Einwilligung der Arbeitnehmerin in die vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Bedingungen der Teilzeitbeschäftigung. Das Gericht kann ausschließlich über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit entscheiden; über den Inhalt des Arbeitsvertrages kann bereits deshalb nicht abgesprochen werden, weil gemäß § 15k Abs 6 MSchG auch kein Rechtsmittel gegen das Urteil erhoben werden kann.⁹⁾ Änderungen des Arbeitsverhältnisses, die eine Versetzung gemäß § 101 ArbVG darstellen, können daher zwar mit der Vereinbarung von Elternteilzeit einhergehen, sie sind aber nicht Gegenstand des Elternteilzeitverfahrens in dem Sinn, dass darüber eine gerichtliche Entscheidung erfolgt. Damit ist jedoch noch keine Aussage darüber getroffen, ob eine aus Sicht des Arbeitgebers erforderliche Versetzung in die gerichtliche Interessenabwägung mit einzubeziehen ist.

Sollen sich Aufgabenbereich oder Arbeitsposition am Elternteilzeit-Arbeitsplatz von jenen des ursprünglichen Arbeitsplatzes unterscheiden, so ist dies dann unproblematisch, wenn dies vom Arbeitsvertrag gedeckt ist. Anderes gilt bei jenen Konstellationen, in denen dies unklar ist bzw in denen eindeutig eine vertragsändernde Versetzung vorliegt. Ist die Versetzung zudem im Sinne des § 101 ArbVG verschlechternd und existiert ein Betriebsrat, tritt als weitere Komplikation hinzu, dass die dann als dauernde Einreihung auf den anderen Arbeitsplatz anzusehende Versetzung zwar allenfalls die Zustimmung der Arbeitnehmerin auf der arbeitsvertraglichen Ebene finden könnte, nicht hingegen jene des Betriebsrats. Dies wird zwar in der Praxis wohl nur selten vorkommen, gänzlich undenkbar ist eine solche Situation jedoch nicht.

2.2. Einseitige Anordnung zur Verrichtung anderer Tätigkeiten wegen Nichtabdeckung des ursprünglichen Aufgabenbereichs

Jüngst hat der OGH entschieden, dass eine Tätigkeit, die aufgrund einseitiger Arbeitgeberanordnung nicht vom Arbeitsvertrag gedeckt ist, von der Arbeitnehmerin selbst dann nicht übernommen werden muss, wenn sie ihre vor Reduktion der Arbeitszeit von 40 auf 30 Stunden verrichteten Aufgabenbereiche aufgrund der Verringerung nicht mehr zur Gänze abdecken kann.¹⁰⁾ *In concreto* ging es um eine Museumsmanagerin; aus orga-

⁸⁾ Vgl EriRV 735 BlgNR 18. GP, 43: „In letzter Zeit wird Teilzeitarbeit als wirksame Maßnahme zur Entlastung des Arbeitsmarktes sowie als sinnvolle Möglichkeit, Berufstätigkeit und Kinderbetreuung miteinander zu vereinbaren, propagiert.“

⁹⁾ ASG Wien 3. 10. 2005, 5 Cga 137/05k.

¹⁰⁾ OGH 24. 6. 2015, 9 ObA 64/15z. Nicht ersichtlich wird aus den Entscheidungsgründen des OGH, ob der Inanspruchnahme von Elternteilzeit *in concreto* ein Verfahren nach § 15k MSchG vorausgegangen war.

nisatorischer Sicht für Arbeitgeber problematisch ist daher vor allem die Schaffung von Elternteilzeit-Arbeitsplätzen bei Tätigkeiten, die keine Teilbarkeit des Arbeitsplatzes zulassen und die auch nicht durch innerbetriebliche Maßnahmen besetzt oder am Arbeitsmarkt vermittelt werden können. Zu denken ist an Fernfahrerinnen neu, Pilotinnen, Lokomotivführerinnen neu oder angestellte Orchestermusikerinnen, die aufgrund der Reduktion der Arbeitszeit nicht mehr an allen Proben und Aufführungen teilnehmen können,¹¹⁾ aber auch an Arbeitnehmerinnen in Schichtbetrieben.¹²⁾

Konsequenz ist, dass den Arbeitgeber offensichtlich das volle Risiko trifft, die Arbeitnehmerin nicht mehr auf einem dem Arbeitsvertrag entsprechenden Arbeitsplatz einsetzen zu können.¹³⁾ Mit anderen Worten: Die Arbeitnehmerin hat Anspruch auf Einsatz (und entsprechende Entlohnung) auf einem mit dem Arbeitsvertrag inhaltlich übereinstimmenden Arbeitsplatz.¹⁴⁾ Die Beurteilung der Situation ausschließlich nach dem MSchG ergibt daher, dass das Gesetz den Elternteilzeitananspruch uneingeschränkt gewährt.¹⁵⁾ Verschärft wurde die Situation durch die Einführung der sogenannten Bandbreite. Durch die Neuregelung in § 15h Abs 1 Z 3 MSchG wird dem Arbeitgeber regelmäßig auch jener Weg versperrt, eine bloß geringfügige Reduktion der Arbeitszeit anzubieten (zB Verringerung von 40 auf 36 Stunden). Zwar liegt gemäß § 15j Abs 10 MSchG bei einer Vereinbarung über Elternteilzeit außerhalb der Bandbreite dennoch eine besonders bestandgeschützte Elternteilzeit vor, gerichtlich durchsetzbar ist diese hingegen nicht. Schlussendlich stellt sich daher die Frage, ob und – wenn ja – wie die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung am ursprünglichen Arbeitsplatz und die dadurch erforderliche (verschlechternde) Versetzung in die Interessenabwägung nach § 15k Abs 3 MSchG miteinzubeziehen sind.

2.3. Verschlechternde Versetzung ohne vorherige Anstrengung des Verfahrens nach § 15k Abs 3 MSchG

Der dem OGH-Urteil vom 25. 6. 2014, 9 ObA 2/14f, zugrunde liegende Fall war wie folgt gelagert: Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin kam es im Rahmen des Einigungsverfahrens gemäß § 15k Abs 2 MSchG zu einem Vergleich. Danach sollte die Arbeitnehmerin künftig statt in Wechselschicht nur mehr in der Vormittagsschicht arbeiten. Es wurde daher eine Änderung der Lage der Arbeitszeit nach § 15p MSchG vereinbart. Bei Antritt dieser „Elternteilzeit“ teilte der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin jedoch mit, sie müsste ab sofort ihren Dienst im burgenländischen statt wie bisher im Wiener Werk erbringen. Der Arbeitgeber hatte dies dem Betriebsrat mitgeteilt; dieser beschloss, sich weder für noch gegen die (offensichtlich nicht vom Arbeitsvertrag gedeckte) Versetzung auszusprechen. Nach Ansicht des Arbeitgebers war im Vergleichsverfahren offengeblieben, ob die Arbeitnehmerin der Versetzung zustimmen werde.

Sowohl das Berufungsgericht als auch der OGH kamen zu dem Schluss, aufgrund des Wechsels vom Wiener in das burgenländische Werk liege eine verschlechternde Versetzung vor. Aus dem Parteivorbringen geht eindeutig hervor, dass eine vertragliche Deckung der Versetzung nicht gegeben war. Die Gerichte befassten sich dennoch mit dem Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats zu einer verschlechternden Versetzung. Dies ist insofern überraschend, als ja bereits die arbeitsvertragliche Unzulässigkeit der Versetzung das Nichtbestehen der Arbeitspflicht am neuen Arbeitsort¹⁶⁾ be-

¹¹⁾ *Kietaibl*, Elternteilzeit bei mangelnder Vereinbarkeit mit Tätigkeit und Aufgabenbereich des AN, ZAS 2005, 165, unter Verweis etwa auf *Rebhahn*, Das Recht der Eltern von Kleinkindern auf Teilzeitbeschäftigung, ÖJZ 1991, 649 (656).

¹²⁾ Vgl LGZ Graz 21. 7. 2006, 38 Cga 96/06i, ARD 5716/3/2006.

¹³⁾ Vgl *Kietaibl*, ZAS 2005, 167 f; ASG Wien 3. 10. 2005, 5 Cga 137/05k.

¹⁴⁾ Vgl *Kietaibl*, ZAS 2005, 167 f, der sich der Problematik im Zusammenhang mit dem Entgeltanspruch gemäß § 1155 ABGB annähert.

¹⁵⁾ *Kietaibl*, ZAS 2005, 167.

¹⁶⁾ Darauf lautete auch ein Teil des Klagebegehrens der Arbeitnehmerin.

wirkt.¹⁷⁾ Bezüglich des Einwands des Arbeitgebers, es stünden betriebliche Erfordernisse der Erfüllung des Vergleichs am bisherigen Arbeitsplatz der Arbeitnehmerin entgegen, stellte der OGH hingegen nur knapp fest, dass dem Arbeitgeber das Verfahren nach § 15k Abs 3 iVm § 15p MSchG offengestanden wäre. Mit anderen Worten: Der Arbeitgeber hätte die betrieblichen Erfordernisse bereits im Elternteilzeitverfahren geltend machen müssen. Problematisch daran ist allerdings, dass im Elternteilzeitverfahren nicht über die vertragsändernde Versetzung entschieden werden kann.¹⁸⁾ Gibt daher das Arbeits- und Sozialgericht der Arbeitgeberklage im Elternteilzeitverfahren nicht statt, steht der Arbeitgeber wieder vor demselben Problem. Hinzu kommt, dass nach herrschender Meinung ausschließlich bei Änderung der Lage der Arbeitszeit nach § 15p MSchG eine Klage auf Verrichtung der Arbeit zu den bisherigen Bedingungen zulässig ist. In all jenen Fällen, in denen die Arbeitnehmerin eine Verringerung der Arbeitszeit begehrt, muss der Arbeitgeber auf Einwilligung in die von ihm vorgeschlagenen Bedingungen der Teilzeitbeschäftigung klagen; eine Klage auf Beibehaltung der bisherigen Arbeitszeit ist nach herrschender Meinung ausgeschlossen.¹⁹⁾ Hier stellt sich daher die Frage, ob und – wenn ja – inwiefern die fehlende arbeitsvertragliche Einigung wie auch die fehlende Zustimmung des Betriebsrats zur verschlechternden Versetzung bei der Interessenabwägung im Elternteilzeitverfahren zu berücksichtigen sind.

2.4. Berücksichtigung der Unzumutbarkeit der Versetzung anderer Mitarbeiter bei der Interessenabwägung nach § 15k Abs 3 MSchG?

Die dritte Frage, die sich im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Elternteilzeit und Versetzungen stellt, ist, ob und – wenn ja – wie das allfällige Erfordernis der Versetzung anderer Arbeitnehmer zur Ermöglichung der Elternteilzeit in die Interessenabwägung nach § 15k Abs 3 MSchG miteinzubeziehen ist. Die Meinungen gehen hier auseinander.²⁰⁾ Das LGZ Graz berücksichtigte im Rahmen einer Interessenabwägung aufgrund einer Arbeitgeberklage auf Beibehaltung der bisherigen Lage der Arbeitszeit gemäß § 15k Abs 3 iVm § 15p MSchG auch das Arbeitgebervorbringen, dass sich durch Versetzungen älterer Mitarbeiter nachteilige Einwirkungen auf das Betriebsklima ergeben würden. Schlussendlich war die Elternteilzeit begehrende Arbeitnehmerin dazu verpflichtet, die Weiterarbeit im bisherigen Schichtsystem zu akzeptieren.²¹⁾ Auf der anderen Seite verweisen bereits die Gesetzesmaterialien darauf, dass der Arbeitgeber das, was er tun kann, auf sich nehmen muss, um die Interessenbeeinträchtigung möglichst gering zu halten.²²⁾ Fraglich ist, ob die referierte Entscheidung des LGZ Graz insofern als Fehlentscheidung anzusehen ist oder ob in die Interessenabwägung die allfällige faktische Unmöglichkeit der Versetzung anderer Mitarbeiter (aufgrund fehlender arbeitsvertraglicher Einigung und/oder fehlender Zustimmung des Betriebsrats bzw des Gerichts) und damit die drohende Kündigung anderer Mitarbeiter ebenfalls miteinzubeziehen sind.

¹⁷⁾ *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht² (2012) 80. In der zuvor besprochenen Entscheidung vom 24. 6. 2015, 9 Oba 64/15z, hatte sich der OGH aufgrund fehlender Arbeitspflicht am neuen Arbeitsplatz erst gar nicht mit der betriebsverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Versetzung befasst.

¹⁸⁾ *Körber-Risak*, Rechtsfragen der Teilzeit, ZAS 2016, 107 (109 f).

¹⁹⁾ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³, Abschnitt 6 MSchG Rz 4 und § 15k MSchG Rz 22; *Schrittwieser* in *Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger*, MSchG/VKG² (2013) § 15h MSchG Erläuterung 2.1; siehe auch *Risak*, Die Interessenabwägung bei der Elternteilzeit mit Rechtsanspruch, in FS Binder (2010) 411 (420).

²⁰⁾ Vgl die Kritik *P. Wolfs* (Entscheidungspraxis und offene Fragen der Elternteilzeit, DRdA 2014, 447 [451]), die darauf hinweist, dass eine einheitliche Rechtsprechung nur dann möglich wäre, wenn der Rechtsmittelausschluss des § 15 Abs 6 MSchG aufgehoben würde.

²¹⁾ LGZ Graz 21. 7. 2006, 38 Cga 96/06i.

²²⁾ ERlRV 735 BlgNR 18. GP, 24, unter Verweis auf *Schrank*, Karenzurlaubserweiterungsgesetz: Neue Formen der Teilzeitbeschäftigung und ihre Auswirkungen auf die arbeitsrechtlichen Ansprüche (Teil II), ZAS 1990, 186 (189).

3. Rückkehranspruch auf gleichen, gleichwertigen oder ähnlichen Arbeitsplatz

Zwischen dem Arbeitnehmerbegehren auf Teilzeitarbeit in derselben Position wie vor Inanspruchnahme der Elternteilzeit in Verbindung mit deren fehlendem Willen, eine Veränderung hinzunehmen, einerseits und den arbeitgeberseitigen Schwierigkeiten bei der Umorganisation andererseits besteht offensichtlich ein Widerspruch. Soll dieser aufgelöst werden, so ist zunächst zu hinterfragen, wie weit der Anspruch der Arbeitnehmerin auf Rückkehr auf den gleichen bzw gleichwertigen Arbeitsplatz reicht. Insbesondere im Lichte jüngster EuGH-Judikatur ist zu untersuchen, ob die Arbeitnehmerin entgegen dem Arbeitsvertragsinhalt zulässigerweise auch auf einen „bloß“ ähnlichen Arbeitsplatz verwiesen werden kann.

Gemäß § 5 Z 1 der Elternurlaub-Rahmenvereinbarung²³⁾ hat die Arbeitnehmerin dann, wenn „im Anschluss an den Elternurlaub“²⁴⁾ eine Rückkehr auf den „früheren Arbeitsplatz“ nicht mehr möglich ist, ein Recht auf Zuweisung einer „gleichwertigen oder ähnlichen Arbeit“. Fraglich ist, was „ähnlich“ bedeutet.²⁵⁾ Klar ist zunächst, dass zu den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, bei denen Art 14 Abs 1 lit c der Richtlinie 2006/54/EG²⁶⁾ sowie in Umsetzung davon auch § 3 Z 6 GIBG²⁷⁾ ein Diskriminierungsverbot vorsehen, auch die Voraussetzungen für die Rückkehr einer Arbeitnehmerin an ihren Arbeitsplatz nach einem Elternurlaub gehören.²⁸⁾ Im Zusammenhang mit § 5 Z 4 der Elternurlaub-Rahmenvereinbarung kann von einem Benachteiligungsverbot gesprochen werden; dadurch wird das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 16 der Richtlinie 2006/54/EG verstärkt, wonach die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass Arbeitnehmerinnen nach Ablauf des Elternurlaubs Anspruch darauf haben, an ihren früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind, zurückzukehren.²⁹⁾

Die Arbeitnehmerin hat jedoch bloß grundsätzlich³⁰⁾ im Anschluss an den Elternurlaub, das heißt auch dann, wenn sie nach einer Karenz Elternteilzeit in Anspruch nehmen möchte, das Recht, an die frühere Arbeitsposition zurückzukehren.³¹⁾ Der gesetzlichen Konzeption der Elternteilzeit entspricht es gerade nicht, eine Arbeitsplatzgarantie zu verschaffen.³²⁾ Aus dem EuGH-Urteil *Riežniece* könnte abgeleitet werden, dass die Arbeitnehmerin bei Unmöglichkeit der Rückkehr auf den gleichen oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz geradezu auf einen ähnlichen, anderen Arbeitsplatz zu versetzen ist.³³⁾

²³⁾ Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub vom 18. 6. 2009 im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. 3. 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, ABl L 68 vom 18. 3. 2010, S 13.

²⁴⁾ Damit ist die Rückkehr sowohl im Anschluss an die Karenz als auch im Anschluss an die Elternteilzeit gemeint. Nach § 3 Z 1 lit a der Elternurlaub-Rahmenvereinbarung entscheiden die Mitgliedstaaten, ob „Elternurlaub“ als Vollzeit- oder Teilzeitarbeit gewährt wird.

²⁵⁾ Die einschlägige Literatur zu dieser Frage zu konsultieren ist weitgehende unergiebig. Weder bei *Risak* (in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht [2016] RL 2010/18/EU Anhang § 5) noch bei *Barnard* (EU Employment Law⁴ [2012]) finden sich Hinweise auf eine Auslegung des Begriffs.

²⁶⁾ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 7. 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl L 204 vom 26. 7. 2006, S 23.

²⁷⁾ *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 3 Rz 133.

²⁸⁾ EuGH 20. 6. 2013, Rs C-7/12, *Riežniece*, Rn 38.

²⁹⁾ *Houwerzijl* in *Schlachter*, EU Labour Law (2014) 506.

³⁰⁾ Siehe *European Trade Union Confederation*, The Revised Parental Leave Framework Agreement, 28, online abrufbar unter https://www.etuc.org/IMG/pdf/The_Revised_Parental_Leave_Framework_Agreement_EN.pdf, wonach die Rückkehr auf denselben Arbeitsplatz „general rule“ sein sollte. Sodann wird jedoch auch betont, dass Arbeitnehmerinnen, die nach dem Elternurlaub (das heißt im Regelfall der Karenz) auf Teilzeitbasis weiterarbeiten, dies „of course“ am selben Arbeitsplatz machen sollen.

³¹⁾ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Europäisches Arbeitsrecht, RL 2010/18/EU Anhang § 5 Rz 1.

³²⁾ *Risak*, Interessenabwägung, 414.

³³⁾ EuGH 20. 6. 2013, Rs C-7/12, *Riežniece*, Rn 54.

Dennoch kann es nicht zu einer konkludenten Abänderung³⁴⁾ im Sinne einer zulässigen Versetzung auf eine minderwertige Position bloß aufgrund der Inanspruchnahme von Elternteilzeit kommen.

Im Ergebnis dürfte auch nach der Elternurlaub-Rahmenvereinbarung der Einzelarbeitsvertrag unter Berücksichtigung der Diskriminierungsverbote des Art 14 Abs 1 lit c und des Art 16 der Richtlinie 2006/54/EG sowie des § 5 Z 1 und 4 der Elternurlaub-Rahmenvereinbarung bei der Beurteilung, ob der Teilzeitarbeitsplatz „ähnlich“ ist, ausschlaggebend sein. Ein Arbeitgeber darf daher die Arbeitnehmerin zwar auf einen anderen Arbeitsplatz versetzen, hierbei ist aber nicht nur die Gleichbehandlung mit anderen Arbeitnehmern, sondern auch zu gewährleisten, dass dies im Einklang mit dem Arbeitsvertrag steht. Mit anderen Worten: Nach dem Unionsrecht kann zwar eine Versetzung stattfinden, diese muss aber im Einklang mit dem Arbeitsvertrag stehen.³⁵⁾

4. Berücksichtigung der Notwendigkeit einer Versetzung bei der Interessenabwägung im Elternteilzeitverfahren

4.1. Vorbemerkung

Sofern keine einzelvertragliche Vereinbarung über die geänderte Arbeitsposition erfolgt bzw nicht bereits der ursprüngliche Arbeitsvertrag ein entsprechend weites Versetzungsrecht enthält, stellt sich demnach die Frage, ob die Notwendigkeit einer vertragsändernden Versetzung bei der Interessenabwägung im Elternteilzeitverfahren zu berücksichtigen ist. Fraglich ist auch, ob die allenfalls fehlende Zustimmung des Betriebsrats bzw des Gerichts zu einer verschlechternden Versetzung gemäß § 101 ArbVG ebenfalls in die Abwägung des Gerichts einzufließen hat.

4.2. Grundsätzliches zum Inhalt der Interessenabwägung

Gemäß § 15k Abs 3 MSchG hat das Gericht der Arbeitgeberklage dann stattzugeben, wenn die betrieblichen Erfordernisse die Interessen der Arbeitnehmerin überwiegen. Nach den Gesetzesmaterialien „*muss es sich dabei um Umstände handeln, die negative Auswirkungen auf den Betrieb ... haben. Ein betriebliches Interesse liegt insbesondere dann vor, wenn die Teilzeitbeschäftigung die Organisation, den Arbeitsablauf ... wesentlich beeinträchtigt und Maßnahmen zur Verhinderung dieser Beeinträchtigung, insbesondere die Aufnahme von Ersatzkräften nicht möglich sind, oder unverhältnismäßige Kosten verursacht.*“³⁶⁾ „*Was der Arbeitgeber tun kann, um die Interessenbeeinträchtigung möglichst gering zu halten, muß er auf sich nehmen.*“³⁷⁾

Dem Urteil des LGZ Graz, wonach neben der Versetzung älterer Mitarbeiter auch die wegen der Elternteilzeit notwendige Kündigung eines anderen Mitarbeiters als für den Arbeitgeber nachteilig zu berücksichtigen sei,³⁸⁾ steht ein Urteil des LG Wels gegenüber. Danach sei der allfällige Unmut anderer Mitarbeiter darüber, im Rahmen flexibler Arbeitszeiten auch vermehrt nachmittags und am Wochenende eingesetzt zu werden, nicht als gewichtiges betriebliches Interesse zu berücksichtigen. Hinzu komme, dass die allfällige Ungleichbehandlung der Mitarbeiter „*Ausfluss der auf die Arbeitnehmerin anzuwendenden besonderen Normen des MSchG*“ sei.³⁹⁾

³⁴⁾ Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen; statt aller *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 863 Rz 25 und § 914 Rz 29.

³⁵⁾ EuGH 20. 6. 2013, Rs C-7/12, *Riežniece*, Rn 36; *Houwerzijl in Schlachter*, EU Labour Law, 511.

³⁶⁾ ErlRV 399 BlgNR 22. GP, 5.

³⁷⁾ ErlRV 735 BlgNR 18. GP, 24, unter Verweis auf *Schrank*, ZAS 1990, 189.

³⁸⁾ LGZ Graz 21. 7. 2006, 38 Cga 96/06i.

³⁹⁾ LG Wels 5. 4. 2005, 10 Cga 11/05g, ARD 5628/3/2005; vgl auch *Risak*, Interessenabwägung, 417.

4.3. Versetzung der Elternteilzeit beanspruchenden Arbeitnehmerin

Bringt der Arbeitgeber im Verfahren vor, dass er zwar dem Elternteilzeitbegehren stattgeben werde, hierfür allerdings entsprechende Umstrukturierungen erforderlich seien und die Elternteilzeit begehrende Arbeitnehmerin versetzt werden müsse, so stellt sich die Frage, ob und – wenn ja – wie das im Elternteilzeitverfahren zu berücksichtigen ist. Richtungweisend könnte ein jüngeres Urteil des ASG Wien sein.⁴⁰⁾ Zugrunde lag das Arbeitnehmerbegehren auf Teilzeitbeschäftigung im Ausmaß von 32 statt 40 Wochenstunden als Leiter der Abteilung „Marketing and Sales“ eines Unternehmens. Der Arbeitgeber lehnte dies ab; die Stelle könne nur durch eine Ganztagsbeschäftigung mit Verpflichtung zur Leistung von Mehr- und Überstunden ausgeübt werden. Aus der Begründung des ASG Wien geht hervor, dass das Arbeitnehmerbegehren deshalb abgewiesen wurde, weil der Arbeitnehmer auf das Bemühen des Arbeitgebers, eine Neupositionierung im Unternehmen zu ermöglichen, nicht eingegangen war. Problematisch ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings, dass es sich hier nicht um ein Zustimmungsverfahren nach § 8c Abs 3 VKG gehandelt hat, vielmehr hatte der Arbeitnehmer auf Entschädigung gemäß § 3 Z 6 iVm § 12 Abs 6 GIBG aufgrund von Diskriminierung geklagt.

Sofern der Arbeitgeber jedoch ein eigenes Elternteilzeitmodell im Rahmen des Elternteilzeitverfahrens unterbreitet und die Arbeitnehmerin offensichtliche Arbeitgeberbemühungen gänzlich ablehnt, könnten die Erwägungen des ASG Wien dennoch auch in der Interessenabwägung des Elternteilzeitverfahrens zu berücksichtigen sein, mag auch eine konkrete inhaltliche Entscheidung des Gerichts über den Arbeitsvertragsinhalt unzulässig sein.⁴¹⁾ Von dem Erfordernis, dass der Arbeitgebervorschlag ebenfalls eine Arbeitszeitreduktion enthalten muss, die zudem innerhalb der Bandbreite liegen muss, wird jedoch zumindest *de lege lata* nicht abgegangen werden können. *De lege ferenda* wäre Folgendes zu überlegen: Für den Fall, dass der Arbeitgeber das Gericht davon überzeugen kann, dass eine Beschäftigung an der bisherigen Arbeitsposition im reduzierten Ausmaß organisatorisch nicht möglich ist, er der Arbeitnehmerin aber eine Alternativbeschäftigung anbieten könnte, die Arbeitnehmerin jedoch jeglichen Kompromiss ausschließt, sollte eine Arbeitgeber-Klagemöglichkeit auf Beibehaltung der bisherigen Arbeitszeit geschaffen werden.

Hintergrund dieser Überlegungen sind die Folgen einer potenziellen Abweisung des Arbeitgeber-Klagebegehrens; in diesem Fall kann die Arbeitnehmerin ja der gewünschten Teilzeitbeschäftigung am selben Arbeitsplatz nachgehen. Ist tatsächlich eine Weiterbeschäftigung nicht möglich, weil der Arbeitsplatz nicht teilbar ist und ein entsprechendes Stundenpensum erfordert, kann die *ultima ratio* des Arbeitgebers bloß die Anrufung des Gerichts zur Zustimmung zur Kündigung gemäß § 10 Abs 4 (bzw Abs 3) MSchG sein. Droht tatsächlich die Kündigung, wäre umso eher dem Arbeitgeber-Klagebegehren im Elternteilzeitverfahren stattzugeben. Ähnliches muss hinsichtlich eines allfälligen Zustimmungsverfahrens nach § 101 ArbVG gelten: Würden dort ebenfalls die betrieblichen Interessen jene der Arbeitnehmerin überwiegen, sodass die Versetzung als sachlich gerechtfertigt zu beurteilen wäre, so sollte dies ebenfalls bereits in die Abwägung nach

⁴⁰⁾ ASG Wien 30. 7. 2012, 20 Cga 70/12b, ARD 6301/2/2013.

⁴¹⁾ Anderer Ansicht zumindest *prima facie Körber-Risak*, ZAS 2016, 110 f, die analog zu den Fällen, in denen bei besonders bestandgeschützten Arbeitnehmern bei Vorliegen eines wichtigen Grundes eine vertragsändernde Versetzung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers unter der Voraussetzung der Billigkeit der Interessenabwägung im Einzelfall für zulässig erachtet wird, die Anordnung einer solchen vertragsändernden Versetzung durch das Gericht im Elternteilzeitverfahren für zulässig erachtet. Dies ist jedoch insofern problematisch, als in den anderen Fällen (siehe etwa OGH 27. 8. 1997, 9 ObA 227/97s) die vertragsändernde Versetzung nicht vom Gericht angeordnet wurde und die Gerichte lediglich über die Zulässigkeit der Versetzung zu entscheiden hatten. Im Elternteilzeitverfahren nach § 15k MSchG fehlt es zudem an der Rechtsschutzmöglichkeit. Der Problematik dürfte sich allerdings auch *Körber-Risak* bewusst sein, nicht umsonst hält sie die Anordnung der vertragsändernden Versetzung durch das Gericht nur dann für möglich, „wenn der AN damit einverstanden ist.“ Hierdurch wird jedoch erst wieder das grundlegende Problem offensichtlich: Ohne Zustimmung der Arbeitnehmerin wird eine vertragsändernde Versetzung nicht zulässig sein.

§ 15k Abs 3 MSchG miteinbezogen werden. Dies schließt natürlich ein, dass auch auf Arbeitnehmerseite nicht nur das Interesse an der Vereinbarkeit von Beruf und Kinderbetreuung, sondern auch finanzielle Interessen sowie berufliche Aufstiegschancen und dergleichen zu berücksichtigen wären.⁴²⁾

4.4. Versetzung anderer Arbeitnehmer

Fraglich ist, ob auch die Unmöglichkeit der Versetzung anderer Arbeitnehmer entsprechend schwer bei der Interessenabwägung nach § 15k Abs 3 MSchG ins Gewicht fallen kann. Dagegen sprechen die Gesetzesmaterialien⁴³⁾ sowie der grundsätzliche Zweck der Bestimmungen über die Elternteilzeit, die Beschäftigung von Personen mit Kindern zu fördern. Selbst wenn der Arbeitgeber im Elternteilzeitverfahren geltend macht, eine einvernehmliche Vertragsänderung mit anderen Arbeitnehmern sei nicht möglich, diese wäre jedoch erforderlich, um die Elternteilzeit zu ermöglichen, so wird er damit allein kein überwiegendes Interesse aufzeigen können. Sofern eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit anderen Arbeitnehmern keine unverhältnismäßigen Kosten mit sich bringt,⁴⁴⁾ werden unter Umständen sogar andere Arbeitnehmer zu kündigen und allenfalls neue Arbeitnehmer einzustellen sein.

Müssen andere Arbeitnehmer versetzt werden, um einer Arbeitnehmerin die Elternteilzeit zu ermöglichen, so müsste das Gericht jedoch zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung in einem allfälligen Zustimmungsverfahren nach § 101 ArbVG auch die Abwägung im Elternteilzeitverfahren berücksichtigen. Mit anderen Worten: Ist die Versetzung eines anderen Mitarbeiters die einzige Möglichkeit, um eine Elternteilzeit zu ermöglichen, und bringt der Arbeitgeber dies auch bereits im § 15k MSchG-Verfahren vor, müsste das Gericht die Zustimmung im § 101 ArbVG-Verfahren auch erteilen.



Auf den Punkt gebracht

Nimmt eine Arbeitnehmerin Elternteilzeit in Anspruch, so kann es dazu kommen, dass ein Einsatz der Arbeitnehmerin an der ursprünglichen Arbeitsposition tatsächlich nicht mehr möglich ist. Um die letztendlich unerwünschte Konsequenz einer Kündigung dieser Arbeitnehmerin zu vermeiden, sollten allfällige arbeitgeberseitige Änderungs- und somit Versetzungsangebote auch bei der Interessenabwägung des Elternteilzeitverfahrens berücksichtigt werden können. Ist offensichtlich, dass eine spätere verschlechternde Versetzung der Arbeitnehmerin in Elternteilzeit die gerichtliche Zustimmung nach § 101 ArbVG finden würde, sollte dies auch in die Interessenabwägung nach § 15k Abs 3 MSchG miteinfließen. Eine Vertragsänderung kann jedoch *de lege lata* nicht Gegenstand des Elternteilzeitverfahrens sein.

Konsequenz ist nach der aktuellen Rechtslage, dass zwar die Elternteilzeit vom Gericht regelmäßig genehmigt wird, der Arbeitgeber sodann jedoch bei Überwiegen der betrieblichen Interessen im § 101 ArbVG-Verfahren die gerichtliche Zustimmung zur Versetzung bekommen müsste. Um dieses im Endeffekt unerwünschte Ergebnis, das zudem erhöhte Verfahrenskosten verursacht, zu vermeiden, wäre *de lege ferenda* eine Klagemöglichkeit des Arbeitgebers im Elternteilzeitverfahren auf Beibehaltung der bisherigen Arbeitszeit bei Überwiegen der betrieblichen Interessen anzudenken. Diese Möglichkeit sollte jedoch auf jene Fälle eingeschränkt werden, in denen der Arbeitnehmerin zuvor eine „ähnliche“ Alternativbeschäftigung angeboten und dennoch keine Einigung erzielt wurde.

⁴²⁾ Für eine Heranziehung letztgenannter Interessen im Elternteilzeitverfahren etwa *Risak*, Interessenabwägung, 423 f; gegen eine Berücksichtigung finanzieller Interessen der Arbeitnehmerin etwa *Sla-decek/P. Wolf*, Vier Jahre Elternteilzeit: Resümee erster Erfahrungen, ASoK 2008, 282 (295 f).

⁴³⁾ Siehe dazu oben Punkt 4.2.

⁴⁴⁾ Zu denken ist etwa an hohe Abfertigungssummen aufgrund von Abfertigung-alt-Ansprüchen.

Die versteckten Probleme der Neuregelung des Kinderbetreuungsgeldes

Eine kritische Analyse der KBGG-Novelle BGBl I 2016/53

KARIN BURGER-EHRNHOFER*)



Mit BGBl I 2016/53 wurde das KBGG umfangreich novelliert. Die zum Teil bereits ab dem 1. 1. 2017, zum Teil erst ab dem 1. 3. 2017 und zum Teil nur für Geburten ab dem 1. 3. 2017 geltenden Neuerungen umfassen allen voran die Umstellung des Bezugs der bisherigen vier Pauschalvarianten auf ein Kinderbetreuungsgeld-Konto mit Anspruchstagen statt Anspruchsmonaten, die Möglichkeit, einen Partnerschaftsbonus bei annähernd gleichwertigem Bezug des Kinderbetreuungsgeldes durch beide Elternteile zu beziehen, sowie die Möglichkeit des gleichzeitigen Bezugs von Kinderbetreuungsgeld von bis zu 31 Tagen aus Anlass des erstmaligen Bezugswechsels.¹⁾ Daneben finden sich in der jüngsten Novelle allerdings auch einige überraschende Neuregelungen

sowie solche, deren Anwendung einige Fragen offenlassen. Die folgenden Ausführungen sollen sich daher sowohl mit den sich aus der Umstellung auf ein Kinderbetreuungsgeld-Konto ergebenden Fragen zur Berechnung des täglichen Kinderbetreuungsgeldes bei der sogenannten flexiblen Inanspruchnahme als auch mit den zum Teil etwas überraschenden Auswirkungen mancher Neuregelung befassen.

1. Ermittlung der Höhe des täglichen Kinderbetreuungsgeldes

Mit der Umstellung des pauschalen Kinderbetreuungsgeldes auf ein Kontosystem gibt es für Geburten ab dem 1. 3. 2017 (außer beim Bezug von einkommensabhängigem Kinderbetreuungsgeld) keine fixen Bezugszeiten mehr, aus denen gewählt werden muss.²⁾ Vielmehr können die Eltern ganz nach dem individuellen Bedarf innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Maximalbezugszeiträume (diese sind unterschiedlich lange, je nachdem, ob nur ein Elternteil Kinderbetreuungsgeld bezieht oder sich die Eltern beim Bezug abwechseln) auf den Tag genau die passende Bezugsdauer festlegen. Je länger der pauschale Kinderbetreuungsgeldbezug andauern soll, umso niedriger wird allerdings der zu beziehende Tagessatz, da sich die Höhe der Leistung reziprok zur gewählten Leistungsdauer verhält.³⁾

Aus § 5 Abs 1 KBGG⁴⁾ ergibt sich, dass sich bei bloß einem beziehenden Elternteil der grundsätzlich für 365 Tage ab der Geburt des Kindes zustehende Anspruch auf pauschales Kinderbetreuungsgeld auf bis zu 851 Tage ab der Geburt des Kindes verlängern kann. Damit reduziert sich allerdings der in § 3 Abs 1 KBGG vorgesehene maximale Tagessatz von 33,88 Euro entsprechend der Dauer der Verlängerung. Wie dieser reduzierte Tagessatz berechnet werden soll, gibt der Gesetzestext nicht vor. Bloß in den Materialien finden sich dazu Vorgaben:⁵⁾ Demnach ergibt sich der individuelle Tagesbetrag bei der verlängerten Inanspruchnahme durch eine Division des maximalen Tagesbetrags (33,88 Euro) durch die individuelle Verhältniszahl. Diese wiederum wird

*) Mag. Karin Burger-Ehrnhofner ist Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

1) Siehe auch Hess-Knapp, Das neue pauschale Kinderbetreuungsgeld als Konto und der neue Familienzeitbonus (17. Novelle des KBGG), DRdA-InfA 2016, 240; Sabara, Neues Familienzeitbonusgesetz sowie Änderungen im KBGG ua Gesetzen – BGBl, ARD 6507/1/2016.

2) Vgl noch §§ 5 bis 5c KBGG in der Fassung BGBl I 2014/35.

3) Vgl ErlRV 1110 BlgNR 25. GP, 6.

4) Zitate des KBGG in diesem Beitrag beziehen sich, sofern nichts anderes angegeben wird, immer auf die Fassung BGBl I 2016/53.

5) Vgl ErlRV 1110 BlgNR 25. GP, 6.

mit der Formel „gewählte Anspruchstage dividiert durch 365 Tage“ ermittelt. Soll daher Kinderbetreuungsgeld von einem Elternteil für 730 Tage ab der Geburt des Kindes (also bis zum vollendeten zweiten Lebensjahr des Kindes) bezogen werden,⁶⁾ ermittelt sich der dann zustehende Tagessatz von 16,94 Euro wie folgt:

$$730 : 365 = 2; 33,88 : 2 = 16,94.$$

Bei dem für die Ermittlung der individuellen Verhältniszahl verwendeten Divisor bleibt allerdings die Tatsache, dass es auch Schaltjahre mit 366 Tagen gibt, unberücksichtigt; andernfalls hätte der Divisor 365,25 betragen müssen.⁷⁾ Dass sich diese vom Gesetzgeber offensichtlich gewünschte, aber doch sehr komplizierte Berechnungsmethode des individuellen Tagessatzes nur in den Materialien und nicht auch im Gesetzestext selbst findet, ist insofern praxisrelevant, als die Rechtsanwender nach dem Gesetzestext durchaus an eine andere, einfacheren Berechnungsformel denken können: Geht man bei bloß einem beziehenden Elternteil von einer Maximalsumme von 12.366,20 Euro aus (maximaler Tagessatz von 33,88 Euro für 365 Tage gemäß § 3 Abs 1 KBGG), kann der individuelle Tagessatz bei einer längeren Inanspruchnahme des pauschalen Kinderbetreuungsgeldes auch durch eine einfache Division des am Kinderbetreuungsgeld-Konto verfügbaren Gesamtbetrags durch die Anzahl der gewählten Bezugstage ermittelt werden.⁸⁾ Der sich dabei ergebende Tagessatz entspricht dann dem im Wege der komplizierten Ermittlung der individuellen Verhältniszahl errechneten Tagessatz ($12.366,20 : 730 = 16,94$).

Teilen sich die Eltern den Kinderbetreuungsgeldbezug, steht das pauschale Kinderbetreuungsgeld in Höhe von 33,88 Euro täglich für bis zu 456 Tage ab der Geburt des Kindes zu (§ 3 Abs 2 KBGG). Daraus ergibt sich ein Gesamtbetrag am Kinderbetreuungsgeld-Konto von 15.449,28 Euro.⁹⁾ Dieser Betrag kann bei Bezug des Kinderbetreuungsgeldes durch beide Eltern über einen Zeitraum von bis zu 1.063 Tagen ab der Geburt des Kindes verbraucht werden (§ 5 Abs 2 KBGG). Wie in diesem Fall der zustehende Tagessatz ermittelt werden soll, regelt weder das Gesetz noch finden sich in den Materialien klare Hinweise.¹⁰⁾ Jede der vorgestellten Varianten ist denkbar und führt (sofern die individuelle Verhältniszahl, die durchaus mehrere Dezimalstellen umfassen kann, nicht gerundet wird) zum selben Tagessatz.

Die bestehenden Unklarheiten bezüglich der Ermittlung des individuellen Tagessatzes bei verlängerter Inanspruchnahme von pauschalem Kinderbetreuungsgeld wurden bereits in der Begutachtungsphase moniert. So regte etwa der Rechnungshof in seiner Stellungnahme an, eine einheitliche verbindliche Berechnungsformel für den Tagesbetrag in die gesetzliche Regelung aufzunehmen.¹¹⁾

⁶⁾ Zu beachten ist natürlich ein allfälliges Ruhen des Kinderbetreuungsgeldes für die Dauer des Bezugs von Wochengeld oder einer vergleichbaren Leistung nach der Geburt des Kindes gemäß § 6 Abs 1 und 1a KBGG.

⁷⁾ Vgl die Stellungnahme der Landwirtschaftskammer Oberösterreich im Begutachtungsverfahren, 47/SN-181/ME 25. GP, 3, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_06487/index.shtml.

⁸⁾ In diesem Sinn (allerdings unter Annahme eines falschen Ausgangswertes) auch *Hess-Knapp*, DRdA-Inf 2016, 243.

⁹⁾ Dieser Gesamtbetrag kann sich um den sogenannten Partnerschaftsbonus in Höhe von insgesamt 1.000 Euro (500 Euro pro Elternteil) erhöhen, wenn sich die Eltern den Bezug von Kinderbetreuungsgeld annähernd gleichwertig aufteilen. Eine solche Aufteilung liegt dann vor, wenn sich die Eltern in einer Bandbreite von 50:50 bis 60:40 beim Bezug des Kinderbetreuungsgeldes abwechseln; vgl § 5b KBGG.

¹⁰⁾ Die Materialien geben ausschließlich über die Ermittlung des individuellen Tagessatzes bei Inanspruchnahme durch nur einen Elternteil Auskunft; vgl ErlRV 1110 BlgNR 25. GP, 6.

¹¹⁾ Vgl die Stellungnahme der Rechnungshofs im Begutachtungsverfahren, 32/SN-181/ME 25. GP, 3, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_06203/index.shtml; in diesem Sinn auch die Stellungnahme der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse im Begutachtungsverfahren, 31/SN-181/ME 25. GP, 3, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_06202/index.shtml.

2. Mindestbezugsdauer bei jeder Form des Kinderbetreuungsgeldbezugs

Nach § 3 Abs 5 bzw § 24b Abs 4 KBGG kann das Kinderbetreuungsgeld für Geburten ab dem 1. 3. 2017 stets, also unabhängig von einem Wechsel, nur in Blöcken von mindestens 61 Tagen beansprucht werden. Für Geburten vor dem 1. 3. 2017 hat der OGH allerdings klargestellt, dass sich die in § 5 Abs 4 KBGG in der Fassung BGBl I 2014/35 enthaltene mindestens zweimonatige Bezugsdauer nur auf den Bezugswechsel zwischen den Eltern bezieht und eine unangemessen kurze Bezugsdauer durch einen Elternteil verhindern soll. Eine allgemeine Mindestbezugsdauer sei daraus nach Ansicht des Höchstgerichts hingegen nicht abzuleiten.¹²⁾ Mit der Neuformulierung der Mindestbezugsdauer in § 3 Abs 5 bzw § 24b Abs 4 KBGG wird aber nunmehr für Geburten ab dem 1. 3. 2017 klargestellt, dass jede Form der Inanspruchnahme von Kinderbetreuungsgeld mindestens 61 Tage andauern muss. Interessanterweise wird in den Materialien darauf hingewiesen, dass die jetzt in Tagen ausgedrückte Mindestbezugsdauer (61 Tage entsprechen in der Regel zwei Monaten) wie bisher unabhängig davon zu beachten ist, ob nur ein Elternteil (egal, ob leiblicher, Adoptiv- oder Pflegeelternteil) Kinderbetreuungsgeld alleine bezieht oder ein abwechselnder Bezug erfolgt. Auf die zur Gesetzeslage vor der Novelle BGBl I 2016/53 von der herrschenden Auffassung vertretene anderslautende Rechtsansicht wird in keiner Weise eingegangen.¹³⁾

§ 3 Abs 5 KBGG sieht auch – anders als die Vorgängerregelung¹⁴⁾ – nicht mehr vor, dass sich die Mindestbezugsdauer durch ein unvorhersehbares und unabwendbares Ereignis ohne Konsequenzen (§ 31 KBGG) verkürzen kann. Das heißt, die zur alten Rechtslage vertretenen Ansichten in der Rechtsprechung, wonach etwa bei einer nicht zu erwartenden sechs Tage zu frühen Geburt eines weiteren Kindes¹⁵⁾ oder bei einer wegen einer entschuldbaren Fehlinterpretation der Rechtslage erfolgten missverständlich gewählten Antragstellung beim AMS (weshalb das Arbeitslosengeld drei Tage zu früh ausbezahlt wurde)¹⁶⁾ hinsichtlich der Verkürzung der Mindestbezugsdauer von einem nicht vorwerfbaren, unvorhersehbaren und unabwendbaren Ereignis auszugehen ist, weshalb die Konsequenzen des § 31 KBGG (Rückzahlung) nicht zum Tragen kommen, für die für Geburten ab dem 1. 3. 2017 herrschende Rechtslage nicht mehr aufrechterhalten werden können. Verkürzt sich daher für Leistungsbezieherinnen und -bezieher aufgrund von Geburten ab dem 1. 3. 2017 die dann für jede Form des Kinderbetreuungsgeldbezugs erforderliche Mindestbezugsdauer, ist – egal, aus welchem Grund es zu dieser Verkürzung kommt – das bezogene Kinderbetreuungsgeld nach den Regeln des § 31 KBGG zurückzuzahlen. Das trifft unter Umständen auch einen Elternteil, der eine bloß zweimonatige Karenz bei gleichzeitigem Bezug von Kinderbetreuungsgeld in Anspruch nehmen will,¹⁷⁾ wenn dieser Zeitraum auf die Monate Jänner und Februar oder Februar und März eines Jahres fällt. In diesen Fällen decken die gewählten zwei Monate nur 59 (bei einem Schaltjahr: 60) Kalendertage ab, weshalb die Mindestbezugsdauer von 61 Tagen unterschritten wird und kein Kinderbetreuungsgeld zusteht bzw bereits bezogene Leistungen zurückzuzahlen sind. Obwohl der Gesetzgeber bereits im Begutachtungsverfahren auf diese Diskrepanz hingewiesen wurde,¹⁸⁾ findet sich in der mit BGBl I 2016/53 kundgemachten Fassung der Novelle des KBGG kein Hinweis, dass es in dieser Konstellation eine Ausnahme von der Mindestbezugsdauer

¹²⁾ Vgl OGH 12. 9. 2013, 10 ObS 115/13d; in diesem Sinn auch *Ehmer/Lamplmayr/Mayr/Nöstlinger/Reiter/Stummer*, KBGG² (2009) 103; *Schober in Sonntag/Schober/Konezny*, KBGG (2016) § 5 Rz 4 ff.

¹³⁾ Vgl ErlRV 1110 BlgNR 25. GP, 5.

¹⁴⁾ Vgl § 5 Abs 4 KBGG in der Fassung BGBl I 2014/35.

¹⁵⁾ OGH 25. 2. 2014, 10 ObS 177/13x.

¹⁶⁾ Vgl OLG Wien 17. 12. 2013, 7 Rs 156/13g, RIS-Justiz RW0000761.

¹⁷⁾ Vgl § 15 Abs 2 MSchG; § 2 Abs 4 VKG.

¹⁸⁾ Vgl die Stellungnahme der Bundesarbeitskammer im Begutachtungsverfahren, 25/SN-181/ME 25. GP, 10, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_06196/index.shtml.

gibt. Für die betroffenen Eltern bedeutet dies, dass sie ihre an sich nur für zwei Monate geplante Karenz um die für den Bezug von Kinderbetreuungsgeld notwendigen ein oder zwei Tage verlängern müssen.

3. Verlust des Mehrlingszuschlags bei nachgeborenem Kind

Wird während des Bezugs von pauschalem Kinderbetreuungsgeld nach einer Mehrlingsgeburt, aufgrund derer auch ein Mehrlingszuschlag bezogen wird, ein weiteres Kind geboren, adoptiert oder in Pflege genommen, endet für Geburten ab dem 1. 3. 2017 nicht nur der Anspruch auf das Kinderbetreuungsgeld, sondern es fällt auch der Mehrlingszuschlag weg (wenn nicht auch die erneute Geburt eine Mehrlingsgeburt ist). Anders ist dies noch in § 3a Abs 2 KBGG in der Fassung BGBl I 2014/35 geregelt. Demnach kann für Geburten bis zum 28. 2. 2017 im gerade beschriebenen Fall der bis zur Geburt des nachgeborenen Kindes bereits bezogene Mehrlingszuschlag für den betreffend die Mehrlingsgeburt gewählten Anspruchszeitraum auch während des Bezugs von pauschalem Kinderbetreuungsgeld für das jüngere Kind weiterbezogen werden. Die für Geburten ab dem 1. 3. 2017 erfolgte Streichung dieses Weiterbezugs ist insofern zu hinterfragen, als der VfGH bereits auf Grundlage der Regelung vor BGBl I 2006/97¹⁹⁾ den (endgültigen) Verlust des Mehrlingszuschlags infolge der Geburt eines weiteren Kindes als unsachlich beurteilt hat.²⁰⁾ In den Materialien zur Novelle BGBl I 2016/53²¹⁾ wird auf diese Problematik an keiner Stelle eingegangen oder lässt sich eine Begründung für diese Gesetzesänderung finden.

4. Kinderbetreuungsgeld trotz mehr als 91-tägigem Krankenhausaufenthalt

Grundsätzlich regelt § 2 Abs 6 KBGG, dass der als Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Kinderbetreuungsgeld erforderliche gemeinsame Haushalt des beziehenden Elternteils mit dem Kind für Bezugszeiträume ab dem 1. 1. 2017 erst bei einer mehr als 91-tägigen tatsächlichen oder voraussichtlichen Abwesenheit von Elternteil oder Kind als aufgelöst gilt. Mit der Festlegung einer fixen Zeitgrenze, ab der der gemeinsame Haushalt als aufgehoben anzusehen ist, sollen für die zuständigen Behörden aufwendige Prüftätigkeiten entfallen,²²⁾ die nur mehr dann notwendig sind, wenn im Einzelfall behauptet wird, dass schon ab dem ersten Tag einer Abwesenheit der gemeinsame Haushalt aufgehoben wurde.

Beruhet die länger als 91 Tage dauernde Abwesenheit des Kindes allerdings auf einem Krankenhausaufenthalt des Kindes, bleibt der gemeinsame Haushalt für Bezugszeiträume ab dem 1. 1. 2017 bestehen, wenn der das Kinderbetreuungsgeld beziehende Elternteil das Kind auch im Krankenhaus für mindestens vier Stunden pro Tag persönlich pflegt und betreut. Diese Neuregelung (nach § 2 Abs 6 KBGG in der Fassung BGBl I 2014/35²³⁾) gilt der gemeinsame Haushalt als aufgelöst, falls der Elternteil oder das Kind für länger als drei Monate vom gemeinsamen Haushalt abwesend sind, was für Bezugszeiträume vor dem 1. 1. 2017 dazu führt, dass der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld wegfällt, wenn sich das Kind wegen einer schweren Erkrankung für länger als drei Monate in stationärer Pflege in einer Krankenanstalt befindet) lässt allerdings einige Fragen offen.

So erscheint einerseits die Einschränkung auf bloße „Krankenhausaufenthalte“ zu eng, da mit dieser Wortwahl Aufenthalte des Kindes in Rehabilitationseinrichtungen oder

¹⁹⁾ Erst mit dieser Novelle wurde die Bestimmung in § 3a Abs 2 KBGG in der derzeit noch geltenden Fassung eingefügt.

²⁰⁾ Vgl VfGH 15. 3. 2007, G 81/06 ua.

²¹⁾ Vgl EriRV 1110 BlgNR 25. GP.

²²⁾ Vgl EriRV 340 BlgNR 24. GP, 9.

²³⁾ Anwendbar für Bezugszeiträume bis zum 31. 12. 2016.

Hospiz- bzw Palliativeinrichtungen nicht erfasst sind. Dies kann zu unsachlichen Ungleichbehandlungen führen. Denn pflegt ein Elternteil etwa ein schwer erkranktes Kind, muss sein Kinderbetreuungsgeldanspruch gleich geregelt sein, egal, ob sich das schwer kranke Kind in einem Krankenhaus oder einem Hospiz befindet.²⁴⁾

Um derartige Ungleichbehandlungen zu verhindern, hätte (so wie in § 5c Abs 1 Z 2 KBGG) auf einen Aufenthalt in einer Heil- und Pflegeanstalt abgestellt werden müssen. Die Definition des Begriffs der Heil- und Pflegeanstalt ergibt sich aus den §§ 1 und 2 Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz.²⁵⁾ Demnach fallen darunter unter anderem²⁶⁾ Einrichtungen, die zur Feststellung und Überwachung des Gesundheitszustands durch Untersuchung, zur Vornahme operativer Eingriffe, zur Vorbeugung, Besserung und Heilung von Krankheiten durch Behandlung oder zur ärztlichen Betreuung und besonderen Pflege von chronisch Kranken bestimmt sind. Somit sind davon nicht nur allgemeine Krankenanstalten, sondern auch Sonderkrankenanstalten, Sanatorien mit besonderer Ausstattung hinsichtlich Verpflegung und Unterbringung sowie selbständige Ambulatorien erfasst.

Andererseits steht die geforderte tägliche vierstündige Betreuung durch den Kinderbetreuungsgeld beziehenden Elternteil mit der Anstaltspflege in Widerspruch, ist es doch gerade Aufgabe des medizinischen Personals, das stationär aufgenommene Kind zu betreuen und zu pflegen.²⁷⁾ Des Weiteren ergibt sich nur aus den Erläuterungen, dass es Aufgabe des Krankenhauses sei, für die erfolgte mindestens vierstündige Pflege durch die Eltern eine entsprechende Bestätigung auszustellen, die dann dem Krankenversicherungsträger vorzulegen ist.²⁸⁾ Dabei stellt sich die Frage, wer die Pflegeleistung der Eltern kontrollieren soll und welche Konsequenzen eine vorübergehende Verhinderung an der Pflege hat (etwa aufgrund einer Erkrankung des Kinderbetreuungsgeld beziehenden Elternteils oder eines Geschwisterkindes bzw wenn der Gesundheitszustand des anspruchsbegründenden Kindes zB in Zeiten der neonatologischen Behandlung von Frühgeburten [noch] keine Pflege durch die Eltern zulässt).²⁹⁾

5. Verschärfte Anspruchsvoraussetzungen für subsidiär Schutzberechtigte

Ausschließlich bei den subsidiär Schutzberechtigten werden neben der Erfüllung der allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen weitere Voraussetzungen für den Bezug von Kinderbetreuungsgeld verlangt. So dürfen subsidiär Schutzberechtigte, die auch nach dem 28. 2. 2017 Kinderbetreuungsgeld beziehen wollen, keinen Anspruch auf Leistungen aus der Grundversorgung (darunter sind die in Art 6 und 7 der Grundversorgungsvereinbarung³⁰⁾ genannten Leistungen zu verstehen)³¹⁾ oder der Mindestsicherung ha-

²⁴⁾ Vgl auch die Stellungnahme der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse im Begutachtungsverfahren, 31/SN-181/ME 25. GP, 3.

²⁵⁾ Vgl ErlRV 340 BlgNR 24. GP, 10.

²⁶⁾ Ebenso erfasst sind darunter Einrichtungen zur Entbindung, für Maßnahmen medizinischer Fortpflanzungshilfe und zur Bereitstellung von Organen zum Zwecke der Transplantation.

²⁷⁾ Vgl auch dazu die Stellungnahme der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse im Begutachtungsverfahren, 31/SN-181/ME 25. GP, 3, in der die Befürchtung geäußert wird, dass die Bestimmung des § 2 Abs 6 KBGG bei ausbleibender Klarstellung in der Praxis totus Recht darstellen wird.

²⁸⁾ Vgl ErlRV 1110 BlgNR 25. GP, 4.

²⁹⁾ Vgl die Stellungnahme des ÖGB im Begutachtungsverfahren, 26/SN-181/ME 25. GP, 5, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_06197/index.shtml; weiters die Stellungnahme der Bundesarbeitskammer im Begutachtungsverfahren, 25/SN-181/ME 25. GP, 9.

³⁰⁾ Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich (Grundversorgungsvereinbarung – Art. 15a B-VG), BGBl I 2004/80.

³¹⁾ Siehe dazu *Schumacher/Peyrl/Neugschwendtner*, *Fremdenrecht*⁴ (2012) 273 (274 ff).

ben (§ 2 Abs 1 Z 5 lit c KBGG). Diese Voraussetzung muss nach dem Gesetzestext vom beziehenden Elternteil und vom bezugsbegründenden Kind erfüllt sein. Für Leistungsansprüche bis zum 28. 2. 2017 stellt der Gesetzgeber nur auf den tatsächlichen Erhalt von Leistungen aus der Grundversorgung ab. Die Ergänzung um die Leistungen der Mindestsicherung wird in den Erläuterungen damit erklärt, dass in einigen Bundesländern subsidiär Schutzberechtigte anstelle eines Anspruchs auf Grundversorgungsleistungen einen Anspruch auf Mindestsicherung erhalten, weshalb zur Vermeidung verfassungswidriger Ungleichbehandlungen eine entsprechende Ergänzung im Gesetz notwendig sei.³²⁾

Als Folge dieser Ergänzung und des für Kinderbetreuungsgeldleistungen ab dem 1. 3. 2017 geforderten Abstellens auf den bloßen Anspruch auf die genannten Leistungen, verlieren subsidiär Schutzberechtigte aber künftig selbst dann den Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld, wenn sie aufgrund einer Erwerbstätigkeit ein Erwerbseinkommen unter dem Niveau des Mindestsicherungsrichtsatzes beziehen, da dann trotz Erwerbstätigkeit auch Anspruch auf Mindestsicherung besteht.

Dieser automatische Leistungsausschluss ohne Rücksicht darauf, ob der Anspruch auf Leistungen der Grundversorgung oder der Mindestsicherung auch tatsächlich geltend gemacht wird, ist meines Erachtens kritisch zu hinterfragen, führt er doch dazu, dass – entgegen der in den Erläuterungen dargestellten Intention des Gesetzgebers³³⁾ – selbst die Eltern, die aus eigener Kraft sich und ihre Familie ohne staatliche Leistungen selbst versorgen können, vom Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld ausgeschlossen sind.³⁴⁾

i Auf den Punkt gebracht

So manche der im Zuge der jüngsten KBGG-Novelle BGBl I 2016/53 geänderten bzw. ergänzten Regelungen erscheinen problematisch. Ob die hier angeführten Detailfragen in der Praxis auch tatsächlich zu Problemen führen oder nicht, wird sich erst ab dem ersten Drittel des kommenden Kalenderjahres zeigen.

Die Erfahrungen zum Kinderbetreuungsgeld zeigen aber, dass der Gesetzgeber schon in der Vergangenheit praxisrelevante Mängel nachträglich ausgebessert hat, man denke nur an die Einführung eines Anspruchs auf einen Zuschlag zum Kinderbetreuungsgeld bei einer Mehrlingsgeburt nur rund eineinhalb Jahre nach Erlass der Stammfassung des KBGG.³⁵⁾

Sollten daher die in diesem Beitrag angeführten Konsequenzen mancher dieser Neuregelungen vom Gesetzgeber nicht bezweckt sein, wird die nächste Novelle des KBGG wohl nicht lange auf sich warten lassen.

³²⁾ Vgl. EriRV 1110 BlgNR 25. GP, 4.

³³⁾ Vgl. EriRV 1110 BlgNR 25. GP, 4.

³⁴⁾ Vgl. auch die Stellungnahme des UNHCR im Begutachtungsverfahren, 39/SN-181/ME 25. GP, 6 f., online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_06211/index.shtml; weiters die Stellungnahme der Caritas Österreich im Begutachtungsverfahren, 29/SN-181/ME 25. GP, 3 f., online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_06200/index.shtml; weiters die Stellungnahme der Bundesarbeitskammer im Begutachtungsverfahren, 25/SN-181/ME 25. GP, 6; schließlich die Stellungnahme des Bundesministeriums für Bildung und Frauen im Begutachtungsverfahren, 13/SN-181/ME 25. GP, 4, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_06181/index.shtml.

³⁵⁾ Vgl. die KBGG-Novelle BGBl I 2003/58.

Neue Dreiteilung der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe

Arbeiter oder Angestellte?

MONIKA DRS*)



Im Sommer hat der Nationalrat eine Novelle des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes (GuKG)¹⁾ beschlossen, die statt der bisherigen Zweiteilung (einerseits gehobener Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege [diplomierten Krankenschwestern und -pfleger], andererseits Pflegehilfe [Pflegehelferinnen und -helfer²⁾]) eine Dreiteilung der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe vorsieht; als Zwischenstufe wird die Pflegefachassistenz neu eingefügt (§ 1 GuKG). Gleichzeitig wurden die Ausbildung neu geregelt und die Berufsbezeichnungen geändert. Es stellt sich nun vor allem bei der neu geschaffenen Gruppe der Pflegefachassistenz die Frage, ob es sich dabei um Arbeiter- oder Angestelltentätigkeiten handelt.

1. Einleitung

Im österreichischen Arbeitsrecht gibt es noch immer unterschiedliche Bestimmungen für Arbeiter und Angestellte (zB hinsichtlich Entgeltfortzahlung, Fälligkeit des Entgelts, Kündigungsfristen, Austritts- und Entlassungsgründe, getrennte Gruppenbetriebsräte für Arbeiter und Angestellte). Für die meisten Angestellten gelten vor allem die Bestimmungen des AngG, während für die (gewerblich tätigen) Arbeiter neben der GewO 1859 vor allem zahlreiche Sonderbestimmungen (zB das EFZG) existieren. Die Zuordnung spielt daher auch heute noch eine bedeutende Rolle:

Arbeiter werden traditionell mit manuell tätigen Arbeitnehmern gleichgesetzt („Handarbeit“ in der Werkstatt), im Gegensatz zu den geistig tätigen Angestellten („Kopfarbeit“ im Büro). Wie aber bereits in meiner Dissertation ausführlich aufgezeigt,³⁾ entspricht dies insbesondere aufgrund der Veränderung in der Arbeitswelt (so wurden zB zahlreiche einfache handwerkliche Tätigkeiten von Maschinen übernommen) schon längst nicht mehr der Realität. Oft ist es für den Einzelnen auch nur schwer nachvollziehbar, warum jemand zur Gruppe der Angestellten oder der Arbeiter gehört. Noch dazu handelt es sich bei den Angestellten nicht mehr um eine bloß kleine Gruppe innerhalb der Arbeitnehmer, der eine begünstigte Stellung eingeräumt wurde; heute gibt es bereits wesentlich mehr Angestellte als Arbeiter. Es bestehen nun seit Längerem Bestrebungen, die inzwischen als überholt angesehene Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten zu beseitigen. Diese führten in der Vergangenheit zu einer schrittweisen, wenn auch nicht vollständigen Angleichung der Rechte der Arbeiter an die der Angestellten. Man steht daher bei jeder neu geschaffenen Berufsgruppe wieder vor der Frage, ob es sich dabei um Arbeiter oder Angestellte handelt.

2. Arbeiter- oder Angestelltentätigkeit?

Das AngG kennt drei Arten von Angestelltentätigkeiten:

- *Kaufmännische Dienste* (= *Handlungsgehilfen*): Darunter fallen alle Dienstleistungen, die ihrer Art nach zu den typischen Tätigkeiten eines Kaufmanns gehören und

*) Ao. Univ.-Prof. Dr. *Monika DRS* lehrt am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

1) GuKG-Novelle 2016, BGBl I 2016/75; siehe auch RV 1194 BlgNR 25. GP; AB 1240 BlgNR 25. GP; 143/ME BlgNR 25. GP. Die GuKG-Novelle 2016 tritt stufenweise in Kraft (vom 1. 9. 2016 bis zum 1. 1. 2025 [§ 117 Abs 20 ff GuKG], soweit keine Sonderregelung vorhanden sind, allerdings schon mit 2. 8. 2016); siehe dazu *Hausreither/Lust*, GuKG-Novelle 2016: Inkrafttreten und Evaluierung der Reformmaßnahmen, ÖZPR 2016, 133 (134 ff).

2) Da es sich um typische Frauenberufe handelt – wird im Folgenden die weibliche Form verwendet.

3) Vgl *DRS*, Arbeiter und Angestellte (1999).

eine kaufmännische Ausbildung und/oder Geschicklichkeit erfordern. Sie müssen für die Führung des Betriebs eine bestimmte, nicht bloß untergeordnete Bedeutung haben. Untergeordnete Tätigkeiten (zB Dienste rein mechanischer Art) werden nur dann ausgeschieden, wenn sie so einfach und anspruchslos sind, dass sie von jedem Arbeitnehmer mit Durchschnittsbildung nach kurzer Einschulung ohne Weiteres erbracht werden können.⁴⁾

- *Höhere, nicht kaufmännische Dienste:* Darunter fallen alle Dienstleistungen, die – ohne dass gerade ein bestimmter Studiengang vorausgesetzt wird – doch entsprechende Vorkenntnisse und Schulung, Vertraut-Sein mit den Arbeitsaufgaben und eine gewisse fachliche Durchdringung derselben verlangen. Im Allgemeinen werden eine größere Selbständigkeit und Denkfähigkeit, höhere Intelligenz, Genauigkeit und Verlässlichkeit sowie die Fähigkeit zur Beurteilung der Arbeiten anderer, Aufsichts- bzw. Leitungsbefugnis sowie überwiegend nicht manuelle Arbeit und eine gewisse Einsicht in den Produktionsprozess gefordert. Aus dem Gebot der gleichmäßigen Behandlung der Angestelltentätigkeiten wird allerdings abgeleitet, dass an den Begriff der höheren, nicht kaufmännischen Dienste kein unverhältnismäßig strengerer Maßstab angelegt werden darf als an den der kaufmännischen Dienste, wenngleich in diesen Fällen eine bestimmte Qualifikation erforderlich ist. Es muss sich daher um eine Tätigkeit handeln, die nicht rein mechanisch ausgeübt wird und nicht von einer zufälligen Ersatzkraft geleistet werden kann. In Bezug auf Facharbeiter ist zu beachten, dass eine Tätigkeit nur dann als höhere, nicht kaufmännische Dienstleistung gewertet wird, wenn die Arbeiten wesentlich über den Durchschnitt einer Arbeitertätigkeit hinausgehen. Das bedeutet zB für einen gelernten Kfz-Mechaniker, dass es grundsätzlich nicht ausreicht, die in den Berufsausbildungsvorschriften erworbenen Fähigkeiten und Kenntnisse aufzuweisen und anzuwenden. Eine Angestellteneigenschaft wird nur durch das Hinzutreten weiterer Kriterien begründet.⁵⁾
- *Kanzleiarbeiten:* Darunter versteht man jede Schreibearbeit, mit der eine gewisse, wenn auch nicht weitgehende geistige Tätigkeit verbunden ist (das heißt, bloßes Abschreiben reicht nicht aus), aber auch sonstige, für eine Kanzlei typische Arbeiten wie zB Registratur- und andere administrative Tätigkeiten. Im Interesse der Gleichbehandlung der Angestelltentätigkeiten werden bloß untergeordnete Verrichtungen (zB Dienste rein mechanischer Art), die von jedermann mit Pflichtschulkenntnissen geleistet werden können, ausgeschieden.⁶⁾

Die Arbeiter werden vom österreichischen Arbeitsrecht lediglich als Restgröße erfasst. Als Arbeiter gelten daher alle Arbeitnehmer, die weder kaufmännische noch höhere, nicht kaufmännische noch Kanzleidienste zu leisten haben. Bei ihnen steht die Erbringung manueller Tätigkeiten im Vordergrund.⁷⁾

Im Zusammenhang mit den Pflegeberufen ist vor allem die Abgrenzung der höheren, nicht kaufmännischen Dienste von den Arbeitertätigkeiten von Interesse.⁸⁾

3. Gehobener Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege

Personen des gehobenen Dienstes (§§ 11 ff GuKG) wurden durch die Novelle von diplomierten Gesundheits- und Krankenschwestern und -pflegern in diplomierte Gesundheits- und Krankenpflegerinnen und -pfleger umbenannt.

⁴⁾ Vgl unter anderem *Drs in Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011) § 1 AngG Rz 17 ff; *dieselbe*, Arbeits- und Sozialrecht³ (2015) 36.

⁵⁾ Vgl unter anderem *Drs in ZellKomm*², § 1 AngG Rz 22 ff; *dieselbe*, Arbeits- und Sozialrecht³, 37 f.

⁶⁾ Vgl unter anderem *Drs in ZellKomm*², § 1 AngG Rz 26 ff; *dieselbe*, Arbeits- und Sozialrecht³, 38.

⁷⁾ Vgl unter anderem *Drs in ZellKomm*², § 73 GewO 1859 Rz 2; *dieselbe*, Arbeits- und Sozialrecht³, 39 f.

⁸⁾ Zur Frage der Zuordnung zur Privatheil- und -pflegeanstalt gemäß § 2 Abs 1 Z 8 AngG siehe *Drs in ZellKomm*², § 2 AngG Rz 29 ff.

Für diese Tätigkeit war bereits vor der Novelle eine dreijährige theoretische und praktische Ausbildung in der Gesamtdauer von 4.600 Stunden (mindestens die Hälfte praktische Ausbildung)⁹⁾ an einer Gesundheits- und Krankenpflegeschule (§§ 28 und 41 GuKG) vorgesehen. 2008 wurde alternativ zur eben genannten Schule die Möglichkeit der Ausbildung an einer Fachhochschule geschaffen (FH-Bachelorstudiengang).¹⁰⁾ Ab dem 1. 1. 2024 sollen diese Personen nur noch eine tertiäre Ausbildung (insbesondere an einer Fachhochschule) erhalten (§ 117 Abs 27 GuKG).¹¹⁾ Während für die Ausbildung an einer Gesundheits- und Krankenpflegeschule noch die erfolgreiche Absolvierung von 10 Schulstufen ausgereicht hat (§ 54 Abs 1 Z 3 GuKG), gelten als Zugangsvoraussetzung zu einem FH-Bachelorstudiengang die allgemeine Universitätsreife oder eine einschlägige berufliche Qualifikation (in Frage käme zB die Tätigkeit einer Pflege[fach]assistenz, was aber die Entscheidung der Fachhochschule ist; § 4 Abs 4 Fachhochschul-Studiengesetz [FHStG]).¹²⁾

Ziel der Novelle ist unter anderem ein neues, aktualisiertes Berufsbild.¹³⁾ Diese Personen tragen die Verantwortung für die Pflege von Menschen und führen die ihnen von Ärzten übertragenen Maßnahmen und Tätigkeiten durch; sie entwickeln, organisieren und implementieren pflegerische Strategien, Konzepte und Programme zur Stärkung der Gesundheitskompetenz (§§ 12 ff GuKG). Durch die Novelle neu hinzugekommen ist vor allem das Weiterverordnungsrecht von Medizinprodukten (§ 15a GuKG). Bei ihren Aufgaben handelt es sich um selbständige („*eigenverantwortliche*“) Tätigkeiten (§§ 12 ff und § 35 GuKG).¹⁴⁾ ohne dass diese Personen dabei unter dauernder Aufsicht von Ärzten stehen. Außerdem haben sie den Angehörigen der Pflegeassistenz bzw Pflegefachassistenz zB Pflegemaßnahmen zu übertragenen und diese dabei zu beaufsichtigen.

Bereits in der Vergangenheit entsprach es herrschender Meinung, dass diese Personen insbesondere aufgrund der entsprechenden Ausbildung, der weitgehenden Selbständigkeit, ihrer Aufsichts- bzw Leitungsbefugnis und der überwiegend nicht manuellen Arbeit höhere, nicht kaufmännische Dienste im Sinne des § 1 AngG leisten und dass es sich bei dieser Berufsgruppe daher um Angestellte handelt.¹⁵⁾ Die Neuregelung, insbesondere die geplante ausschließliche Ausbildung im tertiären Bereich, zeigt meines Erachtens sehr klar, dass mit dieser Novelle eine Aufwertung dieser Berufsgruppe angestrebt wurde, so dass davon ausgegangen werden kann, dass es sich auch in Zukunft um höhere, nicht kaufmännische Dienste und damit um *Angestellte* im Sinne des AngG handelt.

4. Pflegeassistenz

Die bisherige Pflegehilfe wurde in Pflegeassistenz umgetauft. Das Berufsbild wurde aktualisiert und aufgewertet, indem es vor allem von hauswirtschaftlichen, logistischen und administrativen Tätigkeiten befreit wurde (zB Putztätigkeit, Hol- und Bringdienste wie routinemäßiges Austeilen von Getränken und Essen).¹⁶⁾

⁹⁾ § 2 FH-Gesundheits- und Krankenpflege-Ausbildungsverordnung (FHGuK-AV) enthält – im Gegensatz zu § 41 GuKG – nicht mehr die Zusatzvoraussetzung „*mindestens ein Drittel ... theoretische Ausbildung*“.

¹⁰⁾ Gesundheitsberufe-Rechtsänderungsgesetz 2007, BGBl I 2008/57; zur Ausbildung an der Fachhochschule siehe auch die gemäß § 28 Abs 3 GuKG erlassene FHGuK-AV.

¹¹⁾ Siehe auch ErlRV 1194 BlgNR 25. GP, 1 f und 6 f.

¹²⁾ *Bundesministerium für Gesundheit*, Gesundheitsberufe in Österreich 2016 (2015) 85, online abrufbar unter http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/2/9/2/CH1002/CMS_1286285894833/gesundheitsberufe.pdf.

¹³⁾ Vorblatt und WFA zur RV 1194 BlgNR 25. GP, 5; *Hausreither*, GuKG-Novelle 2016 und Entwurf der Pflegeassistenzberufe-Ausbildungsverordnung, ÖZPR 2016, 100 (101).

¹⁴⁾ Siehe aber auch *Bundesministerium für Gesundheit*, Gesundheitsberufe, 76.

¹⁵⁾ *Drs in ZellKomm*², § 1 AngG Rz 25; *dieselbe*, Arbeiter und Angestellte, 45; *Löschnigg in Löschnigg*, AngG¹⁰ (2016) § 1 Rz 108 Punkt 38.; *Mayr*, Arbeitsrecht, § 1 AngG E 202b; OGH 14. 2. 1956, 4 Ob 193/55, SozM IA/e, 147; RIS-Justiz RS0065823. Die Angestellteneigenschaft wurde ohne weitere Prüfung vorausgesetzt zB in OGH 26. 1. 1994, 9 ObA 365/93, DRdA 1994/47 (*Andexlinger*); 26. 11. 2013, 9 ObA 82/13v, DRdA 2014/36 (*Glowacka*).

¹⁶⁾ Siehe dazu im Vergleich § 84 Abs 1 letzter Satzteil GuKG in der Fassung BGBl I 2009/130; vgl aber auch ErlRV 1194 BlgR 25. GP, 1; *Hausreither*, Die Reform des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes, ÖZPR 2015, 135.

Für diese Tätigkeit ist – wie bereits vor der Novelle – eine einjährige theoretische und praktische Ausbildung in der Gesamtdauer von 1.600 Stunden an einer Gesundheits- und Krankenpflegeschule vorgesehen. Während aber bisher jeweils die Hälfte auf die theoretische und praktische Ausbildung zu entfallen hatte, ist in Zukunft eine größerer Theorieanteil vorgeschrieben (mindestens die Hälfte theoretische und nur noch mindestens ein Drittel praktische Ausbildung; § 92 Abs 1 und § 95 GuKG). Gemäß § 11 Abs 2 Z 1 Pflegeassistentenberufe-Ausbildungsverordnung (PA-PFA-AV)¹⁷⁾ reicht für die Aufnahme in Pflegeassistentenausbildung die erfolgreiche Absolvierung der allgemeinen Schulpflicht (das heißt der neunten Schulstufe bzw die Pflichtschulabschlussprüfung). Die praktische Ausbildung darf allerdings erst nach Vollendung des 17. Lebensjahres, während der Nacht erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres erfolgen (§ 17 PA-PFA-AV; das gilt auch für die Pflegefachassistenten).

Die Pflegeassistenten sind (wie die Pflegefachassistenten) zur Unterstützung der Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege sowie von Ärzten zuständig (§ 82 GuKG). Der Tätigkeitsbereich umfasst neben dem neu hinzugekommenen Handeln in Notfällen vor allem die Mitwirkung an (= neu) und die Durchführung der ihnen von den Angehörigen des gehobenen Dienstes übertragenen Pflegemaßnahmen (zB Unterstützung der Patienten bei der Körperpflege, Ernährung, Mobilisation, aber auch Bettzeugwechsel), inklusive Mitwirkung an der praktischen Ausbildung in der Pflegeassistenten (= neu) und Mitwirkung (bisher: Mitarbeit) an Diagnostik und Therapie (zB Erhebung und Überwachung medizinischer Basisdaten wie Puls, Blutdruck, Atmung, Temperatur, Bewusstseinslage, Gewicht, Größe und Ausscheidungen, einfache Wundversorgung, subkutane Injektionen und seit der Novelle auch Blutentnahmen aus der Vene), wobei beides nur nach Anordnung und unter Aufsicht von Ärzten oder Angehörigen des gehobenen Dienstes erfolgen darf (§ 83 GuKG). Diese Personen führen ihre Aufgaben also vor allem auf Anordnung und unter Aufsicht des diplomierten Krankenpflegepersonals durch. Ausschlaggebend ist meines Erachtens, dass sie – trotz einjähriger Schulung (die wohl nicht über die eines Lehrberufs hinausgeht)¹⁸⁾ – keine Selbständigkeit, Aufsichts- bzw Leitungsbefugnis besitzen, sondern überwiegend manuelle Arbeiten auf Anordnung und unter Aufsicht anderer ausführen.

In Anbetracht der Tatsache, dass es durch die Novelle zu keiner wesentlichen Änderung der Aufgaben und vor allem keiner Änderung in Bezug auf die Anordnungs- und Aufsichtsbefugnis gekommen ist,¹⁹⁾ ändert sich meines Erachtens – trotz der beabsichtigten Aufwertung – nichts an der bereits bisher vorgenommenen Einstufung dieser Personen als *Arbeiterinnen*.²⁰⁾

¹⁷⁾ Die Ausbildung in den Pflegeassistentenberufen ist in der auf Basis des § 104 GuKG zu erlassenden Verordnung genauer zu regeln. Die derzeitige Pflegehilfe-Ausbildungsverordnung soll durch die rückwirkend mit 1. 9. 2016 in Kraft tretende PA-PFA-AV, Begutachtungsentwurf online abrufbar unter http://www_ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Begut&Dokumentnummer=BEGUT_COO_2026_100_2_1252905, abgelöst werden.

¹⁸⁾ Eine Lehre dauert in der Regel drei Jahre (zB Bäcker, Friseur, Berufskraftfahrer, Tischler, Maurer), unter Umständen sogar länger (zB Goldschmied: dreieinhalb Jahre), und besteht – ebenso wie die Ausbildung zu den Pflegeberufen aus einem praktischen (beim Lehrberechtigten) und einem theoretischen Teil (in der Berufsschule), wobei Letzterer in der Regel einen vollen Tag pro Woche oder zB acht Wochen pro Jahr dauert und das für die gesamte Dauer des Lehrverhältnisses (§§ 48 f Schulorganisationsgesetz; § 10 Schulzeitgesetz; § 21 Schulpflichtgesetz). Das heißt, selbst die Anzahl an Theoriestunden kann mit der Ausbildung zur Pflegeassistenten mithalten.

¹⁹⁾ ErlRV 1194 BlgNR 25. GP, 1 und 8 f.

²⁰⁾ Siehe *Drs* in ZellKomm², § 1 AngG Rz 25; zur Tätigkeit als Pflegehelferin OGH 4. 6. 1997, 10 ObS 33/97v; 30. 1. 2001, 10 ObS 357/00y; *Löschnigg* in *Löschnigg*, AngG¹⁰, § 1 Rz 109 Punkt 33. ff; *Mayr*, Arbeitsrecht, § 1 AngG E 292 ff; *Dittrich/Tades*, AngG²³ (2005) § 1 E 118 f; zur Tätigkeit als Stationsgehilfin nach dem Krankenpflegegesetz (= Vorläufer des GuKG) OGH 11. 5. 1994, 10 ObS 109/94; RIS-Justiz RS0084962.

In der Praxis ist allerdings zu beobachten, dass Pflegehelferinnen zum Teil auf einzelvertraglicher Ebene als Angestellte eingestuft werden bzw diese Tätigkeit sogar schon in den Kollektivverträgen als Angestelltentätigkeit aufgezählt wird.²¹⁾

Ergänzend ist zu erwähnen, dass ab 2025 die Berufsausübung der Pflegeassistenten in Krankenanstalten grundsätzlich nur mehr für jene Angehörige der Pflegeassistenten möglich sein soll, die ihre Ausbildung bis zum 31. 12. 2024 erfolgreich abgeschlossen haben (§ 117 Abs 23 GuKG). Die neu ausgebildeten Kräfte sollen nur noch in der Langzeitpflege und im mobilen Bereich zum Einsatz kommen.²²⁾

5. Pflegefachassistenten

Neu eingeführt wurde mit 1. 9. 2016 die Pflegefachassistenten als Zwischenstufe zwischen Pflegeassistenten und gehobenen Dienst. Diese Personen haben mehr Kompetenzen als die Pflegeassistenten und sollen künftig zur Entlastung des gehobenen Dienstes zur Verfügung stehen.

Für diese Tätigkeit ist eine zweijährige – auf der Ausbildung zur Pflegeassistenten aufbauende, vertiefende und erweiternde – theoretische und praktische Ausbildung in der Gesamtdauer von 3.200 Stunden (mindestens die Hälfte theoretische und mindestens ein Drittel praktische Ausbildung) an einer Gesundheits- und Krankenpflegeschule vorgesehen (§ 92 Abs 2 und § 95 GuKG). Gemäß § 10 Abs 2 Z 2 PA-PFA-AV ist für die Aufnahme in die Pflegefachassistentenausbildung – wie früher für den gehobenen Dienst – die erfolgreiche Absolvierung der 10. Schulstufe erforderlich. Das in den §§ 48 ff PA-PFA-AV normierte Erfordernis einer Fachbereichsarbeit (im Ausmaß von mindestens 100 Stunden) soll zum selbständigen Bearbeiten einer vertiefenden, pflegerelevanten Fragestellung auf höherem Niveau befähigen.²³⁾ Gleichzeitig ist zu erwähnen, dass mit der Novelle auch eine Durchlässigkeit der Pflegeausbildungen angestrebt ist.²⁴⁾

Der Tätigkeitsbereich umfasst neben dem Handeln in Notfällen vor allem die selbständige („eigenverantwortliche“) Durchführung der ihnen von Angehörigen des gehobenen Dienstes oder von Ärzten übertragenen Pflegeaufgaben und der Tätigkeiten im Rahmen der Mitwirkung bei Diagnostik und Therapie (zB Durchführung standardisierter diagnostischer Programme wie EKG, EEG etc, Setzen und Entfernen von Magensonden oder Kathetern, Ab- und Anschluss von laufenden Infusionen), beides ohne verpflichtende Aufsicht; außerdem sind sie zuständig für die Anleitung und Unterweisung von Auszubildenden der Pflegeassistentenberufe (§ 83a GuKG).²⁵⁾

²¹⁾ So zB im Kollektivvertrag der OÖ. Ordensspitäler mit Öffentlichkeitsrecht (siehe Einreihungsschema I, LD 20) oder im Kollektivvertrag der geistlichen Krankenanstalten Kärntens (siehe Gruppeneinteilung zum Entlohnungsschema K, Punkt 14.). Der Kollektivvertrag für die DienstnehmerInnen der Privatkrankenanstalten Wiens zählt zunächst die Pflegehelferinnen im Rahmen der Bestimmungen für Angestellte auf und enthält dann unter anderem ein eigenes Gehaltsschema für den Pflegedienst (inklusive Pflegehelfern) und ein Lohnschema für die Arbeiter. Der Kollektivvertrag für die Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten Österreichs sieht zwar ebenfalls ein eigenes Gehaltsschema für das Krankenpflegepersonal (inklusive Pflegehelferinnen = Verwendungsgruppe E) und ein Lohnschema für die Arbeiterinnen vor, in diesem Kollektivvertrag werden die Pflegehelferinnen aber sowohl im Rahmen der Urlaubsbestimmungen für Angestellte (§ 5) als auch für Arbeiterinnen (§ 10) aufgezählt. Im Kollektivvertrag der Ordenskrankenhäuser Steiermark ist vorgesehen, dass Pflegehelferinnen erst nach zweijähriger Dienstzeit in das Angestelltenverhältnis übernommen werden (§ 3). Im Kollektivvertrag der Diakonissenkrankenhäuser ist hingegen für alle Arbeitnehmer die Anwendbarkeit des AngG normiert (siehe Präambel).

²²⁾ ErlRV 1194 BlgNR 25. GP, 9 f.

²³⁾ Erläuterungen zur PA-PFA-AV; *Hausreither*, ÖZPR 2016, 103.

²⁴⁾ ErlRV 1194 BlgNR 25. GP, 7; siehe aber auch § 4 Abs 4 FHStG, wonach alternativ zur allgemeinen Universitätsreife eine einschlägige berufliche Qualifikation als Zugangsvoraussetzung angeführt ist, oder § 12 Abs 2 FHStG, wonach unter Umständen auch Erfahrungen aus der beruflichen Praxis anzuerkennen sind (so ist zB am FH Campus Wien für Pflegeassistentinnen ein verkürzter Bachelor-Studiengang von vier – statt sechs – Semestern angedacht).

²⁵⁾ ErlRV 1194 BlgNR 25. GP, 2 und 8 f; *Hausreither*, ÖZPR 2016, 101 f; *dieselbe*, ÖZPR 2015, 136.

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang auch die Entscheidungen des OGH zu Altenhelferinnen bzw zu Altenfachkräften, in denen er trotz längerer Ausbildungszeit (zusätzliche theoretische und praktische Ausbildung, wenn auch in sehr unterschiedlichem Ausmaß; im einem Fall ging es sogar um insgesamt zwei Jahre mit rund 3.200 Stunden, was der Ausbildungszeit für die Pflegefachassistenz entspricht) das Vorliegen höherer, nicht kaufmännischer Dienste verneint hat.²⁶⁾ Diese Personen pflegen und betreuen alte Menschen in deren eigener Wohnung, im Spital oder im Heim und führen dabei insbesondere folgenden Aufgaben durch: Unterstützung beim Aufstehen, Ankleiden, Körperpflege, Aufsuchen der Toilette, Animieren zu körperlichen Aktivitäten, Organisation des Haushalts (inklusive Einkaufen, Essenszubereitung, Wechseln der Bettwäsche), Pflege bei Erkrankungen, Überwachen der Medikamenteneinnahme, Ausführen ärztlicher Anordnungen (zB Blutdruckmessen, Insulininjektionen), im Notfall Verständigung des Arztes bzw der mobilen Krankenpflegerin. Auch wenn hier mehr Selbständigkeit und fachliche Eigenverantwortlichkeit gegeben ist als bei den Pflegehelferinnen bzw der Pflegeassistenz, ist der OGH offensichtlich noch von einem Überwiegen der manuellen Aufgaben ausgegangen, weshalb die Tätigkeit nicht als Angestelltentätigkeit eingestuft wurde.

Der neue Beruf der Pflegefachassistenz soll aber gerade das diplomierte Krankenpflegepersonal und auch Ärzte entlasten,²⁷⁾ indem ihnen Teile von deren Tätigkeiten übertragen werden. Die Pflegefachassistenz soll umfassender eingesetzt und mit komplexen Aufgaben betraut werden können als die Pflegeassistenz. Meines Erachtens sprechen daher nicht nur die längere Ausbildung, sondern vor allem die komplexeren Aufgaben, die eigenverantwortliche Durchführung der übertragenen Aufgaben, ohne dabei unter dauernder Aufsicht von Ärzten oder Angehörigen des gehobenen Dienstes zu stehen, aber auch die Aufsichts- bzw Leitungsbefugnis gegenüber Auszubildenden dafür, dass es sich um eine wesentlich über den Durchschnitt einer Arbeitertätigkeit hinausgehende höhere, nicht kaufmännische Tätigkeit und damit um *Angestellte* im Sinne des AngG handelt.

i Auf den Punkt gebracht

Wie die zuständigen Gerichte die neuen Gesundheits- und Krankenpflegeberufe einstufen, bleibt abzuwarten. Diese neue Dreiteilung zeigt aber wieder einmal auf, wie überholt die unterschiedliche Behandlung von Arbeitern und Angestellten ist. Die Unterschiede sind zwar inzwischen wesentlich kleiner geworden (mit 1. 1. 2016 wurden zB die unterschiedlichen beitragsrechtlichen Bestimmungen im ASVG beseitigt),²⁸⁾ aber es existieren nach wie vor einige – nicht unwesentliche – Unterscheide für Arbeiter und Angestellte in den arbeitsrechtlichen Gesetzen (wie zB unterschiedliche Fälligkeitstermine oder unterschiedliche Kündigungsfristen und -termine). Es bleibt zu hoffen, dass auch diese sachlich nicht zu rechtfertigenden Regelungen²⁹⁾ einmal der Vergangenheit angehören werden und damit aufwendige Untersuchungen, ob Arbeitnehmer als Arbeiter oder Angestellte einzustufen sind, überflüssig werden.

²⁶⁾ OGH 20. 1. 2001, 10 ObS 357/00y (insgesamt zwei Jahre, zirka 3.200 Stunden); 23. 5. 2005, 10 ObS 39/05s, DRdA 2006/22 (*Kalb*) (+ 6 Wochen, 250 Stunden = insgesamt 1.850 Stunden); 26. 7. 2007, 10 ObS 66/07i (insgesamt zwei Jahre, 2.400 Stunden); 21. 7. 2009, 10 ObS 74/09v (+ 208 Stunden theoretische und 400 Stunden praktische Ausbildung = insgesamt knapp 22 Monate, 2.208 Stunden); 10. 11. 2009, 10 ObS 187/09m (+ 250 Stunden = insgesamt 1.850 Stunden); 10 ObS 196/09k (+ 250 Stunden).

²⁷⁾ EriRV 1194 BlgNR 25. GP, 8.

²⁸⁾ Steuerreformgesetz 2015/2016, BGBl I 2015/118.

²⁹⁾ Vgl dazu ausführlich *Drs*, Arbeiter und Angestellte.

Mitarbeitermotivation durch Incentive-Events

Unfallversicherungsschutz bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen?

JULIA EICHINGER*)



Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob die von Arbeitnehmern im Zuge betrieblicher Gemeinschaftsveranstaltungen, insbesondere bei sportlichen Betätigungen auf Betriebsausflügen und vergleichbaren Veranstaltungen, erlittenen Verletzungen sozialversicherungsrechtlich als Folgen eines Arbeitsunfalles zu bewerten sind und Ansprüche der Versicherten gegenüber der gesetzlichen Unfallversicherung begründen.

1. Einleitung

Die Motivation der Beschäftigten und eine harmonische Zusammenarbeit zwischen Unternehmensleitung, Führungskräften und Belegschaft sind wesentliche Voraussetzungen für den Unternehmenserfolg. Maßnahmen, die dazu beitragen, sind daher ein wichtiger Bestandteil des Personalmanagements. Neben finanziellen Anreizen und innovativen Work-Life-Balance-Konzepten¹⁾ sind auch sogenannte betriebliche Gemeinschaftsveranstaltungen in der Praxis beliebte und bewährte Motivationsfaktoren. Die Bandbreite solcher Veranstaltungen – sie werden verbreitet auch als Incentive-Events²⁾ bezeichnet – ist groß: Von der traditionellen Firmenjubiläums- oder Weihnachtsfeier über Rand- und Abenteuersportarten wie Canyoning oder Rafting bis zu „Exoten“ wie einer Taxibobfahrt³⁾ sind der unternehmerischen Fantasie kaum Grenzen gesetzt.⁴⁾ Viele Unternehmen wollen ihren Beschäftigten etwas Attraktives, Neues und Spannendes bieten. Man erhofft sich davon Anreiz- und Bindungseffekte auf die Beschäftigten, die Schaffung eines Wir-Bewusstseins und Zusammengehörigkeitsgefühls im Sinne einer auch „nach innen gerichteten“ Corporate Identity.⁵⁾ Gleichzeitig entsteht eine positive Außenwahrnehmung durch qualifizierte Jobsuchende⁶⁾ und potenzielle Geschäftspartner und Kunden.

Meistens laufen betriebliche Gemeinschaftsveranstaltungen problemlos ab, aber manchmal „passiert etwas“ und Arbeitnehmer werden bei solchen Veranstaltungen – etwa auf Betriebsausflügen oder bei betrieblichen Sportveranstaltungen – ernsthaft verletzt⁷⁾ und tragen mitunter sogar dauerhafte Verletzungsfolgen davon. Unter besonders tragischen Umständen ist es auch bereits zu tödlichen Unfällen gekommen.⁸⁾ In solchen Fällen stellt

*) Dr. Julia Eichinger ist Assistenzprofessorin am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

¹⁾ Zu diesem Trend siehe *Terpitz*, Incentives: Ein hohes Gehalt ist nur die halbe Miete, Handelsblatt vom 9. 3. 2012, online abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/beruf-und-buero/buero-special/incentives-ein-hohes-gehalt-ist-nur-die-halbe-miete/6307504.html>.

²⁾ „Incentives“ ist ein aus dem Englischen übernommener Sammelbegriff für eine Vielzahl von Anreizen, die in der Arbeitswelt insbesondere zur Mitarbeitermotivation und zur Belohnung von Beschäftigten für besondere Verdienste eingesetzt werden.

³⁾ Siehe OGH 22. 2. 2016, 10 ObS 151/15a.

⁴⁾ Bei einer Internetreise durch die Welt rühriger Incentives-Anbieter stieß die Verfasserin beispielsweise auch auf den Besuch von Abenteuer- und Vergnügungsparks (Outdoor-Center, Überlebenscamps) und Fitnessclubs, Fußball- und Tennisturniere, In- und Outdoor-Klettertouren, Kanufahrten, Off-Road Biking und Driving, Ballonfahren, Paragleiten, Schitage, Segeltörns, Lama-Trekking und Straußenreiten, aber auch Floßbau oder gemeinsame Grill- und Kochevents. Nicht selten bieten Unternehmen solche Aktivitäten auch im Rahmen von Incentive-Reisen an (zB Eisbrecherfahrt, Iglubau und Rentiersafari im hohen Norden oder Distanzritte auf Islandpferden).

⁵⁾ Siehe dazu <http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/incentives/incentives.htm>.

⁶⁾ Etwa zur Akquirierung begehrter Fachkräfte durch das positive Image eines „attraktiven“ Arbeitgebers.

⁷⁾ Zum Canyoning OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a, DRdA 2009/39 (*Binder*) = ZAS-Judikatur 2008/56 (*Pačić*).

⁸⁾ So bei einer Raftingfahrt mit Anfängern auf einem Betriebsausflug, bei der ein Mann ertrank; vgl OGH 13. 10. 1992, 10 ObS 234/92; zum Unfallhergang unter widrigen Witterungsbedingungen (Hochwasser) siehe das Strafverfahren OLG Linz 14. 9. 1993, 7 Bs 179/93.

sich regelmäßig die Frage, ob die von Arbeitnehmern⁹⁾ im Zuge betrieblicher Gemeinschaftsveranstaltungen erlittenen Verletzungen sozialversicherungsrechtlich als Folgen eines Arbeitsunfalles zu bewerten sind und Ansprüche der Versicherten¹⁰⁾ gegenüber der gesetzlichen Unfallversicherung¹¹⁾ begründen.¹²⁾ Dieser Beitrag widmet sich insbesondere sportlichen Betätigungen auf Betriebsausflügen und vergleichbaren Veranstaltungen, bei denen Unternehmen den Teilnehmern möglichst attraktive innovative Aktivitäten anbieten, die jedoch auch ein nicht zu unterschätzendes Gefahrenpotenzial haben.

2. Arbeitsunfälle bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen

Das Unfallversicherungsrecht nach dem ASVG enthält innerhalb der Regelungen zum Arbeitsunfall (§§ 175 und 176 ASVG) keinen Sondertatbestand für Unfälle bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen. Der Unfallversicherungsschutz kann bei solchen Veranstaltungen daher nur aus der Generalklausel zum Arbeitsunfall in § 175 Abs 1 ASVG abgeleitet werden.¹³⁾ Danach liegt nur dann ein (geschützter) Arbeitsunfall vor, wenn sich ein Unfall im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Tätigkeit ereignet.¹⁴⁾ Dies setzt bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen nach ständiger Rechtsprechung des OGH voraus, dass die Teilnahme daran „*ein Ausfluss der Ausübung der Erwerbstätigkeit*“ des Versicherten ist.¹⁵⁾ Der Unfallversicherungsschutz hängt nach der Auffassung des OGH im Kern davon ab, ob eine solche Veranstaltung der Förderung der Betriebsverbundenheit – zwischen Unternehmensleitung und Belegschaft sowie unter den Beschäftigten – dient.¹⁶⁾ Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist nach der OGH-Judikatur immer anhand der „*konkreten Verhältnisse im Einzelfall im Rahmen der anzustellenden Gesamtbetrachtung*“ zu beurteilen.¹⁷⁾

Obwohl die Judikatur – wie im Folgenden dargestellt wird – einige Grundsätze zu den Voraussetzungen und Grenzen des Unfallversicherungsschutzes bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen entwickelt hat, sehen sich die Rechtsanwender dennoch einer

⁹⁾ Entsprechendes gilt auch für andere Pflichtversicherte, insbesondere für freie Dienstnehmer.

¹⁰⁾ Oder der hinterbliebenen Angehörigen bei tödlichen Unfällen; vgl zu den Hinterbliebenenleistungen (Witwen-, Witwer- und Waisenrenten und Teilersatz der Bestattungskosten) §§ 214 ff ASVG.

¹¹⁾ Insbesondere Unfallheilbehandlung (§§ 189 ff ASVG), Rehabilitationsmaßnahmen (§§ 198 ff ASVG), Körperersatzstücke und andere Hilfsmittel (§ 202 ASVG) und Versehrtenrente (§§ 203 ff ASVG).

¹²⁾ Siehe zum Themenkreis *Dörner/Holzer*, Ein Betriebsstichtag, DRdA 1990, 372; *G. Fischer*, Sport und Sozialversicherung, in *Wachter/Burger*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2012 (2013) 235; *Kocholl*, Die versicherungs- und sozialversicherungsrechtliche Erfassung des erlaubten Sportrisikos, ZVR 2013, 460; *Krasney*, Zum Unfallversicherungsschutz bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen, in FS Tomandl (1998) 475; *R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm, § 175 ASVG Rz 61 ff; *derselbe*, Ein missglückter Betriebsausflug, DRdA 2011, 162; *derselbe*, DRdA 1995, 391; *Pirker*, Der sozialversicherungsrechtliche Schutz bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen, in *Wachter/Burger*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2009 (2009) 243; *J. Rabl*, Der Unfallversicherungsschutz bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen, in *Wachter/Burger*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013 (2013) 349; *Salcher*, SpuRt 2016, 116; *Schoditsch*, Betriebsausflug und Vertrauensschutz, eolex 2013, 157; *Schrammel*, DRdA 1999, 263; *Tarmann/Prentner in Sonntag*, ASVG⁷ (2016) § 175 Rz 18; *Taxerer*, Unfallversicherungsrechtliche Fragen der Dienstreise, ZAS 2005, 16; zur deutschen Rechtslage exemplarisch *Bieresborn*, Schach, Kartfahren, Freeclimbing und Drachenfliegen – Versicherter Betriebsport in der gesetzlichen UV? – Ein Beitrag zu den Grenzen, SGB 2007, 472; *Krasney*, Versicherungsschutz bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen, NZS 2006, 57.

¹³⁾ OGH 14. 11. 1995, 10 ObS 114/95; *R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil*, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 61; *Pirker*, Sozialversicherungsrechtlicher Schutz, 243.

¹⁴⁾ Weiterführende Nachweise bei *R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil*, SV-Komm, Vor §§ 174 – 177 ASVG Rz 12 f und 19 ff; *Tarmann/Prentner in Sonntag*, ASVG⁷, § 175 Rz 1 und 11 ff.

¹⁵⁾ Siehe OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a; 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f, SpuRt 2016, 115 (*Salcher*); 22. 2. 2016, 10 ObS 151/15a; RIS-Justiz RS 0084560.

¹⁶⁾ Betriebliche Gemeinschaftsveranstaltungen sollen somit das Zusammengehörigkeitsgefühl sowie den Kontakt zwischen Betriebsleitung und Belegschaft sowie der Arbeitnehmer untereinander stärken; siehe OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a.

¹⁷⁾ OGH 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f; zu in der Natur ausgeübten Sportarten wie Bergwandern, Canyoning oder Schifahren, bei denen insbesondere der Schwierigkeitsgrad einer Tour zu berücksichtigen ist, OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a.

Kasuistik gegenüber, der ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit innewohnt. Die Veranstalter und Teilnehmer solcher Veranstaltungen sollten sich daher darüber im Klaren sein, dass – je nach den Einzelfallumständen – ein Risiko der Nichtanerkennung dabei aufgetretener Verletzungen als Folgen eines Arbeitsunfalles durch die Unfallversicherungsträger und die Judikatur besteht. Dies gilt insbesondere für Unfälle bei neuartigen und riskanten (Sport-)Events, speziell dann, wenn sie unter Wettbewerbsbedingungen stattfinden.

3. Zusammenhang zwischen Unfallgeschehen und Arbeitsverhältnis

Nach dem Wortlaut des § 175 Abs 1 ASVG könnten bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen Subsumtionsprobleme hinsichtlich des dort geforderten örtlichen und zeitlichen Zusammenhangs des Unfallgeschehens mit der versicherten Tätigkeit bestehen, weil solche Veranstaltungen sehr häufig außerhalb des Unternehmensgeländes (Betriebsausflüge) und mitunter auch außerhalb der Arbeitszeit (zB betriebliche Sportveranstaltungen an Wochenenden) stattfinden. Gestützt auf das Tatbestandselement „Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung“ in § 175 Abs 1 ASVG bejaht die Judikatur den Versicherungsschutz in weiter Auslegung aber grundsätzlich auch dann, wenn sich der Unfall nicht am Arbeitsort und während der Arbeitszeit ereignet, sondern andere, – vereinfacht ausgedrückt – dies ersetzende Zurechnungsfaktoren (insbesondere die Förderung der Betriebsverbundenheit) vorliegen.¹⁸⁾

Größere Probleme bereitet regelmäßig die rechtliche Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs von Unfällen auf betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen mit der versicherten Tätigkeit. Das Ergebnis dieser Beurteilung hat grundlegende Bedeutung, weil Unfallversicherungsschutz aufgrund eines Arbeitsunfalles nur dann besteht, wenn dieser Konnex im Einzelfall vorliegt. Im Folgenden wird auf die nach der Judikatur maßgebenden Beurteilungskriterien eingegangen.

4. Beurteilungskriterien in der OGH-Judikatur

Der OGH fasste die nach der jüngeren Rechtsprechung wichtigsten Kriterien für die Prüfung des Unfallversicherungsschutzes bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen in seiner Entscheidung vom 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f, zusammen. Ob solche Veranstaltungen der Förderung der Betriebsverbundenheit dienen und daher als Ausfluss der Erwerbstätigkeit zu bewerten sind, beurteilt der Gerichtshof „in jedem konkreten Fall“ anhand einer Reihe von „Faktoren in ihrem Zusammenhang“. Maßgebend ist also eine Beurteilung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles im Rahmen einer Gesamtbildbetrachtung. Folgende Beurteilungskriterien werden regelmäßig herangezogen:

- *Teilnahme (möglichst) aller Betriebsangehörigen – Mindestbeteiligung:* Bei der Prüfung der für den Versicherungsschutz wesentlichen „betrieblichen Zielsetzung“ der Gemeinschaftsveranstaltungen – der Verbundenheit zwischen Unternehmensleitung und Beschäftigten sowie der Beschäftigten untereinander – stellt der OGH zumeist darauf ab, ob die Veranstaltung allen Betriebsangehörigen oder dem überwiegenden Teil der Belegschaft offensteht.¹⁹⁾ Es sollen, wenn auch ohne ausdrücklichen Zwang, möglichst alle Betriebsangehörigen teilnehmen.²⁰⁾ Erlauben das die Größe oder die Erfordernisse des Betriebs nicht,²¹⁾ soll die Veranstaltung wenigstens den Angehörigen jener Abteilungen oder Gruppen offenstehen, bei denen dies möglich

¹⁸⁾ Allgemein zur Zurechnungsproblematik R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, Vor §§ 174 – 177 ASVG Rz 19 ff.

¹⁹⁾ Siehe etwa OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a.

²⁰⁾ Es geht um die Erwartungshaltung des Arbeitgebers zur möglichst zahlreichen Teilnahme an der Veranstaltung; siehe OGH 14. 11. 1995, 10 ObS 114/95; RIS-Justiz RS0084560.

²¹⁾ Etwa wenn wichtige Bilanzierungsarbeiten der Teilnahme der Bilanzbuchhaltungsabteilung am „allgemeinen“ betrieblichen Schitag entgegenstehen; siehe OGH 22. 12. 2005, 10 ObS 121/05z.

ist. Jedenfalls soll die Veranstaltung „eine gewisse Mindestbeteiligung“ an Beschäftigten aufweisen, deren Umfang aber nicht genau konkretisiert wird.²²⁾

- **Veranstaltung durch den Arbeitgeber:** Die Gemeinschaftsveranstaltung muss nach dem OGH vom „Betriebsleiter“²³⁾ selbst veranstaltet, zumindest aber bei der Planung und Durchführung von seiner Autorität getragen werden.²⁴⁾ Wichtige Anhaltspunkte dafür sind 1.) die Anwesenheit des „Betriebsinhabers“²⁵⁾ oder eines Vertreters, 2.) die gänzliche oder teilweise Übernahme der Kosten²⁶⁾ und 3.) die Durchführung der Veranstaltung während der Arbeitszeit oder die Gewährung arbeitsfreier Zeit unter Fortzahlung des Entgelts für die Teilnahme daran.²⁷⁾

Der OGH betont aber, dass es noch keinen Versicherungsausschluss bedeuten muss, wenn nicht alle diese Kriterien vorliegen.²⁸⁾ Es kommt vielmehr darauf an, in welcher Intensität die Gemeinschaftsveranstaltung betrieblichen Zwecken dient und in welchem Umfang außerbetriebliche private Interessen der Teilnehmer beteiligt sind.²⁹⁾ Damit stellt sich auch hier die bei der Prüfung von Arbeitsunfällen generell entscheidende Frage der Zurechnung des Unfallgeschehens entweder zur geschützten Sphäre der Erwerbstätigkeit oder zu der vom Unfallversicherungsschutz nicht erfassten eigenwirtschaftlichen Sphäre der Versicherten.³⁰⁾ Schwierig ist die Zuordnung vor allem bei sogenannten gemischten Tätigkeiten, mit denen sowohl betriebliche als auch private Interessen verfolgt werden.³¹⁾ Nach der Judikatur besteht in solchen Fällen nur dann Versicherungsschutz, wenn die Verrichtung im Einzelfall dazu bestimmt ist, „auch betrieblichen Interessen wesentlich zu dienen.“³²⁾

5. Besonderheiten bei Sportaktivitäten im betrieblichen Umfeld

5.1. Abgrenzung Betriebssport – Incentive-Sportevent

Die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen und Grenzen des Unfallversicherungsschutzes bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen betrifft häufig Verletzungen, die sich die Teilnehmer bei der Sportausübung auf Betriebsausflügen oder betrieblichen Sportveranstaltungen (Sport-Events) zuziehen. Nach der OGH-Judikatur können solche (amateur)sportliche Betätigungen³³⁾ im betrieblichen Umfeld entweder als Betriebssport³⁴⁾ oder als Aktivitäten im Rahmen betrieblicher Gemeinschaftsveranstaltungen unter Unfallversicherungsschutz stehen. Die Abgrenzung nimmt der OGH dahin gehend vor, dass durch den mit einer gewissen Regelmäßigkeit stattfindenden Betriebssport ein-

²²⁾ Eine Beteiligung von nur 6 % der Betriebsangehörigen war zu wenig; siehe OGH 3. 5. 2012, 10 ObS 54/12g.

²³⁾ Der OGH spricht hier vom „Betriebsleiter“ und nicht von der „Unternehmensleitung“. Das zeigt, dass es bei gegliederten Unternehmen für die Qualifikation als betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung ausreichend, wenn sich diese auf die Beschäftigten eines Betriebs oder mehrerer Betriebe beschränkt, also nicht unternehmensweit abgehalten werden muss. Unter besonderen Umständen kann sogar eine Beschränkung auf Abteilungen oder Gruppen genügen; siehe auch G. Fischer, Sport, 250.

²⁴⁾ Exemplarisch OGH 22. 12. 2005, 10 ObS 121/05z.

²⁵⁾ Siehe zur Begriffswahl „Betriebsinhaber“ schon Fußnote 23.

²⁶⁾ Anerkannt wurde etwa auch eine Finanzierung aus Mitteln des Betriebsratsfonds; siehe OGH 23. 4. 1996, 10 ObS 2043/96f.

²⁷⁾ Exemplarisch OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a.

²⁸⁾ OGH 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f.

²⁹⁾ OGH 3. 5. 2012, 10 ObS 54/12g; RIS-Justiz RS0084544; RS0084647.

³⁰⁾ Allgemein zu Zurechnungsproblemen bei Arbeitsunfällen R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, Vor §§ 174 – 177 ASVG Rz 19 ff; Tarmann-Prentner in Sonntag, ASVG⁷, § 175 Rz 11 ff.

³¹⁾ Grundsätzlich zur Theorie der wesentlichen Bedingung bei Zurechnungsproblemen R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, Vor §§ 174 – 177 ASVG Rz 36 und 39 ff; speziell zu betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen Tarmann-Prentner in Sonntag, ASVG⁷, § 175 Rz 18.

³²⁾ So etwa OGH 3. 4. 2001, 10 ObS 59/01a; RIS-Justiz RS0084271.

³³⁾ Hier geht es nur um Amateursport im betrieblichen Umfeld, nicht um Leistungssport oder Profisportler, für die Sportausübung Arbeitsvertragsinhalt ist; siehe zur Abgrenzung vom Profifußball Tomandl, Sozialrechtliche Probleme des Berufsfußballsports, in Brodil/Mazal/Windsch-Graetz, Der ruhende Ball (2012) 123 (128 ff).

³⁴⁾ Zum Betriebssport OGH 6. 3. 2001, 10 ObS 30/01m; 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15 f; RIS-Justiz RS0084657; R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 79 ff.

seitige Dauerbelastungen der Arbeitnehmer durch die Tätigkeitsausübung ausgeglichen werden (Ausgleichsfunktion betriebssportlicher Veranstaltungen), während Sport als Incentive-Event der Förderung der Betriebsverbundenheit dienen kann.³⁵⁾ Dieser Beitrag konzentriert sich auf Letzteres.

5.2. Kein Unfallversicherungsschutz bei Sport mit Wettkampfcharakter

Grundsätzlich können nach der OGH-Judikatur auch sportliche Betätigungen im betrieblichen Interesse liegen bzw der Betriebsverbundenheit dienen,³⁶⁾ sofern es dabei nicht um Leistungssport oder sportliche Wettkämpfe geht. Daher wird der Unfallversicherungsschutz bei betrieblichen Sportveranstaltungen (bzw bei Sportarten) mit Wettkampfcharakter in ständiger Rechtsprechung verneint.³⁷⁾ Dort steht nach dem OGH nicht mehr das betriebliche Interesse der Förderung der Betriebsverbundenheit im Vordergrund, sondern die privaten Interessen der Teilnehmer.³⁸⁾ Das gilt selbst dann, wenn das Sportereignis vom Arbeitgeber finanziert und organisiert wird. Ausnahmen werden nur in besonderen Fallkonstellationen anerkannt,³⁹⁾ etwa bei Halbprofis, wo die Erfüllung der Arbeitspflicht mit der Verpflichtung zur Sportausübung gekoppelt ist.⁴⁰⁾

Den „*geradezu typischen und immanenten Wettkampfcharakter*“⁴¹⁾ bejaht der OGH regelmäßig beim Fußballsport.⁴²⁾ Das Fußballspielen sei als „*eine auf Zwei- und Ballkampf ausgerichtete Sportart*“ durch besondere Verletzungsanfälligkeit der beteiligten Spieler gekennzeichnet. Die aktive Teilnahme an betrieblichen Fußballturnieren mit Wettkampfcharakter⁴³⁾ ist daher im Allgemeinen⁴⁴⁾ vom Unfallversicherungsschutz ausgenommen.⁴⁵⁾ In der Entscheidung 10 ObS 141/15f begründete der OGH den Wettkampf- und Turniercharakter eines vom Betriebsrat einmal jährlich außerhalb der Arbeitszeit (am Wochenende) organisierten Fußballturniers konkret damit, dass die Spiele von Verbandsschiedsrichtern geleitet, aus den mehreren Betriebsmannschaften eine Siegermannschaft gekürt sowie Pokale und Sachpreise vergeben wurden.⁴⁶⁾

Vor ähnlichen Abgrenzungsproblemen wie beim Fußballsport stand die Rechtsprechung auch bei anderen Sportarten, wie etwa beim Schifahren,⁴⁷⁾ insbesondere bei Schirennen und Schimeisterschaften,⁴⁸⁾ und beim Tennis mit Turniercharakter.⁴⁹⁾

³⁵⁾ Exemplarisch OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a.

³⁶⁾ OGH 3. 4. 2001, 10 ObS 59/01a; 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a; 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f; RIS-Justiz RS0084560; siehe weiterführend G. Fischer, Sport, 250 ff.

³⁷⁾ So OGH 1. 9. 1998, 10 ObS 281/98s; 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a; 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f; RIS-Justiz RS0084601; RS0084560.

³⁸⁾ Siehe OGH 20. 10. 1998, 10 ObS 253/98y, DRdA 1999/30 (Schrammel); 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a.

³⁹⁾ Zur Teilnahme eines selbständig erwerbstätigen PR-Beraters an einem Fußballturnier, bei dem dessen eigene betriebliche Interessen im Vordergrund standen und durch seine Teilnahme gefördert wurden („Kontaktpflege“), siehe OGH 27. 8. 2002, 10 ObS 137/02y.

⁴⁰⁾ Siehe OGH 8. 2. 1994, 10 ObS 260/93; 20. 10. 1998, 10 ObS 253/98y; RIS-Justiz RS0084520.

⁴¹⁾ Siehe dazu OGH 1. 9. 1998, 10 ObS 281/98s; RIS-Justiz RS0084601.

⁴²⁾ So etwa OGH 7. 5. 1996, 10 ObS 2086/96d; 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f; RIS-Justiz RS0084657; RS0084560.

⁴³⁾ Entsprechendes gilt wohl für andere Ballsportarten (American Football, Rugby, Basket-, Faust-, Hand-, Volley- und Wasserball) sowie vergleichbare Mannschaftssportarten wie Eis- oder Landhockey.

⁴⁴⁾ Anders OGH 27. 8. 2002, 10 ObS 137/02y (zur Teilnahme eines selbständigen PR-Beraters an einem Fußballturnier im betrieblichen Interesse).

⁴⁵⁾ Siehe OGH 29. 8. 1989, 10 ObS 224/89 (Betriebsfußballmeisterschaft SV-Finanz); 7. 5. 1996, 10 ObS 2086/96d (Freundschaftsspiel zweier Firmenmannschaften); 1. 9. 1998, 10 ObS 281/98s (Fußballspiel Politiker gegen Journalisten); RIS-Justiz RS0084601.

⁴⁶⁾ Die ungezwungene Atmosphäre beim Turnier ändere daran ebenso wenig wie der fehlende Zweck sportlicher Spitzenleistungen, weil davon beim Freizeit- und Amateursport grundsätzlich auszugehen sei; vgl OGH 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f.

⁴⁷⁾ Sportliche Betätigungen, wie etwa ein Schitag, können der Betriebsverbundenheit dienen und stehen dann auch grundsätzlich unter Unfallversicherungsschutz; siehe OGH 22. 12. 2005, 10 ObS 121/05z; 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a.

Steht eine betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung wegen ihres Wettkampfcharakters nicht unter Unfallversicherungsschutz, dann gilt dasselbe auch für vorbereitende Tätigkeiten, die mit der Sportausübung in einem engen, unmittelbaren Zusammenhang stehen, wie etwa das Aufwärmen der Spieler unmittelbar vor Beginn eines betrieblichen Fußballturniers.⁵⁰⁾

5.3. Rechtsunsicherheit bei Sportarten mit hohem Risikofaktor

Während der Unfallversicherungsschutz beim betrieblichen Wettkampfsport von der Rechtsprechung regelmäßig verneint wird, ist die rechtliche Beurteilung bei sogenannten Abenteuer-, Risiko- und Randsportarten mit beträchtlichem Gefahrenpotenzial schwerer vorhersehbar und besonders stark von den Einzelfallumständen abhängig.⁵¹⁾ Solche Sportarten wurden in den letzten Jahren vermehrt in die Programmgestaltung von Betriebsausflügen aufgenommen, um die Betriebsverbundenheit in innovativer Form zu festigen und insbesondere den Teamgeist zu stärken.⁵²⁾

Zu diesem Problemkreis wird im Folgenden exemplarisch auf die grundlegenden OGH-Entscheidungen zum Rafting⁵³⁾ und zum Canyoning⁵⁴⁾ im Rahmen von Betriebsausflügen zurückgegriffen. Der OGH geht grundsätzlich davon aus, dass „*risikoträchtige Randsportarten*“, wie etwa Rafting, Canyoning, Bungee-Jumping oder Fallschirmspringen, nicht in jedem Fall und unter allen Umständen vom Unfallversicherungsschutz für sportliche Betätigungen bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen ausgeschlossen sind, sondern dass auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.⁵⁵⁾

In den Entscheidungen zum Rafting und zum Canyoning ging es jeweils um die Auslotung der Grenzen, in denen (riskante) sportliche Betätigungen auf Betriebsausflügen unter Unfallversicherungsschutz stehen. Diese Grenzen werden nach der Rechtsauffassung des OGH dann überschritten, wenn mit solchen Betätigungen eine „*nicht unbeträchtliche Gefahr*“ verbunden ist, die das „*übliche Risiko*“, das mit derartigen Veranstaltungen verbunden ist, „*wesentlich übersteige*.“⁵⁶⁾ Ob über den „*Rahmen des Üblichen*“ hinausgegangen wird, hängt von den Einzelfallumständen ab.⁵⁷⁾

⁴⁸⁾ Zu einem Riesentorlauf mit Zeitnehmung, Ergebnislisten und Prämierung der Bestplatzierten mit Pokalen OGH 6. 3. 2001, 10 ObS 30/01m; vgl ferner OGH 30. 6. 1992, 10 ObS 170/92, DRdA 1993/8 (M. Novak); 30. 4. 2002, 10 ObS 109/02f (Polizeikader „Kader Alpin“); 22. 12. 2005, 10 ObS 121/05z (Schitag); siehe auch *Dörner/Holzer*, DRdA 1990, 372.

⁴⁹⁾ Siehe zu einem Business Tennis Cup unter Betriebsmannschaften und Einzelsportlern OGH 20. 10. 1998, 10 ObS 253/98y.

⁵⁰⁾ OGH 19. 1. 2016, 10 ObS 141/15f.

⁵¹⁾ Siehe zur deutschen Rechtslage exemplarisch *Bieresborn*, SGB 2007, 472 ff.

⁵²⁾ Siehe insbesondere OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a.

⁵³⁾ Rafting ist eine Wildwasserfahrt für mehrere Personen mit speziell ausgerüsteten Schlauchbooten. In diesem Fall (ein Mann ertrank unter widrigen äußeren Bedingungen nach dem Sturz aus dem Raftingboot) wurde der Unfallversicherungsschutz verneint; vgl OGH 13. 10. 1992, 10 ObS 234/92.

⁵⁴⁾ Canyoning ist die „Begehung“ (insbesondere das Durchwandern und Abseilen) abfallender Schluchten und Flussläufe mit speziellen Schutzausrüstungen. In diesem Fall (eine Frau erlitt beim Abrutschen von einem Felsen ins Wasser schwere Verletzungen) wurde der Unfallversicherungsschutz bejaht; vgl OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a; *Kocholl*, ZVR 2013, 465.

⁵⁵⁾ Klarstellung des OGH im Canyoning-Fall (OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a), um Verallgemeinerungen aus der Verneinung des Unfallversicherungsschutzes bei einer konkreten Raftingfahrt im älteren Rafting-Fall (OGH 13. 10. 1992, 10 ObS 234/92) entgegenzutreten.

⁵⁶⁾ Zum Canyoning OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a; zum Rafting OGH 13. 10. 1992, 10 ObS 234/92. In der Literatur nimmt etwa *R. Müller* (in *Mosler/Müller/Pfeil*, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 76 f) eine restriktive Haltung ein und will den Unfallversicherungsschutz nur dann bejahen, wenn „*für die betreffende Sportart weder ein über das durchschnittlich vorauszusetzende Maß hinausgehender Mut noch eine solche körperliche Fitness erforderlich sind*“, sodass seines Erachtens „*Abenteuer- oder Erlebnis-sportarten*“ wie Rafting, Canyoning, Bungee-Jumping, Fallschirmspringen, freies Klettern oder Drachenfliegen im Allgemeinen aus dem Versicherungsschutz ausscheiden.

⁵⁷⁾ Siehe exemplarisch zu einem Reitunfall außerhalb eines Betriebsausflugs OGH 4. 10. 1994, 10 ObS 200/94, DRdA 1995/38 (*R. Müller*).

Zu den vom OGH berücksichtigten Gesichtspunkten gehören etwa:

- die grundsätzliche Eignung der Sportart zur Förderung der Betriebsverbundenheit („Teamgeist“);
- der Kreis der am Betriebsausflug teilnehmenden Personen, der Inhalt der jeweiligen beruflichen Tätigkeit und berufsbedingt bestehende besondere Fähigkeiten für die Sportausübung;⁵⁸⁾
- der Schwierigkeitsgrad der konkreten sportlichen Betätigung („leichte“ oder „schwierige“ Tour);
- ausdrückliche Hinweise, ob die sportliche Betätigung auch für Anfänger („Einsteiger“) geeignet ist oder nicht;
- die Anleitung und Begleitung der Teilnehmer durch eine fachkundige Person;
- die Notwendigkeit des Tragens einer besonderen Schutzausrüstung bei der Sportausübung;⁵⁹⁾
- die gesamten äußeren Umstände, unter denen die Sportausübung erfolgt, insbesondere die Witterungsbedingungen (beispielsweise Hochwasser);
- das Sich-zur-Teilnahme-verpflichtet-Fühlen,⁶⁰⁾ auch unter dem Aspekt, ob die Mehrzahl der übrigen Betriebsausflugsteilnehmer ebenfalls diese Sportart gewählt hat oder sich für ein weniger gefährliches Alternativangebot des Arbeitgebers entschieden hat.

5.4. Begrenzung des Versicherungsschutzes nach Gefährlichkeit der Sportart?

In dem der Entscheidung 10 ObS 141/15f zugrunde liegenden Verfahren konfrontierten die klageführenden Versicherten den OGH auch mit der Frage, ob es wegen der zunehmenden Bedeutung von Erlebnis-, Abenteuer-, Risiko- und Extremsportarten noch zeitgemäß sei, ein Fußballturnier vom Unfallversicherungsschutz bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen auszunehmen. Vielmehr solle bei der Begrenzung des Versicherungsschutzes allgemein auf die Gefährlichkeit der sportlichen Aktivitäten abgestellt werden.

Der OGH betrachtet das Gefahrenpotenzial einer Sportart und die mit ihrer Ausübung verbundene Risikoerhöhung⁶¹⁾ zwar im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als ein wesentliches Einzelfallkriterium für den Unfallversicherungsschutz bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen,⁶²⁾ er will die Begrenzung des Versicherungsschutzes jedoch nicht generell anhand dieser Faktoren beurteilen und hält am Zweck solcher

⁵⁸⁾ Eine Erwartungshaltung von Arbeitgeber und Arbeitskollegen zur Beteiligung an einer „im allgemeinen nicht ungefährlichen Sportart“ besteht eher gegenüber Arbeitnehmern, die berufsbedingt spezielle Voraussetzungen für die Ausübung dieses Sports mitbringen, als bei Arbeitnehmern, die nicht in dieser Weise trainiert sind. Im Rafting-Fall (OGH 13. 10. 1992, 10 ObS 234/92) sprach daher der Umstand, dass völlig ungeübte Büroangestellte an der Raftingfahrt teilnahmen, gegen den Unfallversicherungsschutz.

⁵⁹⁾ Zur Raftingfahrt schloss der OGH (13. 10. 1992, 10 ObS 234/92) auch aus der dafür erforderlichen Ausrüstung auf „das erhöhte Risiko dieser Unternehmung“. In der Canyoning-Entscheidung (OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a) meinte er hingegen, aus dem Erfordernis des Tragens der Schutzausrüstung (Neoprenanzug als Kälteschutz und Helm, der bei vielen Sportarten getragen wird) lasse sich nicht von vornherein auf die Ausübung einer besonders gefährlichen und risikoträchtigen Sportart schließen.

⁶⁰⁾ Siehe OGH 13. 10. 1992, 10 ObS 234/92; 13. 10. 1992, 10 ObS 242/92; 14. 11. 1995, 10 ObS 114/95; RIS-Justiz RS0084560.

⁶¹⁾ Die Schutzgrenze ist nach dem OGH bei wesentlichem Übersteigen des mit betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen üblichen Risikos überschritten; siehe übereinstimmend zum Canyoning OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a; zum Rafting OGH 13. 10. 1992, 10 ObS 234/92.

⁶²⁾ So grundsätzlich sowohl zum Rafting (OGH 13. 10. 1992, 10 ObS 234/92) als auch zum Canyoning (OGH 27. 11. 2007, 10 ObS 113/07a), wenngleich das Ergebnis im Einzelfall unterschiedlich war.

Veranstaltungen – der Förderung der Betriebsverbundenheit – als dem entscheidenden Abgrenzungskriterium fest.⁶³⁾ Denn nur dieser Zweck führe eine betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung überhaupt erst in die Nähe eines Zusammenhangs mit der „*die Versicherung begründenden Beschäftigung*“, von dem der Unfallversicherungsschutz nach § 175 Abs 1 ASVG abhängt.⁶⁴⁾

Überdies habe jede Sportart ein spezifisches Verletzungsrisiko, sodass das Abstellen auf eine allgemein höher anzusetzende Gefährlichkeit unscharf wäre. Es komme zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem, ob man die drohende besondere Schwere der Unfälle (etwa beim Drachenfliegen oder Fallschirmspringen) oder die Verletzungshäufigkeit (wie beim Fußball oder Schifahren) als Abgrenzungskriterium heranziehe.⁶⁵⁾ Schließlich dürfe es nicht im Belieben des Arbeitgebers liegen, den gesetzlichen Unfallversicherungsschutz durch seine Dispositionen zulasten der Versichertengemeinschaft auf beliebig hohe Risiken auszudehnen.⁶⁶⁾

5.5. Sportunfälle auf Veranstaltungen von Geschäftspartnern des Arbeitgebers

Im Taxibob-Fall⁶⁷⁾ erörterte der OGH den Umfang des Unfallversicherungsschutzes im Grenzbereich zwischen betriebsbezogener beruflicher Fortbildung,⁶⁸⁾ Dienstreise⁶⁹⁾ und Sportausübung auf betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen. Ein Angestellter nahm im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses an einem dreitägigen Fortbildungsseminar („*Partnertagung*“) teil, das ein Geschäftspartner seines Arbeitgebers finanzierte und organisierte. Im Rahmenprogramm der Veranstaltung waren alle Seminarteilnehmer zu einer Taxibobfahrt eingeladen. Erst auf ausdrückliche Ermunterung seines Chefs nahm der Angestellte am Team-Event Bobfahren – dem „Cup“ im Taxibob – teil und erlitt dabei einen Lendenwirbelbruch.⁷⁰⁾ Den Versicherungsschutz beurteilte der OGH im Wesentlichen anhand der zu Unfällen auf betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen entwickelten Kriterien und ging daher vom Zweck „*der Pflege der Verbundenheit*“ zwischen dem Arbeitgeber (!) und der Belegschaft aus. Entscheidend war demnach, ob sich der Angestellte gegenüber seinem Arbeitgeber zur Teilnahme an der Bobfahrt „*verpflichtet fühlen musste*“. Denn erst die Mitwirkung des Arbeitgebers könne für Arbeitnehmer „*eine gewisse Zwangslage*“ zur Teilnahme schaffen, die den Versicherungsschutz rechtfertige. Dafür genügen nach dem OGH Begleitumstände, die objektiv – also für jedermann begreiflich – geeignet seien „*einen Mitarbeiter wegen seiner Eigenschaft als Dienstnehmer zur Teilnahme zu drängen*“. Da die Taxibobfahrt (als eine von einem Geschäftspartner des Arbeitgebers organisierte Freizeitaktivität) nicht im erforderlichen Ausmaß von der Autorität des Arbeitgebers getragen wurde, verneinte der OGH den Versicherungsschutz. Aus der Teilnahme des Angestellten an der Bobfahrt „*vor allem*“ aus Höflichkeit gegenüber dem Seminarorganisator lasse sich keine besondere Verpflichtung dem Arbeitgeber gegenüber ableiten.

⁶³⁾ Aus diesem Zweck betrieblicher Gemeinschaftsveranstaltungen ergebe sich die Begrenztheit des versicherten Risikos. Nicht jede Pflege gesellschaftlicher Beziehungen stehe unter Versicherungsschutz, auch wenn sie für das Unternehmen wertvoll sei; so auch R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 72 ff.

⁶⁴⁾ Siehe auch R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 75; derselbe, DRdA 2011, 166.

⁶⁵⁾ Siehe OGH 27. 11. 2007, 10 Obs 113/07a.

⁶⁶⁾ So auch R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 75.

⁶⁷⁾ OGH 22. 2. 2016, 10 Obs 151/15a.

⁶⁸⁾ Zum Unfallversicherungsschutz bei betrieblichen Schulungs- und Ausbildungsmaßnahmen R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 57 ff.

⁶⁹⁾ Zum Unfallversicherungsschutz auf Dienstreisen R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 51 ff; Taxerer, ZAS 2005, 16 ff.

⁷⁰⁾ Nach einem „*gewaltigen Ruck*“ wegen einer Richtungsänderung in der Schlusskurve des Bobkanals.

Diese Entscheidungsbegründung zeigt, dass die Anforderungen für den Unfallversicherungsschutz bei (Sport-)Unfällen im Rahmenprogramm von Gemeinschaftsveranstaltungen höher sind, die nicht der Arbeitgeber selbst, sondern dessen Geschäftspartner abhalten. Selbst dann, wenn die Teilnahme des verunfallten Arbeitnehmers vom Arbeitgeber gewünscht ist und im betrieblichen Interesse liegt.

6. Schlussbemerkung

De lege ferenda ist die Einführung eines gesetzlichen Sondertatbestands für Arbeitsunfälle auf betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen überlegenswert. Fundierte ergänzende Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien könnten bestehende Auslegungsprobleme verringern und die Rechtssicherheit erhöhen. Zur Orientierung könnte der geltende Tatbestand zum Unfallversicherungsschutz bei der Teilnahme an Schulveranstaltungen und schulbezogenen Veranstaltungen gemäß § 175 Abs 5 Z 1 ASVG⁷¹⁾ im Rahmen der Schülerunfallversicherung (§ 8 Abs 1 Z 3 lit h ASVG) herangezogen werden.

i Auf den Punkt gebracht

Unfallversicherungsschutz besteht für Arbeitnehmer im Rahmen betrieblicher Gemeinschaftsveranstaltungen (Incentive-Events) – mangels eines Sondertatbestands – nur aufgrund der Generalklausel zum Arbeitsunfall in § 175 Abs 1 ASVG. Der darin geforderte örtliche, zeitliche und ursächliche Zusammenhang des Unfalles mit dem Arbeitsverhältnis besteht nach der Rechtsprechung nur dann, wenn die Teilnahme an der Veranstaltung Ausfluss der Ausübung der Erwerbstätigkeit ist. Dies wird regelmäßig bejaht, wenn die Veranstaltung die Förderung der Betriebsverbundenheit zwischen Arbeitgeber und Belegschaft sowie der Arbeitnehmer untereinander bezweckt. Dafür sprechende Kriterien sind insbesondere die Finanzierung und Organisation der Gemeinschaftsveranstaltung durch den Arbeitgeber mit dem Ziel, dass möglichst viele Betriebsangehörige daran teilnehmen sollen (Sich-zur-Teilnahme-verpflichtet-Fühlen).

Grundsätzlich können auch sportliche Betätigungen auf Betriebsausflügen oder betriebliche Sportveranstaltungen im betrieblichen Interesse liegen und der Betriebsverbundenheit (Teamgeist) dienen. Bei Sport mit Wettkampfcharakter (etwa betriebliche Fußballturniere oder Schirennen einschließlich vorbereitender Aktivitäten wie Aufwärmen) oder Leistungssport wird das aber regelmäßig verneint, weil damit ein hohes Verletzungsrisiko verbunden ist und außerdem private Interessen der Teilnehmer im Vordergrund stehen.

Abenteuer-, Risiko- und Randsportarten (wie Canyoning, Rafting, Fallschirmspringen, Drachenfliegen, Paragleiten und dergleichen) nimmt die Rechtsprechung nicht generell vom Unfallversicherungsschutz für Sportaktivitäten bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen aus, sondern stellt auf die grundsätzliche Eignung der Sportart zur Förderung der Betriebsverbundenheit und auf die konkreten Einzelfallumstände (wie Schwierigkeitsgrad und Verletzungsgefahr, fachkundige Anleitung und Begleitung der Teilnehmer, notwendige Schutzausrüstungen, Witterungsbedingungen oder Hinweise auf die Eignung für Anfänger) ab. Die Schutzgrenze liegt bei Aktivitäten mit nicht unbeträchtlicher Gefahr, die das mit solchen Veranstaltungen üblicherweise verbundene Risiko wesentlich übersteigen.

⁷¹⁾ Weiterführend G. Fischer, Sport, 250 ff; R. Müller in Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm, § 175 ASVG Rz 59 und 154 ff; Tarmann-Prentner in Sonntag, ASVG⁷, § 175 Rz 47; zur ähnlichen Studentenunfallversicherung siehe M. Novak, Sport- und veranstaltungsbezogener Unfallversicherungsschutz Studierender nach ASVG, DRdA 1992, 191.

Die Schweiz als Vorbild für die betriebliche Altersvorsorge in Österreich?

Eine rechtsvergleichende Untersuchung

MARTA J. GLOWACKA*)



Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Optimierung der betrieblichen Altersvorsorge in Österreich und zieht hierbei die aus dem Rechtsvergleich mit dem Schweizer System der beruflichen Vorsorge gewonnenen Erkenntnisse heran.

1. Einleitung

Anhänger pessimistischer Prognosen proklamieren, dass die „*Pension in der Krise*“ ist. Wenn dem so ist, stellt sich sohin die problemlösungsorientierte Frage: Wie kann man dem entgegenwirken? Vielleicht vermag ein Blick in das Schweizer Vorsorgesystem zu helfen. Auf Anhieb fällt auf, dass die betriebliche Altersvorsorge dort eine größere Rolle spielt als in Österreich. Denn während vom obligatorischen Teil der zweiten Säule in der Schweiz gut 80 % der Erwerbstätigen erfasst sind,¹⁾ haben in Österreich nur zirka 30 % der aktiven Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine Betriebspension.²⁾

Vor allem Arbeitnehmervertreter stehen kapitalgedeckten Systemen skeptisch gegenüber, da sie – zusätzlich zu wirtschaftlichen und politischen Risiken, die die staatliche Vorsorge auch treffen – von den Risiken der Finanzmärkte betroffen sind und daher keine sinnvolle Alternative zum Umlageverfahren darstellen.³⁾ Die betriebliche Altersvorsorge ist aber sehr wohl eine bedeutende Ergänzungsmöglichkeit, die zurzeit allerdings nicht ausreichend genutzt wird. Im Hinblick auf eine mögliche Stärkung der zweiten Säule in Österreich sollen folgende Spezifika des Schweizer Systems der beruflichen Vorsorge, das auch nach dem Kapitaldeckungsverfahren finanziert wird,⁴⁾ näher beleuchtet werden: Obligatorium, Mindestzins- und Mindestumwandlungssatz sowie Sicherheitsfonds.

2. Obligatorium

In der Schweiz soll die betriebliche Altersvorsorge die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise ermöglichen⁵⁾ und ist daher bei einem Jahreslohn zwi-

*) Dr. Marta J. Glowacka, LL.M. ist Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Für einen Forschungsaufenthalt an der Universität Zürich im August 2016 hat die Autorin Förderungen von der Wirtschaftsuniversität Wien (High Potential Contact Weeks 2016) sowie vom Forschungsförderungsprogramm „Internationale Kommunikation“ der Österreichischen Forschungsgemeinschaft erhalten. Größter Dank gebührt Prof. Dr. Thomas Gächter sowie seinen Mitarbeitern vom Lehrstuhl am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich für die freundliche Zurverfügungstellung eines Arbeitsplatzes sowie die uneingeschränkte Unterstützung und Diskussionsbereitschaft.

1) Bundesamt für Sozialversicherungen, Schweizerische Sozialversicherungsstatistik 2015, online abrufbar unter <http://www.bsv.admin.ch/statistik>.

2) Vgl. Drs/Glowacka in Drs, Handbuch Betriebspensionsrecht (2013) Rz 1.41; Url, Die Rolle von Lebensversicherungen in der betrieblichen Altersvorsorge (2012) 24, online abrufbar unter http://www.wifo.ac.at/jart/prj3/wifo/resources/person_dokument/person_dokument.jart?publikationsid=45558&mime_type=application/pdf; Wöss/Reiff/Gruber, Unemployment and Pensions Protection in Europe: the Changing Role of Social Partners – Austria (2016) 6, online abrufbar unter http://www.ose.be/files/publication/QSEPaperSeries/Woss_et_al_2016_OseResearchPaper24_Prowelfare_AUT.pdf.

3) Siehe Wöss, Alterssicherung im Wandel, in Wöss, Alterssicherung (2015) 27; derselbe, Zum Verhältnis zwischen betrieblicher und gesetzlicher Alterssicherung, in Urnik/Pfeil, Betriebliche Altersvorsorge in der Krise (2013) 19; derselbe, Stellenwert der „2. Säule“ im Gesamtsystem der Alterssicherung, in Drs, Betriebspensionsrecht (2008) 255; vgl. aber Gächter/Meier in Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar zur Bundesverfassung (2015) Art 111 Rz 29; Gächter, Struktur und Bedeutung der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, in Drs, Betriebspensionsrecht (2008) 263 (280).

4) Weiterführend Locher/Gächter, Grundriss des Sozialversicherungsrechts⁴ (2014) § 2 Rz 21 ff.

5) Locher/Gächter, Sozialversicherungsrecht⁴, § 1 Rz 32.

schen 21.150 und 84.600 Schweizer Franken (zirka 19.500 bis 78.000 Euro) grundsätzlich verpflichtend (sogenanntes Obligatorium; Art 7 f BVG⁶⁾).⁷⁾ So sind Arbeitnehmer ab dem 1. 1. eines Jahres, das auf das Jahr folgt, in dem die Arbeitnehmer das 17. Lebensjahr vollenden, für die Risiken des Todes und der Invalidität bzw ab dem 1. 1. nach Vollendung des 24. Lebensjahres auch für das Alter obligatorisch in der zweiten Säule versichert.⁸⁾ Hierfür müssen Arbeitgeber, die obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigen, eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschließen, anderenfalls sie der sogenannten Stiftung Auffangeinrichtung BVG angeschlossen werden (Art 11 und 60 Abs 2 lit a BVG).⁹⁾ Bei der Auffangeinrichtung handelt es sich um eine nationale Vorsorgeeinrichtung, die von den Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer errichtet wird und im Auftrag des Bundes als Sammeleinrichtung fungiert.¹⁰⁾ Über das Obligatorium hinaus kann freiwillig auch eine weitergehende berufliche Vorsorge gewährt werden (sogenanntes Außerobligatorium); so kann zB das höhere Gehalt (über 84.600 Schweizer Franken), aber auch das niedrigere (unter 21.150 Schweizer Franken) versichert werden.¹¹⁾ Für die Entfaltung der beruflichen Vorsorge spielen – wie auch in Österreich – steuerliche Begünstigungen eine herausragende Rolle.¹²⁾ So sind sowohl die Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung als auch die Erträge bzw Wertsteigerungen des angesammelten Vermögens von der Steuer befreit, die Leistungen sind dafür grundsätzlich in voller Höhe steuerpflichtig.¹³⁾

Die Verpflichtung zur zusätzlichen, die staatliche Vorsorge ergänzenden betrieblichen Altersvorsorge könnte zwar auch in Österreich *ex lege* flächendeckend geschaffen werden, würde aber wohl in Anbetracht der bereits 22,8 % betragenden Beiträge, die für die gesetzliche Pensionsversicherung (bis zur Höchstbeitragsgrundlage von 4.860 Euro) zu leisten sind, auf Widerstand stoßen. Eine Umschichtung von der ersten zur zweiten Säule wiederum wäre mit der von Wöss zu kapitalgedeckten Systemen vertretenen Ansicht¹⁴⁾ nicht in Einklang zu bringen. Eine Alternative, die sowohl den Bedenken gegenüber der Umschichtung als auch den Arbeitgeberinteressen Rechnung tragen und gleichzeitig zur Stärkung der zweiten Säule beitragen würde, wäre meines Erachtens die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf Gehaltsumwandlung¹⁵⁾ in Anlehnung an das deutsche Betriebspensionsrecht (§ 1a iVm § 17 BetrAVG¹⁶⁾).¹⁷⁾ Derart wäre die Möglichkeit, Teile des Gehalts steuerrechtlich begünstigt in Beiträge bzw Prämien zur be-

⁶⁾ (Schweizer) Bundesgesetz vom 25. 6. 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) in der Fassung vom 1. 1. 2015, SR 831.40.

⁷⁾ In Art 1j BVV 2 (siehe Fußnote 24) werden Ausnahmen von der obligatorischen Versicherung aufgelistet (zB Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten; siehe aber Art 1k BVV 2). Umgekehrt sind Personen, die Taggelder der Arbeitslosenversicherung beziehen, bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG für die Risiken Tod und Invalidität der obligatorischen Versicherung unterstellt (Art 22a Abs 3 [Schweizer] Bundesgesetz vom 25. 6. 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG] in der Fassung vom 1. 1. 2014, SR 837.0, iVm Art 1 [Schweizer] Verordnung vom 3. 3. 1997 über die obligatorische berufliche Vorsorge von arbeitslosen Personen in der Fassung vom 1. 7. 2015, SR 837.174); siehe *Locher/Gächter*, Sozialversicherungsrecht⁴, § 28 Rz 16.

⁸⁾ Siehe bereits *Glowacka* in *Drs*, Handbuch, Rz 9.55 und 9.60.

⁹⁾ Weiterführend *C. Helbling*, Personalvorsorge und BVG⁸ (2006) 147; *Stauffer*, Die berufliche Vorsorge³ (2013) Art 11 BVG.

¹⁰⁾ *Glowacka* in *Drs*, Handbuch, Rz 9.58; vgl auch *Hürzeler* in *Schneider/Geiser/Gächter*, BVG und FZG (2010) Art 55 BVG Rz 5 sowie Art 60 BVG Rz 3 und 6 ff; *Riemer/Riemer-Kafka*, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz² (2006) § 3 Rz 36; *Stauffer*, Berufliche Vorsorge² (2012) Rz 156.

¹¹⁾ Vgl *Gächter*, Struktur, 274 f; *Locher/Gächter*, Sozialversicherungsrecht⁴, § 1 Rz 33.

¹²⁾ *Gächter/Meier* in *Waldmann/Belser/Epiney*, Bundesverfassung, Art 111 Rz 34; *Gächter*, Struktur, 280.

¹³⁾ Siehe bereits *Glowacka* in *Drs*, Handbuch, Rz 9.64; *J.-A. Schneider* in *Schneider/Geiser/Gächter*, BVG und FZG, Art 80 BVG Rz 14; *Stauffer*, Berufliche Vorsorge², Rz 1992 ff.

¹⁴⁾ Siehe Fußnote 3.

¹⁵⁾ Während im Arbeitsrecht der Begriff „Gehaltsumwandlung“ gebräuchlich ist, wird diese im Steuerrecht als „Bezugsumwandlung“ bezeichnet.

¹⁶⁾ (Deutsches) Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz – BetrAVG), dBGBI I 1974, 3610 in der Fassung dBGBI I 2015, 434.

¹⁷⁾ Siehe *Glowacka* in *Drs*, Handbuch, Rz 9.44.

trieblichen Altersvorsorge umzuwandeln, allen Arbeitnehmern zugänglich, und nicht nur denen, die in den Geltungsbereich der wenigen Kollektivverträge¹⁸⁾ fallen, in denen die Betriebsparteien zur Regelung der Gehaltsumwandlung ermächtigt werden.¹⁹⁾

Das ist insofern bedeutend, als die Lohnsteuerfreiheit auf Beiträge bzw Prämien beschränkt wird, die im Wege der Gehaltsumwandlung aufgrund einer lohngestaltenden Vorschrift im Sinne des § 26 Z 7 iVm § 68 Abs 5 Z 1 bis 6 EStG geleistet werden.²⁰⁾ Hierfür kommt eine Regelung insbesondere durch Gesetz oder Kollektivvertrag in Betracht; eine Betriebsvereinbarung gilt nur dann als lohngestaltende Vorschrift im Sinne des § 68 Abs 5 EStG, wenn sie wegen Fehlens eines kollektivvertragsfähigen Vertragsteiles im Sinne des § 4 ArbVG auf der Arbeitgeberseite (insbesondere Wirtschaftskammer, freiwillige Arbeitgebervereinigungen wie zB der Österreichische Sparkassenverband) zwischen einem einzelnen Arbeitgeber und dem kollektivvertragsfähigen Vertragsteil auf der Arbeitnehmerseite (Arbeiterkammer, ÖGB, unter Umständen Standeskammern wie zB Ärztekammer;²¹⁾ § 68 Abs 5 Z 6 EStG) oder aufgrund besonderer kollektivvertraglicher Ermächtigungen abgeschlossen worden ist (§ 68 Abs 5 Z 5 EStG).

Damit es aber zu keiner *De-facto*-Umschichtung von der gesetzlichen zur betrieblichen Versicherung kommt, sollten die Auswirkungen der Gehaltsumwandlung auf sozialrechtliche Ansprüche überdacht werden. Denn bei der Beitragsfreiheit im Sozialversicherungsrecht aufgrund der Ausnahme vom Entgeltbegriff gemäß § 49 Abs 3 Z 18 lit b ASVG ist zu bedenken, dass die Verringerung der Beitragsgrundlage in der Folge auch zu einer Reduktion der Bemessungsgrundlage diverser sozialrechtlicher Ansprüche führen kann.²²⁾

3. Mindestzins- und Mindestumwandlungssatz

Das österreichische PKG verpflichtet gegenwärtig weder zur Mindestertrags- noch zur Kapitalgarantie. Dies ist der mehrjährigen Baisse am Veranlagungsmarkt geschuldet, die 2003 zur Novellierung des PKG führte.²³⁾ Dadurch ist die Verpflichtung der Pensionskasse gefallen, für den Fall, dass der Veranlagungserfolg hinter einer Mindestverzinsung zurückbleibt, den Fehlbetrag aus Eigenmitteln zuzuschießen. Das Schweizer BVG kennt zwar die Begriffe „*Kapitalgarantie*“ oder „*Mindestertragsgarantie*“ nicht, vom Bundesrat wird allerdings ein Mindestzins festgelegt, der auf die Altersgutschrift aufgeschlagen wird und derart das Altersguthaben ergibt (Art 15 BVG). Seit dem 1. 1. 2016 beträgt der Mindestzins 1,25 % und hat damit seinen Tiefstand erreicht (Art 12 BVV 2²⁴⁾). Im Außerob-

¹⁸⁾ Kollektivvertrag für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (§ 19a); Kollektivvertrag für Angestellte der Baugewerbe und der Bauindustrie (§ 13c); Kollektivvertrag für Angestellte des Innendienstes der Versicherungsunternehmen (§ 11 Abs 19); Kollektivvertrag für Angestellte des Außendienstes der Versicherungsunternehmen (§ 3 Abs 14); Kollektivvertrag für Angestellte in Spedition & Logistik (§ 16 Punkt G.); Kollektivvertrag für die Arbeiter der Speditions- und Lagereibetriebe Österreichs (Art XVa); Rahmenkollektivvertrag für Angestellte der Industrie in der für die Angestellten der holzverarbeitenden Industrie geltenden Fassung (§ 9e); Kollektivvertrag für Arbeiter der holzverarbeitenden Industrie (§ 10); Kollektivvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (§ 40); Rahmenkollektivvertrag für Angestellte der Industrie in der für die Angestellten der Sägeindustrie geltenden Fassung (§ 9e); Kollektivvertrag für Arbeiter der Sägeindustrie Österreichs (§ 9).

¹⁹⁾ Zur Frage, ob bzw inwieweit in Kollektivverträgen, die bis zum 1. 1. 1997 keine betriebliche Altersvorsorge vorgesehen hatten (und daher nicht von § 3 Abs 1a bzw § 6a Abs 1a BPG erfasst sind), Regelungen zur Pensionskasse bzw betrieblichen Kollektivversicherung getroffen werden können, siehe weiterführend *Głowacka*, Änderungen von Betriebspensionen (in Druck).

²⁰⁾ Vgl *Drs*, Betriebliche Altersvorsorge durch Gehaltsumwandlung (Teil I), ASoK 2015, 362 (370).

²¹⁾ Um im Sinne des § 4 Abs 1 ArbVG kollektivvertragsfähig zu sein, müssen Standeskammern als gerunabhängig angesehen werden können. Dies kann zB dann der Fall sein, wenn innerhalb der Kammer unabhängige Organisationseinheiten für Selbständige und Unselbständige errichtet werden.

²²⁾ *Drs*, Betriebliche Altersvorsorge durch Gehaltsumwandlung (Teil I), ASoK 2015, 402 (404).

²³⁾ VfGH 18. 3. 2006, G 79/05, ÖZW 2006, 77 (*Rebhahn*).

²⁴⁾ (Schweizer) Verordnung vom 18. 4. 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) in der Fassung vom 1. 4. 2016, SR 831.441.1.

ligatorium gilt dieser Mindestzinssatz nur subsidiär, wenn reglementarisch kein anderer festgelegt wird.²⁵⁾ Wenn der festgelegte Mindestzinssatz und der tatsächlich erzielte Kapitalertrag über eine längere Zeit auseinanderklaffen, kann es zu einer Unterdeckung kommen, die einer Maßnahme im Sinne des Art 65d BVG (zB Erhebung zusätzlicher Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge) bedarf. Abgesehen davon ist gemäß Art 14 Abs 2 BVG im obligatorischen Bereich ein Mindestumwandlungssatz von gegenwärtig 6,8 % für das ordentliche Pensionsantrittsalter von 65 Jahren bei Männern und 64 Jahren bei Frauen einzuhalten,²⁶⁾ sodass bei einem Altersguthaben von zB 1 Mio Schweizer Franken die Altersrente 68.000 Schweizer Franken pro Jahr beträgt. Dagegen können für das Außerobligatorium auch ein anderer Umwandlungssatz bzw eine abweichende Leistungsumschreibung gewählt werden, solange das gesetzliche Minimum (das heißt das Obligatorium) nicht unterschritten wird.

Sowohl in Bezug auf den Mindestzinssatz als auch den Mindestumwandlungssatz wird die Gewährleistung des Obligatoriums nach dem sogenannten Anrechnungsprinzip (zum Teil auch als Günstigkeits- oder Vergleichsprinzip bezeichnet) beurteilt. Danach wird der aus der reglementarischen Leistungsordnung resultierende Anspruch an die gesetzlichen Mindestleistungen angerechnet. Dies kann am folgenden Beispiel veranschaulicht werden.

- **Beispiel 1**

Bei einem obligatorisch angesparten Altersguthaben von 1 Mio Schweizer Franken und einem außerobligatorischen Altersguthaben von 500.000 Schweizer Franken beträgt die gesetzliche Mindestaltersrente 68.000 Schweizer Franken pro Jahr ($1.000.000 \times 6,8\%$). Wenn daher die reglementarische Leistungsordnung einen Umwandlungssatz des gesamten Kapitals mit 4,6667 % (bzw Obligatorium mit 6 % und Außerobligatorium mit 2 % bei einer gesplitteten Berechnung) vorsieht und dadurch auf eine jährliche Altersrente von 70.000 Schweizer Franken ($1.000.000 \times 6\% + 500.000 \times 2\%$) kommt, verstößt sie nicht gegen das BVG (da $70.000 > 68.000$), obwohl *de facto* der Mindestumwandlungssatz von 6,8 % nicht eingehalten wird. Derart erhält eine Person, die 1,5 Mio Schweizer Franken Altersguthaben angespart hatte, nur 2.000 Schweizer Franken mehr Rente pro Jahr als eine Person mit 1 Mio Schweizer Franken.

In Bezug auf den Mindestzinssatz kann es in Anwendung des Anrechnungsprinzips im Falle einer *prima facie* günstigeren reglementarischen Leistungsordnung zu einer effektiven Schmälerung des außerobligatorisch angesparten Altersguthabens kommen. Dieser Effekt soll am folgenden Beispiel visualisiert werden.

- **Beispiel 2**

Bei einem Altersguthaben von insgesamt 120.000 Schweizer Franken (davon 100.000 obligatorisch und 20.000 außerobligatorisch) im Jahr 2016 muss nur der obligatorische Teil im nächsten Jahr zumindest um den Zins im Sinne des Art 15 BVG iVm Art 12 BVV 2 aufgewertet werden (das heißt 1,25 %). Daher müsste 2017 dem Betroffenen ein Altersguthaben von insgesamt 121.250 Schweizer Franken gutgeschrieben werden ($100.000 \times 1,0125 + 20.000$). Da im Hinblick auf das Anrechnungsprinzip aber das reglementarische Guthaben (120.000 Schweizer Franken) lediglich daraufhin kontrolliert wird, ob es das gesetzliche Minimum (101.250 Schweizer Franken) nicht unterschreitet, ist die Vorsorgeeinrichtung nicht verpflichtet, mit dem (Mindest-)Zins aufzuwerten, sodass es auch im Jahr 2017 bei einem Altersguthaben von insgesamt 120.000 Schweizer Franken bleibt. Dadurch kommt es *de facto* allerdings zu einer Schmälerung des Außerobligatoriums um 1.250 Schweizer Franken zugunsten des Obligatoriums ($120.000 = 101.250 + 18.750$).

Dieser Aufsaugungseffekt rührt daher, dass bei der Beurteilung der Günstigkeit der gesetzliche Mindestanspruch mit der Gesamtleistung (inklusive außerobligatorischer Zu-

²⁵⁾ Stauffer, Berufliche Vorsorge³, Art 15 BVG.

²⁶⁾ Der Mindestumwandlungssatz soll im Rahmen der Reform der Altersvorsorge 2020 stufenweise um 0,2 % pro Jahr auf 6 % gesenkt werden; vgl Botschaft 14.088 zur Reform der Altersvorsorge 2020 vom 19. 11. 2014, BBl 2015, 1.

satzleistung) verglichen wird. Fraglich erscheint, ob dieses Ergebnis nicht gegen die Verfassung bzw die Grundsätze der beruflichen Vorsorge verstößt.²⁷⁾

In Anbetracht der relativen Freiheit der Vorsorgeeinrichtung bei der Festsetzung des Zins- und Umwandlungssatzes erscheint die Mitwirkung der Belegschaft(svertretung) mangelhaft. Denn das Schweizer BVG kennt im Vergleich zum österreichischen System keine Mitwirkung des Betriebsrats beim Abschluss der als Grundlage für den Pensionskassenvertrag dienenden Grundlagvereinbarung. Gemäß Art 11 BVG wirkt die Belegschaft bei der Wahl der Vorsorgeeinrichtung nur mit, wenn der Arbeitgeber nicht bereits über eine solche verfügt. Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben gemäß Art 51 BVG zwar das Recht, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden. Da in der Regel nur größere Unternehmen und die Verwaltung eigene Pensionskassen haben, während sich der Rest autonomen Sammel- oder Gemeinschaftsstiftungen anschließt, erscheint es zweifelhaft, ob dieses Mitwirkungssystem den konkreten Bedürfnissen der Betriebsbelegschaft tatsächlich Rechnung trägt.

4. Sicherheitsfonds

Um der Gefahr entgegenzuwirken, dass Vorsorgeeinrichtungen schlecht wirtschaften und Deckungskapital verloren geht, wurde in der Schweiz ein als Stiftung ausgestalteter Sicherheitsfonds eingerichtet.²⁸⁾ Diesem sind die dem FZG²⁹⁾ unterstellten Vorsorgeeinrichtungen angeschlossen (Art 57 BVG) und durch diese Vorsorgeeinrichtungen wird der Sicherheitsfonds finanziert (Art 59 BVG). Die Beitragssätze werden jährlich vom Stiftungsrat festgelegt, von der Oberaufsichtskommission genehmigt und den Vorsorgeeinrichtungen mitgeteilt (Art 18 SFV³⁰⁾).

Grundsätzlich müssen aber die Vorsorgeeinrichtungen Sicherheit dafür bieten, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen können (Art 65 BVG). Diesem Grundsatz wird nicht entsprochen, wenn es zu einer Unterdeckung kommt, das heißt, wenn das Vorsorgevermögen nicht zur Deckung des versicherungstechnisch notwendigen Vorsorgekapitals reicht (Art 44 Abs 1 iVm Anhang der BVV 2). In diesem Fall müssen die Aufsichtsbehörde, die Arbeitgeber, die Versicherten sowie die Pensionisten über Ausmaß und Ursachen der Unterdeckung sowie das Maßnahmenkonzept informiert werden (Art 44 Abs 2 BVV 2).

Eine zeitlich begrenzte Unterdeckung ist aber zulässig. Die Frist zur Behebung der Unterdeckung beträgt in der Regel fünf bis sieben Jahre, unter Umständen 10 Jahre.³¹⁾ Die Maßnahmen, die die Vorsorgeeinrichtung ergreifen kann, müssen auf einer regulatorischen Grundlage beruhen, geeignet und angemessen sein (Art 65d Abs 2 BVG). Es gibt zwar keine echte Nachschusspflicht wie bei leistungsorientierten Betriebspensionszusagen in Österreich, bei Unterdeckung können aber Arbeitgeber, Arbeitnehmer sowie Pensionisten zur Beitragsleistung³²⁾ herangezogen werden, wobei Letzteren die Pensionshöhe bei Entstehung des Anspruchs gewährleistet bleibt (Art 65d Abs 3 BVG).³³⁾

²⁷⁾ Vgl *Flückinger* in *Schneider/Geiser/Gächter*, BVG und FZG, Art 14 BVG Rz 6 FN 17; siehe aber BGE 140 V 169, E 9.1, S 187 und E 9.2, S 188.

²⁸⁾ Vgl *Gächter*, Struktur, 272 f.

²⁹⁾ (Schweizer) Bundesgesetz vom 17. 12. 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG) in der Fassung vom 1. 1. 2012, SR 831.42.

³⁰⁾ (Schweizer) Verordnung vom 22. 6. 1998 über den Sicherheitsfonds BVG (SFV) in der Fassung vom 1. 1. 2012, SR 831.432.1.

³¹⁾ *Meier*, Rechtsfragen rund um die gegenwärtige und künftige Bedeutung der Staatsgarantie bei Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften (2015) Rz 250.

³²⁾ Bzw es werden nachträglich gewährte Rentenerhöhungen (häufig Teuerungszulagen) rückgängig gemacht.

³³⁾ Vgl die Sicherheits-Veranlagungs- und Risikogemeinschaft in Österreich.

Des Weiteren kann reglementarisch geregelt werden, dass Arbeitgeber Einlagen für eine Arbeitgeberbeitragsreserve mit Verwendungsverzicht vornehmen können (Art 65e BVG). Wenn die Vorsorgeeinrichtung auf dieses Vermögen nicht zurückgreifen muss, um die Unterdeckung zu beheben, kann der Verwendungsverzicht des Arbeitgebers aufgehoben werden, sodass diese Mittel dem Arbeitgeber zur ordentlichen Verwendung für die Leistung von Arbeitgeberbeiträgen zur Verfügung stehen.³⁴⁾ Abgesehen davon kann der Mindestzinssatz (2016: 1,25 %) für die Dauer der Unterdeckung um bis zu 0,5 % unterschritten werden (Art 65d Abs 4 BVG).

Zu den Aufgaben des Sicherheitsfonds gehören insbesondere die Bezuschussung von Vorsorgeeinrichtungen mit ungünstigen Altersstrukturen (das heißt, wenn die Summe der Altersgutschriften 14 % der koordinierten Löhne übersteigt; Art 56 Abs 1 lit a und Art 58 BVG) und die Sicherstellung von Vorsorgeleistungen von zahlungsunfähigen bzw liquidierten Vorsorgeeinrichtungen (Art 56 Abs 1 lit b und c BVG). Während die Zuschüsse bei ungünstiger Altersstruktur nur für die Minimalvorsorge nach dem BVG gelten, erfasst die Insolvenzdeckung auch den außerobligatorischen Bereich (bis 126.900 Schweizer Franken; Art 56 Abs 2 BVG).³⁵⁾

Wie bereits dargestellt, müssen Vorsorgeeinrichtungen eine Unterdeckung selbst beheben, der Sicherheitsfonds greift erst ein, wenn die Sanierung nicht mehr möglich ist.³⁶⁾ Der Sicherheitsfonds stellt dann den Betrag sicher, welcher der Vorsorgeeinrichtung fehlt (Art 26 SFV). Anspruchsberechtigt sind dabei die zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtungen, nicht aber die einzelnen (ehemaligen) Arbeitnehmer.³⁷⁾ Die Sicherung des Deckungskapitals wird in einer Verordnung, der BVV 2, konkretisiert, wobei zB zulässige Anlagen und Begrenzungen aufgezählt werden. Zur Überbrückung von Liquiditätsgapen kann der Bund dem Sicherheitsfonds Darlehen zu marktkonformen Bedingungen gewähren (Art 59 Abs 4 BVG). Gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Vorsorgewerks ein Verschulden trifft, hat der Sicherheitsfonds ein Rückgriffsrecht (Art 56a BVG); dabei handelt es sich um einen eigenständigen Anspruch des Sicherheitsfonds.³⁸⁾

Im Vergleich dazu sind die Pensionskassenbeiträge in Österreich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses für den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers durch das IESG gesichert; für den Fall, dass die Pensionskasse in Konkurs geht, stellt das Vermögen jeder Veranlagungs- und Risikogemeinschaft lediglich eine Sondermasse dar.³⁹⁾

i Auf den Punkt gebracht

Zur Stärkung der zweiten Säule in Österreich würde der Rechtsanspruch auf Gehalts- umwandlung beitragen, um die flächendeckende Inanspruchnahme der Lohnsteuerfreiheit zu ermöglichen; dies unter gleichzeitiger Abschaffung der Beitragsfreiheit im Sozialversicherungsrecht. Dadurch wäre eine Kompromisslösung zwischen freiwilliger und verpflichtender betrieblicher Altersvorsorge geschaffen: ein Quasi-Obligatorium. Des Weiteren sollte in Anlehnung an das Schweizer System der beruflichen Vorsorge die Sicherung der erworbenen Anwartschaften über einen sogenannten Sicherheitsfonds erwogen werden. Fraglich erscheint hingegen die Normierung von Mindestzins- und Mindestumwandlungssätzen. Denn die letzten Finanzmarktkrisen haben gezeigt, mit welchen Risiken dies verbunden ist. Das erklärt auch die kontinuierliche Senkung des Mindestzins-

³⁴⁾ Brechbühl in *Schneider/Geiser/Gächter*, BVG und FZG, Art 65e BVG Rz 12 f.

³⁵⁾ Christen in *Schneider/Geiser/Gächter*, BVG und FZG, Art 56 BVG Rz 5 ff.

³⁶⁾ Christen in *Schneider/Geiser/Gächter*, BVG und FZG, Art 56 BVG Rz 13.

³⁷⁾ Stauffer, *Berufliche Vorsorge*³, Art 56 BVG.

³⁸⁾ Stauffer, *Berufliche Vorsorge*³, Art 56a BVG.

³⁹⁾ Medek in *Drs*, Handbuch, Rz 4.124 ff.

satzes für die berufliche Vorsorge in der Schweiz von ursprünglich 4 % auf gegenwärtig 1,25 %. In Anbetracht der stetig steigenden Lebenserwartung erweist sich auch eine Senkung des Mindestumwandlungssatzes als notwendig. Denn auch ein Umwandlungssatz von 6 % erscheint nur bei einer durchschnittlichen Lebenserwartung von zirka 15 Jahren nach Pensionierung ökonomisch vertretbar und entspricht daher nicht der Realität. Umgekehrt korrelieren diese Verzerrungen mit der Bestandsnotwendigkeit des sogenannten Anrechnungsprinzips. In Anbetracht der zweifelhaften Übereinstimmung eben dieses Prinzips mit der Verfassung bzw den Grundsätzen der beruflichen Vorsorge muss davon ausgegangen werden, dass dieses System in der nächsten Zeit nicht unverändert bleiben wird.⁴⁰⁾

⁴⁰⁾ Vor allem bleibt die weitergehende Untersuchung von *Michael E. Meier* zum Anrechnungsprinzip gespannt abzuwarten.

Der unentbehrliche Behelf für die berufliche Praxis

Mit
Checklisten
& Mustern!

ASoK-Spezial
Ältere Arbeitnehmer
Gerhartl
2016, 160 Seiten, kart.
ISBN 978-3-7073-3368-8
Sonderpreis für
ASoK-Abonnenten EUR 24,-
Regulärer Preis EUR 30,-

AUCH
online
www.lindeonline.at



Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise Bücher inkl. 10 % MwSt.

www.lindeverlag.at

Linde

Kopftuchverbot am Arbeitsplatz?

Rechtfertigungsmöglichkeiten im Unionsrecht

ERIKA KOVÁCS*)



Kann ein privater Arbeitgeber seiner Arbeitnehmerin, einer praktizierenden Muslimin, das Tragen eines Kopftuches, das Kopf und Hals, nicht aber das Gesicht bedeckt, verbieten? Vor dem EuGH sind zwei Fälle anhängig, in denen diese Frage zu beantworten ist. Auch der OGH beschäftigte sich vor Kurzem in seiner Entscheidung vom 25. 5. 2016, 9 ObA 117/15v, mit dem Verbot von religiöser Bekleidung am Arbeitsplatz. Der vorliegende Beitrag erläutert, inwieweit sich ein solches Verbot rechtfertigen lässt. Die Untersuchung konzentriert sich auf die europarechtlichen Vorgaben und verweist nur punktuell auf die österreichische Rechtslage.

1. Anhängige Rechtssachen vor dem EuGH

Darf ein Arbeitgeber seiner Arbeitnehmerin verbieten, am Arbeitsplatz ein islamisches Kopftuch zu tragen? Diese Frage muss der EuGH in den Rechtssachen *Achbita*¹⁾ und *Bouagnaoui*²⁾ beantworten.³⁾ In beiden Fällen verlangten Arbeitgeber von ihren Arbeitnehmerinnen, dass sie keine religiöse Kopfbedeckung tragen.

In der Rechtssache *Achbita* galt ein generelles Verbot, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen von politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen. Diese betriebliche Regelung sollte eine allgemeine Unternehmenspolitik der religiösen, weltanschaulichen und politischen Neutralität zum Ausdruck bringen. Frau Achbita wurde wegen der Verletzung dieser Regelung durch das Tragen eines islamischen Kopftuches gekündigt.

In der Rechtssache *Bouagnaoui* hat der Arbeitgeber nach der Beschwerde eines Kunden seine Arbeitnehmerin aufgefordert, am Arbeitsplatz oder zumindest bei Kundenkontakten kein islamisches Kopftuch zu tragen. Die betroffene Arbeitnehmerin trug einen sogenannten Hidschāb, der den Kopf und Hals bedeckt, ohne das Gesicht und andere Körperteile zu verhüllen. Nachdem sie dieser Forderung nicht nachkam, wurde sie gekündigt.

Der gravierendste Unterschied zwischen den beiden Fällen liegt darin, dass der Arbeitgeber in der Rechtssache *Achbita* eine vorab allgemein deklarierte Neutralitätspolitik verfolgt hat, während der Arbeitgeber in der Rechtssache *Bouagnaoui* mit dem individuellen Kopftuchverbot dem Wunsch eines einzelnen Kunden nachgekommen ist.

Die beiden zuständigen Generalanwältinnen haben diesen Unterschied in ihren Schlussanträgen berücksichtigt und sind dementsprechend zu unterschiedlichen Lösungen gelangt. Generalanwältin *Sharpston* vertrat die Meinung, dass im Falle des in-

*) Dr. Erika Kovács ist Assistenzprofessorin am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Die Autorin bedankt sich bei Lukas Schellerer, LL.B. (WU) und bei Dr. Marta J. Glowacka, LL.M. (WU) für wertvolle Anmerkungen zu einer früheren Fassung dieses Beitrags.

1) In diesem Verfahren liegen die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 31. 5. 2016, Rs C-157/15, *Achbita*, vor.

2) In diesem Verfahren liegen die Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, vor.

3) Auch in den anderen europäischen Mitgliedstaaten mehren sich die Fälle mit ähnlichem Sachverhalt; siehe zB zu einem belgischen Fall *Busschaert*, Prohibition against displaying religious symbols breaches anti-discrimination legislation for lack of proportionality (BE), European Employment Law Cases 2016/25; zu Hinweisen auf weitere Fälle in den Mitgliedstaaten siehe Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 40 ff.

dividuellen Kopftuchverbots in der Rechtssache *Bouagnaoui* eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt, die sich nicht rechtfertigen lässt. Dagegen hielt Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache *Achbita* fest, dass eine allgemeine Betriebsregelung zur Untersagung sichtbarer politischer und religiöser Zeichen am Arbeitsplatz eine mittelbare Diskriminierung darstellt, die gerechtfertigt werden kann, sofern sie dem Ziel der Neutralitätspolitik des Unternehmens folgt und verhältnismäßig ist. Die gefundenen Lösungen erscheinen plausibel. Allerdings weist die dahinter stehende Argumentation einige Schwächen auf.

Beide Schlussanträge konzentrieren sich auf die Prüfung einer etwaigen Diskriminierung aufgrund der Religion im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG⁴⁾ und allfälliger Rechtfertigungsmöglichkeiten einer solchen Diskriminierung. Eine direkte Prüfung der Sachverhalte auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Arbeitnehmerin auf Religionsfreiheit (Art 10 GRC) und auf Achtung des Privatlebens (Art 7 GRC) sowie mit dem Grundrecht des Arbeitgebers auf unternehmerische Freiheit (Art 16 GRC) findet nicht statt.⁵⁾ Vielmehr werden Art 10 und 16 GRC im Rahmen des Diskriminierungsverbots als Auslegungshilfe herangezogen, um eine grundrechtskonforme Interpretation der Richtlinie 2000/78/EG zu ermöglichen.⁶⁾ Diese einseitige Prüfung vermittelt jedoch den falschen Eindruck, als ob es bei der Kopftuchdebatte überwiegend um Diskriminierung und deren Rechtfertigung gehen würde, obwohl hierbei auch andere Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu berücksichtigen werden sollten. Das in Art 7 GRC verbürgte Recht auf Achtung des Privatlebens wird in den Schlussanträgen gar nicht erwähnt.

Bezüglich Art 16 GRC scheint diese Zurückhaltung wegen der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit dieses Grundrechts zwischen Privaten begründet zu sein. Ähnlich wie Art 27 GRC (Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer) bedarf nämlich auch Art 16 GRC nach seinem Wortlaut der Konkretisierung durch Unionsrecht oder nationales Recht.⁷⁾ Art 7 und 10 GRC verwenden jedoch eine Formulierung, die – ähnlich zum Diskriminierungsverbot des Art 21 GRC⁸⁾ – dem Einzelnen ein subjektives Recht verleiht und damit diese beiden Rechte meines Erachtens unmittelbar horizontal anwendbar macht. Dazu hat allerdings der EuGH bisher keine Stellung genommen und in den beiden Ausgangsverfahren wurde mit der mittelbaren Drittwirkung – soweit ersichtlich – auch nicht argumentiert.

2. Kollidierende Werte, Rechte und Interessen

2.1. Grundwerte in einer demokratischen Gesellschaft

Die Prüfung der Zulässigkeit eines Verbots von religiösen Kopfbedeckungen wird dadurch erschwert, dass bei den Argumenten pro und kontra Kopftuchverbot vielfältige Werte, Interessen und Rechte miteinander kollidieren.

Die Kehrtwende in der Rechtsprechung des EGMR verdeutlicht eine sich wandelnde Einstellung in der Gesellschaft – oder zumindest in den Köpfen der Höchstrichter – gegen-

⁴⁾ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 303 vom 2. 12. 2000, S 16.

⁵⁾ Vgl die Rechtsprechung des EGMR zur Prüfung der Grundrechtskonformität eines Sachverhalts; dazu *Pabel*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit im Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des EGMR, in FS Brünner (2014) 604 (612 ff); vgl aus der deutschen Rechtsprechung Bundesarbeitsgericht 10. 10. 2002, 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483 = RdW 2004/27; siehe auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG (2009) § 17 Rz 33 f.

⁶⁾ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 73, 100, 117 und 119; Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 31. 5. 2016, Rs C-157/15, *Achbita*, Rn 81 und 132 ff.

⁷⁾ Siehe betreffend Art 27 GRC EuGH 15. 1. 2014, Rs C-176/12, *Association de médiation sociale*, DRdA 2015/1 (*Holoubek*), Rn 45.

⁸⁾ Siehe EuGH 19. 1. 2010, Rs C-555/07, *Kücükdeveci*, Rn 51 ff; 19. 4. 2016, Rs C-441/14, *Rasmussen*, Rn 35 f.

über dem Kopftuchverbot.⁹⁾ Der EGMR hat vor 15 Jahren im Urteil *Dahlab gegen Schweiz* noch damit argumentiert, dass das Tragen des Kopftuches mit bestimmten Werten, wie insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, der Botschaft der Toleranz und der Achtung anderer, die allesamt Grundwerte einer demokratischen Gesellschaft bilden, nicht vereinbar sei.¹⁰⁾ Ähnliche Argumente hat der EGMR vor zwei Jahren in dem Urteil *S.A.S. gegen Frankreich* nicht mehr als Rechtfertigungsgründe für das Verbot der Vollverschleierung des Gesichts in der Öffentlichkeit akzeptiert.¹¹⁾ Allerdings hat der EGMR klargestellt, dass ein gutes gesellschaftliches Zusammenleben das freie Gesicht voraussetzt, weil die Wahrung der Bedingungen der offenen zwischenmenschlichen Beziehungen einen Grundbaustein des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer bildet.¹²⁾ Frankreich konnte sich hinsichtlich des Verbots der Gesichtsverhüllung insofern auf ein legitimes Ziel berufen.

Auch wenn das Ergebnis dieses Urteils zu begrüßen ist, steht die Argumentation des EGMR doch auf sehr wackeligen Beinen. Die einheitliche Meinung der beiden dissidentierenden Richterinnen ist bemerkenswert. Sie argumentieren damit, dass es kein Individualrecht darauf gibt, an öffentlichen Orten mit anderen Personen gegen deren Willen in Kontakt zu treten. Das Recht auf Privatleben umfasst wohl auch das Recht, nicht mit anderen zu kommunizieren und Außenseiter zu bleiben.¹³⁾ Die Argumentation des EGMR ist damit für ein Verschleierungsverbot im öffentlichen Raum möglicherweise nicht ganz überzeugend. Sie gilt meines Erachtens aber umso mehr für ein Verschleierungsverbot am Arbeitsplatz, wo persönliche Gespräche, außer bei dem Fall der Heim- oder Telearbeit, nicht zu vermeiden sind. Auch wenn eine Arbeitnehmerin ihre Tätigkeit überwiegend abgeschirmt von anderen ausübt (zB durch Telefonate oder IT-Geräte), hat sie doch regelmäßig persönlichen Kontakt zu Kollegen und Vorgesetzten, wobei die Argumentation des EGMR greifen muss.

Meines Erachtens muss bei Kopfbedeckungen grundsätzlich danach differenziert werden, ob diese das Gesicht verdecken oder nicht. Einfache Kopftücher und auch der sogenannte Hidschāb, der das Gesicht frei lässt, lösen meines Erachtens im Allgemeinen keine Bedenken im Hinblick auf die Grundwerte einer Demokratie aus. Anders ist es mit Bekleidung, die auch das Gesicht verhüllt, wie vor allem Burka und Niqāb. Diese erwecken Zweifel bezüglich ihrer Vereinbarkeit mit den demokratischen Grundwerten der europäischen Staaten. Das Tragen der Vollverschleierung wird nur von radikalen muslimischen Organisationen gefordert, nicht jedoch von der überwiegenden Mehrheit der islamischen Glaubensgemeinde.¹⁴⁾ Weiters werden diese Verhüllungen nur in wenigen Staaten als besonders anständige Bekleidung der Frauen angesehen, nämlich in autoritären Staaten, die zahlreiche Grundrechte nicht einhalten. Diese Tatsachen bilden eine untrennbare Verbindung zwischen Vollverschleierung des Gesichts und der Unterdrückung von Grundrechten, die in Europa allgemein akzeptiert sind und deren Einhaltung gefordert wird. Daher sollte eine Vollverschleierung im Allgemeinen – ähnlich wie verfassungswidrige Symbole und Zeichen – verboten werden können.

Demgegenüber kann gegen das Tragen eines – das Gesicht frei lassenden – Kopftuches meines Erachtens kein schlagendes Argument gefunden werden. Die Grundwerte einer demokratischen Gesellschaft, so insbesondere der gesellschaftliche Pluralismus,

⁹⁾ Wie auch die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 53 ff, den Wandel in der Rechtsprechung zutreffend feststellen.

¹⁰⁾ EGMR 15. 2. 2001, Bsw 42393/98, *Dahlab gegen Schweiz*, NJW 2001, 2871; ähnlich EGMR 10. 11. 2005, Bsw 44774/98, *Şahin gegen Türkei*, NVwZ 2006, 1389.

¹¹⁾ EGMR 1. 7. 2014, Bsw 43835/11, *S.A.S. gegen Frankreich*, NJW 2014, 2925.

¹²⁾ EGMR 1. 7. 2014, Bsw 43835/11, *S.A.S. gegen Frankreich*, Rn 122.

¹³⁾ EGMR 1. 7. 2014, Bsw 43835/11, *S.A.S. gegen Frankreich*, mit teils abweichende Meinung der Richterinnen *Nussberger* und *Jäderblom* in Rn 8.

¹⁴⁾ *Steinberg*, Kopftuch und Burka (2015) 17 und 97.

die Toleranz, die Wahrung der kulturellen Identität und der Persönlichkeit des Menschen, welche auch die freie Bestimmung des äußerlichen Erscheinungsbildes umfassen, garantieren das Recht auf Tragen eines Kopftuches auch aus religiösen Gründen.

2.2. Grundrechte und einfachgesetzliche Regelungen

Die betroffenen Schutzgüter finden auf verschiedenen Ebenen juristische Anerkennung. Es kommen gleichzeitig europäische, nationale und auch kollektivrechtliche Regelungen zur Anwendung.

Auf europäischer Ebene liegt der Schwerpunkt der Diskussion auf einer möglichen Diskriminierung aufgrund der Religion. Ein Kopftuchverbot könnte auch eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (weil mehr Frauen betroffen sind) oder aufgrund der ethnischen Herkunft (weil Personen mit bestimmter ethnischer Herkunft besonders betroffen sind) darstellen. Damit sind im Unionsrecht insbesondere die Richtlinie 2000/78/EG betreffend Religion sowie auch die Richtlinie 2000/43/EG¹⁵⁾ bezüglich ethnischer Herkunft und die Richtlinie 2006/54/EG¹⁶⁾ zur Geschlechterdiskriminierung zu prüfen.

Im österreichischen Recht sind in erster Linie Art 14 EMRK und das GIBG einschlägig. Weiters wird großer Wert auf die Achtung der Privatsphäre des Arbeitnehmers gelegt. Der OGH hat in seiner Rechtsprechung bestätigt, dass die Bekleidung Teil der Privatsphäre des Arbeitnehmers ist, die durch Art 8 EMRK und § 16 ABGB geschützt ist.¹⁷⁾ Sofern der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktions- und Weisungsrechts auch Bekleidungs Vorschriften oder -anweisungen erlässt, können diese einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers darstellen.¹⁸⁾

3. Die Einstellung des Staates gegenüber Religionen

Es stellt sich die Frage, ob die Einstellung des Staates gegenüber den Religionen die Auslegung der Religionsfreiheit beeinflussen kann. Der EGMR hat mehrmals über Kopftuchverbote im öffentlichen Sektor entschieden, wobei er festgestellt hat, dass dieses Verbot in Bildungs- und Gesundheitswesen mit der Neutralität und Garantie der Unparteilichkeit gerechtfertigt werden kann.¹⁹⁾ Die Staaten verfügen hier über einen weiten Gestaltungsspielraum. Wenn ein Staat – wie Frankreich – dem Säkularismus Verfassungsrang verliehen hat, kann jegliches Bekenntnis zu einer Religion am Arbeitsplatz von Personen, die mit dem Staat assoziiert sind, verboten werden.²⁰⁾

Bielefeldt weist aber zu Recht darauf hin, dass der Säkularismus des Staates kurzum in eine „staatliche Identifikation mit Nicht-Religion“ verwandelt wird, die notwendigerweise alle religiösen Menschen gegenüber Atheisten und Agnostikern benachteiligt.²¹⁾ Auch *Heinig* kritisiert, dass sich mit der religiösen Neutralität des Staates das völlige Verdrängen der Religionen aus den öffentlichen Bereichen nicht begründen lässt, weil es zu der

¹⁵⁾ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABI L 180 vom 19. 7. 2000, S 22.

¹⁶⁾ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 7. 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABI L 204 vom 26. 7. 2006, S 23.

¹⁷⁾ OGH 11. 2. 1999, 8 ObA 195/98d; 24. 9. 2015, 9 ObA 82/15x, ZAS 2016/14 (*Stella*).

¹⁸⁾ OGH 24. 9. 2015, 9 ObA 82/15x.

¹⁹⁾ EGMR 15. 2. 2001, Bsw 42393/98, *Dahlab gegen Schweiz*; 24. 1. 2006, Bsw 65500/01, *Kurtulmuş gegen Türkei*; 26. 11. 2015, Bsw 64846/11, *Ebrahimian gegen Frankreich*.

²⁰⁾ EGMR 26. 11. 2015, Bsw 64846/11, *Ebrahimian gegen Frankreich*.

²¹⁾ *Bielefeldt*, Die Religionsfreiheit – ein vielfach missverstandenes Menschenrecht, in *Wolfram*, Religionsfreiheit im Zeichen der Globalisierung und Multikulturalität (2013) 3 (27). Er plädiert dafür, dass sich ein neutraler Staat aktiv bemühen müsste, diskriminierungsfrei und inklusiv mit religiösem Pluralismus umzugehen.

Bevorzugung der areligiösen oder religionsdifferenten Anschauung führe. Der neutrale Staat sollte vielmehr offen für die verschiedenen Religionen sein.²²⁾

Folgt man der Logik des EGMR konsequent, könnte der öffentliche Arbeitgeber in Staaten, in denen eine bestimmte Religion vom Staat bevorzugt wird (zB in England oder Norwegen),²³⁾ Arbeitnehmer mit diesem Glaubensbekenntnis privilegieren. Diese Schlussfolgerung ist insofern bedenklich, als eine solche Vorgehensweise die Religionsfreiheit und den Grundsatz der Gleichbehandlung beeinträchtigen würde.

Meines Erachtens darf die Einstellung des Staates gegenüber den Religionen jedenfalls keinen Einfluss auf die Beurteilung eines Kopftuchverbots im privaten Bereich haben. Eine Ausnahme davon können die Tendenzunternehmen bilden, weil Art 4 Abs 2 der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich zulässt, dass die Mitgliedstaaten für religiöse Einrichtungen abweichende Regelungen treffen dürfen, die eine Ungleichbehandlung wegen der Religion unter bestimmten Umständen als nicht diskriminierend qualifizieren.

4. Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Diskriminierung aufgrund der Religion gemäß der Richtlinie 2000/78/EG

4.1. Mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion?

Es ist nicht abschließend geklärt, ob das Verbot oder die Einschränkung von religiöser Bekleidung eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung darstellen. Diese Kategorisierung ist deswegen relevant, weil bei einer mittelbaren Diskriminierung im Vergleich zur unmittelbaren Diskriminierung zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeiten bestehen. Eine mittelbare Diskriminierung kann nämlich einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden, wobei die legitimen Ziele nicht abschließend determiniert sind.

Zur Unsicherheit der Abgrenzung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung hat auch der EuGH mit seiner breiten Interpretation der unmittelbaren Ungleichbehandlung beigetragen. Demnach werden Fälle als unmittelbare Diskriminierungen erfasst, in denen ein Kriterium oder eine Eigenschaft untrennbar mit dem geschützten Diskriminierungsmerkmal zusammenhängen.²⁴⁾ So stellt die Ungleichbehandlung wegen Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und die Schlechterstellung wegen eines Rentenanspruchs eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters dar.

Auch die Generalanwältinnen sind bei dieser Frage zu verschiedenen Schlussfolgerungen gelangt. In der Rechtssache *Achbita* vertritt Generalanwältin *Kokott* die Meinung, dass ein generelles Verbot des Tragens von jeglichen religiösen, politischen und philosophischen Symbolen eine mittelbare Diskriminierung darstellt, weil nicht ausschließlich auf die Religion abgestellt wird, sondern alle, die eine bestimmte religiöse, politische oder philosophische Überzeugung durch ihre Kleidung zum Ausdruck bringen wollen, gleichermaßen betroffen sind.²⁵⁾ Ihrer Meinung nach würde der Sachverhalt erst dann eine unmittelbare Diskriminierung verwirklichen, wenn eine Regelung explizit an eine oder mehrere Religionen anknüpft. Generalanwältin *Kokott* lehnt hier eine weite Auslegung der Rechtsfigur der unmittelbaren Diskriminierung ab. Im Gegensatz zu früheren Fällen knüpfe ein Kopftuchverbot nicht an „*unabänderliche Körpermerkmale oder persönliche Eigenschaften von Menschen*“ (wie Schwangerschaft oder Rentenanspruch)

²²⁾ *Heinig*, Die Verfassung der Religion (2014) 26.

²³⁾ Siehe *Ch. Walter*, Staat und Religionsgemeinschaften am Beispiel der Straßburger Kreuzifix-Urteile, in *Wolfram*, Religionsfreiheit im Zeichen der Globalisierung und Multikulturalität (2013) 97 (99).

²⁴⁾ Siehe dazu zusammenfassend Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 25. 6. 2009, Rs C-73/08, *Bressol ua*, Rn 46 ff.

²⁵⁾ Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 31. 5. 2016, Rs C-157/15, *Achbita*, Rn 39 ff und 53.

an. Die Anknüpfungspunkte bilden stattdessen die „*Verhaltensweisen, die auf einer subjektiven Entscheidung oder Überzeugung beruhen, so wie hier das Tragen oder Nichttragen einer Kopfbedeckung.*“²⁶⁾ Ihrer Meinung nach könnte somit nur eine absolute, materielle Untrennbarkeit des Merkmals (hier: Kopftuch) von dem geschützten Merkmal (hier: Religion) eine unmittelbare Diskriminierung darstellen.

Meines Erachtens ist diese Argumentation falsch. Die Religion als Teil der Persönlichkeit ist meines Erachtens nicht einfach an der Tür des Arbeitsplatzes ablegbar.²⁷⁾ Folglich kann das Tragen eines Kopftuches als von der Person untrennbar angesehen werden, weil es für die Ausübung einer Religion nach der individuellen Auffassung der Betroffenen absolut notwendig ist. Weiters geht es aber bei der vom EuGH geforderten Untrennbarkeit gar nicht um die Unlösbarkeit von dem betroffenen Menschen, sondern um die Untrennbarkeit des Diskriminierungsmerkmals von dem geschützten Merkmal. Das Kopftuch ist zwar nicht ausschließlich ein religiöses Symbol, sondern kann auch aus kulturellen, traditionellen, politischen (zB Palästinensertuch), gesundheitlichen oder modischen Gründen getragen werden.²⁸⁾ Es muss meines Erachtens dennoch klargestellt werden, dass der Arbeitgeber das Tragen eines Kopftuches normalerweise nicht deswegen verbietet, damit Frauen kein Tuch als modisches Schmuckstück oder als Kopfbedeckung nach einer Chemotherapie tragen, sondern damit keine religiös motivierten Kopfbedeckungen am Arbeitsplatz auftauchen. Auch wenn kein zwingender Zusammenhang zwischen Kopftuch und Religionszugehörigkeit besteht, begründet die Intention des Arbeitgebers doch eine eindeutige Verbindung zwischen Kopftuchverbot und Religion. Dadurch entsteht ein inniger Zusammenhang zwischen Kopftuch und Religion, der meines Erachtens eine unmittelbare Diskriminierung in beiden Fällen begründet.²⁹⁾ Auch Generalanwältin *Sharpston* vertritt – allerdings in Bezug auf einen eindeutigeren Sachverhalt – die Auffassung, dass eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion vorliegt, wenn eine Ungleichbehandlung auf ein Kriterium wie das Kopftuch gestützt wird, welches mit der Religion typischerweise zusammenhängt.³⁰⁾

Losgelöst von den beiden Fällen ist meines Erachtens immer die konkrete Formulierung der Bekleidungsvorschrift entscheidend. Dabei ist zwischen zwei Grundtatbeständen zu unterscheiden, wobei sich bei jedem Tatbestand je nach Sachverhalt Unterfälle ergeben können:

- Die erste Gruppe bilden die Fälle, in denen ausdrücklich „*das Tragen eines Kopftuches oder jeglicher religiösen Symbole und Bekleidungsstücke*“ verboten wird. In diesen Fällen liegt unmittelbare Diskriminierung vor, weil das Verbot auf das Unterlassen der religiös motivierten Bekleidung abzielt. Hier ist es die Intention des Arbeitgebers, auf die Religion als Differenzierungsmerkmal abzustellen.
- Zweitens kann ein Arbeitgeber eine Anweisung zur „*völlig neutralen Bekleidung*“ (oder eben zum Tragen einer Uniform etc) erteilen, um damit ein neutrales Unternehmensimage als Teil eines Marketingkonzepts zu erreichen.³¹⁾ Eine solche Anweisung betreffend die Bekleidung der Arbeitnehmer kann lediglich eine mittelbare Diskrimi-

²⁶⁾ Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 31. 5. 2016, Rs C-157/15, *Achbita*, Rn 45.

²⁷⁾ So auch Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 118.

²⁸⁾ *J. Mohr* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht (2016) Art 1 RL 2000/78/EG Rz 23; *Steinberg*, Kopftuch, 12 ff.

²⁹⁾ Auch für eine unmittelbare Diskriminierung *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG, § 17 Rz 36. *Windisch-Graetz* (in *Rebhahn*, GIBG [2005] § 17 Rz 26) spricht sich beim Kopftuchverbot vorerst für eine unmittelbare Diskriminierung aus, später – mit Verweis auf die frühere andere Meinung – für eine mittelbare Diskriminierung (*Windisch-Graetz*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund von Religion und Weltanschauung am Arbeitsplatz, in *Brünner*, Diskriminierung aus religiösen Gründen [2009] 43 [49 ff]).

³⁰⁾ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 85 ff; vgl auch Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 25. 6. 2009, Rs C-73/08, *Bressol ua*, Rn 53.

³¹⁾ Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn*, GIBG, § 20 Rz 7.

nierung aufgrund der Religion darstellen, wenn die Anweisung religiöse Arbeitnehmer in besonderer Weise benachteiligt. Allerdings wird es schwierig, die Anweisung zu formulieren, ohne Beispiele zu nennen, die naturgemäß auch religiöse Bekleidungsstücke benennen können und somit den Schein einer unmittelbaren Diskriminierung erwecken. Ausschlaggebend für die Einordnung solcher Bekleidungs Vorschriften ist es, dass die Intention des Arbeitgebers in erster Linie auf einen bestimmten Unternehmensauftritt und nicht auf die Unterdrückung von religiösen Bekenntnissen gerichtet ist.

4.2. Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung beim Kopftuchverbot

4.2.1. Kundenwünsche als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung?

Laut Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG kann eine Ungleichbehandlung wegen eines verpönten Merkmals gerechtfertigt werden, wenn „das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt, sofern die ungleich behandelnde Regelung verhältnismäßig ist. Der EuGH hat bisher den Ausdruck der wesentlichen und entscheidenden Anforderung eng ausgelegt.³²⁾

Die erste Herausforderung in diesem Kontext ist die Identifizierung des Merkmals, das 1.) den Beweggrund für die Ungleichbehandlung bildet, 2.) im Zusammenhang mit der Religion steht und 3.) eine besondere berufliche Anforderung darstellt. Als solche Merkmale wurden der Kundenwunsch (Rechtssache *Bouagnaoui*) und die Neutralitätspolitik des Unternehmens (Rechtssache *Achbita*) genannt.

Der Wunsch von Kunden oder Arbeitskollegen, mit keiner Arbeitnehmerin mit Kopfbedeckung in Kontakt treten zu müssen, kann nicht als rechtmäßiges Ziel akzeptiert werden, weil Vorurteile keine Diskriminierungen rechtfertigen können.³³⁾ Eine Ausnahme davon bildet die Vollverschleierung des Gesichts, weil das freie Gesicht und die dadurch ermöglichte zwischenmenschliche Kommunikation wohl in allen Tätigkeitsfeldern als eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung angesehen werden können.

Die Beurteilung der Neutralitätspolitik eines Unternehmens ist komplexer. Grundsätzlich gilt, dass die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers, das heißt rein wirtschaftliche Gründe, keine entscheidende und wesentliche Anforderung darstellen können, weil eine unmittelbare Diskriminierung nicht allein mit der Vermeidung eines finanziellen Nachteils des Arbeitgebers gerechtfertigt werden kann.³⁴⁾

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die Bestimmungen der Richtlinien im Einklang mit den Grundrechten der GRC auszulegen.³⁵⁾ Daher vertritt Generalanwältin *Kokott* die Meinung, dass Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG im Einklang mit Art 16 GRC auszulegen sei. Art 16 GRC soll auch die Organisation der Arbeit und die Bildung eines Unternehmensimages umfassen und deswegen bei der Auslegung von Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG berücksichtigt werden.³⁶⁾ Das geschäftliche Interesse des Unternehmens an dem Verhalten und der Kleidung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz

³²⁾ Siehe Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2000/78/EG; EuGH 13. 11. 2014, Rs C-416/13, *Vital Pérez*, Rn 46 ff, mit Verweis auf EuGH 13. 9. 2011, Rs C-447/09, *Prigge ua*, Rn 72.

³³⁾ Auch so *Windisch-Graetz*, Diskriminierungsverbot, 52.

³⁴⁾ EuGH 28. 4. 1998, Rs C-120/95, *Decker*, Rn 39; 3. 2. 2000, Rs C-207/98, *Mahlburg*, Rn 29; auch zitiert in den Schlussanträgen der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 100.

³⁵⁾ Siehe insbesondere EuGH 18. 7. 2013, Rs C-426/11, *Alemo-Herron ua*, Rn 30 ff.

³⁶⁾ Siehe Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 31. 5. 2016, Rs C-157/15, *Achbita*, Rn 81 ff; anders Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 100.

soll somit von der unternehmerischen Freiheit geschützt sein. Dadurch könne ein Kopftuchverbot eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen.³⁷⁾

Der Argumentation von Generalanwältin *Kokott* kann meines Erachtens insofern nicht gefolgt werden, dass sie Art 16 GRC bei der Interpretation von Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG berücksichtigt. Vielmehr sollte Art 16 GRC bei der Auslegung von Art 2 Abs 2 lit b Z i der Richtlinie 2000/78/EG bei mittelbarer Diskriminierung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung Beachtung finden. Eine weite Auslegung von Art 16 GRC könnte tatsächlich die Ausgestaltung eines einheitlichen Erscheinungsbildes des Unternehmens umfassen. Die erwähnten früheren Urteile sind aber zur Betriebsübergangsrichtlinie ergangen. Bezüglich Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG wurde die unternehmerische Freiheit noch nie als Auslegungshilfe herangezogen und es ist fraglich, inwieweit der EuGH eine Abweichung von der ansonsten von ihm verfolgten engen Auslegung von Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG zulässt. Bedenklich erscheint meines Erachtens insbesondere, ob ein Kopftuchverbot die hohe Hürde der Wesentlichkeit und Maßgeblichkeit für die Ausübung der Tätigkeit bei einem Dienstleistungsunternehmen (wie in den beiden anhängigen Fällen) überwinden kann. Es gibt meines Erachtens keine Argumente, die dafür sprechen.

Da die Neutralitätspolitik nach meiner Auffassung aber eine mittelbare Diskriminierung darstellt, erfolgt die weitere Prüfung der Rechtfertigung einer Neutralitätspolitik unter Punkt 4.3.

4.2.2. Öffentliche Interessen und der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer

Gemäß Art 2 Abs 5 der Richtlinie 2000/78/EG könnte ein Kopftuchverbot dann gerechtfertigt werden, wenn ein solches auf der Grundlage einer mitgliedstaatlichen Regelung erlassen wurde und zwecks der Garantie der dort aufgelisteten Schutzgüter erforderlich ist. Von den erwähnten Schutzgütern sind im vorliegenden Kontext 1.) die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und die Verteidigung der Ordnung, 2.) der Schutz der Gesundheit und 3.) der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer relevant, wobei die mitgliedstaatliche Regelung zu diesen Zwecken „in einer demokratischen Gesellschaft“ erforderlich sein muss:

- Die Verteidigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kann meines Erachtens lediglich ein Verbot der völligen Verschleierung des Gesichts rechtfertigen.³⁸⁾ Hierbei greifen die gleichen Gründe, die oben bei den Grundwerten erörtert worden sind, weil diese Verhüllung nicht mit den demokratischen Grundwerten der europäischen Mitgliedstaaten vereinbar ist. Ein schlichtes Kopftuchverbot kann aber nicht mit dem Ziel, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu erhalten, gerechtfertigt werden, weil ein Kopftuchverbot keine erforderliche und geeignete Maßnahme ist, dieses Ziel zu erreichen.
- Dass der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit naturgemäß arbeitsschutzrechtliche, hygienische und sicherheitstechnische Vorschriften und Anweisungen bezüglich Bekleidungsstücken und somit auch ein Kopftuchverbot rechtfertigen kann, ist unumstritten und braucht hier nicht weiter erörtert zu werden.³⁹⁾
- Das Kopftuchverbot soll auch darauf geprüft werden, ob es zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Ein Kopftuchverbot könnte dem Schutz der ne-

³⁷⁾ Die Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 100, lehnen dagegen das Hereininterpretieren der unternehmerischen Freiheit in das geschäftliche Interesse des Unternehmens bezüglich des Kopftuchverbots ab.

³⁸⁾ Der EGMR hat allerdings das Argument, dass das Verbot der Vollverschleierung in der Öffentlichkeit wegen der Garantie der öffentlichen Sicherheit notwendig ist, abgelehnt; siehe EGMR 1. 7. 2014, Bsw 43835/11, *S.A.S. gegen Frankreich*, Rn 139.

³⁹⁾ Siehe mit Beispielen *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG, § 17 Rz 102.

gativen Religionsfreiheit von Kollegen der Kopftuchträgerin und Dritten, die mit der Arbeitnehmerin im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis in Kontakt treten, dienen. Dabei wird häufig damit argumentiert, dass das Bekenntnis zu einer Religion oder dessen Ausübung für andere, vor allem für die Arbeitskollegen, ungewöhnlich, befremdlich sein und daher als störend wahrgenommen werden kann, was letztlich die betrieblichen Interessen beeinträchtigen könnte. Schon *Mosler* hat allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass ein solches Argument die Einschränkung der Religionsfreiheit nicht rechtfertigen kann.⁴⁰⁾ Meines Erachtens kann die negative Religionsfreiheit solche Fälle nicht erfassen. Die negative Religionsfreiheit bedeutet vielmehr, dass niemand gegen seinen Willen zu einem religiösen Bekenntnis oder zur Ausübung von religiösen Praktiken gezwungen werden darf. Dieser Schutz richtet sich hauptsächlich gegen den Staat, garantiert jedoch nicht das Fernbleiben von jeglicher Konfrontation mit religiösen Symbolen, Praktiken und eben Bekleidungen im gesellschaftlichen Zusammenleben.⁴¹⁾

Die negative Religionsfreiheit kann aber sehr wohl als Schutz gegen Proselytismus (das heißt missionierendes Verhalten) verstanden werden, der am Arbeitsplatz unter Berufung auf Art 2 Abs 5 der Richtlinie 2000/78/EG verboten werden kann.⁴²⁾

4.2.3. Zwischenergebnis

Die unmittelbare Diskriminierung wegen eines Kopftuchverbots oder des Verbots jeglicher religiöser Bekleidung kann grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden. Eine Ausnahme davon bildet die Vollverschleierung des Gesichts, die am Arbeitsplatz generell verboten werden kann. Weiters kann der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer oder der Öffentlichkeit bestimmte Bekleidungs Vorschriften rechtfertigen.

4.3. Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung oder: Kann die Neutralitätspolitik des Unternehmens eine Diskriminierung rechtfertigen?

Die Anweisung des Arbeitgebers zu einer völlig neutralen Bekleidung im Rahmen der Neutralitätspolitik des Unternehmens kann eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion darstellen. Diese kann gemäß Art 2 Abs 2 lit b Z i der Richtlinie 2000/78/EG grundsätzlich gerechtfertigt werden, wenn ein rechtmäßiges Ziel vorliegt und das Mittel zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig, das heißt erforderlich, geeignet und angemessen ist.

Bei den Interessen des Arbeitgebers wird meistens als Hauptziel genannt, dass das Unternehmen ein bestimmtes – einheitliches oder neutrales – Unternehmensimage in die Außenwelt ausstrahlen will. Dieses Ziel kann meiner Meinung nach ein legitimes Ziel darstellen, wobei Art 16 GRC bei der Interpretation von Art 2 Abs 1 lit b Z i der Richtlinie 2000/78/EG zu berücksichtigen ist. Es stellt sich nun die Frage, welche Erkenntnis aus der Auslegung von Art 16 GRC für unsere Frage zu gewinnen ist. Laut den Erläuterungen zum Art 16 GRC schützt dieser Artikel die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben.⁴³⁾ Die freie Ausübung der Geschäftstätigkeit kann auch Unternehmensentscheidungen über das Unternehmensimage umfassen.⁴⁴⁾ Dem EuGH

⁴⁰⁾ *Mosler*, DRdA 1997, 35 (37).

⁴¹⁾ Siehe dazu *Bielefeldt*, Religionsfreiheit, 21 f.

⁴²⁾ Siehe Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vom 13. 7. 2016, Rs C-188/15, *Bouagnaoui*, Rn 73.

⁴³⁾ *Bezemek in Holoubek/Lienbacher*, GRC (2014) Art 16 Rz 2; zum sachlichen Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit siehe *Grabenwarter*, Wirtschaftliche Grundrechte, in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechtsschutz (2014) 507 (516 f).

⁴⁴⁾ Diese Ansicht wird auch von Generalanwältin *Kokott* vertreten.

zufolge wird nämlich darunter auch das Recht jedes Unternehmens erfasst, „in den Grenzen seiner Verantwortlichkeit für seine eigenen Handlungen frei über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können.“⁴⁵⁾ Man kann demnach davon ausgehen, dass die ausdrückliche Neutralität eines Unternehmens und die damit zusammenhängenden wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers als legitime Ziele anzuerkennen sind.

Die vom Arbeitgeber gesetzten Kleidungs Vorschriften müssen verhältnismäßig sein, um dieses Ziel zu erreichen. Allerdings wird es einem Außenstehenden bzw einem Gericht schwerfallen, die Erforderlichkeit und Geeignetheit dieser Politik zu hinterfragen, wenn das Unternehmen damit argumentiert, es liege in seinem wirtschaftlichen Interesse, dass seine Arbeitnehmer nicht mit einer Religion, einer Weltanschauung, einem Verein oder einer Partei assoziiert werden.

Am schwierigsten ist die Beurteilung der Angemessenheit einer solchen Anweisung, wobei hier eine Abwägung der widerstreitenden Interessen und Rechte erfolgen muss. Das Ergebnis einer solchen Abwägung ist beinahe unmöglich abstrakt – ohne die Details eines konkreten Sachverhalts – vorzunehmen. Meines Erachtens wird es im Allgemeinen angemessen sein, die Freiheit der Arbeitnehmer durch das Vorschreiben neutraler Kleidung einzuschränken, damit ein neutraler Auftritt des Unternehmens erreicht wird. Allerdings muss eine Neutralitätspolitik gegenüber allen Religionen gleich umgesetzt werden. Von dem Verbot sind somit das Kopftuch genauso wie ein kleines, an einer Halskette hängendes Kreuz betroffen. Die Diskussion über auffällige und weniger auffällige religiöse Symbole erscheint mir scheinheilig, weil es überwiegend Personen mit islamischem Glaubensbekenntnis benachteiligt.⁴⁶⁾

5. Mehrfachdiskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft?

Ein Verbot jeglicher religiöser Kopfbedeckungen oder eben Neutralitätsvorschriften bezüglich der Kleidung können auch Männer treffen, die beispielsweise einen Turban oder eine Kippa tragen. In den meisten Fällen ist jedoch das islamische Kopftuch betroffen, welches nur von Frauen getragen wird. Ein allgemeines Verbot des Tragens religiöser Kopfbedeckungen kann somit Frauen in besonderer Weise benachteiligen.

Windisch-Graetz weist zutreffend darauf hin, dass ein religiöses Merkmal (wie ein Kopftuch) auch die ethnische Zugehörigkeit eines Menschen begründen kann.⁴⁷⁾ Personen mit religiöser Bekleidung werden nämlich nicht nur wegen ihrer Religion, sondern auch wegen ihrer „befremdlichen“ Kultur ungleich behandelt, was ihre ethnische Zugehörigkeit betreffen kann.

Dadurch kann eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft und des Geschlechts und somit eine Mehrfachdiskriminierung der Betroffenen vorliegen.⁴⁸⁾ Auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten dieser mittelbaren Diskriminierung wird aus Platzgründen nicht eingegangen.

6. Fazit

Meines Erachtens stellt ein ausdrückliches Kopftuchverbot am Arbeitsplatz eine unzulässige unmittelbare Diskriminierung dar. Im Gegensatz dazu können eine betriebliche Neutralitätspolitik und die daraus resultierenden Bekleidungs Vorschriften eine mittelbare

⁴⁵⁾ EuGH 27. 3. 2014, Rs C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, Rn 49.

⁴⁶⁾ Vgl Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 31. 5. 2016, Rs C-157/15, *Achbita*, Rn 118.

⁴⁷⁾ *Windisch-Graetz*, Diskriminierungsverbot, 44; gegen die „Ethnisierung des Religionsbegriffs“ *Bielefeldt*, Religionsfreiheit, 17 f.

⁴⁸⁾ Siehe dazu *Windisch-Graetz in Rebhahn*, GIBG § 19 Rz 20 f; *dieselbe*, Probleme der Mehrfachdiskriminierung in der Arbeitswelt, DRdA 2005, 238.

re Diskriminierung darstellen, die im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gerechtfertigt werden kann.

i Auf den Punkt gebracht

Der EuGH muss in zwei Rechtssachen über die Zulässigkeit eines generellen betrieblichen Kopftuchverbots und über die Kündigung einer Arbeitnehmerin wegen des Tragens eines Kopftuches entgegen der Weisung des Arbeitgebers entscheiden. Da die Generalanwältinnen in den beiden Fällen verschiedene Argumentationen und Ergebnisse lieferten, ist der Spruch des EuGH ungewiss.

Meines Erachtens stellt ein betriebliches Kopftuchverbot eine unzulässige unmittelbare Diskriminierung dar, die sich lediglich aus arbeitnehmerschutzrechtlichen Gründen rechtfertigen lässt. Im Gegensatz dazu kann eine allgemeine Neutralitätspolitik des Unternehmens die Anweisung umfassen, dass die Arbeitnehmer keine Bekleidung tragen, die ihre religiöse, politische etc Zugehörigkeit offenlegt. Auch wenn eine solche Anweisung mittelbar die religiösen Arbeitnehmer benachteiligen kann, kann diese Schlechterstellung mit den wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt werden.

Diskriminierung im Fokus: verstehen und hinterfragen

Aktuelle
Ideen,
Fakten &
Argumente

Diskriminierung in der Schweiz und in Österreich

ÖJK (Hrsg.)
2015, 140 Seiten, kart.
ISBN 978-3-7073-3390-9
EUR 29,-



Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise Bücher inkl. 10 % MwSt.

www.lindeverlag.at

Linde

Konkurrenzklausele und Betriebsübergang

Der Bestand nachvertraglicher Konkurrenzklauseleln (ausgeschiedener Arbeitnehmer) im Betriebsübergang

CHRISTOPH PAUL LUDVIK*)



Für das nachvertragliche Konkurrenzverbot wirft der Betriebsübergang nach § 3 AVRAG zwei Fragen auf: Zum einen interessiert, ob und unter welchen Umständen das nachvertragliche Konkurrenzverbot wegfällt, zum anderen, ob der neue Betriebsinhaber die Ansprüche aus einem nachvertraglichen Verbot erwirbt, insbesondere wenn der Betriebsübergang nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses stattfindet.

1. Konkurrenzklausele

Bei Konkurrenzklauseleln (§ 2c AVRAG; § 36 AngG) handelt es sich um Vereinbarungen, durch die sich Arbeitnehmer verpflichten, bis zu höchstens einem Jahr nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht in der Branche des Vertragspartners tätig zu werden. Darüber hinaus umfassen solche Konkurrenzklauseleln häufig die Verbote, Kunden, Lieferanten oder Mitarbeiter abzuwerben.¹⁾ Für dieses mit dem Arbeitsvertrag verzahnte Dauerschuldverhältnis verwendet *Reissner* den Begriff „*Konkurrenzklauselelverhältnis*“, welches nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an dessen Stelle tritt.²⁾

Eine Konkurrenzklausele darf weder das Tätigkeitsgebiet noch den geografischen Wirkungsbereich noch den Kundenkreis so weit einschränken, dass dem Arbeitnehmer die Ausübung seines Berufs geradezu verunmöglicht wird. Eine unbillige und sittenwidrige Erschwernis des beruflichen Fortkommens ist infolge § 879 ABGB unzulässig.³⁾ Dies lässt erkennen, dass die Interessen der Vertragsparteien aus dem Spannungsverhältnis der beidseitigen Erwerbsfreiheit Einfluss auf den Bestand der Konkurrenzklausele haben.⁴⁾ Das äußert sich einerseits im richterlichen Mäßigungsrecht solcher Arbeitnehmerbeschränkungen sowie andererseits im Arbeitgeberinteresse, das sich unter anderem in der Beendigungsart des Dienstverhältnisses ausdrückt.

Ob eine Konkurrenzklausele zur Anwendung kommt oder nicht, hängt davon ab, wie das Arbeitsverhältnis endet. Nicht bei jeder Beendigungsart greift die Konkurrenzklausele. Arbeitnehmerkündigung, berechtigte Entlassung oder unberechtigter vorzeitiger Austritt lassen die Konkurrenzklausele schlagend werden. Bei einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses kommt die Konkurrenzklausele ebenfalls zur Anwendung. Fehlt das Arbeitgeberinteresse überhaupt, ist die Klausele unverbindlich.⁵⁾

2. Betriebsübergang

Gehen ein Unternehmen oder ein Betrieb(steil) auf einen anderen Inhaber über, dann „tritt dieser als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des

*) Mag. *Christoph Paul Ludvik*, BSc. (WU) ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

1) Zu weiteren Beschränkungen der Erwerbstätigkeit wie Geheimnis- und Datenschutzklauseleln sowie Pensionsverlustklauseleln siehe allgemein *Reissner* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG, § 36 Rz 55 ff; *Binder*, AVRAG² (2010) § 2c Rz 44 ff.

2) *Reissner*, Die arbeitsrechtliche Konkurrenzklausele (1996) 134.

3) *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}, § 879 Rz 106.

4) RIS-Justiz RS0029952; *Runggaldier*, Konkurrenzklausele und Erwerbsfreiheit – rechtsdogmatische Überlegungen unter Berücksichtigung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in FS 100 Jahre Wirtschaftsuniversität Wien (1998) 351 (352 f und 357 f).

5) Arg „geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber [der/die Arbeitgeber/in] an ihrer Einhaltung hat“ in § 36 Abs 1 Z 3 AngG und § 2c Abs 1 Z 3 AVRAG.

Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein“ (§ 3 Abs 1 AVRAG). Dem Vorstellungsinhalt der Betriebsübergangsbestimmungen ist ein unionsrechtliches Verständnis beizumessen, denn die Bestimmungen des AVRAG beruhen auf der Betriebsübergangsrichtlinie.⁶⁾ Laut Art 3 Abs 1 dieser Richtlinie gehen aufgrund des Übergangs die „Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis ... auf den Erwerber über.“⁷⁾

In Bezug auf die übergehende Entität stellt die Richtlinie in Art 1 Abs 1 auf eine *„ihre Identität bewahrende wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“* ab.⁸⁾ Eine wirtschaftliche Einheit liegt vor, wenn ein bestimmter wirtschaftlicher (Teil-)Zweck in einem eigenständigen organisatorischen Rahmen, der Teil eines größeren organisatorischen Zusammenhangs sein kann, verfolgt wird.⁹⁾

Für die weitere Behandlung der aufgeworfenen Rechtsfragen ist dem Betriebsübergang eine Verfügungsänderung über den Betrieb im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie und deren Umsetzungsbestimmungen im AVRAG zugrunde zu legen. Für die Verlagerung der Verfügungsmacht wird kein Eigentümerwechsel, sondern bloß eine rechtlich gesicherte oder tatsächliche Inhaberschaft mit Leitungsmacht in Bezug auf das betriebliche Geschehen gefordert.¹⁰⁾ Als Zeitpunkt für den Übergang dient jener, in dem der Erwerber die Leitungsmacht im Betrieb im Einvernehmen mit dem Betriebsveräußerer ausüben kann.¹¹⁾ Für die davon betroffenen Arbeitnehmer folgt, dass diese nur bei einem für sie nachteiligen Betriebsübergang – unabhängig von der Ausstattung des neuen Betriebsinhabers – widersprechen dürfen. Werden der kollektivvertragliche Bestandschutz (§ 4 AVRAG) oder die betriebliche Pensionszusage (§ 5 AVRAG) durch den Erwerb nicht übernommen, ist ein Widerspruch möglich, sodass das Arbeitsverhältnis zum alten Betriebsinhaber unverändert aufrechterbleibt. Darin zeigt sich die betriebliche Verbindung des Arbeitsverhältnisses zum transferierten Unternehmen bzw Betriebs(teil), welche nicht am Rechtssubjekt des Arbeitgebers haftet.

3. Betriebsübergang und Konkurrenzklausele

3.1. Allgemeines

Wurde ein Arbeitsverhältnis vor Betriebsübergang gekündigt, geht dieses – da noch nicht beendet – im Kündigungsstadium auf den Erwerber über.¹²⁾ Endete das Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang, erfolgt kein Eintritt in das Arbeitsverhältnis. Für Verpflichtungen aus den übergegangenen sowie bereits beendeten Arbeitsverhältnissen haften Erwerber und Veräußerer, wenn diese vor dem Zeitpunkt des Übergangs begründet wurden. Dazu zählen Abfertigungs- und Betriebspensionsansprüche des Arbeitnehmers, nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht aber Berechtigungen und Verpflichtungen aus Konkurrenzklausele. Diese wirken nämlich gemäß § 2c Abs 1 AVRAG *„für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“* und sprechen gegen die Vorgabe, dass der neue Betriebsinhaber in die *„bestehenden Arbeitsverhältnisse“* eintritt.

⁶⁾ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl L 82 vom 22. 3. 2001, S 16.

⁷⁾ Hervorhebung durch den Autor.

⁸⁾ Dieses Verständnis ist den fortan verwendeten Begriffen „Unternehmen“, „Betrieb“ und „Betriebsteil“ zu unterstellen.

⁹⁾ EuGH 7. 3. 1996, verb Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*.

¹⁰⁾ OGH 30. 5. 2005, 8 ObA 63/04d, DRdA 2006/21 (*Spitzl*).

¹¹⁾ OLG Wien 17. 12. 1997, 9 Ra 298/97b.

¹²⁾ RIS-Justiz RS0028829; zuletzt OGH 14. 3. 2001, 9 ObA 27/01p.

Die abschließenden Übergangs- und Haftungsbestimmungen der §§ 3 ff AVRAG verdrängen als sachnähere Sonderbestimmungen die im UGB festgelegten allgemeinen Rechtsfolgen zur Vertragsübernahme infolge einer Unternehmenstransaktion¹³⁾ (§ 38 Abs 6 UGB).¹⁴⁾ Vor diesem Hintergrund überrascht es, wenn *Karollus* für nicht durch das AVRAG übernommene Rechtsverhältnisse, wie etwa das Konkurrenzklauseilverhältnis, dennoch subsidiär die Folgen von § 38 UGB eintreten lassen will.¹⁵⁾ Dieser Ansicht steht entgegen, dass in Bezug auf den Übergang von Arbeitsverhältnissen das AVRAG mit dessen abschließenden Regelungen dem UGB als *lex specialis* des Arbeitsrechts vorgeht. Wenn das AVRAG einem Vertragsübergang entgegensteht, kann § 38 UGB nicht trotzdem subsidiär zu Anwendung gelangen.

Der Wortlaut des AVRAG gebietet es daher, nachvertragliche Konkurrenzverbote wegen des Nichtvorliegens eines (aufrechten) Arbeitsverhältnisses von der Anwendung des § 3 AVRAG auszunehmen. Das hat zur Folge, dass der an eine Konkurrenzklausele gebundene, vor dem Übergang ausgeschiedene Arbeitnehmer durch den von ihm unabhängig stattfindenden Betriebsübergang seiner Beschränkung in Bezug auf die Geschäftstätigkeit, die in Form des Betriebs- oder Unternehmens(teils) auf den Erwerber übergeht, verlustig wird. Unterdessen bleibt das Konkurrenzverbot dem Veräußerer gegenüber nur dann aufrecht, wenn dieser im geschützten Geschäftsfeld weiterhin tätig ist, was entweder durch die bei ihm verbleibenden Unternehmensteile oder die infolge § 38 Abs 2 UGB bei ihm verbliebenen Vertragsverhältnissen zu Kunden oder anderen Vertragspartnern denkbar ist. Einzig der Erwerber ist im übernommenen Geschäftsfeld nicht vor der Konkurrenz ehemaliger Mitarbeiter des übernommenen Betriebs gefeit. Diesem Manko wird auf arbeitsrechtlicher Ebene nur für jene Arbeitnehmer Rechnung getragen, die sich zum Übergangszeitpunkt in bestehenden Arbeitsverhältnissen befinden.

3.2. Gebietet es das Betriebsübergangsrecht, dem neuen Inhaber eines Betriebs die Berechtigungen aus Konkurrenzklauseilverhältnissen ausgeschiedener Arbeitnehmer zu übertragen?

Wenn wesentliche Voraussetzung einer direkten Anwendung von § 3 Abs 1 AVRAG das Vorliegen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ist,¹⁶⁾ käme ein Analogieschluss nur bei Vorhandensein einer echten Regelungslücke in Frage. Für einen Lückenschluss ist eine gleichartige Situation erforderlich, die eine gleiche Behandlung erfordert. Kann aber durch ein Rechtsgeschäft ohne Beteiligung des Arbeitnehmers die gleiche Wirkung wie beim automatischen Übergang hergestellt werden, scheidet die Analogie mangels Regelungslücke aus.

Von einer Vertragsübernahme abgesehen, welcher der alte und der neue Betriebsinhaber sowie der aus der Konkurrenzklausele Verpflichtete zustimmen müssen, interessiert in diesem Zusammenhang lediglich die Möglichkeit einer einseitigen rechtsgeschäftlichen Berechtigungsübertragung des Konkurrenzklauseilverhältnisses. Vor der Überbrückung einer Regelungslücke muss nämlich – parallel zur Eintrittsautomatik – eine Übertragung gegen den Willen des Schuldners des Konkurrenzklauseilverhältnisses durch Zession unmöglich sein. Einer solchen widerstrebt, dass der Dienstananspruch des Ar-

¹³⁾ Davon sind schon nach § 38 Abs 5a UGB Unternehmensfortführungen im Wege der Pacht, der Leihe, der Fruchtnießung, des Rechts des Gebrauchs und der Beendigung dieser Verträge ausgeschlossen.

¹⁴⁾ *D. Fuchs/W. Schuhmacher* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 38 Rz 25 und 30; *Karollus* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² (2010) § 38 Rz 25; *S. Bydlinski* in *Krejci*, Reform-Kommentar (2007) § 38 UGB Rz 56.

¹⁵⁾ Vgl *Karollus* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I², § 38 Rz 23; derart auch ASG Wien 26. 4. 2016, 32 CgA 56/16p.

¹⁶⁾ *Reissner*, Konkurrenzklausele, 141 f; *Bossmann*, Die Auswirkungen des Betriebsübergangs nach § 613a auf die Wettbewerbsverbote der Arbeitnehmer (1993) 169 und 200.

beitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer grundsätzlich höchstpersönlich ausgestaltet ist und deswegen nicht frei abtretbar ist.¹⁷⁾ Schließlich soll über das Recht auf persönliche Arbeit nicht wie über „Sachgüter verfügt werden“.¹⁸⁾

Überdies ist die Verpflichtung zur Selbstbeschränkung eng auszulegen, sodass – wenn nicht explizit vereinbart – eine Abtretbarkeit an andere Gläubiger zu verneinen ist. Dafür spricht neben § 2 Abs 2 AÜG, der eine ausdrückliche Zustimmung des Arbeitnehmers bei Abtretung seiner Dienstleistungszusage vorsieht, auch die Notwendigkeit von *Ex-lege*-Übergangsmechanismen von Vertragsverhältnissen (§ 3 Abs 1 AVRAG; § 38 UGB). Dazu kommt, dass der Zessionar sich bei der Berufung auf einen Unterlassungsanspruch die Interessenlage des Zedenten, der möglicherweise nicht den gesamten Betrieb veräußert hat, entgegenhalten lassen muss. Nun erkennt *Schreiber* im Arbeitsverhältnis nicht nur die Voraussetzung für eine Konkurrenzklausele, sondern lässt eine solche gerade „aus dem Arbeitsverhältnis erwachsen“, wodurch sie Bestandteil desselben wird.¹⁹⁾ Bezug nehmend auf die Einordnung von Konkurrenzklauseln in genetischer Hinsicht verweist *Zöllner* auf das Rechtsfeld der nachvertraglichen Auskunfts- und Zeugniserteilungspflichten eines Arbeitsverhältnisses. In diesem Zusammenhang kritisiert er die Unschärfe bei der Beendigung durch Kündigung und Zeitablauf, die darüber hinwegtäuscht, dass ein Arbeitsverhältnis dadurch vorerst nur in ein Beendigungsstadium übergeleitet wird, das anstelle des Austausches der Hauptleistungspflichten von Erhaltungs- und Abwicklungszwecken geprägt ist.²⁰⁾ Eine Konkurrenzklausele, die der Abwicklung des Dienstverhältnisses dient, ist wegen der engen Verzahnung als Bestandteil des Arbeitsverhältnisses anzusehen.²¹⁾ Demzufolge ist eine Abtretung aufgrund der Nähe der Konkurrenzklausele zum Arbeitsverhältnis ohne Einbindung des Verpflichteten nach § 1153 ABGB nicht möglich.²²⁾

Versteht man also die Konkurrenzklausele als ein über das Arbeitsverhältnis hinausgehendes *residuum* in Form von nachvertraglichen Rechten und Pflichten, verwundert eine unterschiedliche Behandlung zu den Rechten aus dem „aufrechten“ Arbeitsverhältnis. Aus diesem Grund sucht *Bossmann* zur gleichartigen Rechtsvorschrift des § 613a BGB eine Analogie zu ziehen, indem er den gesetzlich geregelten Fall wegen dessen Ähnlichkeit und fehlender Regelungen auf Konkurrenzklauseleverhältnisse anwendet.²³⁾ Dagegen will *Reissner* vorschnell einen analogen Übergang der Konkurrenzklauseleberechtigung wegen des fehlenden Synallagmas im Konkurrenzklauseleverhältnis und der mangelnden Betriebsbindung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers, die erst infolge der arbeitsrechtlichen Schutzbedürftigkeit²⁴⁾ einen *Ex-lege*-Übergang des Arbeitsverhältnisses bedinge, für Österreich ausschließen.²⁵⁾ Das Argument der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer geht insofern fehl, als nicht nur die Arbeitnehmer von dem automatischen Übergang profitieren (sollen). Die Konsequenzen eines Betriebsübergangs belegen weder ein Geschäft zulasten noch zugunsten der davon betroffenen Arbeitnehmer. Einerseits sprechen die eingeschränkten Widerspruchsmöglichkeiten beim Betriebsübergang keineswegs für vorausseilende Arbeitnehmerschutzgedanken oder den Erhalt der Privatautonomie der Betriebsparteien. Gleichzeitig korrespondiert damit das Arbeit-

¹⁷⁾ *Rebhahn/Kietaibl* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011) § 1153 ABGB Rz 10; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1153 Rz 6.

¹⁸⁾ HNB 78 BlgHH 21. Sess, 213.

¹⁹⁾ *Schreiber*, Das Arbeitsverhältnis beim Übergang des Betriebs, dRdA 1982, 137 (145).

²⁰⁾ *Zöllner*, Die vorvertragliche und die nachwirkende Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, in *Tomandl*, Treue- und Fürsorgepflichten im Arbeitsrecht (1975) 93 (96 f); ähnlich *Binder*, AVRAG², § 3 Rz 150.

²¹⁾ *Bossmann*, Auswirkungen, 154.

²²⁾ Eine Abtretung eines Rechts aus dem Arbeitsverhältnis an einen Dritten ist in der Schweiz gemäß Art 333 Abs 4 OR unzulässig; vgl *Bossmann*, Auswirkungen, 207 ff, insbesondere FN 299.

²³⁾ *Bossmann*, Auswirkungen, 200 ff.

²⁴⁾ Darauf bezieht sich auch *Annuß* in *Staudinger*, BGB, § 613a Rz 193.

²⁵⁾ *Reissner*, Konkurrenzklausele, 142, der auch auf S 141 die Gleichartigkeit der österreichischen und deutschen Rechtsordnung, insbesondere § 613a BGB, vorzeichnet.

geberinteresse, sich nicht von arrivierten Dienstnehmern bei der Betriebsübernahme erpressen zu lassen.

Dass sich durch den Betriebsübergang die Betriebskonstitution nicht verändern sollte, bezeugen auch die Materialien. Diese legen nämlich nahe, dass dem Erwerber mit dem Eintritt als Arbeitgeber „alle jene Möglichkeiten offenstehen [sollen], die der Veräußerer als Arbeitgeber hatte.“ Dabei sollte „mit Ausnahme der in den §§ 3 bis 6 [AVRAG] getroffenen Sonderregelungen ... das (Arbeits)Vertragsrecht auch im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang unberührt“ bleiben.²⁶⁾ Diese Haftungsbestimmungen sichern dem Arbeitnehmer ausständige Ansprüche aus der Zeit vor dem Betriebsübergang gegenüber dem Veräußerer und Erwerber bezüglich des Entgelts, der Zahlung einer Abfertigung, einer Pensionszahlung oder etwa einer Urlaubersatzleistung. Weil dadurch auch die Ansprüche bereits ausgeschiedener Arbeitnehmer gewahrt werden, die nicht infolge § 3 AVRAG übernommen wurden, drängt sich dem Gesetzesinterpreten die Frage auf, ob das Betriebsübergangsrecht als Einbahnstraße aufgefasst werden soll. Vor diesem Hintergrund gilt es, die Interessen des Erwerbers ins Kalkül zu ziehen. Das gilt auch in Hinblick auf die Konkurrenzklausele ausgeschiedener Arbeitnehmer, zumal diese ein über das Arbeitsende hinausgehendes Dauerschuldverhältnis darstellen, das an die Stelle des zuvor bestehenden Arbeitsverhältnisses trat.

Zu den vom Betriebsübergangsrecht berührten Arbeitsverhältnissen zählt *Krejci* unter Hinweis auf die Betriebsbezogenheit alle, die „jenem Aktions- oder Handlungssystem ... [zugeordnet werden können], das auf den Erwerber übertragen wird.“²⁷⁾ Diese Zugehörigkeit zum übergehenden Betrieb verdeutlicht, dass vor allem eine Zuordnung der übergehenden Arbeitnehmer zu einer „wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen“ maßgeblich ist.²⁸⁾ Wer nicht einem Betrieb angehört, wird nicht automatisch vom Erwerber übernommen. Nicht nur die aufrechten Arbeitsverhältnisse, sondern auch Konkurrenzklausele weisen einen Betriebs- bzw Unternehmensbezug auf. Dieser gründet in deren Schutzobjekt, das nicht primär die Rechtsperson des Arbeitgebers, sondern das Tätigkeitsfeld des Unternehmens bzw des Betriebs ist, in welches bzw welchen ein Arbeitnehmer eingegliedert war. Da Betriebspensionen, die in bereits beendeten Arbeitsverhältnissen gründen, eine Haftung für den Erwerber nach § 6 Abs 1 AVRAG begründen, verdeutlichen diese den Bezug zwischen den Geschehnissen nach dem „Ende“ des Arbeitsverhältnisses und der aktiven Beschäftigungszeit. Hiervon zeugen die Möglichkeiten, gewisse Betriebspensionszusagen wegen außergewöhnlichen Misserfolgs nachträglich auszusetzen oder sogar einzuschränken.²⁹⁾

Es liegt nahe, auch in der Konkurrenzklausele eine Schutzwirkung zugunsten der wirtschaftlichen Betriebs- bzw Unternehmensausrichtung zu erblicken. Das folgt aus dem Umfang wettbewerbsgeschützter Tätigkeiten der Konkurrenzklausele, die sich maßgeblich anhand des geschäftlichen Interesses des Bezugspunkts Unternehmen, Betrieb bzw Betriebsteil bestimmen.

Die Interessen- und die Leistungsäquivalenz kommen zum anderen bei der Karenzabgeltung zum Vorschein. Zugegebenermaßen ist – anders als in Deutschland – in Öster-

²⁶⁾ ErlRV 1077 BlgNR 18. GP, 11.

²⁷⁾ *Krejci*, Betriebsübergang (1996) 74. Damit liegt der Idee von der Sonderrechtsfolge des Betriebsübergangs die implizite Annahme zugrunde, dass dessen Angehörige sich für eine Beschäftigung im Rahmen des Betriebs und nicht für die Person des Arbeitgebers entschieden haben. Diesem Gedanken trägt auch der neben dem Arbeitsvertrag bestehende Versetzungsschutz nach § 101 ArbVG Rechnung.

²⁸⁾ *Krejci*, Betriebsübergang, 75; EuGH 7. 3. 1996, verb Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*.

²⁹⁾ Siehe *Glowacka*, Änderungen von Betriebspensionen (in Druck) Kapitel „Einseitige Änderungen durch den Arbeitgeber“.

reich keine umfassende, gesetzliche Karenzentschädigung vorgesehen.³⁰⁾ Doch allein deshalb darf man dem Konkurrenzklauseleverhältnis in Österreich kein defizitäres Austauschverhältnis attestieren. Auf eine synallagmatische Prägung, die einen Austausch von Rechten und Pflichten begründet, deutet zum einen der Unterfall des § 2c Abs 4 letzter Satz AVRAG (Karenzabgeltung) hin. Darin kommt nämlich zum Vorschein, dass sich ein Arbeitgeber trotz einer die Konkurrenzklausele ausschaltenden Vertragsauflösungsart dem Arbeitnehmer gegenüber auf die Klausele berufen kann, wenn ihm dieser zu Zwecken der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots während dessen Dauer das zuletzt bezogene Entgelt fortzahlt.³¹⁾ Es ist der Disposition der Parteien anheimgestellt, in den nicht von § 37 AngG geregelten Fällen (einvernehmliche Vertragsauflösung) eine (freiwillige und zusätzliche) niedrigere Karenzentschädigungen zu vereinbaren.³²⁾ Entschied sich der Betriebsübergeber für eine Karenzabgeltung, haftet der neue Inhaber infolge § 6 AVRAG für die Erfüllung dieser Verpflichtung. Dieses Abkaufen abstrakter Erwerbsschancen unterstreicht das darin innewohnende Austauschverhältnis und den gesetzlich vermuteten Interessenausgleich. Verneinte man in diesem Fall eine analoge Anwendung der Betriebsübergangsbestimmungen bezüglich „nachvertraglicher“ Konkurrenzklausele, könnten ausgeschiedene Arbeitnehmer trotz Erhalts ihrer Konkurrenzabgeltung, welche durch die Haftung des Betriebsübernehmers besichert wird, diesem das Konkurrenzverbot zur erneuten Disposition stellen.³³⁾

Dass eine Konkurrenzklausele selbst bei einvernehmlichen Vertragsauflösungen zur Anwendung kommt, indiziert den Regelfall einer auf verpflichtender Vorleistung des Arbeitgebers beruhenden Berechtigung. Der Arbeitgeber willigt – ähnlich dem System des Ausbildungskostenrückerersatzes (§ 2d AVRAG) – in eine Vorleistung ein, indem er dem Arbeitnehmer Zugriff auf verwertbare Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, den Kunden- bzw Mitarbeiterstock etc gewährt und diesem ein für die Abrede konstitutives Mindestgehalt in Höhe von zwei Dritteln der Höchstbemessungsgrundlage bezahlt.³⁴⁾ Im Gegenzug verspricht der Arbeitnehmer für höchstens ein Jahr, aus diesen Informationen keinen der Klausele widersprechenden Nutzen zu ziehen. Dies offenbart nicht nur das zugrunde liegende Austauschverhältnis, sondern darüber hinaus die oben erwähnte Verzahnung von Arbeitsverhältnis und Konkurrenzklauseleverhältnis. Die gleichzeitige und gesamtheitliche Betrachtungsweise von Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag gebietet des Weiteren auch die richtlinienkonforme Interpretation in Bezug auf die Beachtung des Arbeitsvertrages. Die Betriebsübergangsrichtlinie stellt in Art 3 Abs 1 nämlich auf den „*bestehenden Arbeitsvertrag oder [das] Arbeitsverhältnis*“ ab. Der Arbeitsvertrag endet durch Zeitablauf oder Kündigung nicht vollständig; an dessen Stelle tritt ein aufrechtes Konkurrenzklauseleverhältnis zur Abwicklung jener Zwecke, welches nach Erlöschen der Hauptleistungspflicht weiter besteht.

i Auf den Punkt gebracht

Im Lichte einer im Betriebsübergangsrecht systematischen Lösung erscheint es geboten, im Falle einer Schutzlücke des Erwerbers Konkurrenzklauseleverhältnisse als *resi-*

³⁰⁾ Nach § 74 deutsches HGB ist zur Wirksamkeit zumindest die Hälfte der zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen an den Arbeitnehmer zu leisten, was sich im Falle der Arbeitgeberkündigung auf die gesamten Leistungen erhöht. Dabei besteht aber auch eine Anrechnungspflicht des Arbeitnehmers bezüglich des anderweitig Erworbenen oder des zu erwerben Unterlassenen. In Österreich ist es der Disposition der Parteien anheimgestellt, in den nicht von § 37 AngG geregelten Fällen (einvernehmliche Vertragsauflösung) eine (freiwillige und zusätzliche) niedrigere Karenzentschädigungen als das zuletzt bezogene Entgelt zu vereinbaren; vgl OGH 24. 2. 1993, 9 ObA 4/93.

³¹⁾ Diese Variante existiert in Deutschland gemäß § 75 Abs 2 Fall 2 deutsches HGB.

³²⁾ OGH 24. 2. 1993, 9 ObA 4/93.

³³⁾ *Binder*, AVRAG², § 2c Rz 36, wobei der ehemaliger Arbeitgeber (Betriebsübergeber) nicht einseitig auf die Einhaltung der Klausele verzichten kann.

³⁴⁾ Zuvor das 17-Fache der täglichen Höchstbeitragsgrundlage. Vor dem 17. 3. 2006 war die Entgeltgrenze zu vernachlässigen, aber dennoch vorhanden.

dum des Arbeitsvertrages auf den Betriebserwerber überzuleiten.³⁵⁾ Eine analoge Anwendung von § 3 Abs 1 AVRAG erscheint vom Interessenstandpunkt der beteiligten Parteien – zumindest bei einer Gesamtveräußerung durch den Betriebsveräußerer und gleicher Betriebszweckverfolgung des Erwerbers³⁶⁾ – geboten. Hier fehlt nämlich das berechnigte Interesse des alten Betriebseigners, weswegen dessen Berechnigung wegfällt und daher der Betriebserwerber in dessen Konkurrenzklauselverhältnis eintreten soll. Dazu müssen auch jene Fälle zählen, in denen bloß einzelne Rechtsverhältnisse infolge der Widerspruchsmöglichkeit nach § 38 UGB beim Veräußerer verbleiben, die für sich keine interessengeschützte wirtschaftliche Einheit bilden.

Bei Betriebsübergängen infolge einer Betriebsabspaltung bzw -teilung erfordert der Grundsatz der Betriebsbezogenheit anhand der ehemaligen Betriebsengliederung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers eine Zuordnung des Konkurrenzklauselverhältnisses zum verbliebenen oder übergehenden Unternehmensteil.

Ist keine eindeutige Zuordnung des Klauselverhältnisses möglich, ist danach zu unterscheiden, ob gegenüber dem ehemaligen Arbeitnehmer ein besonderes geschäftliches Interesse des Erwerbers des teilweise veräußerten Unternehmens (teils) an der Einhaltung der Klausel besteht. Solch ein besonderes Interesse an einer Erstreckung der Berechnigung des Konkurrenzklauselverhältnisses vom Veräußerer auf den Erwerber³⁷⁾ wäre jedenfalls die Übernahme (einer Haftung aus) der Karenzabgeltungsverpflichtung, da somit das synallagmatische Äquivalenzprinzip neben dem Veräußerer auch zum Erwerber gewahrt bliebe.³⁸⁾

Der Umfang des Konkurrenzverbots orientiert sich jeweils am Vertragsinhalt zum Veräußerer und den jeweiligen Umständen der Eingliederung in den veräußerten Betrieb. Bei Integration eines abgespaltenen oder des ganzen Betriebs (teils) in den Erwerberbetrieb erfolgt keine (automatische) Anpassung an einen neuen Unternehmens- bzw Betriebszweck und -umfang.³⁹⁾ Liegt gar kein Interesse des alten oder neuen Klauselberechtigten an der Einhaltung vor, ist diese unverbindlich. Sollte das Gericht im Wege des nachgelagerten Interessenvergleichs feststellen, dass die inhaltlichen Modalitäten der Interessenäquivalenz zuwiderlaufen, können Konkurrenzklauseln zusätzlich im Sinne des § 879 ABGB für (teil)nichtig erklärt⁴⁰⁾ oder nach § 36 Abs 1 Z 3 AngG bzw § 2c Abs 1 Z 3 AVRAG gemindert werden.⁴¹⁾

³⁵⁾ *Müller-Glöge* in Münchener Kommentar zum BGB⁶, § 613a Rz 102 f (unter Verweis auf die Karenzabgeltung und das eintretende Erwerberschutzdefizit); anderer Ansicht Landesarbeitsgerichts Köln 8. 7. 2011, 10 Sa 398/11, ZIP 2012, 243, das einseitig auf die Interessen des Arbeitnehmers abstellte, aber die Revision zuließ.

³⁶⁾ *Wank* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht³ (2009) § 102 Rz 144; das berechnigte Erwerberinteresse bejahend *Oetker* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁶ (2015) § 74 HGB Rz 25.

³⁷⁾ Entgegen der deutschen Rechtslage (dargestellt von *Gaul/Ludwig*, Betriebsübergang: Auswirkungen auf Vereinbarungen über nachvertragliche Wettbewerbsverbote, NZA 2013, 489 [491 ff]) werden in Österreich Ansprüche oder Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung, die ausgeschiedene Arbeitnehmer besitzen, übergeleitet. Die fünfjährige Haftung für Betriebspensionsansprüche geht zeitlich über die höchstzulässige Bindung aus Konkurrenzklauseln von einem Jahr hinaus. Die Notwendigkeit, Arbeitnehmern trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmten Betrieben oder Betriebsteilen zuzuordnen, geschieht bereits zu Zwecken des Haftungsregimes in § 6 AVRAG und ist daher nicht unzulässig. Anhaltspunkte für eine Erstreckung der Klauselberechnigung finden sich umgekehrt in der geteilten Haftung des Erwerbers und des Veräußerers für Karenzabgeltungen und andere Ansprüche aus dem „beendeten“ Arbeitsverhältnis.

³⁸⁾ Bezug nehmend auf die Besonderheiten der Karenzabgeltung *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁶, § 613a BGB Rz 80.

³⁹⁾ *Grüll/Janert*, Die Konkurrenzklausel⁵ (1993) 82. Anderes gilt, falls der Arbeitsvertrag eine dynamische Anpassung vorsieht.

⁴⁰⁾ OGH 2. 4. 2009, 8 Ob 141/08f, GesRZ 2009, 367 (*Schrank*) = GES 2009, 219 (*Haberer/Told*) = AnWB 2009, 469 (*Saurer*).

⁴¹⁾ Siehe dazu *Reissner* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG, § 36 Rz 47.

Mehrfachbeschäftigung nach dem Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz

Richtigerweise erfolgt keine Zusammenrechnung der Arbeitszeiten mehrerer Beschäftigungsverhältnisse

FRANZ MARHOLD*)



Das Ergebnis kurz zusammengefasst vorweg: Keine Zusammenrechnung von Arbeitszeiten in einem dem KA-AZG unterliegenden Dienstverhältnis mit anderen Dienstverhältnissen – keine analoge Anwendung des § 2 Abs 2 AZG im Anwendungsbereich des KA-AZG.

1. Fragestellung und bisherige Literaturmeinungen

Das AZG regelt in seinem § 2 Abs 2 Satz 2, dass dann, wenn Arbeitnehmer von mehreren Arbeitgebern beschäftigt werden, die einzelnen Beschäftigungen zusammen die gesetzliche Höchstgrenze der Arbeitszeit nicht überschreiten dürfen.

Eine entsprechende Regelung fehlt im KA-AZG. Dies wirft die Frage auf, ob auch im Anwendungsbereich des KA-AZG die Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungsverhältnisse rechtlich geboten ist oder ob gerade aufgrund eines Gegenschlusses im Anwendungsbereich des KA-AZG eine Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungsverhältnisse nicht stattfindet. Dabei sind zwei unterschiedliche Fallkonstellationen voneinander abzugrenzen: zum einen die gleichzeitig ausgeübte Beschäftigung in mehreren Dienstverhältnissen, die alle dem KA-AZG unterliegen, zum anderen die Kombination von mehreren Dienstverhältnissen, bei denen eines (oder einige) dem KA-AZG unterliegt (unterliegen), während andere dem AZG unterliegen.

Die bisherige Literatur spricht sich auch im Anwendungsbereich des KA-AZG für die Zusammenrechnung der Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern aus, und zwar unabhängig davon, ob die der Zusammenrechnung unterworfenen Beschäftigungszeiten sämtlich dem KA-AZG oder auch dem AZG unterliegen. *Schrank* lehnt den Umkehrschluss auf die Zulässigkeit der Überschreitung der Grenzen der erlaubten Gesamtarbeitszeiten ab.¹⁾ Unter Bedachtnahme auf den Zweck der Arbeitszeithöchstgrenzen und Mindestruhezeiten wird man die Zusammenrechnungsbestimmung des § 2 Abs 2 AZG eher analog heranziehen müssen, meint *Schrank*.²⁾ Er führt aus, dass bei anderen Arbeitgebern erbrachte Arbeitszeiten als Unselbstständiger bei den Arbeitszeitgrenzen des KA-AZG sinnvollerweise mitzuberücksichtigen sein werden, zumal Arbeitszeiten in Krankenanstalten umgekehrt sicher auf eine dem AZG unterliegende Arbeitszeit nach dessen § 2 Abs 2 Satz 2 anzurechnen sind.³⁾

Auch *Stärker* sieht, dass vom KA-AZG nicht normiert wird, dass dem Anwendungsbereich des KA-AZG unterliegende Dienstnehmer von mehreren verschiedenen Dienstgebern im Sinne des KA-AZG beschäftigt werden. Auch er erkennt den Gegensatz zu § 2 Abs 2 AZG. Trotz Nichtnormierung im KA-AZG sei es jedoch evident, dass die Arbeitszeithöchstgrenzen des KA-AZG nicht durch Begründung weiterer Dienstverhältnis-

*) O. Univ.-Prof. Dr. *Franz Marhold* ist Vorstand des Instituts für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien und Partner in einer führenden Rechtsanwaltskanzlei in Wien.

1) *Schrank* (Arbeitszeitgesetz³ [2015] § 2 KA-AZG Rz 18) hält fest, dass § 2 KA-AZG keine dem § 2 Abs 2 AZG vergleichbare Bestimmung über die Zusammenrechnung der Arbeitszeiten bei verschiedenen Arbeitgebern enthält.

2) *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³, § 2 KA-AZG Rz 18.

3) *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³, § 2 KA-AZG Rz 3.

se unterlaufen werden können. Eine derartige Möglichkeit widerspreche dem *telos* des KA-AZG und würde sowohl den Arbeitnehmerschutzgedanken als auch die arbeitsmarktpolitische Zielsetzung der Arbeitszeitgesetze konterkarieren. Daher sei wohl auch im Anwendungsbereich des KA-AZG der Regelung des § 2 Abs 2 AZG vergleichbar vorzugehen.⁴⁾

H. Binder/Reznik erkennen auch, dass eine dem § 2 Abs 2 AZG vergleichbare ausdrückliche Regelung im KA-AZG nicht enthalten ist. Dennoch müsse dieser Grundsatz auch im Bereich des KA-AZG gelten. Angesichts der extrem langen möglichen Arbeitszeiten wäre es mit den Grundsätzen des Arbeitnehmerschutzes und auch mit dem Patientenwohl unvereinbar, wenn zusätzlich noch weitere Arbeiten in einem zweiten Dienstverhältnis durchgeführt werden. Dies gelte unabhängig davon, ob dieses zweite Dienstverhältnis dem KA-AZG unterliegt oder nicht.⁵⁾

2. Methodische Kritik an der bisherigen Literatur

Lediglich *Schrank* legt offen, mit welcher Methode er zur Anwendbarkeit des § 2 AZG im KA-AZG kommt. Er meint, man werde die Zusammenrechnungsbestimmung des § 2 Abs 2 AZG eher analog heranziehen müssen.⁶⁾ Was sich hinter „*eher*“ verbirgt, bleibt offen. Die anderen Autoren verzichten auf eine methodische Grundlegung, sondern beziehen sich ganz allgemein auf Arbeitnehmerschutzgedanken bzw auf Patienteninteressen. Aufgrund welcher juristischer Methode man zum Ergebnis kommen kann, § 2 Abs 2 AZG in den Anwendungsbereich des KA-AZG zu übertragen, lassen diese Autoren offen. Nach *Stärker* ist es evident, dass die Arbeitszeithöchstgrenzen des KA-AZG nicht durch Begründung weiterer Dienstverhältnisse unterlaufen werden können.⁷⁾ Das klingt nach Umgehung. Schließlich meint er, auch aufgrund systematischer Überlegungen (idente Ausgangslagen) sei im Anwendungsbereich des KA-AZG der Regelung des § 2 Abs 2 AZG vergleichbar vorzugehen.⁸⁾ Das klingt nach Analogie. *H. Binder/Reznik* meinen schlicht, der Grundsatz der Zusammenrechnung müsse trotz Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung auch im Bereich des KA-AZG gelten.⁹⁾ Auch das klingt nach Analogie.

Nach § 12 Abs 1 Z 1 KA-AZG sind Dienstgeber zu bestrafen, die Dienstnehmer über die Grenzen gemäß § 3 oder § 4 KA-AZG hinaus beschäftigen. Sofern die Tat nicht nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, ist eine Geldstrafe von 218 Euro bis 2.180 Euro, im Wiederholungsfall von 360 Euro bis 3.600 Euro zu verhängen. Die Grenzen des § 3 oder des § 4 KA-AZG sind die Grenzen der Tagesarbeitszeit und der Wochenarbeitszeit. Arbeitszeit nach § 2 KA-AZG ist die Zeit vom Dienstantritt bis zum Dienstende ohne die Ruhepausen, Tagesarbeitszeit die Arbeitszeit innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von 24 Stunden und Wochenarbeitszeit die Arbeitszeit innerhalb des Zeitraums von Montag bis einschließlich Sonntag. Im Gegensatz zu § 2 Abs 2 AZG verzichtet § 2 KA-AZG auf eine ausdrückliche Bestimmung, die die Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungsverhältnisse zu unterschiedlichen Dienstgebern vorsieht. Zu Recht sieht die bisherige Literatur darin eine Lücke. Sie will diese Lücke durch Analogie schließen. Was dabei übersehen wird, ist die Schaffung eines Straftatbestands durch Analogie. Dies widerspricht dem Grundsatz „*nulla poena sine lege stricta*“. Die Schaffung von Straftatbeständen durch Analogie ist auch im Verwaltungsstrafrecht unzulässig. Das Analogieverbot des Strafrechts gilt ganz allgemein sowohl im gericht-

⁴⁾ *Stärker*, KA-AZG⁶ (2015) § 2 Erläuterung 1.4.4.2.

⁵⁾ *H. Binder/Reznik*, KA-AZG² (2016) § 2 Anmerkung 16.

⁶⁾ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³, § 2 KA-AZG Rz 18.

⁷⁾ *Stärker*, KA-AZG⁶, § 2 Erläuterung 1.4.4.2.

⁸⁾ *Stärker*, KA-AZG⁶, § 2 Erläuterung 1.4.4.2.

⁹⁾ *H. Binder/Reznik*, KA-AZG², § 2 Anmerkung 16.

lichen als auch im Verwaltungsstrafrecht.¹⁰⁾ Den bisher zur Frage der Zusammenrechnung mehrerer Dienstverhältnisse im KA-AZG vertretenen Lehrmeinungen ist daher entgegenzuhalten, dass sie das strafrechtliche Analogieverbot missachten. Das Ergebnis ihrer Lückenschließung ist damit sogar mit Verfassungswidrigkeit behaftet. Es scheint mir daher ganz eindeutig zu sein, dass die Überschreitung von Tages- und Wochenarbeitszeiten durch mehrere dem KA-AZG unterliegende Beschäftigungsverhältnisse jedenfalls nicht strafbar sein kann. Das folgt ganz eindeutig aus dem strafrechtlichen Analogieverbot und sollte weiter nicht strittig sein. Da die genannten Autoren die Frage der Strafbarkeit als Folge der von ihnen vertretenen Analogieschlüsse nicht weiter reflektieren, ist auch durchaus ungewiss, ob sie sich bei ihrer Auslegung bzw. Lückenschließung dieser Rechtsfolge bewusst waren, die mit strafrechtlichen Grundsätzen völlig unvereinbar ist.

Das führt zur Frage, ob sich das Analogieverbot nur auf die Zusammenrechnung von dem KA-AZG unterliegenden Dienstverhältnissen bezieht oder ob auch Arbeitszeitüberschreitungen, die sich durch die Zusammenrechnung eines dem AZG unterliegenden Dienstverhältnisses mit einem dem KA-AZG unterliegenden Dienstverhältnis ergeben, strafbar sind. Meines Erachtens widerspricht auch die Strafbarkeit von Arbeitszeitüberschreitungen, die sich aus der Zusammenrechnung eines KA-AZG-Dienstverhältnisses mit einem AZG-Dienstverhältnis ergeben, dem strafrechtlichen Analogieverbot. Eindeutig regelt § 1 Abs 2 Z 10 AZG, dass Dienstnehmer, die unter das KA-AZG fallen, vom Geltungsbereich des AZG ausgenommen sind. Man könnte daher dem KA-AZG unterliegende Dienstverhältnisse nur in den Anwendungsbereich des § 2 Abs 2 AZG einbeziehen, wenn man gegen den Wortlaut des § 1 Abs 2 Z 10 AZG verstößt. Das dürfte man nur durch Schließung einer verdeckten Regelungslücke. Damit sind wir aber wieder bei einem Fall der Analogie. Die Zusammenrechnung von KA-AZG-Dienstzeiten mit AZG-Dienstzeiten zum Zwecke der Anwendung der Straftatbestände des § 28 AZG könnte daher wieder nur durch Analogie erfolgen, was aber auch im Verwaltungsstrafrecht unzulässig ist. Es kann daher meines Erachtens mit Sicherheit angenommen werden, dass die Überschreitung der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit durch die Zusammenrechnung der KA-AZG-Dienstzeiten mit AZG-Dienstzeiten verwaltungsstrafrechtlich nicht sanktioniert ist.

3. Überstunden durch Zusammenrechnung?

Damit bleibt die Frage offen, ob zumindest für privatrechtliche Zusammenhänge der Analogieschluss von § 2 Abs 2 AZG in das KA-AZG zulässig ist oder nicht. Für die Frage der Überstundenvergütung, aber auch für die Einhaltung der Ruhepausen nach §§ 10 und 11 AZG, um nur Beispiele zu nennen, wäre der Analogieschluss ja nicht verboten. Entsprechendes gilt für die Überstundenarbeit nach § 5 Abs 3 KA-AZG, die Ruhepausen nach § 6 KA-AZG oder die tägliche Ruhezeit nach § 7 KA-AZG, auch dies bloß beispielsweise. Während also strafrechtlich der Analogieschluss verboten ist, wäre ja arbeitsprivatrechtlich eine Analogie durchaus zulässig und könnte diese Analogie für die Verwirklichung arbeitsprivatrechtlicher Ansprüche zumindest von vornherein nicht ausgeschlossen werden. Hier stellt sich nun die Frage, ob die Voraussetzung eines Analogieschlusses vorliegt, ob also das Fehlen einer Zusammenrechnungsregel für mehrere Beschäftigungsverhältnisse im KA-AZG planwidrig ist, sodass eine analoge Anwendung von § 2 Abs 2 AZG im Bereich des KA-AZG geboten wäre. Vergleicht man die Regelungen des KA-AZG mit jenen des AZG, erscheint eine Planwidrigkeit der Lücke ausgeschlossen, sondern diese vielmehr beabsichtigt.

¹⁰⁾ Vgl. C. Fuchs in N. Raschauer/W. Wessely, VStG² (2016) Grundrechte im Verwaltungsstrafrecht Rz 20; W. Wessely in N. Raschauer/W. Wessely, VStG², § 1 Rz 14; Kolonovits/Muzak/Stöger, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts¹⁰ (2014) Rz 971; Lewisch, Verfassung und Strafrecht (1993) 107; VwGH 21. 4. 1997, 96/17/0488; 16. 12. 1997, 96/09/0149.

§ 2 AZG besteht aus drei Absätzen, wobei Abs 3 über die geschlechtergerechte Sprache erst nach Inkrafttreten des KA-AZG mit der Novelle BGBl I 2009/149 in § 2 AZG eingefügt wurde, sodass er (§ 2 Abs 3 AZG) in den Vergleich der beiden Regelungen nicht einzubeziehen ist. Wir haben nämlich davon auszugehen, dass dem 1997 verabschiedeten § 2 KA-AZG das zu diesem Zeitpunkt in Geltung gestandene AZG Pate stand, sohin ohne dessen im Jahr 2009 angefügten § 2 Abs 3. Vergleicht man nun § 2 AZG in der im Jahr 1997 in Geltung gestandenen Fassung mit dem KA-AZG, dann fällt auf, dass § 2 Abs 1 AZG mit § 2 KA-AZG wortident ist. Wir können daher davon ausgehen, dass der Gesetzgeber des KA-AZG sich an der Begrifflichkeit und am Inhalt des AZG und insbesondere dessen § 2 orientiert hat und diese Regelung zum Vorbild nahm. Wenn aber § 2 AZG offenbar Modellcharakter für § 2 KA-AZG hatte, dann kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber, der § 2 Abs 1 AZG wortgleich in § 2 KA-AZG übernommen hat, § 2 Abs 2 AZG schlicht übersehen hätte. Die wortidentische Übernahme des § 2 Abs 1 AZG in den § 2 KA-AZG drängt vielmehr den Schluss auf, dass der Gesetzgeber § 2 Abs 2 AZG bewusst nicht in das KA-AZG übernehmen wollte. Diese Unterscheidung zieht der Gesetzgeber in der Folge auch konsequent durch. Während die Strafbestimmungen des § 28 Abs 2 Z 1 und Abs 3 Z 1 AZG bei der Überschreitung der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit ausdrücklich auf § 2 Abs 2 AZG verweisen, stellt die vergleichbare Strafnorm des § 12 Abs 1 Z 1 KA-AZG nicht auf § 2 AZG ab, sondern direkt auf die Grenzen des § 3 oder des § 4 KA-AZG. Die Nichtübernahme des § 2 Abs 2 AZG in das KA-AZG erfolgte daher offenbar bewusst. Damit liegt keine Planwidrigkeit vor, sondern der Gesetzgeber verzichtete bewusst auf die Zusammenrechnungsregel, deren Rechtsfolgen im Anwendungsbereich des AZG schon sehr unklar sind. Schon *Gerhard Klein* hat sich äußerst kritisch dazu geäußert, ob und inwieweit die Zusammenrechnungsregel vollziehbar und sinnvoll ist.¹¹⁾ Zu Recht weist *Christoph Klein* darauf hin, dass die Zusammenrechnungsregel bisher in der Praxis der Arbeitsrechtsinspektorate keine Bedeutung erlangt hat.¹²⁾ Zudem ist äußerst zweifelhaft, welcher von zwei Arbeitgebern, die zusammen die Überschreitung der Höchstarbeitszeit bewirken, die Überstundenvergütung zu leisten hat¹³⁾ bzw welcher oder welche Arbeitgeber infolge des Überschreitens der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit durch Mehrfachbeschäftigung strafbar sind. Der Strafbarkeitsvorwurf wird spätestens am Verschulden scheitern, wenn die betreffenden Arbeitgeber glaubhaft dartun können, dass sie von Bestand eines weiteren Arbeitsverhältnisses entschuldbar nichts gewusst haben.¹⁴⁾ Angesichts der mangelnden Praktikabilität des § 2 Abs 2 AZG verliert der strapazierte Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes stark an Überzeugungskraft. Jedenfalls kann als *telos* der Nichtregelung genauso ins Treffen geführt werden, dass der Gesetzgeber des KA-AZG die mit der mangelnden Praktikabilität des § 2 Abs 2 AZG verbundenen Rechtsfragen nicht in das KA-AZG übertragen wollte. Die eindeutige Systematik – Modellcharakter des § 2 AZG für § 2 KA-AZG – drängt den Schluss auf, dass es sich beim Fehlen einer dem § 2 Abs 2 AZG vergleichbaren Regelung im KA-AZG um keine planwidrige Lücke handelt. Das bedeutet angesichts der unterschiedlichen Anwendungsbereiche und der Ausschlussbestimmung in § 1 Abs 2 Z 10 AZG, dass Beschäftigungsverhältnisse im Anwendungsbereich des KA-AZG auch für privatrechtliche Zusammenhänge nicht mit Beschäftigungsverhältnissen im Anwendungsbereich des AZG zusammengerechnet werden dürfen.

Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass das hier gefundene Ergebnis im Einklang mit der Arbeitszeit-Richtlinie¹⁵⁾ steht. Die Definition der Arbeitszeit in deren

¹¹⁾ G. Klein, Neue Aspekte im Arbeitsrecht, DRdA 1998, 175 (176).

¹²⁾ Ch. Klein in Heilegger/Klein, AZG⁴ (2016) § 2 Rz 18.

¹³⁾ Vgl dazu OGH 28. 6. 1995, 9 ObA 75/95.

¹⁴⁾ So auch Ch. Klein in Heilegger/Klein, AZG⁴, § 2 Rz 15.

¹⁵⁾ Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl L 299 vom 18. 11. 2003, S 9.

Art 2 Z 1 bezieht sich auf einen einzelnen Arbeitgeber, woraus sich ergibt, dass Tages-, Wochen- und Nachtarbeit, aber auch die Regelung über die Ruhepause keine Mehrfachbeschäftigungen erfassen. Darüber hinaus wird aus deren Art 11, 13 und 22 Abs 1 lit a, c und e (nur beispielhaft) deutlich, dass ihr Regelungsgegenstand das einzelne Arbeitsverhältnis ist.

i Auf den Punkt gebracht

Eine Zusammenrechnung von mehreren dem KA-AZG unterliegenden Arbeitsverhältnissen zur Berechnung der Tages- bzw. Wochenzeit findet genauso wenig statt wie eine Zusammenrechnung von KA-AZG-Zeiten mit AZG-Beschäftigungszeiten. Dies sollte für verwaltungsstrafrechtliche Zusammenhänge und Rechtsfolgen wegen des strafrechtlichen Analogieverbots vollkommen außer Streit stehen. Entgegen den bisherigen Literaturmeinungen gilt dasselbe Ergebnis aber auch im arbeitsprivatrechtlichen Zusammenhang.

Alle wesentlichen Arbeitszeitgesetze aktuell kommentiert

„Lohn-
dumping“-
Strafen
vermeiden

Arbeitszeitgesetze Kommentar

Schrank
3. Aufl. 2015
1.408 Seiten, Ln.
ISBN 978-3-7073-3025-0
EUR 188,-

AUCH
online
www.lindeonline.at



Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise Bücher inkl. 10 % MwSt.

www.lindeverlag.at

Linde

VfGH hebt Mindestlohnstarif für angestellte Tierärzte auf

Was sind die Rechtsfolgen für die Normunterworfenen?

VERENA ZWINGER*)



Der VfGH hat mit Erkenntnis vom 10. 12. 2015, V 59/2015, die Verordnung des Bundeseinigungsamtes beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mit der der Mindestlohnstarif für angestellte Tierärzt/innen geändert wird, BGBl II 2014/251, mit Frist zum 30. 6. 2016 aufgehoben¹⁾ und festgestellt, dass auch jede Novelle eines Mindestlohnstarifs als Festsetzung im Sinne des § 22 Abs 1 ArbVG zu sehen ist. Als Folge der Aufhebung sind alle seit 2012 festgesetzten Mindestlohnstarife für angestellte Tierärzte erloschen. Auch zu einer Nachwirkung im Sinne des § 24 Abs 4 ArbVG kommt es nicht.

1. Das Erkenntnis des VfGH

Im gegenständlichen Fall hatte sich der VfGH mit der Frage nach der Zulässigkeit der Festsetzung eines Mindestlohnstarifs bei Bestehen einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft auseinanderzusetzen. Die antragstellenden Parteien (eine Tierärztesellschaft als Erstantragstellerin und der geschäftsführende Gesellschafter der Erstantragstellerin als Zweitantragsteller) forderten die Aufhebung des Mindestlohnstarifs für angestellte Tierärzte. Nach Ansicht der Antragsteller sei jegliche Änderung bzw. Anpassung eines Mindestlohnstarifs als Festsetzung im Sinne des § 22 Abs 1 ArbVG zu qualifizieren.

Das Bundeseinigungsamt als Antragsgegner führte dazu im Gegenzug aus, dass bei erstmaliger Erlassung des Mindestlohnstarifs 2012²⁾ der Tierärztekammer noch keine Kollektivvertragsfähigkeit zuerkannt worden war und dieser somit jedenfalls rechtmäßig erlassen wurde. Die in den Folgejahren 2013³⁾ und 2014⁴⁾ erlassenen Verordnungen seien jeweils lediglich als Anpassung der bereits bestehenden „Stammfassung“ des Mindestlohnstarifs aus 2012 zu qualifizieren. Eine erneute Festsetzung des Mindestlohnstarifs für angestellte Tierärzte wäre somit seit Erlangung der Kollektivvertragsfähigkeit der Tierärztekammer entgegen der Ansicht der Antragsteller nicht erfolgt.

Der VfGH folgte der Ansicht des Bundeseinigungsamtes nicht, gab dem Antrag der Tierärztesellschaft statt und hob die Verordnung BGBl II 2014/251 zur Gänze als gesetzwidrig auf.

2. Rechtsgrundlagen und bisherige Rechtslage

Das ArbVG sieht in seinem § 22 neben der Satzung den Mindestlohnstarif als Substitutionsform des Kollektivvertrages vor. Voraussetzung für die Festsetzung eines Mindestlohnstarifs ist die rechtliche Unmöglichkeit, einen Kollektivvertrag abzuschließen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass bereits das Bestehen einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft der Festsetzung eines Mindestlohnstarifs entgegensteht,⁵⁾ jedoch erst

*) Mag^a. Verena Zwinger ist Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

1) Die Aufhebung durch den VfGH wurde in BGBl II 2016/14 kundgemacht.

2) Verordnung des Bundeseinigungsamtes beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mit der der Mindestlohnstarif für angestellte Tierärzt/inn/en festgesetzt wird, BGBl II 2012/223.

3) Verordnung des Bundeseinigungsamtes beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mit der der Mindestlohnstarif für angestellte Tierärzt/innen geändert wird, BGBl II 2013/265.

4) Siehe die bereits die im Abstract angeführte Verordnung BGBl II 2014/251.

durch die Mitgliedschaft des Arbeitgebers in der Berufsvereinigung die Festsetzung eines Mindestlohntarifs für den betroffenen Bereich ausgeschlossen ist.⁶⁾ Da die Tierärztesgesellschaft als Erstantragstellerin gemäß § 12 iVm § 15a Tierärztesgesetz Mitglied der Tierärztekammer ist, erwies sich dies in Bezug auf den gegenständlichen Fall als unproblematisch.

Ebenso unstrittig ist die Tatsache, dass der Tierärztekammer als freie Berufsvereinigung mit der Erlassung des Tierärztekammergesetzes im Jahr 2012 die Kollektivvertragsfähigkeit uneingeschränkt verliehen wurde. Seit dem 15. 8. 2012 ist somit die Festsetzung eines Mindestlohntarifs für angestellte Tierärzte rechtlich nicht mehr möglich. Der bereits zuvor (am 28. 6. desselben Jahres) kundgemachte Mindestlohn tarif für angestellte Tierärzte war somit nach der herrschenden Lehre⁷⁾ rechtmäßig zustande gekommen und blieb von der Erlangung der Kollektivvertragsfähigkeit unberührt.

Im Anlassfall galt es nun jedoch, zu klären, ob zwei in den Folgejahren 2013 und 2014 kundgemachte Verordnungen, die als Änderung des Mindestlohntarifs der angestellten Tierärzte bezeichnet wurden, lediglich als Anpassung des ursprünglichen Mindestlohntarifs aus 2012 zu qualifizieren oder ebenso als jeweils neu festgesetzte, eigenständige Mindestlohn tarife im Sinne des § 22 ArbVG einzustufen sind.

Bereits im Jahr 2007 hatte der OGH zu entscheiden, ob durch die Wiederverlautbarung unter bloßer Änderung eines bereits bestehenden Mindestlohntarifs dessen Identität gewahrt wird oder davon auszugehen ist, dass mit jeder Änderung auch jeweils ein neuer Mindestlohn tarif festgesetzt wird.⁸⁾ Im konkreten Fall waren seit 1954 regelmäßig Mindestlohn tarife erlassen worden, die sich vom jeweiligen Vorgänger-Mindestlohn tarif bloß geringfügig unterschieden. Allerdings befand sich im jeweils neuen Mindestlohn tarif ein Hinweis auf das damit einhergehende Außerkrafttreten der Vorgängerversion, worauf sich letztlich auch der OGH stützte und das Vorliegen eines durchgehenden Mindestlohn tarifs verneinte. Diese Entscheidung wurde in der Literatur teilweise als überspitzt formalistisch abgelehnt.⁹⁾

Der gegenständliche Anlassfall gestaltete sich jedoch diesbezüglich anders, da man (bzw das Bundeseinigungsamt) hier wohl offensichtlich auf die Entscheidung des OGH reagieren und damit vergangene Fehler vermeiden wollte. So wurde im Mindestlohn tarif einerseits nicht nur auf den Außerkrafttretenshinweis verzichtet, sondern andererseits auch die jeweilige Neuregelung explizit mit „*Verordnung ... mit der der Mindestlohn tarif für angestellte Tierärzt/innen geändert wird*“ betitelt.

3. Die Interpretation des VfGH

Der zur Verordnungsprüfung angerufene VfGH folgte zwar im Grunde der Judikaturlinie des OGH, konkretisierte diese jedoch zusätzlich dahin gehend, dass nicht nur die Erlassung neuer Werte, sondern auch jede Änderung oder eine Wiederverlautbarung des Mindestlohntarifs als Festsetzung im Sinne des § 22 Abs 1 ArbVG zu qualifizieren ist. Zu diesem Ergebnis gelangte der VfGH, indem er sich ausschließlich auf den

⁵⁾ OGH 28. 1. 1999, 8 ObA 338/98h, DRdA 2000/17 (*Weiß*) = ZAS 2000/15 (*Strasser*).

⁶⁾ OGH 13. 9. 2001, 8 ObA 87/01d; 23. 4. 2003, 9 ObA 236/02z, DRdA 2004/32 (*Weiß*); *Resch*, DRdA 2002, 382; *Trost*, Kollektivvertragsautonomie und behördliche Festsetzung von Mindestlöhnen, DRdA 2005, 122 (133 f); anderer Ansicht *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht³ (in Druck) 520; *Weiß*, DRdA 2004, 360; *Schrammel*, Rechtsfragen des Mindestlohntarifs, ZAS 2005, 196 (197 f).

⁷⁾ Vgl nur *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht III⁵ (2015) § 22 ArbVG Rz 22; *Reissner* in *Neumary/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011) § 22 ArbVG Rz 13.

⁸⁾ OGH 8. 8. 2007, 9 ObA 4/07i, DRdA 2009/10 (*Ritzberger-Moser*); dazu *Melzer-Azodanloo*, Erlassung und Außerkrafttreten eines Mindestlohntarifs, ZAS 2008, 180.

⁹⁾ So *Reissner* in *ZellKomm*², § 22 ArbVG Rz 13; ähnlich *Ritzberger-Moser*, DRdA 2009, 126, deren Ansicht nach zwar eine Abänderung des Regelungsinhalts, im Sinne der Benutzerfreundlichkeit aber nicht eine bloße Lohnanpassung als Festsetzung zu sehen sei.

Wortlaut des § 22 Abs 1 letzter Satz ArbVG stützte. Demzufolge werden die in der Erklärung festgesetzten Mindestentgelte und Mindestbeträge für den Ersatz von Auslagen als Mindestlohtarif bezeichnet. Mit der Verordnung BGBl II 2014/251 ist somit nach Ansicht des VfGH ein Mindestlohtarif zu einem Zeitpunkt festgesetzt worden, in dem bereits mit der Tierärztekammer eine kollektivvertragsfähige Körperschaft der Arbeitgeber bestand.¹⁰⁾ Aus diesem Grund war die Verordnung als gesetzwidrig aufzuheben.

Die Wortwahl des VfGH („Dies legt auch die Formulierung des § 22 Abs. 1 letzter Satz ArbVG nahe ...“) lässt vermuten, dass der VfGH bei seiner Entscheidungsfindung nicht gänzlich frei von Zweifeln war.¹¹⁾ Dennoch erschien dem VfGH offensichtlich die zusätzliche Heranziehung der übrigen Interpretationsmethoden,¹²⁾ insbesondere des *telos*, nicht notwendig. Angesichts der unterschiedlichen Meinungen bezüglich der bereits erwähnten OGH-Entscheidung,¹³⁾ die teilweise wegen eines überspitzten Formalismus kritisiert wurde,¹⁴⁾ und der nicht gänzlich zu vernachlässigenden politischen Brisanz der Rechtsfolgen des Anlassfalles wäre dennoch eine etwas genauere Erläuterung wünschenswert, wenn auch rein rechtlich wahrscheinlich nicht notwendig gewesen.¹⁵⁾

4. Rechtsfolgen – Nachwirkung gemäß ArbVG?

4.1. Allgemeines

Man mag die Argumentation des VfGH gutheißen oder nicht; die spannende Frage ist jene nach den konkreten Rechtsfolgen dieses Erkenntnisses, sowohl für die Antragsteller als auch alle übrigen Normunterworfenen.

Wie beim Kollektivvertrag ist als besondere Rechtsfolge im Falle des Erlöschens eines Mindestlohtarifs vorgesehen, dass seine Rechtswirkungen für jene Arbeitsverhältnisse, die unmittelbar davor durch ihn erfasst waren, so lange (zumindest dispositiv) aufrecht bleiben, bis ein neuer Mindestlohtarif, ein Kollektivvertrag oder eine Satzung wirksam oder eine neue Einzelvereinbarung mit den betroffenen Arbeitnehmern abgeschlossen wird (§ 24 Abs 4 ArbVG).

Eine Nachwirkung tritt nach herrschender Ansicht unabhängig von der Art der Beendigung ein. Diesbezüglich werden vor allem Fristablauf, Kündigung oder die Aufhebung durch das Bundeseinigungsamt auf Antrag der Arbeitnehmer in der Literatur beispielhaft angeführt,¹⁶⁾ wobei der letztgenannten Möglichkeit bislang wenig bis keine praktische Relevanz zugesprochen wurde.¹⁷⁾

Anders gestaltet sich die Sache jedoch im vorliegenden Fall. Hier hat nämlich nicht das Bundeseinigungsamt, sondern der VfGH auf Antrag der Arbeitgeber den betreffenden Mindestlohtarif aufgehoben. Mindestlohtarife werden nach herrschender Ansicht als

¹⁰⁾ So auch schon *Melzer-Azodanloo*, ZAS 2008, 186.

¹¹⁾ Wäre man sich sicher gewesen bzw der Ansicht, dass mit der Auslegung des Wortlauts allein zugleich auch den fundamentalen normativen Anforderungen des Systems Genüge getan würde (siehe *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² [2012] 105), hätte man wohl explizit darauf hingewiesen bzw zumindest darauf hinweisen können.

¹²⁾ *F. Bydlinski/P. Bydlinski* (Methodenlehre², 104) bezeichnet dies als globale „Gegenprobe“ als Kontrolle des zunächst erzielten Ergebnisses.

¹³⁾ *Reissner* in *ZellKomm*², § 22 ArbVG Rz 13; *Ritzberger-Moser*, DRdA 2009, 126; anderer Ansicht *Melzer-Azodanloo*, ZAS 2008, 186.

¹⁴⁾ *Reissner* in *ZellKomm*², § 22 ArbVG Rz 13.

¹⁵⁾ Nach Ansicht von *F. Bydlinski/P. Bydlinski* (Methodenlehre², 104) schreitet man nur dann in den Auslegungsmethoden fort, wenn und soweit das gestellte Problem auf der früheren Stufe oder den früheren Stufen nicht gelöst werden konnte.

¹⁶⁾ Vgl *Mosler* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht III⁵, § 24 ArbVG Rz 8; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG, § 24 Rz 1; *Reissner* in *ZellKomm*², § 24 ArbVG Rz 4.

¹⁷⁾ So *Schrammel*, ZAS 2005, 196 ff.

Verordnungen gemäß Art 18 Abs 2 B-VG qualifiziert.¹⁸⁾ Mangels Antragslegitimation der Körperschaft der Arbeitgeber zur Anfechtung des Mindestlohtarifs nach dem System des ArbVG (§ 25 Abs 1 iVm Abs 5) war somit der Weg über das Verordnungsprüfungsverfahren nach Art 139 B-VG der einzig mögliche für die Antragsteller, um effektiven Rechtsschutz zu erlangen. Die Tierärztesgesellschaft und der geschäftsführende Gesellschafter als Normadressaten setzen sich zudem bei Nichteinhaltung des Mindestlohtarifs der (nicht gänzlich auszuschließenden) Gefahr aus, (verwaltungs)strafrechtlich belangt bzw geklagt zu werden (§ 7i Abs 5 Satz 1 AVRAG; § 9 Abs 1 VStG; § 153 StGB). Insofern bestätigte der VfGH, dass die antragstellenden Parteien als Normadressaten unmittelbar nachteilig von der Festsetzung des Mindestlohtarifs betroffen und dementsprechend zur Beantragung der Aufhebung berechtigt waren.

4.2. Derogation der früheren Verordnungen

Im Gegensatz zum Gesetzesprüfungsverfahren fehlt eine Art 140 Abs 6 B-VG¹⁹⁾ entsprechende Regelung in Art 139 B-VG, weswegen es aufgrund der vollständigen Derogation der früheren durch die spätere Verordnung nicht zum Wiederaufleben der früheren Verordnung kommt.²⁰⁾ Durch die Aufhebung des Mindestlohtarifs aus 2014 fallen somit aufgrund dieser Besonderheit des Verordnungsprüfungsverfahrens nicht nur der als gesetzwidrig erkannte Mindestlohtarif aus 2014, sondern auch der (wohl abermals als gesetzwidrig einzustufende) Mindestlohtarif aus 2013 und der an sich gesetzeskonforme Mindestlohtarif aus 2012 ersatzlos weg.

In Zusammenhang mit der Änderung von Verordnungen sind in der Literatur unter anderem Überlegungen hinsichtlich einer vollständigen oder bloß beschränkten derogatorischen Kraft und damit der Wahrung der Identität einer Verordnung angestellt worden.²¹⁾ Auf den Anlassfall umgelegt bedeutet dies: Wären nur einzelne Punkte des Mindestlohtarifs angepasst und kundgemacht worden, hätte das Endergebnis unter Umständen anders ausgesehen.

Der Mindestlohtarif wurde im vorliegenden Fall allerdings bei jeder Änderung in seiner Gesamtheit wiederverlautbart und die jeweiligen §§ 2 (Gehaltsschema/Entgelt) und 3 (Zulagen) wurden inhaltlich angepasst. Zudem sind für das Verfahren zur Änderung eines Mindestlohtarifs nach § 25 Abs 5 ArbVG beispielsweise auch keine erschwerten Anforderungen vorgesehen.²²⁾ Insofern gibt es keine ausreichenden Hinweise für eine bloß beschränkte derogatorische Kraft der jeweiligen Änderungsverordnungen. Im Übrigen tendiert der VfGH in letzter Zeit generell dazu, die bloße Novellierung einer Verordnung als gänzliche Neuerlassung zu deuten.²³⁾

4.3. Aufhebung pro futuro gemäß B-VG – keine Nachwirkung gemäß ArbVG

Gelangt der VfGH im Zuge einer Verordnungsprüfung zur Überzeugung, dass die angefochtene Verordnung der ihr zugrunde liegenden Norm widerspricht, ist diese zum Teil bzw gänzlich aufzuheben. Eine Aufhebung erfolgt stets grundsätzlich *ex nunc*, das be-

¹⁸⁾ Vgl *Aichreiter in Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 139 B-VG Rz 30, *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG, § 26 Z 2 Rz 5; *Mosler in Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht III⁵, § 22 ArbVG Rz 3.

¹⁹⁾ Art 140 Abs 6 B-VG besagt, dass im Falle eines aufhebenden Erkenntnisses des VfGH mit dem Tag des Inkrafttretens der Aufhebung die gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft treten, die durch das als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehoben worden waren.

²⁰⁾ *Aichreiter in Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 139 B-VG Rz 32.

²¹⁾ *Aichreiter in Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 139 B-VG Rz 5; am Beispiel eines Flächenwidmungsplans *Mayer*, Über die derogatorische Kraft von Flächenwidmungsplänen, *ecolex* 1994, 354.

²²⁾ Vgl *Mayer*, *ecolex* 1994, 354 ff.

²³⁾ VfGH 16. 12. 1992, G 199/92; 3. 3. 2001, G 87/00.

deutet, dass Verordnungen, wenngleich sie auch rechtswidrig erlassen wurden, so lange zur Rechtsordnung gehören und dementsprechend auch Rechtswirkungen entfalten, als sie nicht durch den VfGH aufgehoben werden.²⁴⁾ Aus Gründen der Rechtssicherheit steht es dem VfGH aber gemäß Art 139 Abs 6 B-VG frei, einen als gesetzwidrig erkannten Zustand ausnahmsweise für einen gewissen Zeitraum aufrechtzuerhalten, um den Rechtssicherheitsansprüchen im Rechtsstaat zu genügen und den Betroffenen damit ausreichenden Rechtsschutz zu gewähren.

Auch im Anlassfall machte der VfGH von der Möglichkeit des Art 139 Abs 6 B-VG Gebrauch, indem er den Mindestlohn tarif *pro futuro* – nach Ablauf einer Frist von sechs Monaten – aufhob. Dadurch signalisierte der VfGH wohl zum einen den Kollektivvertragsparteien, sie mögen die verbleibende Zeit nutzen, um einen Kollektivvertrag abzuschließen, zum anderen kann man davon ausgehen, dass laut Ansicht des VfGH dem Rechtsschutzinteresse aller Parteien durch die Fristsetzung von sechs Monaten ausreichend entsprochen wurde.²⁵⁾

Hingewiesen werden muss in diesem Zusammenhang zudem darauf, dass es aufgrund des Stufenbaus der österreichischen Rechtsordnung und des abschließenden Systems des Rechtsschutzes des B-VG in diesem Fall nicht zur Anwendung des ArbVG (insbesondere § 24 Abs 4 und 25 Abs 5) kommen kann und sich dementsprechend auch jegliche Überlegungen zur Nachwirkung des Mindestlohntarifs infolge der Aufhebung erübrigen. Abgesehen davon, dass sich gemäß § 25 Abs 2 iVm § 22 Abs 1 ArbVG nur kollektivvertragsfähige Körperschaften der Arbeitnehmer an das Bundeseinigungsamt als normerlassende Behörde wenden können, erübrigen sich etwaige Gedankenspiele, diese „Lücke“²⁶⁾ per Analogie zu schließen, da etwaige Schutzinstrumente des einfachen Gesetzgebers aufgrund der abschließenden Regelung des B-VG dessen Rechtsschutz nicht noch zusätzlich erweitern oder ergänzen können.

Im gegebenen Fall bedeutet dies nun für die Normunterworfenen, dass seit dem Verstreichen der Sechsmonatsfrist der Mindestlohn tarif nachwirkungslos aufgehoben wurde.

i Auf den Punkt gebracht

Auch die Novelle einer Verordnung ist laut VfGH als Festsetzung eines Mindestlohntarifs gemäß § 22 Abs 1 ArbVG zu verstehen. Seit der Aufhebung des Mindestlohntarifs für angestellte Tierärzte unterliegen die Normunterworfenen aufgrund der Derogation der Altregelung durch die jeweils neue Verordnung keinem kollektivarbeitsrechtlichen Regelungsinstrument; man befindet sich rechtlich somit wieder im Zustand vor dem 28. 6. 2012. Aufgrund des Rechtsschutzsystems der österreichischen Bundesverfassung kommt es im gegenständlichen Fall auch zu keiner Nachwirkung im Sinne des § 24 Abs 4 ArbVG. Ebenso kann angesichts des Bestehens einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft künftig in diesem Bereich kein Mindestlohn tarif mehr festgesetzt werden.

²⁴⁾ Vgl nur *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG, § 24 Rz 10.

²⁵⁾ Diesbezüglich erscheint es fraglich, weswegen der VfGH mit der Frist von sechs Monaten an der Untergrenze des Möglichen verblieben ist bzw ob in Anbetracht dessen, dass es den Kollektivvertragsparteien schon seit 2012 nicht gelungen ist, einen Kollektivvertrag abzuschließen, nicht die Ausschöpfung der Frist von 18 Monaten (oder zumindest ein längerer Zeitraum als sechs Monate) angebracht gewesen wäre.

²⁶⁾ Sollte es denn überhaupt eine planwidrige Lücke geben.

ASoK-JAHRESABO

INKLUSIVE ONLINEZUGANG
UND APP ZUM HEFT-DOWNLOAD

**AKTION
JETZT 20%
GÜNSTIGER!**



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

ASoK-Jahresabo 2017 inkl. Online Zugang und App
(21. Jahrgang 2017, Heft 1-12)

EUR 182,40
Statt EUR 228,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahres möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____

Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____

E-Mail _____

Telefon (Fax) _____

Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift _____

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53