

1. Arbeitsrecht (Grundlagen)

1.1. Kollektivvertrag – Betriebsvereinbarung – Einzelvereinbarung

Arbeitsrechtliche Bestimmungen ergeben sich aus dem **Gesetz**, aus dem **Kollektivvertrag**, aus **Betriebsvereinbarungen** und aus **Einzelvereinbarungen**.

Ein **Kollektivvertrag** ist eine überbetriebliche **schriftliche Vereinbarung**, die zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer, in der Regel ist es die Gewerkschaft, und den Arbeitgebern, in der Regel sind es die Arbeitgeberverbände, abgeschlossen werden. Diese Vereinbarung gilt für die Arbeitsverhältnisse innerhalb ihres jeweiligen Geltungsbereiches (Branche, Gebiet, Angestellter bzw Arbeiter).¹

Betriebsvereinbarungen sind schriftliche Vereinbarungen zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat (Betriebsausschuss, Zentralbetriebsrat, Konzernvertretung). Gegenstand von Betriebsvereinbarungen sind Angelegenheiten, in denen durch Gesetz (zB ArbVG oder AZG) oder Kollektivvertrag der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zugelassen wird. Existiert in einem Betrieb kein gewählter Betriebsrat, kann auch keine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden. Betriebsvereinbarungen sind ebenso wie Gesetze und Kollektivverträge unmittelbar rechtsverbindlich.

Eine **Einzelvereinbarung** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in derselben Angelegenheit ist neben einer Betriebsvereinbarung nur zulässig, wenn sie den Arbeitnehmer günstiger stellt.

1.2. Beschäftigungsformen

Von der arbeitsrechtlichen Ausgestaltung des Anstellungsvertrages ist es abhängig, welche steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen. Je nach **Beschäftigungsverhältnis** wird unterschieden zwischen:

- echtem Dienstverhältnis,
- freiem Dienstverhältnis,
- Werkvertrag.

¹ Auf <http://www.kollektivvertrag.at> finden sich interessante Informationen zum Thema „Kollektivvertrag“.

1.2.1. Echtes Dienstverhältnis

Ein echtes Dienstverhältnis liegt vor, wenn sich jemand befristet oder unbefristet verpflichtet, in **persönlicher** und **wirtschaftlicher Abhängigkeit** eine Arbeitsleistung unter der Leitung eines Dienstgebers zu erbringen.

Wesentliche **Merkmale** eines echten Dienstvertrags sind daher die persönliche und die wirtschaftliche Abhängigkeit.

Die **persönliche Abhängigkeit** ergibt sich daraus, dass die Arbeitsleistung dem Arbeitgeber zugutekommt und in einer von dieser bestimmten Organisationsstruktur (Arbeitsorganisation) entsteht. Sie äußert sich insbesondere in der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers betreffend den vereinbarten Arbeitsort und Arbeitsablauf sowie in der Bindung an Dienstzeiten.² Die persönliche Arbeitspflicht schließt ein bedingungsloses Vertretungsrecht aus.

Unter **wirtschaftlicher Abhängigkeit** wird die Lohnabhängigkeit sowie das fehlende Eigentum an Betriebsmitteln und die fehlende Verfügungsmacht über Produktionsmittel verstanden.

Fehlendes Unternehmerrisiko des Dienstnehmers ist ein weiteres Indiz für ein echtes Dienstverhältnis. Der Dienstnehmer bekommt für seine Tätigkeit ein Entgelt. Dieser Entgeltanspruch steht ihm auch für die Nichtleistungszeit (wie bspw Krankheit und Urlaub) zu. Der wirtschaftliche Erfolg seiner Leistung wird dem Arbeitgeber zugerechnet.

Es müssen nicht sämtliche Merkmale für ein echtes Dienstverhältnis erfüllt sein, entscheidend ist das Überwiegen der Merkmale, wobei dabei nicht deren zahlenmäßiges Überwiegen, sondern die Gewichtung entscheidend ist. Das Fehlen eines Merkmals kann durch ein anderes, besonders stark ausgeprägtes ausgeglichen werden.

1.2.2. Freies Dienstverhältnis

Ein freies Dienstverhältnis liegt vor, wenn eine regelmäßige Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschuldet wird. Für den freien Dienstnehmer besteht grundsätzlich eine persönliche Arbeitsverpflichtung, jedoch ohne in einem **persönlichen Abhängigkeitsverhältnis** zu stehen.

Das Fehlen eines **persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses** ergibt sich insbesondere durch

- den vertraglich vereinbarten **Ausschluss einer persönlichen Weisungsbindung** hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Verhalten bei der Arbeit,
- die **fehlenden Kontrollbefugnisse** des Auftraggebers,

² VwGH 15.4.1998, 95/09/0174.

- die **fehlende Einbindung** bzw **Eingliederung** in den Betrieb des Auftraggebers
- und die Möglichkeit, sich nach Belieben jederzeit **vertreten** zu lassen,

Dieses **Vertretungsrecht** muss ein freies, generelles Vertretungsrecht sein. Kein generelles Vertretungsrecht liegt vor, wenn eine wechselseitige Vertretung mehrerer beim selben Vertragspartner beschäftigter Personen besteht.³ Auch eine Vertretung im Fall einer Verhinderung oder während einer Krankheit oder Urlaub ist kein generelles Vertretungsrecht.

Der freie Dienstnehmer hat bei der Ausübung seiner Tätigkeit einen größeren Spielraum gegenüber den Weisungen des Dienstgebers.

Die **arbeitsrechtlichen Ansprüche** des freien Dienstnehmers richten sich im Wesentlichen nach der mit dem Arbeitgeber geschlossenen Vereinbarung.

Da beim freien Dienstvertrag die **persönliche Abhängigkeit** sehr gering ausgeprägt ist, gelten folgende Schutzbestimmungen nicht automatisch, außer sie sind Bestandteil des Dienstvertrages:

- keine Anwendung der Kollektivverträge,
- keine Arbeitszeitgrenzen gem AZG,
- kein Überstundenzuschlag gem AZG bzw Kollektivvertrag,
- kein Anspruch auf Fortzahlung im Krankheitsfall bzw Freizeitunfall gem Entgeltfortzahlungsgesetz bzw Angestelltengesetz,
- kein Anspruch auf bezahlten Urlaub gem Urlaubsgesetz,
- kein Mindestlohn
- und keine Sonderzahlungen.

Jedoch sind bei Kündigung freier Dienstnehmer die gesetzlichen Kündigungsfristen einzuhalten und es besteht ein Anspruch auf Kündigungsentschädigung.⁴

Freie Dienstnehmer sind auch in die betriebliche Mitarbeitervorsorge einzubeziehen.

1.2.3. Werkvertragsverhältnis

Der Werkvertragsnehmer verpflichtet sich zur **Herstellung eines Werkes** oder zu dessen **Fertigstellung**.⁵

Ein Werk ist eine individualisierte, konkrete, gewährleistungstaugliche Leistung. Der gewährleistungsfähige Erfolg ist wesentlich für die Einstufung als Werkvertrag. Man spricht auch von einem Erfolg, der geschuldet wird, wofür der Werkvertragsnehmer haftet.

Bei einem Dienstverhältnis wird hingegen die **Arbeitsleistung** geschuldet.

3 VwGH 16.11.2011, 2008/08/0152.

4 OGH 20.8.2008, 9 ObA 17/08b.

5 § 1151 ABGB.

Der Werkvertragsnehmer arbeitet auf sein eigenes wirtschaftliches Risiko, in der Regel mit eigenen Betriebsmitteln. Der Werkvertragsnehmer hat keine persönliche Arbeitspflicht, er kann sich bei der Erbringung der Leistung auch Gehilfen bedienen. Er hat auch verschiedene Vertragspartner, denen er eine Leistung erbringt.

Für die korrekte Entrichtung der Sozialversicherung und der Steuern ist der Werkvertragsnehmer zuständig.

1.2.4. Abgrenzung: echtes Dienstverhältnis – freies Dienstverhältnis – Werkvertrag

In der Rechtsprechung wird die **persönliche Abhängigkeit** als wesentliches Kriterium des **echten Dienstverhältnisses** gesehen. Je stärker die **Weisungsgebundenheit**, desto eher liegt ein echtes Dienstverhältnis vor. Besteht in Bezug auf die **Arbeitsausführung** und die **Zeitvorgaben** kein oder nur ein sehr geringer Gestaltungsspielraum, spricht das ebenfalls für ein echtes Dienstverhältnis. Ist eine Eingliederung in den **betrieblichen Organismus** des Arbeitgebers gegeben und besteht **kein Unternehmerrisiko**, spricht das eher für ein Dienstverhältnis. Bei einfachen manuellen Tätigkeiten ist eher von einem echten Dienstverhältnis auszugehen. Je höher die Qualifikation, desto eher geht die Rechtsprechung von einer unternehmerischen Tätigkeit aus.⁶ Eine Gewerbeberechtigung ändert nichts am Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses. Eine Gewerbeberechtigung führt somit nicht automatisch zu einem Werkvertrag.

Bei einem **freien Dienstvertrag** stellt der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft auf Zeit zur Verfügung. Der freie Dienstnehmer verwendet dabei überwiegend Betriebsmittel des Auftraggebers. Seine **persönliche Unabhängigkeit** zeigt sich in der **fehlenden Weisungsbindung** hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Verhalten bei der Arbeit, in **fehlenden Kontrollbefugnissen** des Auftraggebers sowie in der **fehlenden Einbindung** bzw **Eingliederung** in den Betrieb des Auftraggebers. Das Recht auf **jederzeitige Vertretung** durch eine beliebige, fachlich qualifizierte Person ist ein wesentliches Merkmal für die persönliche Unabhängigkeit des freien Dienstnehmers.

Beispiel zu einem freien Dienstvertrag

Ein EDV-Techniker erbringt laufend Programmierarbeiten überwiegend im Betrieb des Auftraggebers. Dabei hat er eine freie Zeiteinteilung. Regelmäßig arbeitet er von zu Hause. Er kann sich durch Personen seiner Wahl vertreten lassen.

Lösung

Es liegt ein freies Dienstverhältnis vor.

⁶ VwGH 2.12.2013, 2013/08/0191.

Dabei ist bei der Prüfung nicht die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses, sondern immer die Umstände des konkreten Einzelfalls entscheidend. Obwohl der Vertrag die Vermutung der Richtigkeit hat, ist die wesentliche Frage, wie das Vertragsverhältnis „gelebt“ wird. Es kann daher sein, dass die tatsächlichen Verhältnisse von der vertraglichen Vereinbarung abweichen.

1.2.5. Teilzeitbeschäftigte

Eine Teilzeitbeschäftigung liegt vor, wenn die durch Kollektivverträge oder Betriebsvereinbarungen festgelegte **wöchentliche Normalarbeitszeit** von bspw **40 Stunden**, **38,5 Stunden** oder **38 Stunden** unterschritten wird. Teilzeitbeschäftigten steht eine kollektivvertraglich oder vertraglich vereinbarte Entlohnung zu.

Geringfügig Beschäftigte sind Teilzeitbeschäftigte.

1.2.6. Fallweise Beschäftigte

Unter fallweise beschäftigten Personen sind Personen zu verstehen, die in **unregelmäßiger Folge, zu vorher nicht festgelegten Terminen, tageweise** beim selben Dienstgeber beschäftigt werden. Der Einsatz erfolgt an nicht vorher festgelegten Terminen. Die Beschäftigung muss für eine **kürzere Zeit als eine Woche** vereinbart werden.⁷

Liegen die Voraussetzungen für eine fallweise Beschäftigung vor, ist nach Ansicht der Sozialversicherung jede Beschäftigung als eigenständiges Dienstverhältnis anzusehen.

1.3. Arbeitszeit

1.3.1. Normalarbeitszeit

Unter Arbeitszeit versteht man die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit mit Ausnahme der **Ruhepausen**. Die Tagesarbeitszeit ist die Arbeitszeit innerhalb eines Tages (0:00 bis 24:00 Uhr). Die Wochenarbeitszeit ist die Arbeitszeit in einer Kalenderwoche (Montag bis Sonntag). Die **Normalarbeitszeit** ist die Zeit, in der tatsächlich gearbeitet werden kann.

Die gesetzliche **wöchentliche Normalarbeitszeit** beträgt **40 Stunden** und die **tägliche Normalarbeitszeit 8 Stunden**.

In vielen Branchen wurde durch Kollektivverträge oder Betriebsvereinbarungen die **wöchentliche Normalarbeitszeit** auf **38,5 Stunden** bzw **38 Stunden** verkürzt.

⁷ § 471b ASVG.

Durch **Arbeitszeitflexibilisierung** darf die tägliche und wöchentliche Normalarbeitszeit verlängert werden. So sehen viele Kollektivverträge eine Verlängerung der täglichen Normalarbeitszeit auf 10 Stunden und auch der wöchentlichen Normalarbeitszeit auf 50 Stunden vor. Jedoch muss diese Verlängerung der täglichen Arbeitszeit innerhalb eines bestimmten Durchrechnungszeitraums ausgeglichen werden.

1.3.2. Mehrarbeit

Mehrarbeit ist die **Differenz** zwischen einer durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung **verkürzten Arbeitszeit** (zB auf 38,5 Stunden) und der **gesetzlichen Normalarbeitszeit** von 40 Stunden. Diese Mehrarbeit von 1,5 Stunden gilt bis zur Erreichung der 40-Stunden-Woche als Normalarbeitszeit. Dafür steht, sofern durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung nichts Gegenteiliges vereinbart wurde, **kein Überstundenzuschlag** zu.

Praxistipp

Mehrarbeit wird für jede Woche abgerechnet. Werden die Mehrstunden in einer Woche nicht aufgebracht, können die nicht aufgebrauchten Stunden nicht in die nächste Woche mitgenommen werden.

Bei **Teilzeitbeschäftigten** wird die Arbeitszeit, die über die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit hinausgeht (zB 30 Stunden), aber noch innerhalb der gesetzlichen Normalarbeitszeit von 40 Stunden liegt, als Mehrarbeit bezeichnet. Das AZG sieht vor, dass **Mehrstunden** von Teilzeitbeschäftigten mit einem gesetzlichen **Zuschlag von 25 %** des auf die Arbeitsstunde entfallenden Normallohnes entlohnt werden müssen.⁸

Mehrarbeitsstunden bei Teilzeitbeschäftigten sind **nicht zuschlagspflichtig**, wenn⁹

- sie innerhalb des **Kalendervierteljahres** oder eines anderen festgelegten Zeitraumes von drei Monaten, in dem sie angefallen sind, durch Zeitausgleich im Verhältnis 1:1 **ausgeglichen** werden,
- bei **gleitender Arbeitszeit** die vereinbarte Arbeitszeit innerhalb der Gleitzeitperiode im Durchschnitt nicht überschritten wird,¹⁰
- der **Kollektivvertrag** für Vollzeitbeschäftigte eine kürzere wöchentliche Normalarbeitszeit als 40 Stunden vorsieht und für die Differenz zwischen kollektivvertraglicher und gesetzlicher Normalarbeitszeit **kein** oder ein **geringerer Zuschlag als 25 %** festgesetzt wird.¹¹

8 § 19d Abs 3a AZG.

9 § 19d Abs 3b AZG.

10 § 6 Abs 1a AZG.

11 § 19d Abs 3c AZG.

Praxistipp

Enthält der Kollektivvertrag keine gesonderte Regelung über die Durchrechnung bei Teilzeitmitarbeitern, kann das im Kollektivvertrag geregelte Durchrechnungsmodell nicht automatisch für Teilzeitmitarbeiter angewendet werden. Es fällt somit ein Mehrarbeitszuschlag für Teilzeitmitarbeiter an, wenn die Mehrarbeit nicht innerhalb eines 3-Monatszeitraums (Quartal) ausgeglichen werden kann.

Wird ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer an einem 8-Stunden-Tag für eine Tätigkeit herangezogen, sind die Stunden bis zur Erreichung der Normalarbeitszeit von 8 Stunden Mehrstunden.

Wenn der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer 9 Stunden an diesem Tag zur Arbeit herangezogen wird, besteht für die **eine Stunde** grundsätzlich Anspruch auf Überstundenentlohnung.

Beispiel zu Mehrstunden

In einem Kollektivvertrag ist eine wöchentliche Arbeitszeit von 38,5 Stunden vorgesehen. Der Mitarbeiter ist teilzeitbeschäftigt und arbeitet 30 Stunden. Gebührt dem Mitarbeiter ein Zuschlag für Mehrarbeitsstunden?

Lösung

Wenn der Kollektivvertrag für den Vollzeitbeschäftigten für die Mehrarbeit von 1,5 Stunden keinen Zuschlag verrechnet, sind auch für den Teilzeitbeschäftigten die 1,5 Stunden zuschlagsfrei zu verrechnen. Darüber hinaus ist ihm ein Zuschlag von 25 % zu verrechnen, außer der Kollektivvertrag sieht eine gegenteilige Regelung vor.

1.3.3. Überstundenarbeit

Überstundenarbeit liegt vor, wenn die **tägliche Normalarbeitszeit** von 8 Stunden oder die **wöchentliche Normalarbeitszeit** von 40 Stunden überschritten wird. Der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer können vereinbaren, wie Überstunden abgegolten werden sollen. Möglich ist dies mit Geld, mit einem Zeitausgleich oder mit einer Kombination aus beidem.

Überstunden müssen angeordnet werden.¹² Arbeitnehmer dürfen zur Überstundenarbeit nur dann herangezogen werden, wenn ein höherer Arbeitsbedarf vorliegt.

Praxistipp

Eine eigenständige Umverteilung der Arbeitszeit ohne Anordnung des Dienstgebers ist keine Überstunde.

Wurde zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nichts vereinbart und sieht der Kollektivvertrag keine Regelung vor, sind die Überstunden in **Geld** abzugelten.¹³

¹² § 4b Abs 5 AZG.

¹³ § 10 Abs 2 AZG.

1.3.3.1. Verpflichtung zur Überstundenarbeit aufgrund der Dienstnehmer-Treuepflicht

Aus den gesetzlichen Regelungen ergibt sich **keinerlei allgemeine Verpflichtung** des Dienstnehmers zur Leistung von Überstunden. Der Dienstnehmer ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, Überstunden zu leisten. Lediglich aufgrund der **Dienstnehmer-Treuepflicht** ist er zur Überstundenleistung verpflichtet, wenn ein Betriebsnotstand vorliegt. Der Begriff des „**Betriebsnotstandes**“ wird sehr eng interpretiert. Auf diese **Dienstnehmer-Treuepflicht** kann sich der Dienstgeber nicht berufen, wenn sich die Überstundenarbeit durch normale betriebsorganisatorische Maßnahmen vermeiden lässt. Geeignete Maßnahmen wären bspw die rechtzeitige Neueinstellung von Dienstnehmern, die Stundenerhöhung von Teilzeitbeschäftigten oder der vermehrte Einsatz von Leiharbeitern.

Erwartet der Arbeitgeber einen erhöhten Arbeitsbedarf, muss er geeignete Maßnahmen treffen und kann sich nicht automatisch auf die Treuepflicht der Dienstnehmer verlassen und sie zur Leistung von Überstunden heranziehen.

Der Dienstnehmer darf zu Überstundenarbeit nicht herangezogen werden, selbst wenn eine **Dienstnehmer-Treuepflicht** des Arbeitnehmers besteht, wenn **berücksichtigungswürdige Interessen** des Dienstnehmers der Überstundenarbeit entgegenstehen.¹⁴

Im Einzelfall erfolgt eine **Interessenabwägung**, bei der die Interessen des Dienstgebers jenen des Dienstnehmers gegenübergestellt werden.

Interessen des Dienstgebers an der Leistung von Überstunden sind zB die zeitliche Dringlichkeit des Auftrages, die Vermeidung von wirtschaftlichen Nachteilen, der kurzfristige Ausfall von Dienstnehmern.

Berücksichtigungswürdige Interessen des Dienstnehmers sind zB familiäre Ereignisse, wie Geburtstagsfeier, Hochzeit, oder die Fortbildung des Dienstnehmers, Betreuungspflichten von Kindern oder pflegebedürftigen Familienangehörigen, die Teilnahme des Dienstnehmers an Weiterbildungsmaßnahmen.

1.3.3.2. Verpflichtung zur Überstundenarbeit aufgrund von KV, BV oder DV

Eine Verpflichtung zur Leistung von Überstunden kann sich jedoch aufgrund von **Kollektivvertrag**, **Betriebsvereinbarung** oder **Dienstvertrag** ergeben. Diese müssen jedoch

- rechtzeitig angeordnet sein,
- gesetzlich zulässig sein und
- es dürfen keine berücksichtigungswürdigen Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen.

14 § 6 Abs 2 AZG.

Der Dienstnehmer darf zu Überstundenarbeit nicht herangezogen werden, selbst wenn eine grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitnehmers aufgrund von Kollektivvertrag, Betriebsvereinbarung oder Dienstvertrag besteht, wenn **berücksichtigungswürdige Interessen** des Dienstnehmers der Überstundenarbeit entgegenstehen.¹⁵

Im Einzelfall erfolgt eine **Interessenabwägung**, bei der die Interessen des Dienstgebers jenen des Dienstnehmers gegenübergestellt werden.

Interessen des Dienstgebers an der Leistung von Überstunden sind zB die zeitliche Dringlichkeit des Auftrages, die Vermeidung von wirtschaftlichen Nachteilen, der kurzfristige Ausfall von Dienstnehmern.

Berücksichtigungswürdige Interessen des Dienstnehmers sind zB familiäre Ereignisse, wie Geburtstagsfeier, Hochzeit, oder die Fortbildung des Dienstnehmers, Betreuungspflichten von Kindern oder pflegebedürftigen Familienangehörigen, die Teilnahme des Dienstnehmers an Weiterbildungsmaßnahmen.

Praxistipp

Auch bei einer Verpflichtung zur Leistung von Überstundenarbeit, können besondere Interessen des Arbeitnehmers der Überstundenarbeit entgegenstehen. Es ist eine Interessenabwägung notwendig.

1.3.3.3. Höchstgrenzen der Arbeitszeit

Die gesetzliche **wöchentliche Normalarbeitszeit** ist unverändert **40 Stunden** bzw die **tägliche Normalarbeitszeit** liegt unverändert bei **acht Stunden**. Auch die in vielen Branchen geltende verkürzte **wöchentliche Normalarbeitszeit** auf **38,5 Stunden** bzw **38 Stunden** gilt unverändert.

Mit 1.9.2018 wurde die zulässige (**Höchst-**)**Tagesarbeitszeit** von zehn Stunden auf **zwölf Stunden** und die zulässige (**Höchst-**)**Wochenarbeitszeit** von 50 Stunden auf **60 Stunden** erhöht. Diese Höchstgrenzen der Arbeitszeit dürfen auch beim Zusammentreffen einer anderen Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit mit der Arbeitszeitverlängerung nicht überschritten werden.¹⁶

Sind sich Dienstnehmer und Dienstgeber einig, zwölf Stunden pro Tag zu arbeiten ist das seit 1.9.2018 **möglich**.

Der Dienstgeber muss darauf achten, dass nicht mehr als **20 Überstunden** pro **Woche** geleistet werden. Im **17 Wochen-Zeitraum** dürfen maximal **48 Stunden**

¹⁵ § 6 Abs 2 AZG.

¹⁶ § 9 Abs 1 AZG.