

Erläuternde Bemerkungen zum Angestelltendienstvertrag

Der vorliegende Musterdienstvertrag samt den Erläuterungen soll für die Unternehmer bzw. Personalabteilungen eine Richtlinie bilden und enthält daher jene Punkte, die für einen Arbeitsvertrag typisch sind. In vielen Fällen werden jedoch zusätzliche Vertragspunkte nötig oder bestehende Vertragspunkte an betriebsspezifische Gegebenheiten anzupassen sein. Um einen optimalen Dienstvertrag zu erstellen, sollte daher vor Vertragsabschluß immer mit einem arbeitsrechtlichen Referenten einer Bezirksstelle der WKNÖ Rücksprache gehalten werden.

ad 2) Probezeit:

Rechtspolitischer Zweck der am Anfang eines Arbeitsverhältnisses stehenden Probezeit ist gewissermaßen ein „Kennenlernen“ der Arbeitsvertragspartner, weshalb - weil Arbeitgeber und Arbeitnehmer einander im Regelfall noch unbekannt sind - regelmäßig das Bedürfnis nach einer einfachen und unkomplizierten Beendigungsmöglichkeit besteht.

Diesem Bedürfnis hat die Rechtsordnung durch die Einrichtung des Rechtsinstitutes der **Probezeit** entsprochen, deren Wesen im wesentlichen in einer **unbeschränkten Lösungsfreiheit des Dienstverhältnisses besteht**. Für eine Lösung während der Probezeit sind weder Fristen noch Termine einzuhalten, sie ist auch keiner der ansonsten für ein Dienstverhältnis existierenden Auflösungsgründe gleichzuhalten.

Sämtliche sonstigen den Arbeitnehmer schützenden Bestimmungen, wie das Mutterschutzgesetz oder das Arbeitsplatzsicherungsgesetz, weiters das Behinderteneinstellungsgesetz gelangen, wenn ein Dienstverhältnis während der Probezeit gelöst wird, nicht zur Anwendung. Durch die einseitige und ohne Begründung mögliche Lösung während der Probezeit endet jeglicher Entgeltanspruch (und folglich auch jede Verpflichtung zur Arbeitsleistung) mit dem Zeitpunkt, zu dem die Auflösungserklärung dem Vertragspartner zugeht. Auch wenn die Auflösung während eines aufrechten Krankenstandes des Arbeitnehmers erfolgt, wird dadurch keine Entgeltfortzahlung über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus begründet.

Damit aber der Arbeitgeber die für ihn an sich sehr vorteilhafte Probezeit auch tatsächlich nutzen kann, ist es **unbedingt erforderlich**, eine solche im Dienstvertrag gesondert zu vereinbaren, da das Angestelltengesetz nicht schon von vorneherein eine Probezeit vorsieht.

Die Probezeit darf jedoch **ein Monat** nicht überschreiten!.

Sollte ein Dienstverhältnis während der Probezeit gelöst werden, so gilt hinsichtlich der **Entgeltansprüche** des Arbeitnehmers folgendes:

Es besteht jedenfalls Anspruch auf das **Entgelt** bis zum Tag der Auflösung, allenfalls auf **aliquote Sonderzahlungen** bis zum Auflösungsdatum sowie (wenn das Dienstverhältnis wenigstens eine Woche gedauert hat) ein Anspruch auf **Urlaubsabfindung** für den während der Dauer des Dienstverhältnisses erworbenen Urlaubsanspruch.

ad 2b) befristetes Dienstverhältnis:

Im Anschluss an ein Probefristverhältnis empfiehlt sich oftmals der Abschluss eines befristeten Dienstverhältnisses. Der Sinn eines befristeten Dienstverhältnisses liegt in einer weiteren Erprobung des Dienstnehmers (auf Seiten des Arbeitgebers) bzw. in einer gleichsam „verlängerten“ Möglichkeit des Dienstnehmers, das Unternehmen des Arbeitgebers für einen gewissen Zeitraum näher kennenzulernen.

Schon aus dem Zweck des Abschlusses eines befristeten Dienstverhältnisses folgt, dass die Befristung nach Ende der Probezeit nicht zu lange dauern sollte. Im Regelfall wird ein befristetes Dienstverhältnis im Ausmaß von drei oder vier Monaten den beabsichtigten Zweck erfüllen.

Lediglich dort, wo es die Art der Tätigkeit (zB aufgrund des Verantwortungsbereiches einer bestimmten Position) erfordert, erscheint es gerechtfertigt, eine längere Befristung, zB auf die Dauer eines Jahres, vorzusehen. Dies wird aber bei Arbeitertätigkeiten eher eine Ausnahme darstellen.

Für den Dienstgeber liegt der Vorteil eines befristeten Dienstverhältnisses darin, dass es eben nicht gekündigt zu werden braucht, sondern im Gegenteil durch Zeitablauf endet. Der Nachteil der mangelnden Kündbarkeit eines befristeten Dienstverhältnisses liegt allerdings darin, daß auch, sollte der Dienstnehmer die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllen, eine Kündigung beim „klassischen“, auf einige Monate angelegten befristeten Dienstverhältnis, nach ständiger Rechtsprechung ausgeschlossen ist, weshalb es vor Ablauf der Befristung grundsätzlich nur durch einvernehmliche Auflösung bzw. natürlich auch durch Entlassung oder vorzeitigen Austritt des Dienstnehmers enden kann. Lediglich bei den (schon oben erwähnten) längeren Befristungen (etwa im Ausmaß von wenigstens sechs Monaten), der sogenannten „Höchstbefristung“ ist es möglich, eine beiderseitige Kündigungsmöglichkeit unter Einhaltung der gesetzlichen bzw. kollektivvertraglichen Fristen und Termine zu vereinbaren.

Beispiel für eine Höchstbefristung:

„Zwischen (Arbeitgeber) und (Arbeitnehmer) wird ein befristetes Dienstverhältnis im Ausmaß von neun Monaten abgeschlossen, welches somit am (Datum) endet.

Während des Laufes des Dienstverhältnisses haben jedoch sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer die Möglichkeit, dasselbe unter Einhaltung der gesetzlichen bzw. kollektivvertraglichen Fristen und Termine durch Kündigung zu lösen.“

Befristetes Dienstverhältnis und Mutterschutz:

Der Ablauf eines befristeten Dienstverhältnisses wird grundsätzlich ab dem Beginn der Meldung der Schwangerschaft bis zum Beginn des Beschäftigungsverbotes (in der Regel acht Wochen vor dem voraussichtlichen Geburtstermin) gehemmt (§ 10a MSchG), es sei denn, dass die Befristung aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgte oder gesetzlich vorgesehen ist. Eine sachliche Rechtfertigung im Sinne des Mutterschutzgesetzes liegt dann vor, wenn sie im Interesse der Dienstnehmerin gelegen ist (zB wenn die Dienstnehmerin den Abschluss eines befristeten Dienstverhältnisses ausdrücklich gewünscht hat, wenn das befristete Dienstverhältnis nur für die Dauer der Vertretung eines verhinderten Dienstverhältnisses abgeschlossen wurde, zu Ausbildungszwecken erfolgte, ein „Saisonalverhältnis“ vorliegt oder aber wenn die zu besetzende Stelle aufgrund der dafür erforderlichen Qualifikation eine längere Erprobung erfordert). Vom Kündigungsschutz ge-

mäß § 10 des Mutterschutzgesetzes ist das befristete Dienstverhältnis aber **nicht** betroffen!

Befristetes Dienstverhältnis und behinderte Dienstnehmer:

Der Abschluss eines befristeten Dienstverhältnisses mit einem Dienstnehmer, für den das Behinderteneinstellungsgesetz gilt (Grad der Behinderung mindestens 50 %) ist ohne weiteres möglich und zulässig. Insbesondere ist auch hier zu erwähnen, dass der (besonders ausgeprägte) Kündigungsschutz nach dem Behinderteneinstellungsgesetz für befristete Dienstverhältnisse **nicht** gilt.

Befristetes Dienstverhältnis und Präsenzdienst:

Gleiches wie oben gilt, wenn ein Arbeitnehmer, mit dem ein befristetes Dienstverhältnis abgeschlossen wurde, dem Arbeitgeber eine Mitteilung über die Zustellung des Einberufungsbefehles zur Ableistung des Präsenzdienstes oder Zivildienstes macht. Auch hier gilt grundsätzlich, dass das Arbeitsplatzsicherungsgesetz für Dienstnehmer, die zum Präsenz- oder Zivildienst einberufen werden, lediglich einen Kündigungs- und Entlassungsschutz vorsieht, jedoch der Ablauf eines befristeten Dienstverhältnisses hiervon nicht betroffen ist.

Beispiel:

*Ein Arbeitnehmer, mit dem ein auf sechs Monate befristetes Dienstverhältnis abgeschlossen wurde, legt nach vier Monaten dem Arbeitgeber einen Einberufungsbefehl vor, aus dem hervorgeht, dass er in drei Monaten den Präsenzdienst antreten muss. Das befristete Dienstverhältnis läuft dennoch nur mehr zwei Monate und ist dann **zu Ende**. Es läuft auch ab, wenn der Präsenzdienst **während** des befristeten Dienstverhältnisses angetreten wird.*

Ausnahme: *Ein Lehrling, mit dem zur Erfüllung der Behaltspflicht ein befristetes Dienstverhältnis abgeschlossen wird, hat jedenfalls Anspruch auf die volle Behaltfrist, die bis zum Beginn des Präsenzdienstes läuft und gegebenenfalls (sollte noch ein Rest verbleiben) nach Ende des Präsenzdienstes weiterläuft.*

Ein weiterer Vorteil des Abschlusses eines befristeten Dienstverhältnisses liegt darin, dass, wenn das Dienstverhältnis während eines laufenden Krankenstandes des Arbeitnehmers enden sollte, die Entgeltfortzahlung mit dem arbeitsrechtlichen Ende des Dienstverhältnisses ebenfalls endet.

Zweckmäßigerweise sollte ein am Anfang einer arbeitsvertraglichen Beziehung gelegenes befristetes Dienstverhältnis jedenfalls nur so lange befristet werden, dass es endet, bevor der Dienstnehmer mehr als sechs Monate beschäftigt ist (somit maximal sechs Monate); dies hat nämlich für den Arbeitgeber die finanziell günstige Folge, dass im Falle der Beendigung des Dienstverhältnisses nach Ablauf der Befristung nur eine Urlaubsabfindung (aliquote Urlaubsabgeltung) zu zahlen ist, der Arbeitnehmer erwirbt noch nicht den vollen Urlaubsanspruch.

Ausdrücklich **abzuratet** ist vom Abschluss mehrerer aufeinanderfolgender befristeter Dienstverhältnisse ohne längeren zeitlichen Zwischenraum. Eine solche Aneinanderreihung ohne besondere (nahezu niemals vorliegende) sachliche Rechtfertigung bildet nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ein unzulässiges Kettendienstverhältnis. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH wäre nämlich diesfalls ein unbefristetes Dienstverhältnis anzunehmen.

Letztlich ist jedem Arbeitgeber **eindringlich zu empfehlen**, cirka ein bis zwei Wochen vor Ablauf eines befristeten Dienstverhältnisses dem Dienstnehmer den Ablauf durch eine sogenannte **Auslaufmitteilung** zur Kenntnis zu bringen, wenn an eine Weiterverwendung nicht gedacht ist. Im Lichte der obigen Ausführungen erscheint es nicht unbedingt schlüssig, weil ja das befristete Dienstverhältnis ohnehin mit Ablauf endet, die neuere Rechtsprechung des OGH geht jedoch dahin, dass ohne Vorliegen einer Auslaufmitteilung angenommen wird, dass das befristete Dienstverhältnis stillschweigend in ein unbefristetes übergeht.

ad 3) Dienstverwendung:

Vorweg: Aus dem vom Arbeitnehmer auszuübenden Arbeiten ergibt sich, ob er als Arbeiter oder Angestellter zu qualifizieren ist. Es sollten daher die vom Arbeitnehmer ausgeführten Tätigkeiten genau umschrieben werden.

Grundsätzlich sind die Vertragsparteien (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) bei der Festlegung der Arbeitspflichten im Arbeitsvertrag frei.

- Eine Einschränkung besteht nur dahingehend, dass die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Pflicht nicht gesetz- oder sittenwidrig sein darf.
- Nicht zulässig ist es, eine gewisse Mindestleistung (zB 100 Stück einer gewissen Ware täglich herzustellen) zu vereinbaren, weil der Arbeitnehmer nach dem Wesen des Arbeitsvertrages nur ein „Wirken“, nicht aber ein „Werk“ schuldet.

Gib es keine Vereinbarungen über den Umfang der Arbeitspflichten, so sind die nach dem Ortsgebrauch den Umständen angemessenen Arbeiten zu leisten (dh ein hochqualifizierter Angestellter kann nicht laufend zu Hilfstätigkeiten herangezogen werden).

Zusätzlicher Praxistipp:

Dem Interesse des Arbeitgebers entspricht es die Arbeitspflichten möglichst weit zu umschreiben. Daher erscheint es sehr sinnvoll, die Möglichkeit von Verwendungsänderungen zu vereinbaren (zB Der Arbeitgeber ist berechtigt, dem Arbeitnehmer vorübergehend auch geringerwertige Tätigkeiten zuzuweisen.).

Ebenso ist es zielführend, allfällige Verpflichtungen des Arbeitnehmers, sich Schulungen, ärztlichen Untersuchungen etc zu unterziehen, zu vereinbaren.

ad 4) Dienstort:

Das österreichische Recht kennt keine gesetzliche Definition des Dienstortes. Der Dienstort wird für gewöhnlich umschrieben als der Ort, an dem der Arbeitnehmer die vereinbarten oder den Umständen nach angemessenen Dienste zu leisten hat. Daraus folgt, dass *Dienstort* oder *ständiger Arbeitsort* der Ort ist, an dem der Dienstnehmer regelmäßig und ständig die ihm vom Dienstgeber aufgetragene Arbeit zu verrichten hat.

Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Dienstort privatrechtlich zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer vereinbart wird, stellt er nur eine Zweifelsregel für den Fall auf, dass eben gerade über den Dienstort nichts vereinbart wurde. Im Zweifel ist dem zufolge als *Dienstort der Unternehmensstandort des Dienstgebers* anzusehen.

Aus dem oben Gesagten folgt, dass der **Dienstvertrag** die wesentliche Rechtsquelle für die Abgrenzung des Dienstortes darstellt. Es ist sohin für jeden Dienstgeber empfehlenswert, sich bereits bei Abschluss des Dienstvertrages Gedanken darüber zu machen, wo er den neu aufzunehmenden Arbeitnehmer einsetzen will. Gerade wenn sich nämlich ein Arbeitnehmer nicht ständig in einem Büro aufhält, sondern häufig Erledigungen im Außendienst anfallen (gemeint sind hier nicht tagelange Abwesenheiten, sondern kurzfristige dienstliche Erledigungen außerhalb der Büroräumlichkeiten), könnte der Mangel einer entsprechenden Vereinbarung im Dienstvertrag den Arbeitgeber teuer zu stehen kommen, da sich der Dienstnehmer sehr häufig auf **Dienstreise** befinden würde und somit grundsätzlich Aufwandentschädigungen zu zahlen wären.

Wenn dagegen eine Vereinbarung über den Dienstort im Dienstvertrag abgeschlossen wird, dann sollte beachtet werden, dass es von der Rechtsprechung durchaus als zulässig angesehen wird, eine größere räumliche Einheit (etwa das Gebiet einer Ortsgemeinde) als Dienstort festzusetzen.

In den letzten Jahren wurde vielfach schon seitens der Kollektivvertragsparteien eine Regelung des Dienstortbegriffes versucht und demzufolge finden sich mehr oder weniger gelungene Definitionen des Dienstortes schon im Kollektivvertrag. So ist beispielsweise die Formulierung anzutreffen, dass das Gemeindegebiet von Wien (die Bezirke I. bis XXIII.) als Dienstort gilt. Ebenso findet sich die Formulierung, dass ein Tätigkeitsgebiet im Umkreis von zB. 10 Straßenkilometern von der Betriebsstätte als Mittelpunkt gerechnet, als Dienstort vereinbart wird. Andere Kollektivverträge - wie etwa der Kollektivvertrag für Arbeiter im eisen- und metallverarbeitenden Gewerbe - stellen zwar auf den Unternehmensstandort als Dienstort *grundsätzlich* ab, überlassen aber die räumliche Abgrenzung dieses Begriffes den Parteien des Arbeitsvertrages (Betriebsvereinbarung, Einzelvereinbarung).

Darüber hinaus existiert zum Begriff des Dienstortes bzw. zu Dienstreisen eine relativ uneinheitliche Judikatur des Obersten Gerichtshofes bzw. auch des Verwaltungsgerichtshofes, in denen zu Dienstverhältnissen, die etwa dauernde Montageleistungen zum Inhalt haben, sogar sinngemäß die Ansicht vertreten wird, dass, wenn ein Dienstnehmer nie an einem bestimmten Ort **auf Dauer** tätig wird, unter Umständen überhaupt kein Dienstortbegriff zum Tragen kommt.

In den meisten Fällen wird die Vereinbarung eines Dienstortes keine allzu großen Probleme bereiten. Wesentlich für den Dienstgeber ist, wie schon oben gesagt, dass der Dienstortbegriff nicht allzu eng gefasst wird, es kann aber sein, dass kollektivvertragliche Vorgaben zu berücksichtigen sind. In sämtlichen Zweifelsfällen wird daher empfohlen, zwecks eindeutiger Abklärung **vor** Abschluss eines neuen Dienstvertrages mit der örtlich zuständigen Bezirksstelle der Wirtschaftskammer Niederösterreich bzw. mit der Sozialpolitischen Abteilung Kontakt aufzunehmen.

ad 6) Einstufung:

Grundlage für die Einstufung in eine kollektivvertragliche Entlohnungsgruppe ist die tatsächlich vorwiegend ausgeübte Tätigkeit des Dienstnehmers, in manchen Fällen wird die Einstufung auch durch eine bestimmte Qualifikation, etwa einen Schulabschluss oder eine sonstige Berufsausbildung bedingt:

Wesentliches Einstufungskriterium sind die für die jeweilige Entlohnungsgruppe charakteristischen, allgemein beschriebenen Tätigkeitsmerkmale (bzw. eine bestimmte berufliche Qualifikation).

Meist werden typische Einstufungsbeispiele angeführt, welche jedoch grundsätzlich nur der Orientierung dienen sollen.

Wichtig bei der Einstufung des Arbeitnehmers kann auch die Berücksichtigung seiner Vordienstzeiten sein.

Der Arbeitnehmer sollte also schon beim Einstellungsgespräch wegen allfälliger, nach dem Kollektivvertrag bei der Einstufung zwingend anzurechnender Vordienstzeiten befragt werden. Häufig findet sich in Angestelltenkollektivverträgen die Bestimmung, dass etwa *Zeiten der praktischen Verwendung als Angestellter* bzw. *Zeiten, die als Angestellter in einer bestimmten Verwendungsgruppe zugebracht wurden* anzurechnen sind. In manchen Fällen ersetzen ein Lehrabschluss bzw. bestimmte Schulabschlüsse einige Berufsjahre (so etwa der KV für Handelsangestellte), was ebenfalls eine höhere Einstufung zur Folge hat.

Wenn der Dienstgeber anlässlich der Einstufung nicht auch den Arbeitnehmer hinsichtlich seiner Vordienstzeiten befragt, so kann der Arbeitnehmer auch später noch die richtige Einstufung - und Bezahlung - aufgrund seiner Vordienstzeiten verlangen.

Wird jedoch der Arbeitnehmer ausdrücklich über seine Vordienstzeiten befragt und verschweigt er sie oder kann er sie nicht nachweisen, so verstößt eine spätere Geltendmachung gegen Treu und Glauben.

Bei Unklarheiten hinsichtlich der Einstufung empfiehlt sich jedenfalls eine Abklärung mit der zuständigen Bezirksstelle der WKNÖ.

WICHTIG: Auch beim Ausstellen eines Dienstzettels ist es gesetzlich vorgeschrieben, eine Einstufung in das tarifliche Schema vorzunehmen.

ad 7) Arbeitszeit:

Normalarbeitszeit

Ist nichts anderes vereinbart, ist davon auszugehen, dass Vollarbeitszeit als vereinbart gilt.

Die wöchentliche Normalarbeitszeit (= die Arbeitszeit ohne Überstunden) beträgt 40 Stunden, es sei denn, im anzuwendenden Kollektivvertrag ist eine kürzere Wochenarbeitszeit festgelegt (z. B. 38,5 Stunden im Handel).

Teilzeitbeschäftigung

Wird von den Vertragspartnern eine Teilzeitbeschäftigung gewünscht, ist die hierfür bestimmte Dauer der Arbeitszeit zu vereinbaren (§ 19 d Abs. 2 AZG).
Im Normalfall wird eine Wochenstundenanzahl festgelegt werden (z. B. 20 Stunden).

Beachte: Teilzeitbeschäftigte dürfen gegenüber Vollzeitbeschäftigten **nicht benachteiligt** werden, was Entgelt, Sozialleistungen, Fortbildungs- und Aufstiegsmöglichkeiten betrifft, es sei denn, die Unterscheidung ist sachlich gerechtfertigt (zB. Beförderung in eine Leitungsposition, die halbtags nicht bewältigt werden kann).

Leistet der Teilzeitbeschäftigte regelmäßig über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus Mehrarbeit, ist dies bei der Berechnung von Sonderzahlungen und ähnlichen Ansprüchen zu berücksichtigen.

Beispiel:

Eine Teilzeitbeschäftigte mit 20-stündiger Wochenarbeitszeit leistet durchschnittlich zwei Mehrstunden pro Woche. Neben der Bezahlung dieser Mehrstunden stehen ihr daher auch ein um 10 % höheres 13. und 14. Monatsgehalt zu.

Festlegung der Lage der Arbeitszeit

Der Beginn und das Ende der konkreten Arbeitszeit an den einzelnen Tagen (Lage der Arbeitszeit) kann durch Betriebsvereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber oder muß ansonsten einzelvertraglich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden.

Betriebsvereinbarungen, in denen Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und die Lage der Pausen festgelegt werden, sind durch den Betriebsrat erzwingbar.

Die Arbeitsvertragsparteien sind verpflichtet, die Lage der Arbeitszeit durch Vereinbarung festzulegen, soweit diese nicht durch Betriebsvereinbarung (siehe oben) geregelt ist. Diese Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend (durch faktisches Verhalten) getroffen werden.

Der Arbeitgeber ist zu einseitigen Änderungen nur dann berechtigt, wenn der Dienstvertrag eine entsprechende Änderungsbefugnis des Arbeitgebers enthält und folgende gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen:

- Die Änderung muss aus objektiven, in der Art der Arbeitsleistung liegenden Gründen sachlich gerechtfertigt sein.
- Berücksichtigungswürdige Arbeitnehmerinteressen dürfen der Änderung nicht entgegenstehen.
- Die Lage der Normalarbeitszeit für die jeweilige Woche muss dem Arbeitnehmer spätestens zwei Wochen im vorhinein mitgeteilt werden. (Von dieser Frist kann durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung abgewichen werden, wenn dies in unvorhersehbaren Fällen zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Nachteilles erforderlich ist).

Pausen

An jedem Tag, an dem mehr als sechs Stunden gearbeitet wird, muss der Arbeitnehmer eine Ruhepause von mindestens 30 Minuten haben. Nur eine Zeit, über die der Arbeitnehmer völlig frei verfügen kann, gilt als Ruhepause. Muss der Arbeitnehmer hingegen an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort bleiben und auf den nächsten Einsatz warten, liegt Arbeitsbereitschaft vor.

Statt der 30-minütigen Pause können zwei Pausen zu je 15 Minuten oder drei zu je 10 Minuten vereinbart werden, wenn dies notwendig oder im Interesse der Arbeitnehmer ist.

Ruhepausen sind in der Regel unbezahlt.

Es kann jedoch sein, dass durch Kollektivvertrag oder Einzelvertrag etwas anderes vereinbart ist.

Tägliche Ruhezeit

Nach jeder Tagesarbeitszeit steht den Arbeitnehmern eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden zu. Der Kollektivvertrag kann vorsehen, dass die tägliche Ruhezeit auf mindestens 8 Stunden verkürzt wird.

ad 8) Überstunden und Mehrarbeit

Allgemeines:

Unter Überstundenarbeit versteht man jede Überschreitung der für Vollzeitbeschäftigte geltenden gesetzlichen täglichen oder wöchentlichen Normalarbeitszeit (§ 6 Abs. 1 AZG).

D. h., es muss nach jeder Abrechnungsperiode geprüft werden, ob vom Arbeitnehmer

- 1. die wöchentliche Normalarbeitszeit überschritten wurde** - diese beträgt grundsätzlich 40 Stunden; es bestehen jedoch zahlreiche Ausnahmen (z. B. bei anderer Verteilung der Normalarbeitszeit, Schichtarbeit, gleitender Arbeitszeit, Arbeitsbereitschaft, Dekadenarbeit) und
- 2. die tägliche Normalarbeitszeit überschritten wurde** - diese beträgt 8 Stunden, bei anderer Verteilung der Normalarbeitszeit 9 bzw. 10 Stunden (Ausnahmen bestehen hinsichtlich Arbeitsbereitschaft, Einarbeiten von Feiertagen, Gleitzeit, Schichtarbeit, Dekadenarbeit). Grundsätzlich können Überstunden erst im Anschluss an die Normalarbeitszeit geleistet werden. Es gibt jedoch Kollektivverträge (z. B. Eisen-Metall-Gewerbe bzw. Industrie), welche vorsehen, dass jede Arbeitszeit außerhalb der vereinbarten täglichen Arbeitszeit (z. B. 7:30 bis 16:00 Uhr als Überstunde anzusehen ist).
In einem solchen Fall können daher Überstunden auch am Beginn der Arbeitszeit liegen.

Unter Mehrarbeit versteht man:

1. jede Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeit bei Teilzeitbeschäftigung
2. die Zeit zwischen kollektivvertraglich verkürzter Arbeitszeit (z. B. 38,5 Stunden) bis zur Erreichung der gesetzlichen Normalarbeitszeit (40 Stunden)

Die Anordnung von Überstunden

Da es keine generelle Verpflichtung für Arbeitnehmer gibt, Überstunden zu leisten, ist es sehr sinnvoll, die Arbeitnehmer schon bei Beginn des Arbeitsverhältnisses arbeitsvertraglich zur Leistung von Mehr- und Überstunden zu verpflichten.

Beachte: Wenn Arbeitnehmer in der Vergangenheit bereits wiederholt vorbehaltlos Überstunden geleistet haben, dann kann eine schlüssige Verpflichtung zur Überstundenleistung entstanden sein.

Selbst bei Vorliegen einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Leistung von Überstunden kann der Arbeitgeber nicht willkürlich Überstunden einseitig anordnen.

Der Arbeitnehmer hat nämlich das Recht, die Überstundenleistung zu verweigern, wenn dieser berücksichtigungswürdige Interessen entgegenstehen (z. B. Abholung des Kindes vom Kindergarten durch die alleinerziehende Mutter).

Was also die Anordnung von Überstunden und die Interessenabwägung betrifft, so ist jeder Einzelfall gesondert zu prüfen.

Die Verpflichtung zur Überstundenleistung wird für den Arbeitnehmer stärker sein, je dringlicher die Überstundenarbeit für den Arbeitgeber ist und um so weniger andere Möglichkeiten (z. B. Heranziehen anderer Arbeitnehmer) der Arbeitgeber hat.

Auch sollten die Überstunden entsprechend frühzeitig angeordnet werden. Je länger vorher Überstunden angeordnet werden, um so stärker müssen bei Weigerung die Hinderungsgründe des Arbeitnehmers sein.

Überstundenentlohnung

Die Überstundenentlohnung setzt sich zusammen aus den

- Überstundengrundlohn und dem
- Überstundenzuschlag.

Zuerst ist die zusätzlich gearbeitete Zeit festzustellen, wobei auch Bruchteile von Stunden berücksichtigt werden müssen und die so errechnete Arbeitszeit sodann mit dem Stundengrundlohn zu multiplizieren. Dazu kommt dann noch der jeweilige Prozentsatz als Zuschlag.

Überstundengrundlohn:

Überstundenarbeit ist nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes nichts anderes als die Fortsetzung der Normalarbeit.

Es scheiden daher aus der Überstundenentlohnung nur jene Entgeltbestandteile aus, die ausschließlich für die Erbringung einer ganz bestimmten Arbeitsleistung gebühren, sofern der Arbeitnehmer diese bestimmte Arbeitsleistung während der Überstundenarbeit nicht erbringt.

Ebenso scheiden außerordentliche Entgeltbestandteile, wie z. B. Aufwandsentschädigungen, Sonderzahlungen, Kinder- und Familienzulagen sowie Jubiläumsgelder, Folge- und Wettbewerbsprovisionen für die Berechnung des Überstundengrundlohnes aus.

In die Berechnung einzubeziehen sind jedoch regelmäßig geleistete Schmutz-, Erschwerungs- und Gefahrenzulagen, Nachtarbeitszulagen und Schichtzulagen sowie Leistungsprämien, Vorarbeiterzulagen und Abschlussprovisionen.

Beachte: Die meisten Angestellten-Kollektivverträge sehen besondere Überstundenteiler vor. So ist bei Handelsangestellten der Monatslohn durch 158, bei Gewerbeangestellten durch 150, im Eisen-Metall-Bereich durch 143 zu teilen.

Ist kein besonderer Überstundenteiler vorgesehen, so ist der Monatslohn durch den normalen Stundenteiler, z.B. 173 (40-Stundenwoche) bzw. 167 (38,5 Stundenwoche) zu teilen.

Welche Überstunden sind zu bezahlen?

Selbstverständlich sind alle angeordneten Überstunden zu bezahlen, wobei die Anordnung der Überstunden ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann.

Es ist ausreichend, dass Überstunden mit Wissen des Arbeitgebers geleistet und von ihm entgegengenommen werden.

Beachte: Eine Überstundenentlohnung gebührt auch für über die zulässigen Höchstgrenzen der Arbeitszeit hinausgehende und deshalb verbotene Arbeitsleistungen (OGH 14. 1. 1986, 4 Ob 176/85).

Abgeltung durch Zeitausgleich

Statt der Bezahlung von Überstunden kann

- durch Kollektivvertrag
- oder, falls der Kollektivvertrag diesbezüglich nichts regelt, durch Betriebsvereinbarung
- oder durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Zeitausgleich zur Abgeltung von Überstunden festgelegt werden.

Bei einer Abgeltung in Form von Zeitausgleich müssen die Überstundenzuschläge ebenso berücksichtigt werden wie bei Bezahlung. (Zwei geleistete Überstunden mit Zuschlag 50 % = 3 Stunden Zeitausgleich.)

Auch Mischformen von finanzieller und zeitlicher Abgeltung sind möglich.

Überstundenpauschale - Inklusivvereinbarungen

Die Vereinbarung eines Überstundenpauschales ist zulässig und bringt neben steuerlichen Anreizen auch administrative Vorteile, vor allem was die Abrechnung von Überstunden betrifft.

Es ist jedoch ein Irrtum, wenn der Arbeitgeber meint, durch eine Überstundenpauschale sämtliche Überstundenprobleme gelöst zu haben.

Der Arbeitgeber hat trotz eines vereinbarten Überstundenpauschales Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen. Auch deckt das Überstundenpauschale nicht sämtliche geleisteten Überstunden ab, sondern nur jene, die der Berechnung des Pauschales zugrunde gelegt wurden.

Das bedeutet, dass, wenn durchschnittlich mehr Überstunden geleistet wurden, als durch das Pauschale abgedeckt sind, der Arbeitnehmer Anspruch auf gesonderte Überstundenentlohnung bezüglich der über das Pauschale hinaus gehenden Überstunden hat.

Beachte: Ein Überstundenpauschale kann nicht einseitig widerrufen oder gekürzt werden.

D. h., dass der Arbeitgeber selbst dann keine Möglichkeit hat, das Überstundenpauschale zu kürzen oder gänzlich zu streichen, wenn der Arbeitnehmer überhaupt keine Überstunden leistet.

TIPP: Es ist jedoch möglich, einen sogenannten Widerrufsvorbehalt ausdrücklich zu vereinbaren und auch bei jeder Zahlung des Überstundenpauschales auf die Widerrufbarkeit hinzuweisen.

Inklusivvereinbarungen:

Häufig wird auch eine Vereinbarung getroffen, wonach mit einer überkollektivvertraglichen Entlohnung sämtliche Überstunden abgegolten sind.

Die Rechtsprechung anerkennt derartige vertragliche Vereinbarungen (*z. B. mit dem vereinbarten, erheblich übertariflichen Entgelt sind alle Mehrarbeitsleistungen und Überstunden sowie folgende weiteren Ansprüche bereits abgegolten*)

Voraussetzung ist jedoch ein ausreichend hohes Gesamtentgelt, das bei der grundsätzlich kalenderjährlich durchzuführenden Deckungsprüfung keine Unterdeckung ergibt. Im Falle einer dennoch festgestellten Unterdeckung gebührt dem Arbeitnehmer eine Nachzahlung in der Höhe des Differenzbetrages.

ad 9) Dienstverhinderung:

Bei einer Arbeitsverhinderung durch Krankheit verpflichtet das Gesetz (Angestelltengesetz) den Arbeitnehmer dazu, seinem Arbeitgeber von der eingetretenen Verhinderung **unverzüglich** Mitteilung zu machen. Ob eine Krankmeldung ohne Verzug erfolgt ist, stellt auf die Möglichkeiten und Zumutbarkeiten des Einzelfalles ab, grundsätzlich wird aber die Mitteilung noch am **ersten Tag** des Krankenstandes erfolgen müssen. Die Krankmeldung muss auch nicht direkt an den Arbeitgeber gerichtet sein, nach der Rechtsprechung genügt es, wenn der Arbeitnehmer sich an seinen unmittelbaren Vorgesetzten oder an sonstige Unternehmensangehörige wendet, von denen er weiß, dass sie den Arbeitgeber repräsentieren oder die Meldung weiterleiten (zB Abteilungsleiter).

Meldet sich der Arbeitnehmer nicht unverzüglich krank, so stellt dies grundsätzlich **keinen** Entlassungsgrund dar, der Arbeitgeber ist allerdings berechtigt, die Entgeltfortzahlung so lange einzustellen, bis der Arbeitnehmer die Krankmeldung erstattet hat (gleichzeitig ist auch bei der Gebietskrankenkasse die Änderungsmeldung „Ende Entgelt“ bekannt zu geben). Auch wenn der Arbeitnehmer letztendlich eine Krankenbestätigung vorlegen kann, bekommt er für die Dauer der Säumnis kein Krankenentgelt ausbezahlt.

Während der Arbeitnehmer verpflichtet ist, einen Krankenstand sofort beim Arbeitgeber zu melden, muss er - um seinen Krankenstand nachzuweisen - die Krankenstandsbestätigung nur über **Aufforderung** des Arbeitgebers vorlegen. Nach der Rechtsprechung des OGH muss der Arbeitgeber **in jedem Einzelfall** (einmalige dienstvertragliche Vereinbarung genügt nicht!) die Vorlage einer Krankenstandsbestätigung verlangen. Ebenso wie die Säumnis bei der Krankmeldung bewirkt auch die Nichtvorlage einer im Einzelfall verlangten Krankenstandsbestätigung für die Dauer dieser Säumnis nur den **Verlust der Entgeltfortzahlung**. Wie die Säumnis bei der Krankmeldung rechtfertigt auch die Nichtvorlage einer Krankenstandsbestätigung grundsätzlich für sich allein noch keine Entlassung. Eine Entlassung kann unter Umständen dann gerechtfertigt sein, wenn zur verspäteten Krankmeldung weitere Umstände treten, zB, wenn dem Arbeitnehmer bekannt war, dass durch die verspätete Krankmeldung dem Arbeitgeber erhebliche Schäden erwachsen und ihm eine Krankmeldung leicht möglich gewesen wäre. Ob ein Entlassungsgrund vorliegt, sollte auf jeden Fall mit dem arbeitsrechtlichen Referenten Ihrer Bezirksstelle abgeklärt werden.

ad 10) Urlaub:

Der gesetzliche Urlaubsanspruch beträgt bis einschließlich dem 25. Urlaubsjahr 30 Werk-tage und danach 36 Werk-tage je Arbeitsjahr. Wird nicht an 6 Tagen pro Woche gearbeitet und der Urlaub zum Teil auch tageweise verbraucht, empfiehlt sich die Umrechnung der Werk-tage in **Arbeitstage** (zB bei einer 5-Tage-Woche Umrechnung auf 25 Arbeitstage, bei 4-Tage-Woche auf 20 Arbeitstage).

Den erhöhten Mindesturlaub von 36 Werk-tagen erhält der Dienstnehmer bei einer Betriebszugehörigkeit von mehr als **25 Dienstjahren** im selben Unternehmen (Unterbrechungen von jeweils maximal drei Monaten schaden nicht, wenn das Dienstverhältnis nicht durch Dienstnehmerkündigung, unberechtigten vorzeitigen Austritt oder verschuldeter Entlassung geendet hat) wobei allerdings bestimmte Vordienst- und Schulzeiten anzurechnen sind.

Nachstehende Zeiten werden mit insgesamt höchstens **5 Jahren** angerechnet:

1. Inländische Dienstzeiten bei anderen Arbeitgebern oder in einem Heimarbeitsverhältnis, sofern sie mindestens je **sechs Monate** gedauert haben. Dienstzeiten in einem EU oder EWR-Land sind gleich gestellt.
2. Zeiten einer selbständigen Erwerbstätigkeit soweit sie je 6 Monate gedauert hat.
3. Zeiten der Tätigkeit als Entwicklungshelfer für eine gesetzliche Entwicklungshilfeorganisation.

Schulzeiten, die über die Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht hinausgehen, werden mit maximal **4 Jahren** angerechnet.

Liegen sowohl Vordienstzeiten als auch Schulzeiten vor, werden jedoch insgesamt **maximal 7 Jahre** für das Urlaubsausmaß berücksichtigt.

Hochschulzeiten (auch ausländische) werden bis zum Höchstausmaß **von 5 Jahren** angerechnet, wenn das Studium **mit Erfolg** abgeschlossen wurde.

Das bedeutet, dass ein Dienstnehmer schon nach 13 Dienstjahren Anspruch auf 6 Wochen Urlaub haben kann (eine Besserstellung durch den Kollektivvertrag ist allerdings möglich).

Der Dienstgeber ist verpflichtet den Dienstnehmer nach Vordienst- und Schulzeiten zu befragen. Der Dienstnehmer muss diese Zeiten **nachweisen** können.

Der Urlaubsverbrauch ist grundsätzlich nur bei Vorliegen einer **Vereinbarung** zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber möglich (Ausnahmen bestehen in Betriebsratsbetrieben und bei der Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden Kindes unter 12 Jahren), bei einseitigem Urlaubsantritt durch den Dienstnehmer kann ein Entlassungsgrund vorliegen.

Der Urlaub soll tunlichst innerhalb des Arbeitsjahres in dem er entsteht verbraucht werden. Er verjährt nach Ablauf von 2 Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem er entstanden ist, allerdings ist zu beachten, dass immer der Älteste noch nicht verjäherte Urlaub als verbraucht gilt.

Der Urlaub gebührt für das Arbeitsjahr, das Urlaubsjahr beginnt immer mit dem Tag an dem der Dienstnehmer sein Arbeitsverhältnis begonnen hat. Die Umstellung auf das Kalenderjahr empfiehlt sich allenfalls in Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht, da ohne Betriebsrat die Umstellung nur im Einvernehmen mit dem Dienstnehmer erfolgen kann und für das Rumpfsjahr (und sei es auch nur ein Tag!) immer der volle Urlaub zu gewähren ist.

ad 11) Kündigung:

Kündigungsfristen und -termine für Angestellte sind in § 20 des Angestelltengesetzes geregelt. Die Kündigung ist eine einseitige Lösungsart, allerdings wird sie erst dann wirksam, wenn sie dem Arbeitsvertragspartner zugegangen ist (wird die Kündigung auf dem Postweg übermittelt, ist die rechtzeitige Aufgabe zu beachten, sonst kann es zum Versäumen von Fristen kommen!).

Wichtig ist der Unterschied Kündigungsfrist und Kündigungstermin.

Kündigungsfrist: Zeitraum der zwischen Ausspruch (und Zugang) der Kündigung und dem Ende des Dienstverhältnisses verstreichen muss.

Kündigungstermin: Zeitpunkt in dem das Dienstverhältnis enden muss.

Grundsätzlich hat der Dienstgeber, wenn er einen Angestellten kündigt, eine Kündigungsfrist von **mindestens** sechs Wochen einzuhalten. Diese Frist verlängert sich mit dem Lauf des Dienstverhältnisses bis zu fünf Monaten.

Der Angestellte selbst muss eine Frist von einem Monat einhalten, wenn er kündigt, es sei denn, es ist für ihn Günstigeres vereinbart. Es kann aber auch vereinbart werden, dass der Angestellte eine längere Kündigungsfrist (bis zu sechs Monaten) einzuhalten hat, jedoch muss in diesem Fall die vom Dienstgeber einzuhaltende Frist ebenso lang sein (somit Ex-

tremfall: Dienstgeber und Dienstnehmer müssen eine sechsmonatige Kündigungsfrist einhalten).

Wichtig: Immer wieder übersehen wird **der** Kündigungstermin, wenn ein Dienstgeber einen Angestellten kündigt. Es gilt der Grundsatz der **Quartalskündigung**, das heißt, dass das Dienstverhältnis nach Ausspruch einer Kündigung durch den Dienstgeber grundsätzlich **zum 31.3., 30.6., 30.9. oder 31.12.** eines Jahres enden muss. Die Kündigung muss so ausgesprochen werden, dass die Kündigungsfrist, seien dies sechs Wochen oder fünf Monate, **bis zu einem der oben genannten Daten verstreichen kann.** Es ist daher ratsam, über die Kündigung eines Angestellten rechtzeitig nachzudenken und sie auch zeitgerecht auszusprechen, da ansonsten bis zum nächstmöglichen Termin zugewartet werden muss.

Es besteht aber auch die Möglichkeit, bereits im Dienstvertrag zu vereinbaren, dass der Dienstgeber so kündigen kann, **dass das Dienstverhältnis zum 15. oder Letzten eines jeden Kalendermonates** enden kann. Dies spart Kosten, jedoch: ohne entsprechende Vereinbarung besteht diese Möglichkeit nicht!

Manche Kollektivverträge (zB für Handelsangestellte) schränken diese Möglichkeit auch auf die ersten Jahre eines Dienstverhältnisses ein; danach ist wieder die Quartalskündigung zu beachten!

Ausnahmen für die beschriebenen Kündigungsfristen und -termine gelten u.U. für geringfügig Beschäftigte (hier sind idR zwei Wochen Kündigungsfrist, aber kein Termin einzuhalten).

Die Kündigung sollte aus Gründen der Beweisbarkeit schriftlich erfolgen und sie könnte wie folgt lauten:

„Wir kündigen sie unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist. Ihr Dienstverhältnis endet daher am“

ad 12) Verfall:

Die Verjährungszeit für arbeitsrechtliche Ansprüche beträgt grundsätzlich **3 Jahre** (Ausnahme: 30 Jahre für Dienstzeugnisse sowie für bestimmte Aufwandsersatzansprüche). Nach Ablauf einer Verjährungsfrist können Ansprüche auch bei Gericht nicht mehr durchgesetzt werden, wenn die Verjährung eingewendet wird. Werden solche Ansprüche jedoch auch nach Ablauf der Verjährungsfrist erfüllt, sind sie rechtmäßig und wirksam, dh man kann sie keinesfalls zurückfordern.

Von der Verjährung unterscheiden sich die sogenannten **Ausschluss- oder Verfallsfristen**, wie zB die Kündigungsentschädigung (muss binnen 6 Monaten nach dem Entlassungstag bzw dem Tag des vorzeitigen Austrittes eingeklagt werden) und Schadenersatzansprüche nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz. Im Unterschied zu den Verjährungsfristen bewirken Verfallsfristen bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung den völligen Verfall bzw Verlust des Anspruches.

Verfallsfristen finden sich in zahlreichen Kollektivverträgen, wobei genau zu beachten ist, auf welche Ansprüche sich diese Verfallsbestimmungen beziehen (zB nur Überstunden),

ob sich die Verfallsbestimmung auch auf Ansprüche des Dienstgebers bezieht, ab wann die Frist zu laufen beginnt, und wie die Geltendmachung zu erfolgen hat (mündlich oder schriftlich).

Fehlt eine kollektivvertragliche oder zwingende gesetzliche Regelung der Geltendmachung kann einzelvertraglich eine Verfalls- oder Verjährungsfrist von angemessener Dauer (nicht unter 3 Monaten) vereinbart werden. Wo bereits teilweise kollektivvertragliche Verfallsfristen wirksam sind, kann man sich auf eine darüber hinausgehende vereinbarte Verfallsfrist nicht verlassen, da der OGH bereits einmal aus der bloß teilweisen Regelung einer Verfallsfrist den Schluss gezogen hat, dass für die restlichen Ansprüche die gesetzlichen Verjährungsfristen zu gelten haben.

ad 13) Konkurrenzklausel:

Will der Arbeitgeber eine Konkurrenzierung durch den Arbeitnehmer nach Beendigung des Dienstverhältnisses verhindern, so besteht die Möglichkeit, eine sogenannte Konkurrenzklausel zu vereinbaren. Laut dieser Konkurrenzklausel ist es dem Arbeitnehmer verboten, für die Dauer von höchstens **einem Jahr** nach Beendigung des Dienstverhältnisses im Geschäftszweig des ehemaligen Arbeitgebers selbständig oder unselbständig tätig zu sein. Diese Konkurrenzklausel kann sich auf ein bestimmtes Gebiet, ein bestimmtes Bundesland oder auch (in seltenen Fällen) auf ganz Österreich beziehen. Eine Einschränkung der Konkurrenzklausel kann notwendig sein, da sie nur dann wirksam ist, wenn die dadurch verursachte Beschränkung nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers darstellt. Weiters ist die Konkurrenzklausel nur dann durchsetzbar, wenn das Dienstverhältnis durch Arbeitnehmerkündigung, gerechtfertigte Entlassung oder unbegründeten vorzeitigen Austritt geendet hat. Wurde das Dienstverhältnis aus anderen Gründen beendet und will der Arbeitgeber trotzdem auf die Einhaltung der Konkurrenzklausel bestehen, so müsste er für die Dauer des Konkurrenzverbotes das Entgelt fortzahlen, obwohl dem keine Arbeitsleistung mehr gegenüber steht.

Da der konkrete Schaden einer Konkurrenzierung durch den ehemaligen Arbeitnehmer nur schwer nachweisbar ist, empfiehlt es sich auf jeden Fall eine Konventionalstrafe zu vereinbaren. Grundsätzlich vereinbart man ein bestimmtes Mehrfaches des letzten monatlichen Entgeltes. Die Konventionalstrafe unterliegt dem **richterlichen Mäßigungsrecht**, das bedeutet, sollte die Konventionalstrafe eingeklagt werden, so hätte der Richter das Recht, die Konventionalstrafe zu mindern. Es empfiehlt sich daher, die Vertragsstrafe nicht zu hoch anzusetzen (üblich ist das 3- bis 6-fache monatliche Entgelt).