

CHRISTOPH BRANDL  
CHRISTIAN WESENER



PRAXISHANDBUCH

# Arbeitsrecht für Lohnverrechner

Beginn, Inhalt und Ende  
eines Arbeitsverhältnisses

Praxisbeispiele und Mustervorlagen

2. Auflage



Autoren:

**Dr. Christoph Brandl**

Rechtsanwalt mit Tätigkeitsschwerpunkt im Individualarbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht sowie im Wirtschafts(straf)recht. Mehrjährige Tätigkeit als Autor und Fachvortragender.

**Dr. Christian Wesener**

Rechtsanwalt mit den Schwerpunkten Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht. Mehrjährige Tätigkeit in einer Steuerberatungs- sowie Rechtsanwaltskanzlei. Vortragender und Fachbuchautor.

2. Auflage

März 2018

ISBN: 978-3-7041-0704-6 (Print)

978-3-7041-2092-2 (E-Book)

dbv-Verlag – Fachverlag für Steuer- und Wirtschaftsrecht

8010 Graz, Geidorfgürtel 24, Tel (0316) 38 30 33; Fax (0316) 38 30 43

1070 Wien, Seidengasse 9, Tel (01) 796 35 62-24, Fax (01) 796 35 62-25

Internet: <http://www.dbv.at>, email: [office@dbv.at](mailto:office@dbv.at)

Copyright © 2018 by dbv-Verlag Graz, Wien

Hergestellt in Österreich

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sind vorbehalten.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird auf die geschlechtsspezifische Differenzierung, wie zB Künstler/in, verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für beide Geschlechter.

Alle Angaben und externen Verlinkungen in diesem Buch erfolgen ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren und des Verlages ist ausgeschlossen. Stand der externen Verlinkungen: 19.4.2018

Druck und Herstellung

dbv-Druck-, Beratungs- und Verlagsgesellschaft mbH, Graz

# Vorwort

Unsere alltägliche Beratungspraxis zeigt, dass der facettenreiche Arbeitsmarkt vermehrt neue Herausforderungen für Lohnverrechner und Personalabteilungen schafft. Kenntnisse im Bereich des Arbeitsrechts sowie zweckdienliche und ökonomische Lösungsansätze gewinnen in diesem Zusammenhang immer mehr an Bedeutung.

Ausgehend hiervon richtet sich das vorliegende Praxishandbuch primär an Nichtjuristen sowie arbeitsrechtlich interessierte Praktiker und soll einen kurz gehaltenen und leicht verständlichen Überblick über wichtige arbeitsrechtliche Themen im Bereich der Lohnverrechnung bieten. Ziel dieses Buches ist es, in einer gestrafften systematischen Darstellung häufig in der Praxis vorkommende Problemstellungen darzulegen und Praxistipps, Muster sowie bezughabende Judikatur anzuführen.

In der nunmehr 2. Auflage wurde neben einer Aktualisierung und Ergänzung insbesondere die aktuelle Entwicklung im Bereich des Lohn- und Sozialdumping sowie die weitgehende Angleichung der Arbeiter mit den Angestellten berücksichtigt.

Dieses Buch bietet keine abschließende Darstellung, sodass wir auf weiterführende Fachliteratur sowie im Einzelfall auf individuelle Rechtsberatung verweisen möchten.

Das Praxishandbuch befindet sich auf dem Stand März 2018. Für Anregungen und Verbesserungsvorschläge sind wir dankbar und per E-Mail unter [office@dbv.at](mailto:office@dbv.at) erreichbar.

Graz, im März 2018

Christoph Brandl  
Christian Wesener

# Inhaltsverzeichnis

Seite

<b>Vorwort</b>	<b>3</b>
----------------	----------

## **Kapitel 1 Beginn des Arbeitsverhältnisses**

1.1 Arbeitsvertrag (ArbV) und Arbeitnehmer (AN)-Begriff .....	11
1.1.1 Abschluss des ArbV .....	11
1.1.2 Dienstzettel .....	11
1.1.3 Kennzeichen des ArbV .....	13
1.1.4 Inhalt des ArbV .....	14
1.1.5 Allgemeine sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen hinsichtlich ArbV	15
1.1.6 Angestellte und Arbeiter .....	16
1.1.7 Geringfügig Beschäftigte .....	17
1.1.8 Fallweise Beschäftigte .....	18
1.1.9 Lehrling .....	19
1.1.10 (Ferial-)Praktikant und Volontär .....	20
1.1.10.1 Praktikant .....	20
1.1.10.2 Volontär .....	20
1.2 Werkvertrag (WerkV) .....	21
1.3 Freier Dienstvertrag .....	22
1.3.1 Arbeitsrechtliche Bestimmungen .....	22
1.3.2 Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen .....	23
1.4 Probezeit .....	23
1.5 Ersatz von Vorstellungskosten .....	24
1.6 Stellenanzeigen .....	25
1.7 Anrechnung von Vordienstzeiten .....	26
1.7.1 Allgemeines .....	26
1.7.2 Abfertigung .....	26
1.7.3 Urlaub .....	27
1.8 Einordnung in den Kollektivvertrag (KV) .....	28
1.8.1 Allgemeines .....	28
1.8.2 Feststellen des „richtigen“ Kollektivvertrages .....	29
1.8.2.1 Arbeitgeber ist Mitglied der Wirtschaftskammer .....	29
1.8.2.2 Arbeitgeber ist Mitglied einer freiwilligen Berufsvereinigung .....	30
1.8.2.3 Keine Mitgliedschaft .....	31

	Seite
1.8.3 Kollision von Kollektivverträgen .....	31
1.8.3.1 Allgemein .....	31
1.8.3.2 Organisatorische und fachliche Abgrenzung .....	32
1.8.3.3 Tätigkeiten in verschiedenen Betrieben .....	33
1.8.4 Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit .....	34
1.8.5 Einstufung in den Kollektivvertrag .....	34
1.8.5.1 Wie ist eine Einstufung vorzunehmen .....	34
1.8.5.2 Mischverwendung .....	34
1.8.5.3 Vertragliche Verwendungsbezeichnungen .....	35
1.8.5.4 Berufsbeispiele in Kollektivverträgen .....	36

## **Kapitel 2 Inhalt des Arbeitsverhältnisses**

2.1 Entgelt .....	37
2.1.1 Allgemeines zum Entgeltbegriff .....	37
2.1.2 Besondere Entgeltformen .....	37
2.1.2.1 Sachbezüge .....	37
2.1.2.2 Freiwillige Leistungen und deren Einstellung .....	40
2.1.3 Rückforderung irrtümlicher Zahlungen .....	43
2.1.4 Ausfallsentgelt .....	45
2.1.4.1 Allgemeines .....	45
2.1.4.2 Generalkollektivverträge .....	47
2.1.4.3 Rechtsprechung .....	50
2.1.5 Entgeltfragen im Zusammenhang mit Lohn- und Sozialdumping .....	51
2.1.5.1 Allgemein .....	51
2.1.5.2 Strafbare Unterentlohnungen .....	52
2.1.5.3 Lohnzahlungszeitraum und strafbefreiende Nachzahlung .....	53
2.1.5.4 Verfolgungs- und Strafverjährung .....	56
2.1.6 Unentgeltlichkeit .....	57
2.2 Dienstverhinderung .....	58
2.2.1 Allgemeine Regelungen – Sphärentheorie .....	58
2.2.2 Wichtige in der Person des AN liegende Gründe .....	59
2.2.3 Entgeltfortzahlung im Krankheits- und Unglücksfall .....	61
2.2.3.1 Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung .....	61
2.2.3.2 Höhe der Entgeltfortzahlung .....	62
2.2.3.3 Krankmeldung und ärztliche Bestätigung .....	65

	Seite
2.3 Urlaub .....	66
2.3.1 Allgemeines .....	66
2.3.2 Urlaubsanspruch und Urlaubsbemessung .....	67
2.3.2.1 Urlaubsanspruch .....	67
2.3.2.2 Urlaubsanspruch von teilzeitbeschäftigten AN .....	68
2.3.2.3 Urlaubsbemessung und Urlaubsausmaß .....	70
2.3.3 Urlaubsverbrauch .....	71
2.3.3.1 Grundsatz der Urlaubsvereinbarung .....	71
2.3.3.2 Betriebsurlaub .....	72
2.3.3.3 Erkrankung während des Urlaubs .....	72
2.3.3.4 Urlaubsverbrauch während der Kündigungsfrist .....	73
2.3.4 Urlaubsentgelt .....	74
2.3.5 Verjährung des Urlaubsanspruches .....	74
2.3.6 Urlaubersatzleistung .....	75
2.4 Arbeitszeit .....	76
2.4.1 Allgemeines .....	76
2.4.2 Mehrstunden .....	77
2.4.3 Überstunden .....	79
2.4.3.1 Allgemein .....	79
2.4.3.2 Normallohn (§ 10 Abs 3 AZG) .....	81
2.4.3.3 Überstundenpauschalen und All-Inclusive-Entgelte .....	83
2.4.4 Durchrechnungsmodelle .....	87
2.4.4.1 Allgemeines .....	87
2.4.4.2 Freizeitverlängerung (§ 4 Abs 2 AZG) .....	88
2.4.4.3 Fenstertage (§ 4 Abs 3 AZG) .....	89
2.4.4.4 Normalarbeitszeitdurchrechnung im Handel (§ 4 Abs 4 AZG) .....	91
2.4.4.5 Generelle Normalarbeitszeitdurchrechnung durch KV (§ 4 Abs 6 AZG) ..	92
2.4.4.6 4-Tage-Woche (§ 4 Abs 8 AZG) .....	93
2.4.5 Arbeitszeitaufzeichnungen .....	94
2.5 Karenz .....	94
2.5.1 Allgemeines und vereinbarte Aussetzung des AV .....	94
2.5.2 Bildungskarenz .....	96
2.5.3 Elternkarenz .....	96
2.5.3.1 Beginn und Dauer der Karenz .....	96
2.5.3.2 Vereinbarte Karenz .....	97
2.5.3.3 Karenz und neuerliche Schwangerschaft .....	98

	Seite
2.5.3.4	Anrechnung auf dienstzeitabhängige Ansprüche ..... 98
2.5.3.5	Aliquotierung arbeitsrechtlicher Ansprüche ..... 98
2.5.4	Weiterbeschäftigung nach der Karenz ..... 99
2.5.5	Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz ..... 99
2.5.6	Beschäftigung während der Karenz ..... 99
2.6	Telearbeit ..... 101
2.6.1	Allgemein ..... 101
2.6.2	Kostentragung, Gesundheits- und Datenschutz ..... 102
2.7	Dienstreise ..... 103
2.7.1	Reisezeit ..... 103
2.7.2	Bezahlung der Reisezeit ..... 104
2.7.3	Reisekostenvergütung ..... 105
2.8	Schaden und Haftung im AV ..... 106
2.8.1	Allgemeines ..... 106
2.8.2	Umfang der Haftung ..... 107
2.8.2.1	Haftung des AN gegenüber dem AG ..... 107
2.8.2.2	Haftung des AN gegenüber Dritten ..... 108
2.8.3	Haftung des AG für Sachschäden des AN ..... 109
2.8.4	Haftung des AG für Personenschäden beim AN ..... 109
2.8.5	Aufrechnung von Ansprüchen bei laufendem und beendetem AV ..... 110
2.8.6	Konventionalstrafe ..... 111
2.8.6.1	Allgemeines ..... 111
2.8.6.2	Richterliches Mäßigungsrecht ..... 112
2.8.6.3	Konventionalstrafen im Zusammenhang mit Konkurrenzklauseln ..... 113
2.9	Grenzüberschreitender Arbeitnehmereinsatz ..... 113
2.9.1	Allgemeines ..... 113
2.9.2	Entsendung ..... 114
2.9.2.1	Allgemein ..... 114
2.9.2.2	Feststellung des Mindestentgelts ..... 117
2.9.2.3	Melde- und Dokumentationspflichten ..... 117
2.9.3	Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung ..... 119

### **Kapitel 3 Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

3.1	Einvernehmliche Auflösung ..... 121
3.2	Kündigung ..... 122
3.2.1	Allgemeines ..... 122

	Seite
3.2.2 Kündigungstermine und Kündigungsfristen .....	124
3.2.3 Zugang der Kündigungserklärung .....	128
3.2.4 Krankenstand und Urlaub .....	130
3.2.5 Kündigungsschutz .....	131
3.2.5.1 Allgemein .....	131
3.2.5.2 Allgemeiner Kündigungsschutz .....	131
3.2.5.3 Besonderer und individueller Kündigungsschutz .....	134
3.3 Befristete AV .....	134
3.3.1 Allgemeines und Arten der Befristung .....	134
3.3.2 Kettenarbeitsverhältnis .....	136
3.3.3 Kündigung bei befristeten AV .....	137
3.4 Entlassung .....	138
3.4.1 Allgemeines .....	138
3.4.2 Entlassungsgründe gem § 82 GewO 1859 .....	139
3.4.3 Entlassungsgründe gem § 27 AngG .....	142
3.4.4 Rechtsfolgen der Entlassung .....	149
3.4.5 Allgemeiner Entlassungsschutz .....	150
3.4.6 Individueller und besonderer Entlassungsschutz .....	151
3.5 Austritt .....	151
3.5.1 Allgemeines .....	151
3.5.2 Austrittsgründe gem § 82a GewO 1859 .....	152
3.5.3 Austrittsgründe gem § 26 AngG .....	153
3.5.4 Rechtsfolgen des Austritts .....	156
3.6 Rücktritt vom Vertrag .....	157
3.7 Beschränkung von Ansprüchen .....	158
3.7.1 Verzicht .....	158
3.7.1.1 Verzicht bei bzw nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	159
3.7.1.2 Lohnbefriedigungsklauseln .....	159
3.7.2 Vergleich .....	159
3.7.3 Verjährung und Verfall .....	161
Exkurs: Leitende Angestellte .....	163

## Anhang

Checkliste Arbeitsvertrag .....	164
Muster Arbeitszeitaufzeichnungen .....	165
Dienstzeugnis einfach .....	166

	Seite
Dienstzeugnis qualifiziert .....	167
Schwangerschaft: Wesentliche Beschäftigungsverbote und -beschränkungen .....	168
Abkürzungsverzeichnis .....	170
Paragrafenverzeichnis .....	171
Stichwortverzeichnis .....	178



Zusätzlich stehen Ihnen die mit dem Downloadsymbol gekennzeichneten Downloads unter <http://www.dbv.at/downloads/> im Menüpunkt „Ergänzungen zu dbv-Werken“ zur Verfügung.  
Passwort: 0704

## Kapitel 1

# Beginn des Arbeitsverhältnisses

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

### 1.1.1 Abschluss des ArbV

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

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

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

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

### **Achtung**

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

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

*ArbV sind gebührenfrei.*

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

### 1.1.2 Dienstzettel

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

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

- Dauer der Kündigungsfrist sowie den Kündigungstermin,
- gewöhnlicher Arbeits- bzw Einsatzort,
- allfällige Einstufung in ein generelles Schema,
- vorgesehene Verwendung,
- Anfangsbezug (Grundgehalt/-lohn, Sonderzahlungen) sowie Fälligkeit des Entgeltes,
- Ausmaß des jährlichen Erholungsurlaubes,
- vereinbarte tägliche oder wöchentliche Normalarbeitszeit des AN,
- Bezeichnung der auf den ArbV allenfalls anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung (Kollektivvertrag [KV], Satzung, Mindestlohntarif, festgesetzte Lehrlingsentschädigung, Betriebsvereinbarung [BV]) und ein Hinweis auf den Raum im Betrieb, in dem diese zur Einsichtnahme aufliegen,
- Name und Anschrift der Betrieblichen Vorsorgekasse des AN oder für AN die dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG) unterliegen, Name und Anschrift der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse.

### **Achtung**

*Es handelt sich hierbei um eine demonstrative Aufzählung. Neben den im Gesetz erwähnten Punkte sind auch andere wesentliche Vereinbarungen in den Dienstzettel aufzunehmen, wie etwa:*

- *Konkurrenzklausele*
- *All-In-Vereinbarung*
- *Verfallsfrist*

Verrichtet der **AN** seine Tätigkeit länger als einen Monat im **Ausland**, so hat der vor Aufnahme der Auslandstätigkeit auszuhändigende **Dienstzettel (oder schriftliche ArbV)** gem § 2 Abs 3 AVRAG zusätzlich folgende Angaben zu enthalten:

- voraussichtliche Dauer der Auslandstätigkeit,
- Währung, in der das Entgelt ausbezahlt ist, sofern es nicht in Euro auszuzahlen ist,
- allenfalls Bedingungen für die Rückführung nach Österreich und
- allfällige zusätzliche Vergütung für die Auslandstätigkeit.

### **Achtung**

**Keine Verpflichtung** zur Aushändigung eines Dienstzettels besteht, wenn

- die Dauer des AV **höchstens einen Monat** beträgt,
- ein **schriftlicher ArbV** ausgehändigt wurde, der alle Angaben gem § 2 Abs 2 und 3 AVRAG enthält (siehe oben) oder
- bei Auslandstätigkeit die zuvor genannten Angaben in anderen schriftlichen Unterlagen enthalten sind (§ 2 Abs 4 AVRAG).

*Dienstzettel sind gebührenfrei.*

*Weichen ArbV und Dienstzettel voneinander ab, so gilt stets das im ArbV Vereinbarte. Dieser Grundsatz kommt auch dann zur Anwendung, wenn der ArbV nur mündlich abgeschlossen wurde. In diesem Fall wird es in der Praxis jedoch häufig schwierig sein, das mündlich Vereinbarte auch nachweisen zu können.*

### 1.1.3 Kennzeichen des ArbV

Im Rahmen eines ArbV verpflichtet sich ein AN gegenüber einem AG auf gewisse Zeit zur persönlichen Arbeitsleistung (§ 1151 Abs 1 erster Satz ABGB).

Der ArbV ist ein **Dauerschuldverhältnis** und – im Gegensatz zu Zielschuldverhältnissen wie etwa dem Werkvertrag – vom Eintritt eines **Erfolges unabhängig**. Der ArbV kann auf unbestimmte oder bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Aus diesem Grund bedarf die Beendigung einer gesonderten, empfangsbedürftigen Willenserklärung (Kündigung, vorzeitige Lösung aus wichtigem Grund oder einvernehmliche Lösung) oder muss bereits bei Abschluss des ArbV eine Befristung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vereinbart werden (*siehe hierzu näher Kapitel 3*).

Wenngleich bei den meisten ArbV ein monatliches Entgelt vereinbart wird, ist die Entgeltlichkeit nicht notwendigerweise Voraussetzung für einen ArbV. Im Zweifel gilt gem § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt als vereinbart. Darüber hinaus sind Mindestentgeltvorschriften (zB in KV) zu beachten.

Als **Hauptpflichten** eines ArbV stehen sich die **Arbeitspflicht des AN** und die **Entgeltzahlungspflicht des AG** gegenüber. Darüber hinaus existiert eine Reihe an Nebenpflichten, wie zB die **Treue- und Fürsorgepflicht**, die von AG und AN einzuhalten sind und deren Nichteinhaltung in manchen Fällen auch eine vorzeitige Beendigung des AV durch eine Partei ermöglicht.

Der ArbV charakterisiert sich anhand nachstehender Merkmale, wobei diese im Sinne eines beweglichen Systems zu verstehen sind und das Überwiegen eines Merkmals das Fehlen anderer Merkmale ausgleichen kann:

- Der AN schuldet aus dem ArbV **keinen Arbeitserfolg**, sondern seine Arbeitsleistung.
- Der AN ist in **wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit** tätig.
- Die **wirtschaftliche Abhängigkeit** des AN ist darin zu erblicken, dass der AN regelmäßig nicht mit eigenen Betriebsmitteln, sondern mit Mitteln des AG tätig wird und der wirtschaftliche Erfolg dem AG zugute kommt.
- Während des AV kann der AN über seine Arbeitskraft nicht frei verfügen. Diese Fremdbestimmtheit bewirkt die **persönliche Abhängigkeit** des AN (vgl OGH 30.10.2003, 8 ObA 45/03f; OGH 10.7.2008, 8 Obs 3/08m).
- Mit der persönlichen Abhängigkeit sind typischerweise die **höchstpersönliche Arbeitspflicht** und die **Weisungsunterworfenheit** des AN verbunden. So kann der AG den AN anweisen, die Arbeit in ganz bestimmter Art und Weise zu verrichten oder bestimmte Arbeitsabläufe einzuhalten.

- Die Einordnung des AN in die **organisatorische und hierarchische Struktur** des Betriebs des AG ist ein weiteres Kennzeichen des ArbV. Dabei ist die Bindung an betriebliche Ordnungsvorschriften (zB Arbeitszeiten, Arbeitsort oder Produktionsabläufe) bedeutsam, wodurch der AN letztlich auch der Kontrolle des AG unterliegt und diesem auch disziplinar verantwortlich ist.

Für das Vorhandensein eines ArbV kommt es **nicht** auf die **Bezeichnung des Vertragsverhältnisses** durch die Vertragspartner oder die **Anmeldung zur Sozialversicherung** an. Vielmehr ist die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen im Einzelfall **maßgebend** (vgl OGH 24.7.2013, [9 ObA 46/13z](#); OGH 26.2.2014, [9 ObA 152/13p](#)).

### **Achtung**

*Bei der Beurteilung des Vorliegens eines ArbV ist nicht nur auf das vertraglich Vereinbarte abzustellen. Insbesondere ist das Vorliegen eines ArbV daran zu messen, wie das Vertragsverhältnis tatsächlich „gelebt“ wird. Dies ist in der Praxis insb bei der Abgrenzung von ArbV und Werkvertrag (WerkV) bzw freiem Dienstvertrag zu beachten.*

#### **1.1.4 Inhalt des ArbV**

Neben den zwingend festzuhaltenden Inhalten eines ArbV können AG und AN im ArbV weitere Details zur Ausgestaltung des AV regeln. Der ArbV kann ua nähere Vereinbarungen über

- Probezeit,
- Befristungen,
- Vollmachten,
- Entlohnung und Mitarbeiterbeteiligungen,
- Betriebsurlaub,
- Nebenbeschäftigungen, Konkurrenzverbote, Konventionalstrafen bzw
- Beendigung des AV

enthalten.

Die grundsätzlich geltende Vertragsfreiheit bei einem ArbV findet ihre Grenze in einer Vielzahl von **zwingenden gesetzlichen bzw kollektivvertraglichen Bestimmungen**. Werden im ArbV Vereinbarungen getroffen, die diesen Vorschriften widersprechen, sind die Vereinbarungen wirkungslos. So kann trotz Vertragsfreiheit auch mit Zustimmung des AN zB keine wöchentliche Normalarbeitszeit von (durchschnittlich) mehr als 40 Stunden oder ein Urlaubsanspruch von weniger als 30 Werktagen vereinbart werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht dort, wo der AN besser gestellt wird (**Günstigkeitsprinzip**). Der AG kann dem AN so zB freiwillig mehr Urlaub gewähren, als gesetzlich eigentlich vorgesehen ist, da er den AN in diesem Fall günstiger stellt.

## **Achtung**

Sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde, kann grundsätzlich weder der AG noch der AN einseitig von den im ArbV vereinbarten Inhalten (zB Entgelt, Arbeitszeit) abgehen. Diese Änderungen bedürfen der Zustimmung des anderen Vertragspartners. Die Zustimmung kann wiederum schriftlich, mündlich oder schlüssig (konkludent) erfolgen.

**Verschlechterungsvereinbarungen** sind im Rahmen der gesetzlichen und kollektivvertraglichen Möglichkeiten zulässig.

Genauso wie für den Abschluss eines ArbV gilt dabei, dass stets zwingende gesetzliche bzw kollektivvertragliche Bestimmungen zu beachten sind, auf welche der AN grundsätzlich nicht verzichten kann.

## **Beispiel:**

- Der AG möchte dem AN eine im ArbV zugesicherte Prämie zukünftig nicht mehr gewähren.  
Sofern er sich die Möglichkeit des einseitigen Entzugs der Prämie nicht bereits im Vertrag vorbehalten hat, handelt es sich dabei um eine Änderung der Inhalte des ArbV, die nicht einseitig erfolgen kann. Der AN muss dem Wegfall der Prämie zustimmen.
- Der AG möchte dem AN zukünftig ein geringeres Gehalt bezahlen. Der AN erhält jedoch bereits jetzt nur das kollektivvertragliche Mindestentgelt.  
Selbst mit Zustimmung des AN kann das vereinbarte Gehalt nicht herabgesetzt werden. Es handelt sich um eine kollektivvertragliche Bestimmung, auf welche der AN nicht verzichten kann.
- Der AN möchte seine wöchentliche Normalarbeitszeit von 40 Stunden auf 30 Stunden reduzieren.  
Die Änderung der Arbeitszeit stellt eine Änderung des ArbV dar, welche wiederum nur mit Zustimmung des anderen Vertragspartners erfolgen kann. Der AG muss der Änderung der Arbeitszeit daher zustimmen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen zB im Bereich der sog Elternteilzeit, im Rahmen derer einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den AN möglich sind.

### **1.1.5 Allgemeine sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen hinsichtlich ArbV**

Die österreichische Sozialversicherung ist in Form einer gesetzlichen **Pflichtversicherung** ausgestaltet. Darunter versteht man, dass der Versicherungsschutz kraft Gesetz und unabhängig vom Willen des Einzelnen eintritt, sobald bestimmte im Gesetz festgelegte Tatbestände eintreten. Die Pflichtversicherung tritt unabhängig von der Anmeldung und Beitragsleistung ein (**ipso-iure-Versicherung**).

**Ein sozialversicherungspflichtiges AV liegt vor**, wenn die **Beschäftigung** in einem Verhältnis **persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt** ausgeübt wird (vgl § 4 Abs 2 ASVG). Als sozialversicherungspflichtiger AN gilt jedenfalls eine Person, die lohnsteuerpflichtig ist.

Der AG hat gem § 33 Abs 1 ASVG jede Person, die in einem AV steht, vor Arbeitsbeginn bei der zuständigen Krankenkasse anzumelden und nach Beendigung der Pflichtversicherung (idR mit Ende des AV) innerhalb von sieben Tagen abzumelden. Dem AN ist eine Bestätigung der An- bzw Abmeldung auszuhändigen.

### 1.1.6 Angestellte und Arbeiter

Die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern ist historisch bedingt und nicht mehr zeitgemäß. Zweckdienlicher erscheint ein einheitlicher AN-Begriff, welcher bislang jedoch im österreichischen Arbeitsrecht nicht vorliegt. Einen ersten Schritt hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 getroffen, indem er eine weitgehende Angleichung im Bereich des Krankenstandes und der Kündigungsfristen beschlossen hat. Unterschiede bestehen sohin vor allem noch im Bereich des Entlassungsrechtes.

Der **Angestelltenbegriff** ist in § 1 AngG definiert. Demzufolge gilt das AngG für AV von Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes vorwiegend zur Leistung kaufmännischer oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind. Überdies sind vom Angestelltenbegriff gem § 2 AngG eine Reihe von weiteren Unternehmen (zB Vereine, Rechtsanwälte) erfasst.

Vom **Arbeiterbegriff** sind jene AN erfasst, die keine Angestelltentätigkeiten verrichten. Einschlägige Regelungen für Arbeiter enthalten das ABGB und die Gewerbeordnung 1859 (GewO 1859). Darüber hinaus finden sich für manche Arbeiter spezielle Vorschriften, welche die allgemeinen Vorschriften des ABGB oder der GewO 1859 verdrängen (zB Land- und Forstarbeiter sowie Berg- und Bauarbeiter).

Ob ein AN als Angestellter oder als Arbeiter anzusehen ist, richtet sich nach den tatsächlich geleisteten Arbeiten. Bei **Mischtätigkeiten** kommt es auf das quantitative Verhältnis zwischen verrichteten Arbeiter- und Angestelltentätigkeiten an. Das **zeitliche Überwiegen** der einen oder der anderen Tätigkeit ist maßgebend.

Die Praxis kennt auch Arbeiter, die aufgrund vertraglicher Vereinbarung als Angestellte gelten. Derartige **Angestellte ex contractu** verrichten faktisch Arbeitertätigkeiten, werden allerdings aufgrund vertraglicher Vereinbarung als Angestellte behandelt, wenn das entsprechende Angestelltenrecht für den Betroffenen günstiger als das Arbeiterrecht ist.

#### **Achtung**

*Wurde die Geltung des Angestellten KV inklusive Einstufung in die entsprechende Gehaltsordnung neben dem AngG unwiderruflich vereinbart, so zählen die Angestellten ex-contractu auch betriebsverfassungsrechtlich zur Gruppe der Angestellten.*

### 1.1.7 Geringfügig Beschäftigte

Eine geringfügige Beschäftigung liegt vor, wenn die **Höhe des Entgeltes einen bestimmten Grenzbetrag nicht überschreitet**. Diese **Entgeltgrenze** beträgt für das **Jahr 2018 pro Monat € 438,05**. Das Ausmaß der Normalarbeitszeit spielt für die Frage, ob eine geringfügige Beschäftigung vorliegt, keine Rolle.

Bei geringfügig Beschäftigten handelt es sich um eine Besonderheit des Sozialversicherungsrechts. Arbeitsrechtlich liegt eine **Form der Teilzeitarbeit vor**, weshalb in diesem Zusammenhang auch die arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Teilzeitarbeit anzuwenden sind. Ausgehend von § 19d Abs 1 AZG spricht man von Teilzeitarbeit, wenn die vereinbarte Wochenarbeitszeit die gesetzliche Normalarbeitszeit oder eine durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegte kürzere Normalarbeitszeit im Durchschnitt unterschreitet.

Geringfügig Beschäftigte haben die **gleichen arbeitsrechtlichen Ansprüche** wie Vollzeitbeschäftigte, jedoch werden die entgeltlichen Ansprüche im Ausmaß der gekürzten geleisteten Arbeitszeit bemessen. Geringfügig Beschäftigte haben Anspruch auf kollektivvertragliche Gehälter bzw Löhne, Sonderzahlungen, Entgeltfortzahlung im Krankenstand, Pflegefreistellung, Urlaub und betriebliche Vorsorge (Abfertigung neu). Bei Erkrankung besteht sowohl für Angestellte nach dem AngG als auch für Arbeiter nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den AG (Krankenentgelt).

Geringfügige Beschäftigte sind, obwohl diese nicht kranken-, pensions- und arbeitslosenversichert sind, beim zuständigen SV-Träger vor Arbeitsantritt zur Unfallversicherung anzumelden.

Der AG hat für geringfügig Beschäftigte

- mit 1. Juli 2014 einen Unfallversicherungsbeitrag iHv 1,3%
- BMSVG-Beiträge (Abfertigung neu) iHv 1,53%

des Entgeltes an die Krankenkasse zu entrichten.

#### **Achtung**

Übersteigt die monatliche Lohnsumme aller geringfügig Beschäftigten im Betrieb des AG das 1,5-fache der Geringfügigkeitsgrenze, so hat der AG eine pauschalierte Dienstgeberabgabe in Höhe von 16,4% zzgl des Unfallversicherungsbeitrages zu leisten. Bemessungsgrundlage der Dienstgeberabgabe ist die Summe jener Entgelte, die der AG in einem Kalendermonat an sämtliche geringfügig Beschäftigte in seinen Betrieb zu zahlen hat. Für den geringfügig beschäftigten AN ist damit keine Versicherung verbunden.

Geringfügig Beschäftigte können **kostengünstig in die Kranken- und Pensionsversicherung optieren** (§ 19a iVm § 77 Abs 2a ASVG). Diese freiwillige Versicherung ist vom AN selbst vorzunehmen. Der AG hat weder eine Verpflichtung auf die Möglichkeit der Selbstversicherung hinzuweisen noch führt er die Beiträge ab oder berück-

sichtigt die Versicherung in irgendeiner Art und Weise bei der Lohn- bzw Gehaltsabrechnung.

### **Achtung**

*In der Lohnverrechnung ist der geringfügig Beschäftigte mit freiwilliger Selbstversicherung so zu behandeln, als würde keine Kranken- und Pensionsversicherung bestehen. Dies ist unter anderem in Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Beschäftigungsverbotes nach MSchG von Relevanz.*

*Weibliche geringfügig Beschäftigte haben mangels Krankenversicherung keinen Anspruch auf Wochengeld von der Krankenkasse während eines Beschäftigungsverbots nach MSchG.*

*Für die Zeit des **individuellen Beschäftigungsverbotes** vor der Entbindung hat die geringfügig Beschäftigte daher gegenüber dem AG **Anspruch auf Entgelt in Höhe des Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Wochen** (§ 14 Abs 2 MSchG).*

*Für die Zeit des **generellen Beschäftigungsverbotes** vor der Entbindung besteht gegenüber dem AG **kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung**.*

***Angestellte (nicht Arbeiterinnen!)** haben für die Zeit von **sechs Wochen nach der Entbindung** gegenüber dem AG **Anspruch auf Entgeltfortzahlung** (§ 8 Abs 4 AngG).*

*Für die Zeit der gesamten Schutzfrist sowie für den Entbindungstag besteht Anspruch auf Sonderzahlungen gegenüber dem AG, wenn infolge geringfügiger Beschäftigung kein Anspruch auf Wochengeld besteht (§ 14 Abs 4 MSchG).*

### **Achtung**

*Übt ein AN **mehrere geringfügige Beschäftigungen nebeneinander** aus und überschreitet dabei insgesamt die Geringfügigkeitsgrenze bzw besteht neben einem geringfügigen AV noch ein vollversichertes AV bei einem anderen AG, so wird der AN nach Ablauf des Kalenderjahres seitens des Sozialversicherungsträgers zur **Nachzahlung von Kranken- und Pensionsversicherungsbeiträgen** aufgefordert werden.*

*Für den **AG** besteht in diesem Fall **kein Handlungsbedarf**, er berücksichtigt in der Lohnverrechnung für die Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge ausschließlich jenes Entgelt, welches er dem AN ausbezahlt. Es kommt für den AG auch nicht zu einer Nachzahlung.*

## **1.1.8 Fallweise Beschäftigte**

Als fallweise Beschäftigte werden Personen bezeichnet, die in unregelmäßiger Folge tageweise (kürzer als eine Woche) beim selben AG beschäftigt werden und deren AV nach Beendigung der Arbeit an diesen Tagen bzw diesem Tag endet. Es handelt sich um jeweils auf kurze Zeit befristete AV.

Der fallweise Beschäftigte hat zumindest Anspruch auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt. In manchen KV (zB Hotel- und Gastgewerbe) ist gegenüber der Mindestentlohnung eine Erhöhung für fallweise Beschäftigte vorgesehen.

Fallweise Beschäftigte sind arbeitsrechtlich wie alle anderen AN zu behandeln, weshalb sie etwa auch Anspruch auf Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration haben. Bei Arbeitern sind in diesem Zusammenhang etwaige im KV vorgesehene Wartefristen hinsichtlich des Sonderzahlungsanspruchs zu beachten. Darüber hinaus steht fallweise Beschäftigten auch ein Urlaubsanspruch zu, der in natura zu gewähren oder als Urlaubersatzleistung am Ende der Beschäftigung auszuzahlen ist (OGH 27.6.2013, [8 ObA 32/13h](#)).

Im Bereich der Sozialversicherung bestehen vereinfachte An- und Abmeldebestimmungen für fallweise Beschäftigte. Die Anmeldung zur Krankenkasse hat vor Arbeitsantritt zu erfolgen, jedoch ist nicht jeder einzelne Beschäftigungstag gesondert zu melden. Die einzelnen Tage der beabsichtigten Beschäftigung können zusammengefasst gemeldet werden. Wird eine fallweise Beschäftigung nicht angetreten, genügt die Stornierung dieses Tages innerhalb der siebentägigen Meldefrist nach Ende des Kalendermonates, für welchen die Anmeldung erfolgt.

### **Achtung**

■ *Im Bereich der Mitarbeitervorsorgekasse ist das erste Monat eines AV beitragsfrei (§ 6 Abs 1 BMSVG). In jenen Fällen, in denen innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten ab dem Ende eines AV mit demselben AG erneut ein AV geschlossen wird, setzt die Beitragspflicht bereits mit dem ersten Tag dieses Nachfolgearbeitsverhältnisses ein und zwar unabhängig von der Dauer des ersten AV und jener des Nachfolgearbeitsverhältnisses (OGH 25.5.2016, [9 ObA 30/16a](#)).*

### **Beispiel:**

Wurde eine fallweise Beschäftigung am 5.1.2018 für einen Tag vereinbart und wird im Mail noch einmal eine fallweise Beschäftigung für den 9.5.2018 vereinbart, so unterliegt das befristete AV vom 9.5.2018 der Beitragspflicht nach dem BMSVG.

Von fallweise Beschäftigten sind regelmäßig beschäftigte Aushilfskräfte zu unterscheiden (zB Beschäftigung jeden zweiten Samstag im Monat). In diesen Fällen bestehen nicht tageweise befristete AV, sondern vielmehr liegt in der Regel ein durchgehendes AV (mit durchgehender Pflichtversicherung) vor. Dies ist insb für die Bemessung von dienstzeitabhängigen Ansprüchen sowie Sonderzahlungen oder Urlaubsansprüchen von Relevanz.

## **1.1.9 Lehrling**

Ausbildungsverhältnisse wie Lehrverträge sind grundsätzlich ArbV, da persönliche Abhängigkeit vorliegt. Hinsichtlich der Lehrverträge sieht das Berufsausbildungsgesetz (BAG) jedoch zahlreiche Sonderbestimmungen vor. Darüber hinaus gelangen zahlreiche arbeitsrechtliche Sondergesetze, wie zB das UrlG oder das MSchG und VKG, auch für Lehrlinge zur Anwendung.

### 1.1.10 (Ferial-)Praktikant und Volontär

Keine AN sind (Ferial-)Praktikanten und Volontäre ohne Arbeitspflicht, die sich gem ihrer Schul- oder Studienordnung bzw aufgrund ihrer abgeschlossenen Ausbildung praktische Fähigkeiten aneignen.

#### **Achtung**

*Anhand der tatsächlichen Gegebenheiten ist zu prüfen, ob die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen und ein AV vorliegt.*

#### 1.1.10.1 Praktikant

Es gibt keine einheitlichen arbeitsrechtlichen Vorschriften, unter welchen Voraussetzungen ein (Ferial-)Praktikum vorliegt.

(Ferial-)Praktikanten sind nach hM Schüler oder Studenten einer mittleren oder höheren Schule, Akademie oder Hochschule, die im Rahmen ihrer noch nicht beendeten Ausbildung eine (vorgeschriebene) praktische Tätigkeit ausüben. Im Vordergrund steht dabei der Lern- und Ausbildungszweck, wobei den Inhaber des Betriebs nicht die Verpflichtung trifft, den Praktikanten auszubilden. Ein Praktikum kann während des ganzen Jahres absolviert werden.

#### **Achtung**

*Kriterien für das Überwiegen eines Ausbildungszwecks sind insb, dass der Praktikant Tätigkeiten verrichtet, die sich nicht nach den Maßgaben und Bedürfnissen des Betriebs, sondern nach der Wahl oder Ausbildung des Praktikanten richten und dem Praktikant eine große Freiheit bei der Anwesenheit im Betrieb (keine Arbeitspflicht) zukommt.*

Eine **Anmeldung des echten Praktikanten zur Sozialversicherung ist nicht vorgesehen**. Der Unfallversicherungsschutz besteht ohne Beitragsleistung des Beschäftigten durch die Schüler- und Studentenunfallversicherung. **Erhalten Praktikanten jedoch vom Beschäftiger ein freiwilliges Entgelt, sind sie zur Sozialversicherung anzumelden.**

#### 1.1.10.2 Volontär

Volontäre sind Personen, die aufgrund ihrer abgeschlossenen Ausbildung bereits zur Ausübung des Berufs befähigt sind, jedoch freiwillig ihr bereits erworbenes (theoretisches) Wissen durch praktische Erfahrungen erweitern. Volontäre sind nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet und haben auch keinen Entgeltanspruch. Unter diesen Voraussetzungen liegt arbeitsrechtlich kein AV vor. Volontärverträge dürfen ausschließlich auf eine bestimmte Dauer (befristet) abgeschlossen werden.

Sozialversicherungsrechtlich besteht lediglich eine Teilversicherung in der Unfallversicherung. Hierfür sind Volontäre auch vor Arbeitsbeginn beim zuständigen Sozial-