

1. Einleitung

1.1. Historie und europarechtliche Grundlagen

Das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) entstand im Zuge des Beitritts Österreichs zum EWR im Jahr 1994 und seinem kurz darauffolgenden Beitritt zur EU im Jahr 1995. Die bevorstehende EWR- bzw EU-Mitgliedschaft machte eine Anpassung des österreichischen Arbeitsrechts an die europarechtlichen Vorgaben erforderlich. So wurden mit dem AVRAG wesentliche EG-Richtlinien, wie etwa die BetriebsübergangsRL 77/187 und die ArbeitsschutzrahmenRL 89/391, umgesetzt. Entscheidend war dabei, dass die neuen arbeitsvertraglichen Bestimmungen weitgehend für alle Arbeitnehmergruppen gelten sollten.¹ Da zum damaligen Zeitpunkt kein umfassendes Arbeitsvertragsgesetz in Österreich bestand, entschied sich der nationale Gesetzgeber für die Schaffung eines neuen **arbeitsrechtlichen Basisgesetzes**, das für einen weitreichenden Arbeitnehmerkreis zur Anwendung gelangen sollte. Der Vorteil bestand darin, dass nicht in sämtliche Spezialgesetze einzeln eingegriffen werden musste, sondern die neuen Regelungen einheitlich in einem neuen Gesetz zusammengefasst werden konnten.

Im Laufe der Jahre wurde das AVRAG stetig erweitert (teilweise auch abgeändert bzw verringert) und um aktuelle Regelungen betreffend das Arbeitsverhältnis ergänzt. Während es sich im Zeitpunkt seines Inkrafttretens aus elf Paragraphen und drei Artikeln, mit denen Spezialgesetze abgeändert wurden, zusammensetzte, umfasst es derzeit 38 Paragraphen und wird laufend aktualisiert. So machte gerade auch die Corona-Pandemie neue arbeitsrechtliche Gesetzesbestimmungen erforderlich, die in das AVRAG eingebettet wurden. Zuletzt fanden etwa die Regelungen zum Arbeiten im Homeoffice Eingang in das AVRAG.

1.2. Aufbau des AVRAG

Das AVRAG dient als Gesetz, das unterschiedliche arbeitsrechtliche Themen behandelt. So beinhaltet das AVRAG einerseits diverse Regelungen zu Arbeitsvertrag und Entgelt (zB gesetzliche Rahmenbedingungen für die Vereinbarung von Konkurrenz- und Ausbildungskostenrückersatzklauseln sowie für die Entgeltbemessung und Abrechnung von Bezügen), andererseits die arbeitsrechtlichen Kernbestimmungen für Betriebs- und Unternehmensübertragungen. Hinzu kommen die gesetzlichen Grundlagen für diverse Karenz- und Teilzeitmodelle.

Die Unübersichtlichkeit des Gesetzes macht es für den Anwender fast unmöglich, einen Überblick zu bewahren und sich in dem Regelungsdschungel zurechtzufinden. Dies vor allem auch deshalb, weil das AVRAG vielfach nur punktuelle Bestimmungen enthält, die erst in den jeweiligen arbeitsrechtlichen Kontext einzufordnen und vor diesem Hintergrund in weiterer Folge zu interpretieren sind. Es

¹ ErläutRV 1077 BlgNR 18. GP.

ist davon auszugehen, dass sich die genannte Problematik in Zukunft sogar verschärfen wird, solange das AVRAG weiterhin als „Auffangbecken“ für Arbeitsrechtsbestimmungen unterschiedlicher Art dient.

Es wäre dringend geboten, die historisch gewachsene Gliederung des AVRAG grundlegend zu überarbeiten und zumindest nach Themengebieten mit entsprechender Einteilung, zB in Hauptstücke, zu ordnen. Derzeit finden sich grundsätzlich zusammenhängende Bestimmungen an unterschiedlichen Stellen innerhalb des Gesetzes. Dies führt – neben der angesprochenen, generellen Schwierigkeit der Gesetzesinterpretation – zu weiteren Anwendungsproblemen für die Normadressaten.

Ziel des vorliegenden Praxishandbuchs ist es, die Regelungsinhalte des AVRAG übersichtlich und verständlich aufzubereiten und damit die Arbeit mit dem Gesetz und dessen Anwendung zu erleichtern. Zu diesem Zweck behandelt das Praxishandbuch die einzelnen Paragraphen des AVRAG bewusst **nicht chronologisch, sondern nach Inhalten** in die folgenden **vier Teile** gegliedert: (i) Grundlegendes, (ii) Regelungen zu Arbeitsvertrag und Entgelt, (iii) Betriebsübergang und (iv) Karenz- und Teilzeitmodelle.

Innerhalb der einzelnen Teile wird dem Leser die Einordnung in den jeweiligen Sachzusammenhang abgenommen, indem aus Sicht der Praxis das erforderliche Hintergrundwissen prägnant zusammengefasst und der wesentliche Inhalt der jeweiligen Gesetzesbestimmung dargestellt wird. Anhand von zahlreichen Praxistipps und -beispielen wird die große Bedeutung des AVRAG im arbeitsrechtlichen Alltag von Arbeitgebern und Arbeitnehmern rasch deutlich.

2. Geltungsbereich (§ 1)

2.1. Allgemeines

§ 1 Abs 1 regelt den persönlichen Geltungsbereich des AVRAG. Demnach finden die Regelungen des AVRAG auf alle Arbeitnehmer Anwendung, die in einem **privatrechtlichen Arbeitsverhältnis** stehen. § 1 Abs 2 beinhaltet die gesetzlichen Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich.

In der Folge werden die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des AVRAG und dessen Ausnahmen näher erläutert.

2.2. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Das AVRAG gilt nur für Arbeitsverhältnisse, die auf einem **privatrechtlichen Vertrag** (insbesondere **Arbeitsvertrag**) beruhen. Damit wird einerseits klar, dass öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (Beamte) ausgenommen sind. Andererseits muss für die Anwendbarkeit des Gesetzes arbeitsvertragliche **Arbeitnehmer**-

Eigenschaft vorliegen. Als Arbeitnehmer gelten Personen, die ihre Arbeitsleistungen in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen erbringen. Charakteristisch für die Arbeitserbringung in persönlicher Abhängigkeit sind dabei

- Eingliederung in den betrieblichen Organisationsablauf,
- Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers,
- persönliche Arbeitserbringung durch den Arbeitnehmer,
- laufende Kontrolle der Arbeit durch den Arbeitgeber *und*
- disziplinäre Verantwortung des Arbeitnehmers.

Es ist nicht erforderlich, dass alle genannten Kriterien der persönlichen Abhängigkeit gemeinsam vorliegen. Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit gegenüber anderen Gesichtspunkten überwiegen.

Zusammengefasst sind daher folgende Arbeitnehmergruppen grundsätzlich vom Geltungsbereich des AVRAG **erfasst** (sofern sie nicht unter eine Ausnahme fallen, siehe dazu unten Punkt 2.3.):

- Angestellte,
- Arbeiter,
- Lehrlinge,
- leitende Angestellte,
- karenzierte Arbeitnehmer und
- Praktikanten.

2.3. Ausnahmen vom Geltungsbereich

2.3.1. Allgemeines

Vom AVRAG **nicht erfasst** sind alle Rechtsverhältnisse, die nicht als Arbeitsverhältnisse zu qualifizieren sind. Dazu zählen

- freie Dienstverträge,
- Werkverträge,
- Gesellschaftsverträge,
- Mietverträge,
- Familienmithilfe sowie
- Vereinsarbeit.

Praxistipp

Vorstandsmitglieder sind nach der ständigen Rechtsprechung² keine Arbeitnehmer, sondern freie Dienstnehmer, weil sie in der Ausübung ihrer Tätigkeit weisungsfrei sind. Vorstandsmitglieder fallen somit **nicht in den Anwendungsbereich des AVRAG**.

² Vgl RIS-Justiz RS0027993; RS0027953.

Geschäftsführer von GmbHs können hingegen **je nach Ausgestaltung ihres Arbeitsvertrags** als Arbeitnehmer oder freie Dienstnehmer qualifiziert werden. Die Arbeitnehmerigkeit des Geschäftsführers ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn er

- Gesellschaftsanteile hält *und*
- zumindest über eine Sperrminorität verfügt.

„Arbeitnehmerähnliche“ Personen, die zwar wirtschaftlich unselbstständige Arbeit für andere Personen erbringen, aber in keinem Arbeitsverhältnis stehen, sind vom Geltungsbereich des AVRAG ebenfalls **ausgenommen**. Unter solchen „**arbeitnehmerähnlichen**“ **Personen** versteht man etwa

- Heimarbeiter,
- Privatlehrer,
- freie Journalisten,
- Vortragende bei Bildungseinrichtungen,
- Franchisenehmer,
- selbstständige Handelsvertreter und
- Werkstudenten.

§ 1 Abs 2 zählt **zusätzliche Fälle** auf, in denen das **AVRAG nicht zur Anwendung gelangt**, obwohl (teilweise) Arbeitsverhältnisse vorliegen und Arbeitnehmer-Eigenschaft gegeben ist. Im Folgenden soll auf diese Fälle im Einzelnen eingegangen werden.

2.3.2. Öffentlich-rechtliche Bedienstete

Vom Geltungsbereich des AVRAG ausgenommen sind Arbeitsverhältnisse zu

- Ländern,
- Gemeindeverbänden und
- Gemeinden (§ 1 Abs 2 Z 1).

Weiters ausgenommen sind Arbeitsverhältnisse zum **Bund**, wenn auf sie dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, die den Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwingend regeln (insbesondere das VBG; § 1 Abs 2 Z 3).

Diese Ausnahme ist insofern schlüssig, als es sich bei den öffentlich-rechtlichen Bediensteten zu einem großen Teil um Beamte handelt, deren Arbeitsverhältnis nicht auf einem privatrechtlichen Vertrag, sondern auf einem Akt der Ernennung basiert. Beamte sind daher bereits durch die Definition des persönlichen Geltungsbereichs von Abs 1 ausgenommen und unterliegen dem öffentlich-rechtlichen Dienstrecht.

Darüber hinaus liegt gemäß Art 21 Abs 1 B-VG das Dienstrecht für Bedienstete der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden im Zuständigkeitsbereich des Landesgesetzgebers, weshalb dieser für die Umsetzung der dem AVRAG zugrund

deliegenden EG-Richtlinien für die Landes- und Gemeindebediensteten zuständig wäre. Da die Landesgesetzgeber dieser Umsetzungsverpflichtung aber bis heute nicht vollständig nachgekommen sind und daher insbesondere das Betriebsübergangsrecht noch keinen Eingang in die Landesgesetze gefunden hat, wird die unmittelbare Wirksamkeit der BetriebsübergangsRL in stRsp³ bejaht.

2.3.3. Land- und Forstwirtschaft

Land- und forstwirtschaftliche Arbeiter sind vom Geltungsbereich des AVRAG ausgenommen (§ 1 Abs 2 Z 2). Hintergrund dafür ist, dass das Arbeitsrecht im Bereich der Land- und Forstwirtschaft nur in seiner Grundsatzgesetzgebung in den Kompetenzbereich des Bundes fällt, die Ausführungsgesetzgebung ist Landessache. Die nach EU-Recht umsetzungspflichtigen Materien des AVRAG wurden daher in ihren Grundzügen in das LAG 1984 aufgenommen.

2.3.4. Stiftungen, Anstalten und Fonds

Arbeitsverhältnisse zu Stiftungen, Anstalten oder Fonds, auf die das VBG zur Anwendung gelangt, unterliegen nicht dem AVRAG (§ 1 Abs 2 Z 4). Das VBG ist konkret anzuwenden auf Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zu Fonds, Stiftungen oder Anstalten stehen, die von Organen des Bundes oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hierzu von Organen des Bundes bestellt sind. Darunter fallen etwa der Sozial- und Weiterbildungsfonds, der Unterstützungsfonds für Menschen mit Behinderung oder die Stiftung Wiener Kongress.

Umgekehrt gilt das AVRAG somit für all jene Arbeitsverhältnisse, die vom VBG ausgenommen sind (vgl § 1 Abs 3 VBG).

2.3.5. Heimarbeiter

Heimarbeiter erbringen ihre Leistungen nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern sind als „arbeitnehmerähnliche“ Personen zu qualifizieren. Aus diesem Grund sind sie bereits auf Basis von § 1 Abs 1 vom Geltungsbereich des AVRAG ausgenommen. Die zusätzliche Aufzählung in Abs 3 ist daher eigentlich überflüssig und hat nur deklarative Bedeutung.

2.3.6. Hausgehilfen und Hausangestellte

Für Hausgehilfen und Hausangestellte kommt das AVRAG nur **teilweise** zur Anwendung (§ 1 Abs 4). Der Gesetzgeber hat bestimmte Materien für diese Arbeitnehmergruppen ausgenommen, die restlichen Bestimmungen sind anwendbar.

³ OGH 26.6.2003, 8 ObA 41/03t; 26.8.2004, 8 ObA 3/04f.

Konkret ausgenommen sind für Hausgehilfen und Hausangestellte, für die das HGHAngG gilt, die §§ 2, 2c, 2d, sowie 11 bis 14b. Für Hausgehilfen und Hausangestellte von physischen Personen sind zusätzlich noch die §§ 3 bis 6 nicht anwendbar.

Die Ausnahmen folgen zum einen daraus, dass das HGHAngG teilweise inhaltlich identische Regelungen enthält, zum anderen daraus, dass manche Bestimmungen des AVARG (wie etwa die Betriebsübergangsregelungen) für private Haushalte nicht relevant sind.

3. Unabdingbarkeit und Günstigkeitsprinzip (§§ 16, 17)

3.1. Unabdingbarkeit der Mindestrechte für Arbeitnehmer

3.1.1. Allgemeines

§ 16 AVRAG regelt, dass Rechte, die dem Arbeitnehmer aus den §§ 2 bis 15a zu stehen, zu dessen Nachteil **weder aufgehoben noch beschränkt** werden dürfen. Die §§ 2 bis 15a stellen das Kernstück des AVRAG dar; sie behandeln, wie bereits angedeutet, verschiedene arbeitsrechtliche Themen beginnend bei Dienstzettel (§ 2) und Konkurrenzklausel (§ 2c), über Betriebsübergänge (§§ 3 ff) bis hin zu Karenz- und Teilzeitmodellen (§§ 11 ff).

Um den darin gewährleisteten Schutz der Arbeitnehmer zu garantieren, hat der Gesetzgeber mit § 16 AVRAG festgelegt, dass deren Mindestrechte durch keine dem Gesetz nachgeordneten Rechtsquellen aufgehoben oder beschränkt werden dürfen.

Unter „dem Gesetz nachgeordnete Rechtsquellen“ versteht man:

- Kollektivverträge samt deren Substitutionsformen (Satzungen, Mindestlohn- tarife und Lehrlingstarife),
- Betriebsvereinbarungen,
- Arbeitsverträge und
- Weisungen des Arbeitgebers.

Sämtliche genannte Rechtsquellen dürfen somit weder ausdrücklich noch konkludent in die durch das AVRAG gewährleisteten Rechte nachteilig eingreifen, diese abändern oder gar abbedingen. Nur, wenn eine Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ausfällt als die Gesetzesbestimmung, ist diese zulässig.

Zur Beurteilung, ob eine Regelung „günstiger“ ist, muss ein sogenannter Günstigkeitsvergleich angestellt werden.

3.1.2. Günstigkeitsvergleich

Der Günstigkeitsvergleich ist in einem anderen Gesetz verankert, nämlich dem ArbVG (vgl insb § 3 ArbVG). Um zu beurteilen, ob eine Regelung für den Arbeitnehmer **günstiger** ist oder nicht, muss sie jenen Regelungen gegenübergestellt werden, die in einem **rechtlichen und sachlichen Zusammenhang** stehen (also gleichartig sind). Es geht dementsprechend nicht darum, die beabsichtigte Regelung mit allen arbeitsrechtlichen Rechtsquellen in Hinblick auf ihre Günstigkeit zu beurteilen und auch nicht darum, sie nur mit einer einzelnen Regelung zu vergleichen. Vielmehr ist ein sogenannter „Gruppenvergleich“ der zusammenhängenden Regelungen vorzunehmen und im Rahmen dessen die Günstigkeit im Einzelfall nach **objektiven Maßstäben** zu prüfen.

Die angedachte Abweichung vom Gesetzestext und die damit **in Zusammenhang stehenden Regelungen** sind also miteinander abzulegen. In der Praxis bereitet vor allem die Gruppenbildung oft Schwierigkeiten, weshalb im Folgenden Beispiele für **zusammenhängende Gruppen des Arbeitsrechts** aufgezählt werden, um diesen Schritt möglichst zu vereinfachen:

- Entgelt,
- Abfertigung,
- Betriebspension,
- Beendigung (Kündigungsfristen und -termine),
- Arbeitszeit,
- Aufwandsentschädigungen.

Innerhalb der genannten Gruppen kann jeweils ein Günstigkeitsvergleich vorgenommen, also beurteilt werden, ob die angedachte Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist oder nicht. Nicht zulässig ist hingegen ein Vergleich über die Gruppengrenzen hinaus. Vereinfacht gesagt darf zB eine für den Arbeitnehmer nachteilige Entgeltregelung nicht mit einer günstigeren Beendigungsregelung „aufgewogen“ werden.

Sofern die Günstigkeit einer Regelung nicht eindeutig bejaht werden kann, ist die ursprüngliche Gesetzesregelung des AVRAG einzuhalten. Ergibt der Vergleich aber, dass die beabsichtigte Änderung gleich günstig ist, ist diese zulässig.

Praxistipp

Wichtig ist zusammengefasst, dass der im AVRAG geregelte Arbeitnehmeranspruch in seiner Struktur und auch in seinem Kern erhalten bleibt. Je weiter die Regelung also vom ursprünglichen Gesetzesinhalt entfernt ist, desto schwerer ist es, sie mit diesem Inhalt zu vereinbaren.

Abschließend ist zu beachten, dass es Fälle gibt, in denen selbst bei dem Ergebnis, dass die abändernde Regelung günstiger als die Gesetzesbestimmung wäre, eine solche nicht zulässig ist. Das ist der Fall, wenn

- eine Regelung öffentlich-rechtlich geprägt ist,⁴ oder
- der Regelungsinhalt „günstigkeitsneutral“ ist und daher keine Wertigkeitsreihung vorgenommen werden kann.⁵

Abgesehen von den genannten, speziellen Fällen darf (nur) zum Vorteil des Arbeitnehmers von den Bestimmungen der §§ 2 bis 15a abgewichen werden.

3.1.3. Sonderfall Verzicht

Aus der gesetzlich verankerten **Unabdingbarkeit** bestimmter Mindestrechte folgt auch eine grundsätzliche **Unverzichtbarkeit** auf diese Ansprüche. Das bedeutet konkret, dass die Arbeitnehmer auf ihnen zwingend zustehende Ansprüche aus dem AVRAG in der Regel nicht wirksam verzichten können.

Von dieser Grundregel der Unverzichtbarkeit besteht jedoch eine Ausnahme insoweit, als auf einen bereits entstandenen Anspruch sehr wohl verzichtet werden kann. Das wesentliche Kriterium für die Beurteilung, ob der Arbeitnehmer auf einen arbeitsrechtlichen Anspruch rechtswirksam verzichten kann oder nicht, ist also der **Zeitpunkt der Verzichtserklärung**:

- **Nach** Entstehen des Anspruchs kann ein Verzicht grundsätzlich **wirksam** erfolgen. Erfolgt der Verzicht jedoch unentgeltlich, trifft den Arbeitgeber in einem allfälligen Prozess vor Gericht die Beweislast, dass der Arbeitnehmer den Verzicht ohne wirtschaftlichen Druck abgegeben hat.
- **Vor** (oder gleichzeitig mit) Entstehen des Anspruchs ist ein Verzicht grundsätzlich **unwirksam**.

Diese Grundregel begründet sich damit, dass der Arbeitnehmer vor überstürzten Verzichtserklärungen ohne genügend Bedenkzeit geschützt werden soll. Zusammengefasst kann ein Arbeitnehmer auf einen zwingenden Anspruch in dessen Vor- und Entstehungsphase somit nicht wirksam verzichten, außer er wird vor dem Hintergrund des Günstigkeitsvergleichs dadurch finanziell bessergestellt.

Demgegenüber ist ein Verzicht auf Ansprüche, die über die im AVRAG normierten Mindestrechte hinausgehen, unbeschränkt möglich.

Praxistipp

Ein Verzicht auf einen zwingenden Anspruch nach dem AVRAG kann nur nach Entstehen desselben erfolgen. Vor Entstehen des Anspruchs ist ein Verzicht dagegen unwirksam. Daher ist es im Falle eines Anspruchsverzichts ratsam, ausdrücklich – am besten in Schriftform – festzuhalten, wann der Anspruch entstanden ist und dass der Arbeitnehmer, frei von wirtschaftlichem Druck, im Nachhinein auf diesen verzichtet.

⁴ Etwa § 4 AVRAG zur Kollektivvertragsweitergeltung, § 8 Abs 2, § 9 Abs 2 und 3, § 15 Abs 1 sowie § 15a AVRAG zur Anfechtung von Kündigungen und Entlassungen und zum besonderen Kündigungsschutz und schließlich auch § 14a zum gerichtlichen Rechtsmittelverfahren.

⁵ So zB in Bezug auf die verpflichtenden Angaben in einem Dienstzettel gemäß § 2 Abs 2 und 3 AVRAG, die sich nicht durch andere Angaben ersetzen lassen.

3.2. Vorrang günstigerer Regelungen für Redakteure und Bühnenmitglieder

§ 17 AVRAG legt fest, dass für Redakteure und Bühnenmitglieder die Bestimmungen des AVRAG nicht gelten, sofern die Bestimmungen des JournG und des TAG günstigere Regelungen enthalten. Mit der genannten Bestimmung wurde im Sinne des Spezialitätsprinzips geregelt, welches der beiden gleichrangigen Gesetze (nämlich AVRAG oder JournG bzw TAG) vorgeht.

Im Vergleich zum AVRAG enthält das JournG für **Redakteure** uU günstigere Bestimmungen betreffend:

- Ausstellung einer Bescheinigung über den abgeschlossenen Arbeitsvertrag (§ 2 JournG),
- Sonderregelungen für Betriebsübergänge gemäß § 8 JournG (etwa die „Sonderabfertigung“),
- spezielle Haftungsregelungen von Erwerber und Veräußerer bei einem Betriebsübergang (§ 9 JournG).

Bei der Beschäftigung von Redakteuren ist das AVRAG somit immer im Zusammenspiel mit dem JournG zu lesen und darauf zu achten, dass die im JournG geregelten günstigeren Bestimmungen Vorrang haben.

