

Gänze trägt.<sup>120)</sup> Schließlich muss die Vereinbarung auch festlegen, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Ausmaß Zeitguthaben und Zeitschulden in die nächste Gleitzeitperiode übertragen werden können. Aus der Beschränkung auf „allfällige“ Übertragungsmöglichkeiten ergibt sich, dass das Gesetz nicht verlangt, dass solche Möglichkeiten eingeräumt werden müssen.

Ob es sich bei dieser Betriebsvereinbarung um eine fakultative oder erzwingbare handelt, ist umstritten. ME handelt es sich um eine fakultative. Sie hat, wie eben gezeigt, wesentlich mehr Fragen zu beantworten, als die bloße Festsetzung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Tage, was gegen die Einordnung in § 97 Abs 1 Z 2 ArbVG spricht.<sup>121)</sup>

Das Höchstausmaß der **täglichen** Normalarbeitszeit beträgt zehn Stunden, kann aber bis auf zwölf Stunden erhöht werden, wenn die Gleitzeitvereinbarung vorsieht, dass ein Zeitguthaben ganztägig verbraucht werden kann und ein Zusammenhang mit einer wöchentlichen Ruhezeit möglich ist. Die Arbeitszeit darf jedoch innerhalb der Gleitzeitperiode die **wöchentliche** Normalarbeitszeit im Durchschnitt nur um so viele Stunden überschreiten, als Zeitguthaben übertragen werden können.

### Musterklausel: Gleitzeit

Zwischen XY als Arbeitgeber und dem unterzeichneten Betriebsrat (wenn es keinen gibt: und AB als Arbeitnehmer) wird folgende Vereinbarung über Gleitzeit getroffen:

1. Die tägliche Normalarbeitszeit beträgt ... Stunden (höchstens zehn).

**Alternative:** zwölf Stunden, wenn Zeitguthaben ganztägig verbraucht werden können und ein Zusammenhang mit einer wöchentlichen Ruhezeit möglich ist.

2. Die Gleitzeitperiode beträgt ... Wochen (Monate) und beginnt am ...

3. Gleitzeit kann zwischen ... Uhr und ... Uhr in Anspruch genommen werden (Gleitzeitrahmen). In der Zeit von ... Uhr bis ... Uhr hat der Arbeitnehmer jedoch anwesend zu sein (Kernarbeitszeit).

4. Für Zeiten, in denen der Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung verhindert ist, gilt Montag bis Freitag die Zeit von jeweils ... Uhr bis ... als fiktive Normalarbeitszeit.

5. Wenn am Ende einer Gleitzeitperiode Zeitguthaben bestehen, können bis zu ... Stunden in die nächste Gleitzeitperiode übertragen werden.

**Alternative:** hier können dafür bestimmte Voraussetzungen festgelegt werden. ZB kann bei All-In-Vereinbarungen festgehalten werden, dass Zeit-

<sup>120)</sup> OGH 26. 2. 2004, 8 Oba 71/03d.

<sup>121)</sup> In der Literatur wird sie überwiegend für erzwingbar gehalten: So *Schrank, Arbeitszeit*<sup>5</sup> § 4b AZG Rz 35; *Klein in Heilegger/Klein, Arbeitszeitgesetz*<sup>4</sup> (2016) §§ 3 bis 4c AZG Rz 53.

guthaben gestrichen werden, soweit sie durch das All-In-Entgelt abgegolten sind. Oder: Nicht-übertragbare Zeitguthaben gelten als Überstunden und werden samt Zuschlag mit der nachfolgenden Gehaltszahlung ausbezahlt oder innerhalb der nächsten beiden Monate durch Zeitausgleich konsumiert.

## 16. Dekadenarbeit auf Baustellen

Diese Sonderform steht nur für Großbaustellen, die im öffentlichen Interesse betrieben werden, sowie für Baustellen der Wildbach- und Lawinenverbauung in Gebirgsregionen zur Verfügung.<sup>122)</sup> Die tägliche Normalarbeitszeit darf höchstens neun Stunden betragen. Der Kollektivvertrag kann eine Verlängerung der wöchentlichen Normalarbeitszeit auf mehr als 40 Stunden zulassen, sofern innerhalb von jeweils zwei Wochen die Arbeitszeit im Durchschnitt 40 Wochenstunden nicht übersteigt. Somit können zehn Tage durchgearbeitet werden, wenn anschließend vier Tage arbeitsfrei sind.

40

## 17. Reisezeiten

Bei passiven Reisen (s Rz 13), können die täglichen und wöchentlichen Höchstgrenzen der Arbeitszeit überschritten werden, ohne dass das Gesetz dafür eine Obergrenze festlegt.<sup>123)</sup> Dadurch sind auch Dienstreisen in weit entlegene Regionen (etwa Neuseeland) zulässig.

41

## 18. Nachtarbeit

Für die Nachtarbeit gelten mit einigen Zusatzbestimmungen, die sich aus der Art dieser Tätigkeit ergeben, die allgemeinen Bestimmungen über die Arbeit bei Tag. Eine Verlängerung der Normalarbeitszeit durch das Arbeitsinspektorat ist unzulässig. Als Nacht gilt die Zeit zwischen 22.00 und 5.00 Uhr (für den Anspruch auf Untersuchungen jedoch 6.00 Uhr). Als **Nachtarbeitnehmer** gilt eine Person, die regelmäßig oder in mindestens 48 (für den Anspruch auf Untersuchungen 30) Nächten im Kalenderjahr mindestens drei Stunden während der Nacht arbeitet. Beträgt die durchschnittliche tägliche Normalarbeitszeit innerhalb von jeweils 26 Wochen bei regelmäßiger und erheblicher Arbeitsbereitschaft mehr als acht Stunden, gebühren **zusätzliche Ruhezeiten**.<sup>124)</sup> Zu ihrer Berechnung sind pro Durchrechnungszeitraum sämtliche Unterschreitungen von allen Überschreitungen der täglichen Arbeitszeit (acht Stunden) abzuziehen. Zwei Drittel des Ergebnisses, zumindest aber jeweils zwölf Stunden, sind als zusätzliche Ruhezeiten zu gewähren. Nachtarbeitnehmer haben Anspruch auf unentgeltliche **Gesundheitsuntersuchungen**, und zwar erstmals vor Aufnahme ihrer Tätigkeit, danach in Abständen von jeweils

42

<sup>122)</sup> § 4c AZG.

<sup>123)</sup> § 20b AZG.

<sup>124)</sup> § 12a AZG.

zwei Jahren bzw in jährlichen Abständen nach Vollendung des 50. Lebensjahres oder nach zehn Jahren Nachtarbeit.<sup>125)</sup>

Der Nachtarbeitnehmer hat auf sein Verlangen entsprechend den betrieblichen Möglichkeiten Anspruch auf **Versetzung auf einen geeigneten Tagesarbeitsplatz**, wenn entweder die Nachtarbeit seine Gesundheit nachweislich gefährdet oder solange dies wegen unbedingt notwendiger Betreuungspflichten gegenüber Kindern bis zu zwölf Jahren erforderlich ist.<sup>126)</sup> Der Arbeitgeber hat alle Nachtarbeitnehmer zudem über wichtige Betriebsgeschehnisse, die die Interessen der Nachtarbeitnehmer berühren, zu informieren.<sup>127)</sup>

Für **Nachtschwerarbeiter** gelten zusätzliche Bestimmungen. Als Nachtschwerarbeiter gilt ein Nachtarbeiter, der Schwerarbeit leistet (welche Tätigkeiten als Schwerarbeit gelten, wird in Art VII Abs 2 oder 4 NSchG,<sup>128)</sup> in einer Durchführungsverordnung und allenfalls im Kollektivvertrag detailliert aufgelistet). In den Fällen, in denen das AZG Tagesarbeitszeiten von mehr als acht Stunden gestattet, darf die durchschnittliche Arbeitszeit an Nachtschwerarbeitstagen innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von 26 Wochen acht Stunden (einschließlich Überstunden) jedoch nur dann überschreiten, wenn dies ein Kollektivvertrag (Betriebsvereinbarung) zulässt. In diesen Fällen sind zusätzliche Ruhezeiten zu gewähren. Ihre Berechnung weicht von jener für die zusätzlichen Ruhezeiten von nicht mit Schwerarbeit befassten Nachtarbeitern insofern ab, als ihr Ausmaß nicht nur zwei Drittel der Differenz zwischen Unter- und Überschreitungen der 8-Stundengrenze, sondern 100 % ausmacht.

Können die **zusätzlichen Ruhezeiten** nicht während des laufenden Durchrechnungszeitraums konsumiert werden, sind sie innerhalb der nächsten vier Kalenderwochen (bei Schichtarbeit im nächstfolgenden Schichtturnus) zu gewähren. Jede zusätzliche Ruhezeit beträgt mindestens zwölf Stunden. Sie ist so zu gewähren, dass entweder die tägliche oder die wöchentliche Ruhezeit verlängert wird.<sup>129)</sup>

## V. Überstunden

- 43** Überstunden liegen bei Überschreitungen der Normalarbeitszeit vor.<sup>130)</sup> Dies sieht das Gesetz in zwei Fällen vor.<sup>131)</sup> So liegt eine Überstunde einmal dann vor, wenn die tägliche Normalarbeitszeit überschritten wird. Sind die

<sup>125)</sup> § 12b AZG.

<sup>126)</sup> § 12c AZG.

<sup>127)</sup> § 12d AZG.

<sup>128)</sup> BGBl 1981/354.

<sup>129)</sup> Auer-Mayer in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG<sup>4</sup> § 12a Rz 8.

<sup>130)</sup> Vgl Peschek/Unterrieder, Die Neuregelung der Überstunden und der Wochenendarbeit, in Köck (Hrsg), Arbeitszeit neu: Die Arbeitszeitnovelle 2018 (2018) 23.

<sup>131)</sup> § 6 AZG.

Parteien bei der 5-Tagewoche mit 40 Wochenstunden geblieben, ist dies die 9. Stunde. Haben sie jedoch von den verschiedenen Möglichkeiten Gebrauch gemacht, die Wochenarbeitszeit anders zu verteilen, liegt die erste Überstunde vor, sobald die regelmäßig auf den einzelnen Arbeitstag entfallende Stundenanzahl überschritten wird. Bei einer Verteilung der Tagesarbeitszeit von jeweils neun Stunden von Montag bis Donnerstag und von vier Stunden am Freitag, ist daher am Freitag die 5. Arbeitsstunde und an den übrigen Arbeitstagen die 10. Stunde eine Überstunde. Als Überstunde gilt aber auch die Überschreitung der unmittelbar durch Gesetz zugelassenen wöchentlichen Normalarbeitszeit. Bei Bandbreitenmodellen und Schichtarbeit (s Rz 36 ff) liegt die Grenze jedoch bei der durch einen Kollektivvertrag herabgesetzten wöchentlichen Normalarbeitszeit. Haben die Parteien vom allgemeinen Bandbreitenmodell Gebrauch gemacht, liegt eine Überstunde daher vor, wenn sich am Ende des Durchrechnungszeitraums herausstellt, dass die Wochenstundenanzahl im Durchschnitt 40 Stunden überschritten hat. Keine Überstunden sondern Mehrarbeitszeiten (s Rz 26) liegen vor, wenn Teilzeitbeschäftigte zwar länger als vertraglich vereinbart arbeiten, aber dabei noch innerhalb der regelmäßigen Normalarbeitszeit eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers bleiben.<sup>132)</sup>

Eine allgemeine **Begrenzung der Überstundenarbeit** besteht darin, dass durch Überstunden die gesetzlich festgelegten Höchstgrenzen der Arbeitszeit nicht überschritten werden dürfen. Dazu treten weitere **spezielle Grenzen für Überstunden**. So sind bei Vorliegen eines erhöhten Arbeitsbedarfes wöchentlich höchstens 20 Überstunden gestattet,<sup>133)</sup> wobei die tägliche Arbeitszeit maximal zwölf Stunden betragen darf.<sup>134)</sup> Liegt regelmäßige und erhebliche Arbeitsbereitschaft vor (s Rz 10), darf die Wochenarbeitszeit jedoch durch Überstunden bis auf 60 Stunden, die Tagesarbeitszeit bis auf 13 Stunden ausgedehnt werden.<sup>135)</sup>

Für **Apotheker** in öffentlichen Apotheken kann der Kollektivvertrag zusätzlich zu den allgemein gestatteten 20 Überstunden pro Woche weitere zehn Überstunden zulassen, wenn in deren Arbeitszeit zwar Arbeitsbereitschaft, jedoch nicht in erheblichem Umfang, fällt.<sup>136)</sup>

Für **Nachtschwerarbeiter** (s Rz 42) darf die durchschnittliche Arbeitszeit an Nachtarbeitstagen innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von 26 Wochen einschließlich der Überstunden nur acht Stunden betragen, außer der Kollektivvertrag lässt eine Verlängerung zu.<sup>137)</sup>

Für **Lenker von Kraftfahrzeugen** kann der Kollektivvertrag (die Betriebsvereinbarung) bei Vorliegen eines erhöhten Arbeitsbedarfes eine Erhöhung der

<sup>132)</sup> OGH 13. 1. 1993, 9 ObA 275/92.

<sup>133)</sup> § 7 Abs 1 AZG.

<sup>134)</sup> VwGH 28. 1. 1991, 90/19/0519.

<sup>135)</sup> § 7 Abs 3 AZG.

<sup>136)</sup> § 19a Abs 6 AZG.

<sup>137)</sup> § 12a Abs 5 AZG.

Zahl der zulässigen Überstunden gestatten, sofern innerhalb von 17 Wochen eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 60 Stunden in einzelnen Wochen und 48 Stunden im Durchschnitt nicht überschritten wird.<sup>138)</sup>

Weitere Sonderregeln gelten für die **gleitende Arbeitszeit**.<sup>139)</sup> Ordnet der Arbeitgeber Arbeitsstunden an, die über die Normalarbeitszeit hinausgehen, sind sie Überstunden.<sup>140)</sup> Das muss aber auch dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber in den dem Arbeitnehmer eingeräumten Freiraum eingreift, indem er den Arbeitnehmer etwa verpflichtet, zu bestimmten Zeiten außerhalb der Kernarbeitszeit, aber innerhalb des Gleitzeitrahmens anwesend zu sein.<sup>141)</sup> Das gilt, gleichgültig, ob für die Anordnung eine Rechtsgrundlage vorhanden ist oder nicht. Zeitguthaben am Ende einer Gleitzeitperiode oder eines Durchrechnungszeitraums, die in eine neue Gleitzeitperiode oder einen neuen Durchrechnungszeitraum übertragen werden können, gelten nicht als Überstunden.

- 44** Die Überstundenarbeit ist aber auch auf andere Weise beschränkt. Lediglich der Klarstellung dient der gesetzliche Hinweis, dass Arbeitnehmer nur zu zugelassener Überstundenarbeit herangezogen werden dürfen. Die wichtigste weitere Begrenzung besteht darin, dass der Arbeitnehmer zur Überstundenarbeit **nur dann verpflichtet ist, wenn dies mit ihm vereinbart** wurde. Das AZG regelt grundsätzlich nur die öffentlich-rechtliche Seite und gibt daher nur an, in welchem zeitlichen Ausmaß Überstunden erlaubt sind, sagt aber nichts darüber, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer zur Überstundenleistung verpflichtet ist. Als Rechtsgrundlage einer solchen Verpflichtung kommt der konkrete Arbeitsvertrag in Betracht, allenfalls auch der Kollektivvertrag oder eine Betriebsvereinbarung.<sup>142)</sup> In der Vereinbarung kann eine bestimmte Obergrenze von Überstunden festgelegt werden, zu deren Leistung sich der Arbeitnehmer aufgrund einer Anordnung des Arbeitgebers verpflichtet. Aus der Vereinbarung eines Überstundenpauschales (s Rz 48) ergibt sich die Verpflichtung des Arbeitnehmers, wenn dies erforderlich ist, die durch die Pauschale abgedeckte Zahl an Überstunden zu leisten.<sup>143)</sup> Ohne Vereinbarung sind Arbeitnehmer zur Überstundenleistung nur beim Auftreten von Notfällen, wie einem betrieblichen Notstand (s Rz 72), verpflichtet.<sup>144)</sup>

- 45** Der Gesetzgeber hat besondere **Schutzbestimmungen** für die Arbeitnehmer vorgesehen. Überstundenarbeit ist nur zulässig, wenn ihr keine berücksichtigungswürdigen Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen.<sup>145)</sup> Da der Arbeitgeber Überstunden nur anordnen kann, wenn der Arbeitnehmer zur

<sup>138)</sup> § 13b Abs 2 AZG.

<sup>139)</sup> § 4b AZG.

<sup>140)</sup> § 4b Abs 5 AZG.

<sup>141)</sup> *Schrank*, Arbeitszeit<sup>5</sup> § 4b AZG Rz 117; *Klein in Heidegger/Klein*, Arbeitszeitgesetz<sup>4</sup> §§ 3 bis 4c Rz 62; *Felten in Auer-Mayer/Felten/Pfeil*, AZG<sup>4</sup> § 6 Rz 10.

<sup>142)</sup> OGH 23. 12. 1998, 9 ObA 333/98f.

<sup>143)</sup> VwGH 21. 12. 2005, 2004/08/0228.

<sup>144)</sup> OGH 22. 11. 1995, 9 ObA 191/95.

<sup>145)</sup> § 6 Abs 2 AZG.

Leistung von Überstunden verpflichtet ist, kann sich diese Bestimmung nur auf Fälle beziehen, in denen eine solche Verpflichtung besteht. Der Arbeitnehmer kann daher trotz Bestehens dieser Verpflichtung die Leistung von Überstunden ablehnen, wenn bei einer Interessenabwägung seine Interessen gegenüber jenen des Arbeitgebers überwiegen.<sup>146)</sup> Die Bedachtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers geht noch weiter, wenn die Überstunden die Tagesarbeitszeit von zehn Stunden oder eine Wochenarbeitszeit von 50 Stunden überschreiten würden. Solche Überstunden können die Arbeitnehmer **ohne Angabe von Gründen ablehnen** und dürfen wegen dieser Ablehnung in keiner Weise (beispielsweise im Hinblick auf Entgelt, Aufstiegsmöglichkeiten oder Versetzung) benachteiligt werden. Werden sie wegen ihrer Ablehnung gekündigt, besitzen sie einen besonderen Kündigungsschutz.<sup>147)</sup> Dieser steht allen Arbeitnehmern zu, die dem AZG unterliegen und damit – anders als der allgemeine Kündigungsschutz – auch den Arbeitnehmern in Kleinstbetrieben (nicht jedoch den leitenden Angestellten und ihnen Gleichgestellten; s Rz 3). Der Arbeitnehmer kann die Kündigung innerhalb einer Frist von zwei Wochen bei Gericht anfechten. Es gelten dabei die gleichen Beweiserleichterungen wie im Fall einer Motivkündigung gemäß § 105 Abs 5 ArbVG: Der Arbeitnehmer muss lediglich glaubhaft machen, dass er wegen der Ablehnung dieser Überstunden gekündigt wurde. Demgegenüber kann der Arbeitgeber seinerseits glaubhaft machen, dass er wegen anderer Gründe gekündigt hat. Der Richter darf die Anfechtung nur abweisen, wenn die höhere Wahrscheinlichkeit für das vom Arbeitgeber angeführte Motiv spricht. Damit geht dieser Kündigungsschutz über den allgemeinen Kündigungsschutz hinaus.

### **Musterklausel: Überstunden**

Zwischen XY als Arbeitgeber und AB als Arbeitnehmer wird folgende Vereinbarung über Überstunden getroffen:

1. Der Arbeitnehmer erklärt sich bereit, erforderlichenfalls Überstunden im gesetzlich zulässigen Ausmaß (**Alternativen:** bis zu ... Überstunden pro Woche oder bis zu ... Überstunden pro Monat) zu leisten.<sup>148)</sup>
2. Bei erhöhtem Arbeitsbedarf erklärt sich der Arbeitnehmer bereit, bis zu zwölf Stunden täglich und bis zu 30 Überstunden pro Woche zu arbeiten, sofern diese verlängerte Arbeitszeit so ausgeglichen wird, dass die Arbeitszeit innerhalb eines Zeitraums von ... (maximal 17) Wochen im Durchschnitt höchstens 48 Stunden beträgt.<sup>149)</sup>

<sup>146)</sup> OGH 4. 11. 1986, 4 Ob 156/85 Arb 10.563.

<sup>147)</sup> § 7 Abs 6 AZG.

<sup>148)</sup> Siehe Rz 43.

<sup>149)</sup> Siehe Rz 8, 31.

## VI. Entgeltpflichtige Arbeitszeit

### A. Allgemeines

**46** § 1152 ABGB gestattet es allen Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch Vereinbarung festzulegen, ob der von ihnen geschlossene Arbeitsvertrag entgeltlich oder unentgeltlich sein soll. Diese Vereinbarung kann auch schlüssig zustande kommen.<sup>150)</sup> Fehlt eine solche Vereinbarung, dann gilt der Arbeitsvertrag als entgeltlich und angemessenes Entgelt als bedungen. Aus § 1152 ABGB folgt aber noch kein Anspruch auf ein bestimmtes Mindestentgelt. Haben die Parteien eine Vereinbarung über die Höhe des Arbeitslohnes getroffen, dann sind sie daher an diese Abrede auch dann gebunden, wenn das vereinbarte Entgelt im Einzelfall nicht angemessen sein sollte.<sup>151)</sup> Da das AZG nicht auf die Frage eingeht, ob bzw. welches Entgelt dem Arbeitnehmer für die verschiedenen Formen der Inanspruchnahme seiner Arbeitskraft zusteht, können die Vertragsparteien selbst festlegen, welche Zeitphasen als entgeltpflichtige Arbeitszeit gelten sollen. Eine Vereinbarung, nach der für Leistungen, die nach ihrer Art die Intensität der vereinbarten Arbeitsleistung nicht erreichen, nur eine geringere Entlohnung als für die eigentliche Arbeitsleistung zustehen soll, ist daher zulässig.<sup>152)</sup>

Die individuelle Entgeltabrede wird jedoch durch kollektivvertragliche Entgeltbestimmungen verdrängt, wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger sind. Da dies den Regelfall darstellt, geht auch der OGH davon aus, dass sich in erster Linie aus dem Kollektivvertrag ergibt, welches Entgelt dem Arbeitnehmer für die verschiedenen Formen der Inanspruchnahme der Arbeitskraft zusteht.<sup>153)</sup> Auf die individuelle Vereinbarung kommt es demnach nur dann an, wenn sie eine Frage regelt, die der Kollektivvertrag offengelassen hat oder soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger ist. Die Kollektivverträge gehen in ihren Entgeltregeln allerdings unterschiedlich vor. Manche legen genau fest, was sie unter entgeltpflichtiger Arbeitszeit verstehen, andere begnügen sich mit der Festlegung von Stunden-, Wochen- oder Monatsentgelten. Bei der Interpretation der Kollektivverträge scheint der OGH allgemein davon auszugehen, dass der Kollektivvertrag, sofern sich aus ihm nichts Abweichendes ergibt, auch im Hinblick auf die Entgeltspflicht vom Arbeitszeitbegriff des AZG ausgeht. In diesem Sinn sieht er als Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit abzüglich der Ruhepausen an. Die Arbeitszeit beginne demnach mit dem Zeitpunkt, ab dem der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht. Der Anspruch auf Arbeitsentgelt entfällt, soweit der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht leistet und weder Gesetz noch Kollektivvertrag Entgeltfortzahlung vorsehen.

<sup>150)</sup> OGH 27. 11. 2014, 9 ObA 134/14t.

<sup>151)</sup> OGH 26. 4. 1995, 9 ObA 48/95.

<sup>152)</sup> OGH 6. 10. 2005, 8 ObA 83/04w.

<sup>153)</sup> OGH 28. 4. 2015, 8 ObA 23/15p.



§ 1152 ABGB besitzt jedoch noch eine weitere Bedeutung. Wird der Arbeitnehmer nur geringfügig in Anspruch genommen und erfasst die getroffene Entgeltabrede einzelne solcher Verpflichtungen nicht, die in die Gestaltung der Freizeit des Arbeitnehmers eingreifen, dann erweist sich die Entgeltabrede als unvollständig. Da § 1152 ABGB auf dem Grundsatz aufbaut, dass für Leistungen, für die üblicherweise Entgelt bezahlt wird, auch ohne vertragliche Regelung angemessenes Entgelt zusteht, wendet der OGH diese Bestimmung auch bei Verträgen mit unvollständigen Entgeltabreden analog an und spricht angemessenes Entgelt zu.<sup>154)</sup>

47

## B. Überstunden

Für Überstunden gebührt entweder ein Zuschlag oder Zeitausgleich.<sup>155)</sup> Da leitende Angestellte, ihnen Gleichgestellte und freie Dienstnehmer nicht dem AZG unterliegen, besitzen sie keinen derartigen gesetzlichen Anspruch. Der Anspruch setzt voraus, dass der Arbeitgeber entweder die Leistung von Überstunden ausdrücklich oder stillschweigend angeordnet oder aber Arbeitsleistungen vorbehaltlos entgegengenommen hat, von denen er wusste oder wissen musste, dass sie Überstunden erforderlich machen.<sup>156)</sup> Ob die Überstundenleistung erlaubt oder unzulässig war, ist für den Anspruch auf den Überstundenzuschlag jedoch unerheblich.<sup>157)</sup> Wurde die Normalarbeitszeit zulässigerweise verlängert, steht für die Verlängerung kein Zuschlag, sondern nur der Normallohn zu.<sup>158)</sup>

48

Der **Überstundenzuschlag beträgt 50 %** des auf die einzelne Arbeitsstunde entfallenden Normallohnes. Bei seiner Berechnung sind alle Entgeltsbestandteile zu berücksichtigen, die für die während der normalen Arbeitszeit erbrachte und während der Überstunden fortgesetzte Arbeitsleistung, gebühren, wie etwa Zulagen oder Zuschläge.<sup>159)</sup> Nicht einzubeziehen sind hingegen Zahlungen, die in wesentlich längeren Zeiträumen und losgelöst vom laufenden Entgelt gewährt werden (wie etwa Sonderzahlungen oder Jubiläumsgelder).<sup>160)</sup> Bei Akkord-, Stück- und Gedinglöhnen ist der Normallohn nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen zu bemessen; diesbezüglich kann der Kollektivvertrag jedoch eine abweichende Berechnungsart vorsehen.<sup>161)</sup>

Mit dem Arbeitnehmer kann eine **Überstundenpauschale** vereinbart werden, und zwar entweder durch Festlegung einer ganz bestimmten Anzahl von dadurch abgegoltenen Überstunden (echte Überstundenpauschale) oder durch

<sup>154)</sup> OGH 26. 6. 2007, 1 Ob 219/06x.

<sup>155)</sup> § 10 AZG.

<sup>156)</sup> OGH 4. 3. 2013, 8 ObA 12/13t; OGH 30. 5. 2017, 8 ObA 21/17x.

<sup>157)</sup> OGH 12. 7. 1989, 9 ObA 113/89.

<sup>158)</sup> OGH 25. 2. 1998, 9 ObA 425/97h.

<sup>159)</sup> OGH 21. 9. 2006, 8 ObA 28/06k.

<sup>160)</sup> OGH 6. 4. 1994, 9 ObA 604/93.

<sup>161)</sup> Ebenso Felten in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG<sup>4</sup> § 10 Rz 18.



Zusage einer Zuzahlung, die ausdrücklich als Überstundenentlohnung dienen soll.<sup>162)</sup> Dem Arbeitnehmer muss jedenfalls erkennbar sein, dass mit dem gewährten Entgelt auch die Überstundenvergütung (Normallohn und Zuschlag) abgegolten sein soll. Sowohl die Zahl der durchschnittlich zu leistenden Normalstunden als auch die Zahl der erfassten Überstunden muss von vornherein bestimmbar sein. Die Pauschale muss der Höhe nach die vom Arbeitnehmer geleisteten Überstunden zuzüglich der Zuschläge im Durchschnitt für einen längeren Zeitraum abdecken.<sup>163)</sup> Mangels Vereinbarung eines kürzeren Zeitraums hält der OGH ein Jahr für angemessen.<sup>164)</sup> Es kann aber auch vereinbart werden, dass für die gesamte Arbeitszeit (einschließlich der Überstunden) ein einheitliches Entgelt zustehen soll (All-In Vereinbarung).<sup>165)</sup> Nichtig wäre jedoch die Einbeziehung auch der Urlaubersatzleistung in eine All-In-Vereinbarung.<sup>166)</sup> Haben die Parteien keinen Durchrechnungszeitraum festgesetzt, gilt ein Zeitraum von einem Jahr als angemessen.<sup>167)</sup> Hat der Arbeitnehmer mehr Überstunden geleistet, muss der Arbeitgeber diese zusätzlich vergüten. Nur bei der echten Überstundenpauschale besitzt der Arbeitnehmer einen Anspruch auf entsprechende Erhöhung, wenn der Normalstundenlohn steigt.<sup>168)</sup> Ohne Vereinbarung einer Widerrufsmöglichkeit kann eine unbefristete Pauschale nicht einseitig beendet werden.<sup>169)</sup>

Unter **Zeitausgleich** ist eine bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht zu verstehen.<sup>170)</sup> Ob Zuschlag oder Zeitausgleich gebührt, hängt von der mit dem Arbeitnehmer getroffenen Vereinbarung ab. Nur wenn zwischen den Parteien des Arbeitsvertrags keine solche Vereinbarung abgeschlossen wurde, kann der Kollektivvertrag festlegen, ob Überstunden durch Zuschlag oder durch Zeitausgleich abzugelten sind. Ist kein Kollektivvertrag anwendbar, kann dies auch die Betriebsvereinbarung tun. Fehlt sowohl eine individuelle wie auch eine kollektive Vereinbarung, sind die Überstunden in Geld abzulösen. Für Überstunden, die zehn Stunden pro Tag oder 50 Stunden pro Woche übersteigen, kann der Arbeitnehmer jedoch in jedem Fall selbst entscheiden, ob er den Zuschlag oder Zeitausgleich in Anspruch nehmen möchte.

Bei der **Berechnung des Zeitausgleichs** ist der Zuschlag zu berücksichtigen. Eine Überstunde mit 50 %-igem Zuschlag ist daher mit 1,5 Stunden Freizeit auszugleichen. Über die Abgeltung von Mehrarbeit s Rz 26.

<sup>162)</sup> VwGH 21. 12. 2005, 2004/08/0228.

<sup>163)</sup> OGH 27. 9. 2017, 9 ObA 28/17h; VwGH 21. 4. 2004, 2001/08/0048.

<sup>164)</sup> OGH 29. 3. 2012, 9 ObA 160/11m.

<sup>165)</sup> Vgl Heilegger, Zur rechtlichen Zulässigkeit und Interpretation von All-In-Vereinbarungen, DRdA 2012, 17 ff.

<sup>166)</sup> OGH 27. 6. 2013, 8 ObA 32/13h.

<sup>167)</sup> OGH 2. 6. 2009, 9 ObA 65/09p DRdA 2009, 534.

<sup>168)</sup> VwGH 21. 12. 2005, 2004/08/0228.

<sup>169)</sup> Felten in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG<sup>4</sup> § 10 Rz 40.

<sup>170)</sup> OGH 29. 4. 1998, 9 ObA 77/98h.

## C. Abgeltung von Zeitguthaben

49

Wenn das Dienstverhältnis oder die Überlassung eines Arbeitnehmers an einen Beschäftigten endet, können noch unverbrauchte Freizeitansprüche aus Normalarbeitszeit oder Überstunden bestehen. Diese sind primär in natura auszugleichen. Ist dies nicht mehr möglich, sind sie zum Beendigungszeitpunkt mit dem zu diesem Zeitpunkt gebührenden Entgelt für Normalstunden in Geld abzugelten.<sup>171)</sup> Für Guthaben an Normalarbeitszeit gebührt ein Zuschlag von 50 %. Der Anspruch auf den Zuschlag entfällt jedoch, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund vorzeitig ausgetreten ist. Der Zuschlag gebührt auch für alle Arbeiten, die zwar im Zeitpunkt ihrer Leistung nicht als Überstunden anzusehen waren, die aber durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem Guthaben an Normalarbeitszeit geführt haben. Dies ist etwa bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses während einer laufenden Altersteilzeitvereinbarung oder bei Mehrarbeit von Teilzeitarbeitskräften der Fall.<sup>172)</sup> Ob allerdings der bei Altersteilzeit gewährte Lohnausgleich bei der Berechnung der Abgeltung des Zeitguthabens bei Fehlen einer ausdrücklichen Klausel in der Altersteilzeitvereinbarung zu berücksichtigen ist, hat der OGH offengelassen.<sup>173)</sup> Es wird wohl darauf ankommen, wie der Entgeltanspruch in der Altersteilzeitvereinbarung formuliert wurde. Der Kollektivvertrag kann Abweichungen vom Anspruch auf den Zuschlag und damit auch seinen Entfall vorsehen oder eine Verlängerung der Kündigungsfrist im Ausmaß des bestehenden Zeitguthabens, vorsehen.

Zeitguthaben können am **Ende eines Durchrechnungszeitraums** auftreten. Der Zeitpunkt ihrer Abgeltung ist im Vorhinein festzulegen. Ist dies nicht geschehen, gelten für den Ausgleich von Normalarbeitsstunden und von Überstunden unterschiedliche Regelungen.<sup>174)</sup> Beträgt der Durchrechnungszeitraum bei **Normalarbeitsstunden** zwischen 27 und 52 Wochen und ist bereits die Hälfte dieses Zeitraums (bei einem längeren Durchrechnungszeitraum bereits 26 Wochen) vergangen, sieht das Gesetz (Abweichungen können durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung festgelegt werden) vor, dass die Abgeltung innerhalb von 13 Wochen vorzunehmen ist, wenn es nicht gelungen ist, innerhalb von vier Wochen einen Abrechnungszeitpunkt zu vereinbaren.

Die Regelungen zur Abgeltung von noch nicht vergüteten **Überstunden** durch Zeitausgleich sind unnötig kompliziert, können jedoch durch den Kollektivvertrag, nicht jedoch durch eine Betriebsvereinbarung, verändert werden. Sie setzen voraus, dass Überstunden nicht durch Geld sondern durch Zeitausgleich abzugelten sind (s Rz 48) und keine Vereinbarung über den Zeitpunkt

<sup>171)</sup> § 19e AZG.

<sup>172)</sup> OGH 6. 4. 2005, 9 ObA 96/04i.

<sup>173)</sup> Gegen die Berücksichtigung *Schrank* in *Jungwirth/Risak/Schrank*, Pensionsreform 2003 – Altersteilzeit aktuell (2003) Rz 250 ff; für die Berücksichtigung *Anzenberger*, Altersteilzeit und Insolvenz, ZIK 2002, 5.

<sup>174)</sup> § 19f AZG.